

anales de la universidad de alicante. facultad de derecho

- ASENSI SABATER, José
Constitución española y Cultura política.
- BOIX REIG, Vicente
Organismos institucionales de los Ayuntamientos.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel
Huelgas intermitentes y cierre patronal.
- CERVERA TORREJON, Fernando
Un nuevo régimen de la estimación objetiva para el ejercicio de 1.982.
- DAZA MARTINEZ, Jesús
Aequitatis ratio.
- DE CABO MARTIN, Carlos
El Parlamento en el Estado del Capitalismo avanzado.
- FERRER SANCHIS, Antonio
«Vecindad y condición política».
- GARRIDO GUZMAN, Luis
Evolución y tendencias de la criminalidad en España.
- GIMENO SENDRA, Vicente
La Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.
- IGLESIAS BUHIGUES, José Luis
Proyecto de convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas.
- MARTINEZ VALLS, Joaquín
Los moriscos de la diócesis de Orihuela a finales del siglo XVI.
- MEDINA RUBIO, Ricardo
La idea de amparo y el principio de subsidiariedad.
- PEREZ VIVO, Alberto
Las sociedades agrarias de Catón.
- SAURA MARTINEZ, Luis Fernando
Las litis expensas.
- CARBONELL ARROYO, Carolina
Del documento privado al documento público.



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

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. FACULTAD DE DERECHO.

N.º 1

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 - 1.982.

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

ALICANTE

SUMARIO

	Pág.
ASENSI SABATER, José La Constitución Española y la Cultura política	9
BOIX REIG, Vicente Los Organismos institucionales de los Ayuntamientos	29
CAMPS RUIZ, Luis Miguel Huelgas intermitentes y cierre patronal	45
CERVERA TORREJON, Fernando Un nuevo régimen de la estimación objetiva singular simplificada para el ejercicio de 1.982	61
DAZA MARTINEZ, Jesús Aequitatis ratio: La episcopalis audientia y el principio de equidad en la época postclásica	79
DE CABO MARTIN, Carlos El Parlamento en el Estado del Capitalismo avanzado: Situación y perspectivas	99
FERRER SANCHIS, Antonio «Vecindad y Condición Política»: Cuestiones de conexión y estado civil en el derecho español, como «Sistema jurídico no unificado»	133
GARRIDO GUZMAN, Luis Evolución y tendencias de la criminalidad en España	145
GIMENO SENDRA, Vicente La Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales ...	181
IGLESIAS BUHIGUES, José Luis Proyecto de convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas	189
MARTINEZ VALLS, Joaquín Los moriscos en la diócesis de Orihuela a finales del siglo XVI y legislación particular canónica sobre los mismos	243
MEDINA RUBIO, Ricardo La idea de amparo y el principio de subsidiariedad	273
PEREZ VIVO, Alberto Un antecedente histórico del contrato de sociedad: Las socieda- des agrarias de Catón	293
SAURA MARTINEZ, Luis Fernando Las litis expensas: Configuración jurisprudencial y regulación legal	305
CARBONELL ARROYO, Carolina Del documento privado al documento público. La recepción del notariado italiano en España (siglos XIII-XV)	313

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LA CULTURA POLITICA

Por José ASENSI SABATER
Universidad de Alicante

La perspectiva investigadora abierta hace ya algún tiempo en torno a los problemas de la «*Cultura Política*» ha rendido frutos abundantes. Esto es así hasta el punto de que puede hablarse de la existencia de elementos de una teoría de la Cultura Política, si bien no sin ciertas limitaciones.

No es nuestro propósito escribir sobre el concepto de cultura política o sobre las direcciones actuales de la investigación en este campo⁽¹⁾. La idea general que inspira este trabajo viene determinada por motivaciones de índole práctica muy relacionadas con la reflexión sobre determinados aspectos del proceso de transición política en España y, en particular, por los cambios introducidos en el sistema político a partir de la aprobación de la Constitución de 1.978.

Nos movemos, por tanto, dentro de un centro de interés destacado dentro de los estudios de cultura política, a saber, el de las *relaciones entre ésta y las estructuras o instituciones políticas*. Esta opción tiene, sin embargo, algunos riesgos. Es justamente en este terreno—relaciones entre la cultura política y las instituciones políticas—donde, en ocasiones, se ha devaluado el carácter científico de la investigación, cayendo fácilmente en generalizaciones gratuitas. Algún autor ha prevenido del peligro de transitar por caminos ya conocidos bajo un nuevo camuflaje no siempre clarificador⁽²⁾.

Desde estos presupuestos, las *preguntas iniciales* de carácter gene-

ral que cabría hacerse serían: ¿Qué grado de correspondencia cabe esperar entre la cultura política existente en nuestro país y las pautas de orientación política reclamadas por el modelo constitucional? ¿Qué efectos puede producir el posible desajuste entre ambos niveles? ¿Qué líneas de estabilidad y cambio pueden generarse?

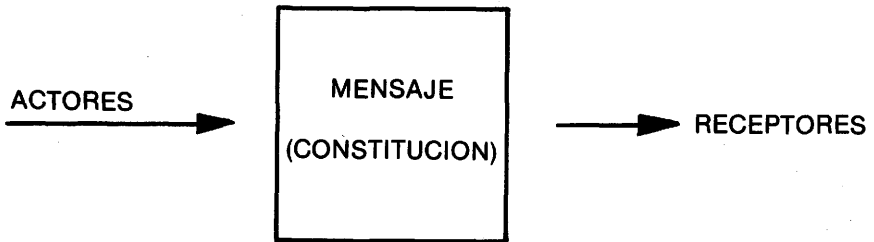
El planteamiento que hacemos a partir de estas cuestiones es más ambicioso que la información o los instrumentos de análisis de que disponemos para su contestación. Exigiría, por de pronto, aislar y considerar los dos elementos de esta relación: *la cultura política existente* y *el modelo pautado que la Constitución establece*. A partir de aquí se abren dos campos diferenciados de investigación: uno, el campo de las *orientaciones* de los individuos y los grupos hacia los objetos políticos; el otro hace referencia a la manera en que se presenta el objeto mismo.

Sobre el primero de ellos se ha producido una investigación muy amplia, desde enfoques sociológicos y de psicología social. Se pretende, sobre todo, conocer los mecanismos de producción y reproducción de las orientaciones políticas, establecer su intensidad, sus condicionantes y, en fin, prever la dinámica de socialización política-cultural futura⁽³⁾. Si esto es así en general, hay que señalar inmediatamente que los problemas que presenta este primer aspecto en el caso español están muy lejos de poder ser resueltos en la actualidad. Suponiendo que exista un acuerdo sobre el concepto de cultura política suficientemente operativo y con capacidad explicativa, no creemos que los trabajos de investigación empírica—siempre escasos—llevados a cabo en nuestro país sobre la materia, proporcionen los datos suficientes para trazar un mapa de las orientaciones macropolíticas de la población y averiguar así los componentes de un sistema de cultura política entre nosotros⁽⁴⁾.

Es por ello que, en el presente trabajo, vamos a limitarnos a ofrecer una aproximación al segundo de los términos planteados anteriormente: ¿Cabe hablar de un modelo de cultura política establecido por el sistema de poder? ¿Es posible analizar los caracteres de tal modelo? ¿Qué materiales deben ser tratados en esta tarea?

Este segundo campo ha sido quizás menos explorado que el anterior. Los objetos políticos (las instituciones, las autoridades, los valores de naturaleza política, etc.) han estado normalmente secuestrados en el ámbito de los análisis jurídicos y dogmáticos. Pero es indudable que los objetos políticos producen por sí mismos la excitación en mayor o menor medida de las orientaciones. No puede desconocerse el potencial simbólico que encierran así como la importancia que para este potencial tiene la configuración que adoptan y sus relaciones internas. Al margen de que posteriormente analicemos más en concreto esta cuestión, es evidente que la configuración que los objetos políticos adoptan viene condicionada por las normas básicas del sistema entre las que se cuentan, en primer lugar, la pro-

pia Constitución. La Constitución, en efecto, tiende a reproducir *de forma ideal* (mediante un modelo de cultura política reclamado) las orientaciones de la cultura política existente. Naturalmente, la reproducción será tanto más fiel cuanto mayor permeabilidad exista entre el sistema social y el sistema de poder (es decir, entre los actores y los receptores).



Este esquema no recoge sino unas relaciones muy simplificadas, pues son mucho más numerosos los condicionamientos del mensaje.

Nosotros vamos a ocuparnos de la investigación de los objetos políticos tal como aparecen reflejados en el mensaje constitucional. Para ello, y en un primer momento, vamos a considerar este mensaje como algo

cerrado y—a partir de aquí—vamos a tratar de identificar los objetos en el seno de un modelo subyacente a la estructura normativa de la Constitución.

Se hace necesario, sin embargo, concretar algo más el panorama que vamos a tratar en las páginas que siguen. Para ello efectuaremos previamente dos breves anotaciones.

La primera de ellas hace referencia a la manera en que se presenta el modelo de c.p. en nuestra Constitución.

Podría decirse, en efecto, que todas las propuestas de cultura política democrática son sustancialmente análogas y que, por tanto, escaso o nulo interés puede tener el análisis de nuestro texto constitucional desde estos presupuestos.

Ciertamente, el constitucionalismo se nutre de la ideología democrática y ésta se presenta como un conjunto relativamente trabado de proposiciones. Sin embargo, de la misma manera que el ajuste normativo del modelo democrático puede adoptar configuraciones institucionales diversas, la adaptación de un modelo de cultura política democrática a una sociedad concreta refleja la preponderancia de unos valores frente a otros: la manera de proyectarse el mito democrático es multiforme y, entre otras cosas, parece estar relacionado con una determinada cultura política preexistente.

Dicho en otras palabras, cada modelo concreto de cultura política responde a una regla predominante en torno a la cual se estructuran las restantes. Si esta regla es, por ejemplo, la que deriva del valor fundamental de la competencia (de la competencia política como motor del sistema) las instituciones políticas tienden a encauzarla, los agentes de socialización a internacionalizarla, etc. De ello se deduce, en primer lugar, que se podría tratar de averiguar la existencia de una tal regla o, al menos, del aspecto o valor especialmente primado en el modelo. A continuación sería posible establecer las posibles congruencias internas con otras reglas del modelo. En tercer lugar, podríamos poner en relación el modelo así descrito con la disposición adoptada por los agentes de socialización y mostrar el grado de correspondencia y funcionalidad entre ellos.

Por último, este enfoque presupone la existencia de un modelo subyacente a las normas constitucionales, con independencia de que éste haya estado presente explícitamente en la conciencia del legislador constituyente.

En realidad—sobre todo en el contexto de un proceso constituyente como el nuestro, mínimamente democrático—los materiales para la construcción del modelo fueron aportados por los partidos políticos que obtuvieron representación e influencia en aquel momento. Estos materiales,

procedentes de campos ideológicos distintos, quedaron estrópicamente diluidos en la esfera autónoma de las normas y las formas constitucionales⁽⁵⁾. Contribuir a perfilar, de alguna manera, estos contornos es una de las tareas de que nos proponemos realizar. Antes, sin embargo, de entrar en ello, conviene dejar mínimamente reseñados algunos conceptos preliminares.

II

Por cultura política entendemos el sistema de reglas, pautas de conducta, valores y creencias acerca de los objetos políticos y en particular de la organización de la vida política.

Considerada de este modo, la cultura política es una manifestación de la cultura como fenómeno social y debe atender tanto las reglas (código de conductas sancionado socialmente), como las pautas de comportamiento (pensamiento y acción de los individuos) y los valores y creencias no siempre subsumidos en las normas prescriptivas⁽⁶⁾.

El concepto de cultura política, acuñado por la sociología política contemporánea, es utilizado aquí en un sentido primordialmente operativo. No puede en este sentido desconocerse las concomitancias y diferencias que cabría señalar con otros conceptos como el de ideología, legitimación y opinión pública.

A diferencia de éste último—que fundamentaría los resultados de la investigación en los datos suministrados empíricamente sin cuestionarse sus causas ni la determinación ideológica de su interpretación—el concepto de cultura política es susceptible de ser puesto en relación con el sistema político (mostrando su correspondencia o no con el esquema de poder establecido en una sociedad determinada) y con los condicionantes que proceden del sistema socioeconómico y las relaciones sociales existentes.

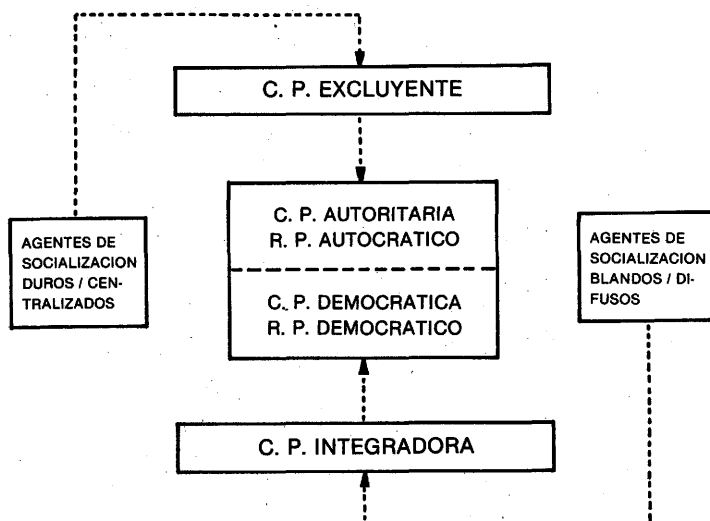
Este enfoque de tipo estructural, si bien contiene ciertas limitaciones, ofrece sin embargo la ventaja de suministrar categorías aplicables a las relaciones entre este nivel y el sistema jurídico-político de cara a fijar sus desajustes y, por tanto, las líneas de estabilidad y de cambio que presumiblemente se general⁽⁷⁾.

Una determinada cultura política se presenta como un conjunto más o menos coherente de proposiciones pautadas de manera tal que la aceptación de una supone una cierta aceptación de aquéllas que necesariamente se correlacionan. Distinguir entre diferentes tipos de cultura política ha

ocupado un lugar destacado en las investigaciones sobre esta materia. La tan comentada obra de Almond y Verba (*The civic culture*) identificaba los componentes de la cultura política democrática presentándola como claramente diferenciada de otros sistemas culturales. Las clasificaciones que se han ensayado—coincidentes en muchos de sus elementos—dependen en todo caso de los presupuestos teóricos de partida y, en realidad, la raíz última se encuentra inserta en el campo de las ideologías.

Sin entrar en este momento en el problema de las determinaciones ideológicas de la cultura política, podríamos partir de una distinción entre dos tipos generales, atendiendo a los efectos que cada uno de ellos produce en la dimensión exclusión-integración.

En el caso de cultura política excluyente estamos en presencia de códigos normativos y actitudes acentuadamente particularistas a partir de los cuales quedan marginados todos aquellos individuos que, por diversos motivos, no las hacen suyas, reforzándose el proceso de marginación de éstos por medio de sanciones morales y procedimientos coercitivos. La naturaleza de este tipo de cultura política implica el empleo de agentes de socialización adecuados, como cierta configuración de la esencia familiar, agentes de socialización duros y fuertemente centralizados (monopolio de la propaganda política, actuación centralizada del sistema educativo, etc.). El empleo de estos agentes de socialización, al margen de los objetivos culturales que se persigan, produce la consecuencia de acentuar la naturaleza excluyente de este tipo de cultura política⁽⁸⁾.



El segundo tipo de cultura política—integradora—se presenta, por el contrario, como *universalista* y el propósito principal que la inspira es producir mecanismos de integración y autorregulación de los conflictos.

El código de sanciones es aquí flexible y actúa buscando el consenso con las normas que despliega. A diferencia del tipo anterior, los agentes de socialización que la dinamizan son más blandos (actúan sin coacción y en la mayor parte de los casos no disponen de respaldo coactivo institucional) y difusos o descentralizados (sistemas educativos con libertad de enseñanza, libertad de expresión, pluralismo informativo, etc.)⁹.

Como en el caso anterior, el empleo de estos agentes de socialización, con independencia relativa del tipo de régimen político, tiende a reforzar la existencia de una cultura política integradora.

La combinación de los dos tipos básicos de culturas políticas con cualquiera de los criterios diferenciadores de los agentes de socialización (grado de coacción, centralización, participación, modo de integración, etc.) daría lugar a otros subtipos, como se muestra en el siguiente cuadro:

		SISTEMA POLITICO	
		AUTOCRATICO	DEMOCRATICO
AGENTES DE SOCIALIZACION	DUROS	C. P. EXCLUYENTE	C. P. ADQUISITIVA
	BLANDOS	C. P. ADSCRIPTIVA	C. P. INTEGRADORA

Todo régimen político concreto reclama un tipo particular de cultura política que allane el camino a la educación de las pautas de comportamiento social con las normas o decisiones procedente del sistema de poder. De esta manera la cultura política actúa, en parte, como *sistema de legitimación*. Así pues, el R.P. reclama una concreta cultura política y, al mismo tiempo, los agentes de socialización gozan de autonomía en el proceso de dinamización del tal cultura política.

Desde estos presupuestos, la concreción de los diferentes tipos de c.p. se correspondería con diferentes regímenes políticos. Los puntos de conexión entre cultura política y régimen político se producirían a tres niveles:

1) Correspondencia (o no) entre las normas culturales y las normas establecidas por el sistema de poder.

2) Correspondencia (o no) entre las pautas de comportamiento existentes y las pautadas por el régimen político y

3) Correspondencia (o no) entre los valores y creencias existentes y las que presupone el régimen político.

El único procedimiento para establecer estas correspondencias es su confirmación empírica.

Ahora bien, nos parece que así como el choque entre las normas impuestas por el sistema de dominación y las normas culturales existentes no produce efecto inmediato de alteración de la estructura de éstas (y durante algún tiempo la inercia cultural anterior subsiste), las pautas determinadas por el sistema de dominación amparadas en la coactividad (castigo/gratificación) se imponen, así como los mecanismos que refuerzan los valores propios de cada régimen político.

III

Hablar de cultura política en general no deja de ser una abstracción convenida que, en cierto modo, vendría a dar cuenta de los perfiles más notorios de lo que podríamos llamar cultura política hegemónica. Pero ello no puede servir para ocultar la existencia—ajustada a la orografía de los diferentes grupos sociales sometidos a relaciones de sujeción/subordinación—de varias subculturas que segregan su manera propia de orientarse hacia los objetos políticos.

Con todo—y este es el punto que nos interesa enlazar con nuestra exposición—las diferentes subculturas políticas consideradas en conjunto o abstractamente están en interrelación con el sistema político de dominación existente.

Esta relación no es en todo momento coincidente, pues las condiciones temporales y la propia lógica del desenvolvimiento de la cultura política no está sincronizada automáticamente con las determinaciones del régimen político, cuyos factores de variabilidad son más aleatorios⁽¹⁰⁾.

De esta manera, cuando la cultura política existente no coincide con el cambio producido en el régimen político, la propia necesidad del régimen de basarse en una determinada cultura que organice las pautas de conducta de los gobernados (entre otras razones, para asentar los mecanismos de su propia legitimidad) hace necesario incrementar la eficacia de los agentes de socialización.

A largo plazo pues, ambos niveles tienden a converger debido a sus mutuas interacciones, pero el problema se plantea de manera especial allí donde los cambios en el dominio del régimen político se producen en una orientación no coincidente en un grado aceptable con la orientación de la cultura política existente, o bien con la falta de identidad o de consistencia suficiente de esa misma cultura.

IV

LA CULTURA POLITICA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La exposición anterior nos ha servido para preparar las categorías con las que abordar el tema de la cultura política desde el análisis del texto mismo de la Constitución española de 1.978.

Como indicábamos en la parte introductoria de este trabajo, la cuestión en este momento reside en averiguar si a lo largo del articulado constitucional subyace un modelo de C.P.

Procederemos, pues, del siguiente modo: trataremos, en primer lugar, de aislar las categorías con que la Constitución expresa su propuesta de cultura política y analizaremos los agentes de socialización que allí aparecen; en segundo lugar, nos adentraremos específicamente en el problema de la cultura política democrática aplicando las categorías enunciadas.

1. *El modelo de cultura política reclamado por la Constitución.*

La primera operación puede consistir en considerar de un modo sistemático las diversas acepciones y enfoques desde los que se aborda en la Constitución el fenómeno de la cultura.

Naturalmente esta labor no puede desconectarse de su combinación con otros enfoques más generales sin los que resulta imposible sintetizar los siguientes caracteres:

1.1. *Cultura integradora*

En el sentido explicitado anteriormente, no sólo en contraposición a un tipo de cultura excluyente, sino en base a que su función principal es la de producir mecanismos de integración y autorregulación de los conflictos⁽¹¹⁾.

Desde la Constitución se concibe el fenómeno cultural como un mecanismo de integración social y es ésta, por cierto, una de las funciones más claras que, en general, desempeña la cultura entendida como parte integrante de la ideología dominante.

El hecho cultural se presenta ente todo en su *dimensión globalizadora* de «todos los ciudadanos»⁽¹²⁾ (art. 44.1, Preámbulo, 5, art. 9.2) y, al mismo tiempo, como una realidad o *manantial dado* al que se tiene derecho a acceder: «Los poderes públicos—dispone el artículo 44.1—promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho».

Esta dimensión *universalista* conecta con los presupuestos ideológicos del liberalismo burgués (en el sentido de que pretende atraer a sus valores a todos los grupos de la sociedad, erigiéndolos en telos universal) pero se separa de ella en un punto: la conformación del orden de la cultura política no queda en manos exclusivamente de la sociedad, considerada como suma de individuos (artículo 10.1) que desarrollan libremente su *personalidad*, sino que los poderes públicos (artículo 9.2., 44.1., etc.) deben actuar para «remover los obstáculos y facilitar la participación de todos en la cultura» (Artículo 9.2).

La función integradora de la cultura política reclamada por la Constitución se pone de manifiesto de un modo particularmente intenso en relación con los sectores sociales presumiblemente más distanciados o marginados de un imaginario centro desde donde se accede fácilmente a la misma, a saber, los jóvenes, el llamado sector de la *tercera edad* y los *condenados* a penas privativas de libertad.

Estos últimos representan la condición límite de marginación al desposeerseles de la libertad misma, y desde los presupuestos anunciados, las penas y las medidas de seguridad que se apliquen tienen el sentido (...el «sentido de la pena» dice el artículo 25.2) de reinserción social, garantizándoseles el «acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Los mecanismos de integración en los circuitos culturales establecidos y la integración de sectores (juventud, tercera edad) relativamente conflictivos justifica el que le les dedique en el texto de la Constitución un lugar destacado (artículos 50 y 48 C.E.).

Conviene apuntar, sin embargo, el diferente flujo de integración cultural que se dispensa a cada uno de estos sectores sociales:

Mientras que para la «tercera edad» la cultura aparece como parte de la *actividad asistencial* de los poderes públicos (y muestra, por tanto, un panorama pasivo y puramente receptivo de consumo cultural que se le supone a este importante sector de la sociedad), la promoción pública (artículo 48) de la cultura entre la juventud tiene una naturaleza *participativa* (...«promoverán las condiciones para la participación»...) y evolutiva (...«en el desarrollo cultural»).

1.2. *Cultura abierta*

Un rasgo ciertamente interesante de la concepción cultural que nos muestra la Constitución es que parte de la cultura como un proceso *abierto* y *evolutivo*, y no como algo inmóvil.

Encontramos en este punto un corte brusco, una manifiesta ruptura con el orden cultural del régimen precedente. Para éste, la cultura se presenta cristalizada (no cristalina) dentro de principios que, por «su propia naturaleza» se pretendían permanentes e inalterables, ignorando que la cultura, como fenómeno que marca el despegue del hombre de la naturaleza, es un hecho histórico y por tanto cambiante⁽¹³⁾. Por otro lado, el régimen precedente propugnaba la socialización de estos valores por medio de agentes duros, jerarquizados y centralizados con el objetivo obsesivo de la manipulación colectiva.

Se ha señalado la propensión del legislados constitucional a dasatar el entramado cultural (de cultura política oficial) propuesto en la situación política anterior. Este hecho aparece de manifiesto en la Constitución y curiosamente tan sólo se hace referencia al patrimonio cultural, es decir, a un bien o conjunto de bienes heredados o acumulados en el tiempo pasado, cuando se plantea el problema de las culturas emergente de los «diferentes pueblos de España» que son culturas, por otro lado, históricamente subordinadas.

La cultura política, contemplada desde el ángulo de la consideración constitucional, se presenta pues como un proceso abierto, susceptible de ser promovido (...«promover el progreso de la cultura...», Preámbulo, 5) y cuya finalidad, pasando por encima del concepto en boga de la «calidad de vida» es el libre desarrollo de la personalidad de los individuos y de los pueblos de España (Preámbulo, 4... «Proteger a todos los españoles y pueblos de España... en el ejercicio... de sus culturas...»).

Este sentido direccional y dinámico encaja perfectamente en la tan comentada expresión, acuñada en el párrafo 6 del Preámbulo de «establecer una sociedad democrática avanzada».

En efecto, la existencia de una cultura política abierta en el sentido definido y, por tanto, sin límites prefigurados e inmutables, implica la posibilidad de la determinación democrática de la misma en cada momento

histórico. Se trata, ante todo, de una no absolutización del momento presente, que es tan sólo un punto de partida, y de su evolución progresiva como resultado de la autodeterminación democrática⁽¹⁴⁾.

1.3. *Cultura plural y multipolar*

Esta característica pretende dar cuenta del complejo fenómeno de la articulación en el sentido de una cultura política globalmente considerada de una multitud de subculturas sociales.

La Constitución, en efecto, hace del pluralismo político (artículo 1.1.) una categoría definidora de los valores que informan el modelo de Estado («...libertad, justicia, igualdad y pluralismo político») en la medida en que acepta y parte de la existencia de hecho de un pluralismo social.

Desde estos presupuestos, la concepción de la sociedad, como es obvio, responde a una imagen de sociedad configurada por grupos en los que el individuo se inserta (artículo 9.2) y que son, a su vez, centros generadores de cultura política.

Multipolaridad y pluralismo son así características que mutuamente se reclaman. La importancia de este hecho es puesta de manifiesto en la medida en que la propia Ley que regula las expresiones culturales de los grupos *políticos* (en conexión con el artículo 6) y *sociales* debe respetar el «pluralismo significativo» de tales grupos a la hora de que éstos utilicen los canales de los medios de comunicación (artículo 27.3).

Pero el pluralismo y la multipolaridad no tienen sólo un significado como sustrato efectivo de la sociedad global sino muy especialmente en cuanto se refieren a la cultura propia de los diferentes pueblos de España.

Se trata éste quizás del aspecto primordialmente contemplado por la Constitución y al que van referidos la mayor parte de los textos. Las razones de ello pueden ser varias, pero destaca especialmente la confesada intención del legislador constitucional de compensar a las culturas periféricas del Estado de la postergación a la que históricamente se han visto sometidas, motivando, en consecuencia, una actitud protectora (esto es, del Estado como totalidad hacia las culturas periféricas; así el Preámbulo 4: «...Proteger... a los pueblos de España en el ejercicio de sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»).

En el nivel en que nos movemos, la presentación de este aspecto no está exento de cierto idealismo: la Constitución plantea (como tendremos de ver más adelante) la reducción de los posibles conflictos que se derivan de la previsible dinámica contrapuesta de la cultura política periférica frente al centro, en el dominio del Estado como totalidad, de la misma manera que el idealismo supone al Estado como instancia superadora de los conflictos de la Sociedad, o de la razón coherente como superación de las contradicciones personales.

De esta manera se perfila el Estado como sujeto protector (Preámbulo 4) de las diferentes culturas populares y, en especial, esta función protectora se subraya en el vehículo cultural por excelencia que es la lengua:

«La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un *patrimonio cultural* que será objeto de especial respeto y protección» (artículo 3.3.) si bien, la labor de fomento de las culturas autóctonas las reserva (incluida la de la enseñanza «en su caso», artículo 149.1.17) a la actividad derivada de la asunción de competencias de las Comunidades Autónomas.

LOS AGENTES DE SOCIALIZACION EN LA CONSTITUCION: CARACTERISTICAS GENERALES.

La distinción antes efectuada entre agentes duros y centralizados, de una parte y blandos/descentralizados de otra, pretende dar cuenta tanto de la intensidad de la coacción con que estos operan como del nivel de dependencia de un centro o centros desde donde se controlan en cascada. Resulta, no obstante, claro que otros criterios podrían tenerse en cuenta también para completar la imagen característica de tales agentes y a ello haremos referencia más adelante.

El tratamiento del tema en la Constitución, en orden a mostrar su congruencia con la definición dada de cultura política (abierta, integradora, plural y multipolar), exige previamente realizar una doble consideración: En primer lugar habría que concretar la *ubicación* de los a. de s.; después señalar su naturaleza y su modo de funcionamiento con arreglo a los criterios pertinentes.

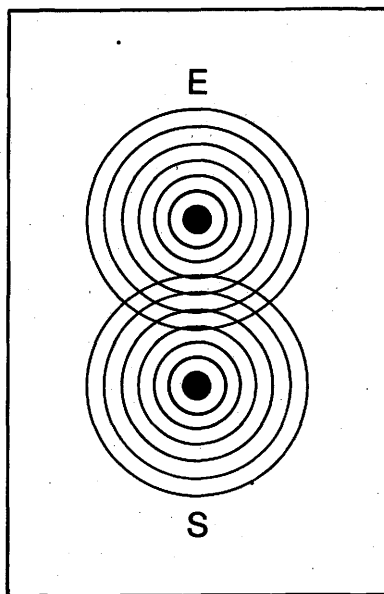
1. Identificar la *ubicación* de los distintos agentes de socialización en la estructura política permite solucionar algunos problemas, en especial, de cara a la interpretación de su presencia en la Constitución.

Desde el ángulo de la teoría liberal clásica del Estado que parte de una neta distinción entre la esfera de la Sociedad y del Estado, los agentes socializadores de la cultura política pueden ser fácilmente detectados. En esta visión, el Estado debe adoptar a lo sumo una actitud vigilante hacia los problemas que se plantean en la Sociedad pero no intervenir ni ingerirse en su dinámica (confiando en la autorregulación de los conflictos merced al funcionamiento de «leyes naturales»). Los a. de s., en este planteamiento, se mueven en la Sociedad, surgen de ella y cumplen sus cometidos en este ámbito.

Desde el ángulo de una teoría política autoritaria, por el contrario, al no partir de la autonomía de la Sociedad sino de la exigencia de preponder

a su estatalización, los a. de s. se legitiman desde los objetivos propuestos por el Estado y actúan con el poder institucional que se les confiere.

Ninguna de estas dos visiones se adecúa a la manera en cómo se presentan las relaciones entre las esferas social y estatal en las democracias industriales avanzadas. La misma denominación reconocida constitucionalmente en algunos casos *Estado-Social*, da ya idea de que las dos esferas han entrado en un contacto profundo y que se ha producido en proceso simultáneo de socialización del Estado al mismo tiempo que una estatalización de la Sociedad⁽¹⁵⁾.



Su ubicación es, por tanto, compleja pudiendo insertarse en la zona de contacto o más o menos distantes de los centros respectivos. En cualquier caso están impregnados de la misma complejidad que el sistema y su naturaleza no es separable de la red de conexiones estatal-social.

Es por ello que en el nivel de la cultura política, la presencia del Estado mediante la acción de los poderes públicos es una constante y que tengamos que comenzar por despejar esta cuestión para adentrarnos después en los agentes concretos de socialización.

LOS PODERES PUBLICOS Y SU ACCION DE CARA A LA CULTURA POLITICA.

En primer término hay que precisar qué se entiende por *poderes públicos* y determinar cuál es la índole de su actuación en este terreno.

La Constitución, pese a emplear el concepto profusamente, no define qué entiende por *poderes públicos*. La expresión, no obstante, indica que se trata de poderes que están investidos de autoridad, de la autoridad del Estado, y se encuentran sometidos, por tanto, a los límites propios del Estado de derecho (art. 9.3). La Constitución garantiza la... interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (9.1. C.E.).

Podríamos, no obstante, preguntarnos si la expresión empleada—que pluraliza el sustantivo—se está refiriendo a todos los poderes del Estado en su división clásica o tan sólo a una parcela de ellos, concretamente, al *poder ejecutivo*: La respuesta en este sentido parece apuntarse en el texto del artículo 53.3, donde tímidamente se esboza (seguramente debido a las ideas subyacentes al legislador constitucional que, por otro lado, en parte alguna cita la consagración del principio de la división de poderes) la distinción entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial:

«...El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la *legislación positiva*, la *práctica judicial* y la actuación de los *poderes públicos*...».

No es ésta, sin embargo, la opinión que mejor puede sostenerse si tenemos en cuenta, al menos en relación con el análisis planteado, la naturaleza y las funciones de éstos de cara a la problemática de la cultura política. Y ello es así porque, si bien es cierto que es el poder ejecutivo y el conjunto de las administraciones públicas quien potencialmente tiene en sus manos los principales resortes para accionar los agentes de socialización e impulsar la cultura política por el camino auspiciado por la Constitución, resultaría incoherente, a tenor de las propias disposiciones constitucionales, que la acción de los poderes públicos se redujera a este solo sujeto.

Y esta es justamente la única manera de interpretar correctamente tanto el art. 9.2 (disposición de carácter general) como al art. 44.1, de donde se deduce la actuación combinada de todos y cada uno de los poderes del Estado (por vía de legislación, de acción judicial y de acción ejecutiva).

Sólo de esta manera puede ser entendido el inciso final del artículo 53.3, puesto que, en buena lógica teórico-constitucional, las funciones de uno de los poderes del Estado no pueden realizarse sin alinearse con el resto de los poderes del Estado.

Despejada esta interrogante, cabe ahora que nos planteemos la manera *cómo se comportan* los poderes públicos, el grado de coacción que conlleva su actuación así como el grado de centralización con que operan.

En primer lugar, respecto del grado de centralización, la conclusión es evidente: La acción de los «*poderes públicos*» viene ajustada a la arquitectura constitucional compleja del Estado de las autonomías y discurre a través de todas las instancias descentralizadas del Estado. Esta configuración, dota a la acción de socialización de los poderes públicos de una característica *cuasi-difusa* (o, al menos, no rígida y centralizada) desde el momento en que las pautas de socialización que impulsen pueden llegar a ser diferentes o, incluso, contrapuestas (arts. 148 y 149 C.E.) (supra pág.).

Junto a ello, la acción de socialización política de «*los poderes públicos*» fluye de forma no coactiva, por vía de convencimiento y no de sanción.

Así lo confirma la expresión verbal utilizada en el texto constitucional al referirse a ellas. Los poderes públicos no *imponen* una determinada cultura política (tentación vedada puesto que el «*libre desarrollo de la personalidad*» es el fundamento del orden político y la paz social, art. 10.1) sino que se limitan a *impulsar, proteger, promover, hacer efectivo*, etc. el acceso y el desarrollo de la cultura política.

Estas razones no deben llevarnos a la impresión de falta de inoperancia de los poderes públicos en esta parcela, sobre todo, dada la variedad y sofisticación de los resortes que se encuentran en sus manos⁽¹⁶⁾.

La omnipresencia de los poderes públicos, de una u otra manera, en las principales instancias de socialización (vide arts.) muestra hasta qué punto, en la conciencia del constituyente español, se planteó la necesidad (en correspondencia con el modelo de Estado Social) de compensar la socialización política emanada de agencias tradicionales y *adscriptivas* con pautas de socialización *adquisitivas y modernizadoras*⁽¹⁷⁾.

Hemos partido de la caracterización de los agentes de socialización y los efectos relativamente autónomos que producen en la formación y transformación de la cultura política, basándonos en dos rasgos principales: su determinado grado de coacción, es decir, del grado más o menos compulsivo con que llevan a cabo su papel socializador, y su nivel de dependencia de un centro dirigido hacia objetivos políticos de estabilidad/cambio.

Es evidente que estas dos notas, por sí solas, no pueden dar cuenta de toda la variedad con que los diferentes agentes se presentan en la realidad.

Resulta, a la vez muy significativa la manera cómo éstos llevan a cabo su función. Desde este punto de vista se ha hablado de agentes primarios

y agentes secundarios. Los primeros estarían en relación con las estructuras grupales primarias (la familia, los grupos de edad, por ejemplo) y se caracterizarían porque sus mensajes se formulan y concretan a tenor de las relaciones comunitarias que se dan en el interior de dichos grupos. Los segundos, los agentes secundarios enlazarían, por el contrario, con el *plano social*, utilizando principalmente un tipo de mensaje *racional*, conecta do con la realización de objetivos globales de la sociedad.

Parecida distinción podrá establecerse entre agentes adscriptivos y adquisitivos.

De esta manera, junto a estos dos criterios básicos—grado de centralización/grado de coacción—se podrían añadir otros criterios de distinción significativos: por el grado de *participación* que permiten, es decir, por la influencia que en el comportamiento de a. de s. tienen sus propios receptores, se ha distinguido entre *agentes fríos* y *calientes*, expresiones tomadas del análisis semiológico⁽¹⁸⁾. Por otro lado, el modo de integración y el grado de integración que producen permitiría hablar de agentes adscriptivos y dispositivos, o agentes que actúan en medios *societarios* o *comunitarios*.

Las dificultades que se presentan a la hora de aplicar estas categorías al *elenco de agentes* sonalizadores que se desprenden del modelo de *cultura política* son evidentes. No es ésta quizás la tarea que convenga realizar en este momento.

Un primer aspecto que conviene registrar es la orientación general que el constituyente ha marcado a los diversos agentes concretos de socialización—Iglesias, partidos políticos, masa media, sistema educativo, agente familiar, etc.—respecto a su actuación difusora de los valores políticos culturalmente pautados en el ordenamiento constitucional.

El análisis de los textos permite avanzar una afirmación inicial: el nivel de permisibilidad ofrecido al desenvolvimiento espontáneo de los a. de s. es *relativamente elevado*. Encontramos pocas limitaciones que sirvan de *marco* a la actividad que pueden desplegar en este terreno: El precepto contenido en el art. 27.2 sería un ejemplo cuando señala que el objetivo de la «*educación*» es «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los *principios democráticos* de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»; texto que no llega a expresar contundentemente su finalidad, como lo hace la Ley Fundamental de Bonn, al señalar que «*la libertad de enseñanza no exige de la fidelidad a la Constitución*» (art. 5⁽¹⁹⁾). Otro caso podría detectarse en el art. 20.4 cuando al hacer referencia a la libertad de expresión (inmediatamente después de hacer mención de los *mass media*) se refiere vagamente a que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los *derechos reconocidos* en este Título» 6T. 5 C. II), fórmula ésta que contrasta de nuevo con la simétrica alemana cuyo controvertido párrafo 18 penaliza severamente con la pérdida de los derechos fundamen-

tales de la libertad de opinión, «particularmente de la libertad de prensa» a quien «para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos».

Fuera de estos dos ejemplos, ningún otro podría aportarse salvo, quizás la norma general contenida en el (art. 9.1) que tiene una función distinta. Por su parte, las referencias que los arts. 6 y 7 hacen de los Partidos Políticos y Sindicatos de que su actividad es libre «dentro del respeto a la Constitución y a la Ley» (su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos) constituyen una formulación innecesaria y carente de virtualidad—como se ha señalado⁽²⁰⁾—al no existir órgano *directamente fiscalizador* de las condiciones internas de vida democrática⁽²¹⁾.

Un segundo aspecto, de carácter general, convendría destacar. Mientras que en relación con los agentes predominantemente adscriptivos (agencia familiar, Iglesias, etc.) los poderes públicos se limitan a «asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39) (e intervenir en el caso de que ésta en la regulación de las condiciones del matrimonio y de su disolución que permiten el aseguramiento y reproducción de la institución) (art. 32.2) o a garantizar la libertad de las Iglesias (art. 16), la concepción *constitucional* sobre la naturaleza de los agentes de tipo *adquisitivo* se asemeja más a la propia de los «*poderes públicos*».

Como hemos *sugerido con anterioridad*, el desarrollo del modelo constitucional de cultura política gravita *alrededor* de la acción de *agentes adquisitivos*, más semejantes por los *medios* de que se valen para emitir sus mensajes al propio Estado y, por tanto, compatibles en mayor medida con éste. El *complejo educativo* o los *mass media* se sitúan en la zona *pública-privada* y, al menos en parte, no son sino una prolongación relativamente autónoma de la acción estatal. En los segmentos de estos complejos controlados por los poderes públicos (centrales y periféricos) el grado de *participación previsto* idealmente es elevado: Respecto a los «*medios de comunicación social*» en el art. 20.3 se garantiza «el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos»; en relación al sistema educativo, el art. 27 recoge la necesaria intervención de los distintos sectores interesados en el «*control* y gestión de todos los centros escolares sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca». Las restantes características (grado de centralización y de coacción) son análogas a las que hemos atribuido a los poderes públicos. Y también aquí cabe la posibilidad de que se generen dinámicas de culturas políticas opuestas.

NOTAS:

(1) Los recientes trabajos de *Javier Roiz* nos han puesto en contacto con la problemática actualizada en torno a las investigaciones sobre *cultura política*. «Cultura política y socialización», Teide, Barcelona, 1.981.

(2) *Pye, L. W. Enciclopedia Internacional de las ciencias Sociales*. Aguilar, Madrid. 1.973.

(3) *J. Roiz*, ob. cit. pp. 202-229.

(4) La afirmación de que no disponemos en España de datos empíricos suficientes, creo que puede mantenerse. Quizás conviniera matizarla en el sentido de que faltan sobre todo análisis globales sobre el tema. Con todo, no pueden olvidarse las investigaciones sobre aspectos parciales de la cultura política española correctamente tratados.

(5) La significación de los aportes suministrados por los partidos políticos, en particular, por lo que se refiere al mundo de los valores políticos, debe ser relativizada. Como ha puesto de manifiesto *Silvio Basile*, el lenguaje propiamente político (presente, por ejemplo, en la Constitución Republicana de 1.931) ha dejado paso al lenguaje de los juristas y a la influencia de la dogmática alemana del derecho público con ocasión de la redacción de la constitución de 1.978. «Los juristas—dice este autor—han asumido este papel por razones políticas precisas. La moderación, que domina la política española ha encontrado una buena forma de expresión en el lenguaje y en las ideas de los juristas, que son moderados por razones inherentes a su oficio de hombres de leyes y también—al menos en Europa Continental—por causa de la influencia doctrinal alemana». *S. Basile*, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas». En la «Constitución española de 1.978» edit. Civitas, Madrid 1.980, pp. 263-319.

(6) Es esta una definición aproximativa extraída del concepto antropológico de cultura. Aunque no exenta de cierta ambigüedad, permite sin embargo destacar tres niveles con sustantividad propia (normas, pautas de comportamiento y valores y creencias) muy apropiados para un enfoque estructural de sus relaciones con el sistema político. Por otro lado, se pretende evitar un enfoque excesivamente psicologista, centrado en el concepto de orientación. «Las normas» expresarían lo que algún autor como *A. Kardiner* ha denominado instituciones culturales secundarias, representaciones colectivas que reflejan la «personalidad de base». Las pautas de comportamiento (pensamiento y acción de los individuos y los sujetos grupales) son, en último término, las conductas observables al margen de su «tamización» por las orientaciones culturales. Los valores y creencias expresan, por su parte, inclinaciones hacia objetos inexistentes en ese momento. En esta línea, *Vide, Kardiner, A.: El individuo y su sociedad*. Mex. F. C. E. 1.968, 2.ª edición. *Benedict, Ruth: El hombre y la cultura*, EDHASA. Barcelona, 1.971. *Fichter, Joseph H. «Sociología»*. Barcelona, Herder, 1.969. *LINTON R., «Cultura y personalidad»*. Mex. F. C. E. 1.969. 3.ª reimpresión. «Estudio del Hombre», Mex. F. C. E. 1.963, 7.ª edic.

(7) Las relaciones entre la cultura política y el sistema político es un tema clásico. Su punto de partida consiste en considerar que el sistema político no es una emanación directa de una determinada cultura política (*Roiz*, ob. cit. pag. 216). Precisamente—dice este autor—este punto, viene a deshacer la trivialización psicológica tradicional para la cual la estructura política de un país corresponde a su cultura, dará lugar a la aparición de nuevas creaciones: «En otras palabras, que la cultura política de un país y su estructura política vigente son genéticamente independientes mientras no se demuestre lo contrario, si bien es evidente su interacción».

(8) Cfr. *McClosky, H.: «Consensus and Ideology in American Politics»*, en *American Political Science Review*, 1.964. *Eysenck, H. J. The Open and Closed Mind*, Basic Books, New York, 1.960. *Adorno, T. W. The Authoritarian Personality*, 1.950.

(9) El elemento participativo incorporado por una determinada cultura política ha servido de categoría para distinguir ésta de otros tipos de cultura política como la cultura «parroquial». *Vide. Almond y Verba, «The civic culture»*, N. York, Little, Brown and Co., 1.965.

(10) Según Eckstein, las orientaciones políticas asumidas por el individuo se caracterizan por su inercia, cualidad que a su vez implica que los cambios políticos radicales, en caso de producirse, necesitan períodos largos (15 a 20 años) para ser efectivos y no sólo aparentes. Si el cambio político no dura lo suficiente, su efecto es más aparente que profundo (vide *J. Roiz*, ob. cit.).

(11) La dimensión integradora que encierra la propuesta constitucional, no debe hacer olvidar la posibilidad de que pueda asentarse precisamente *aquí* una práctica excluyente hacia aquéllas que no se identifiquen con las pautas constitucionales y con la interpretación política de las mismas. El caso de la República Federal Alemana y el «Berufsverbot», es elocuente, vide C. U. *Schminch-Gustavus*. «El renacimiento del Leviatán. Libros de confrontación, Traducc. española, 1.ª edición, Barcelona, Enero 1.982.

(12) Vide, *Raúl Morodo* «Proceso constituyente y nueva constitución española: anotaciones al preámbulo constitucional, en BDDPI, n.º 1, 1.978.

(13) Esta la idea de cultura más cercana a la concepción roussosiana en la que, de algún modo se ha bebido siempre. Conviene, sin embargo, apuntar las conocidas tesis de Lévi-Strauss para quien la cultura proviene de un corte de la realidad natural según las leyes de la mente humana: «la cultura no está en la naturaleza ni fuera de ella, sino que participa de una estructura de conjunto en la que el hombre, como sujeto y referencia absolutos, está excluido». Vide Lévi-Strauss, «El pensamiento salvaje». Mex. Breviario F.C.E. 1.970, 1.ª reimpresión.

(14) Vide. *Abendroth. W.* «Sociedad antagónica política». Traducc. española. Grijalvo, Barcelona, 1.972.

(15) Con referencia a la opinión pública—resultado en cierto modo del papel de los agentes de socialización—HABERMAS señalaba que con la concentración del capital y el intervencionismo, surge una nueva esfera «a partir del recíproco proceso de socialización del Estado y la Estatalización de la sociedad. Esa esfera no puede ser ya concebida ni como esfera puramente privada, ni como esfera genuinamente pública», *J. Habermas* «Historia y crítica de la opinión pública», traducción española, G. G. Mass Media, Barcelona, 1.981. Vide, M. García Pelayo, «El estado de transformación». Edit. Ahanza Universal, Madrid, 1.978. Desde otra perspectiva, vide, M. Morissi, ob. cit. pp. 384-387 y nota 25.

(16) Ello no quiere decir que, a pesar del marco descentralizado desde el que operan los «poderes públicos» no pueda darse una centralización progresiva de los aparatos represivos que actúan también de cara a la socialización política por métodos coactivos, utilizando la Constitución como excusa. Para una visión crítica con referencia a la situación de la República Federal Alemana, vide C. U. *Schminch-Gustavus*. ob. cit. p. 60 y ss.

(17) Vide. Murillo, «Estudios de Sociología Política», Tecnos, Madrid, 1.969.

(18) Vide. *MacLuhan*, «Mensaje el message». Traducc. francesa. Pauvert. París.

(19) Sobre el concepto de fidelidad a la Constitución y la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional alemán, vide *Gustavus ob. cit.* p. 2.

(20) La doctrina jurídico-constitucional española ha señalado el *grave inconveniente* de la ausencia de fiscalización de las condiciones democráticas de los partidos políticos que impide la plena constitucionalización de éstos. Vide, entre otros, *P. Lucas Verdú*.

LOS ORGANISMOS INSTITUCIONALES DE LOS AYUNTAMIENTOS

Por Vicente BOIX REIG

Profesor de Derecho Administrativo

S U M A R I O

- 1.—La organización y el ordenamiento administrativo.
 - 1.1. La organización social.
 - 1.2. El ordinamentalismo.
 - 1.3. Organización y ordenamiento.
- 2.—La aplicación de la anterior corriente de pensamiento al Derecho municipal español.
 - 2.1. De la atribución de competencias a organizaciones municipales.
 - 2.2. Los valores localistas.
 - 2.3. La atracción centralista sobre la Administración institucional.
- 3.—Ordenamiento y organización institucional municipal.
- 4.—Análisis ordinamentalista sobre los Entes institucionales de los Ayuntamientos.
 - 4.1. La creación del Ente institucional municipal.
 - 4.2. El ordenamiento del Ente institucional municipal.
 - 4.3. Análisis tipológico de los organismos institucionales de los Ayuntamientos.
 - 4.3.1. De la Mancomunidad.
 - 4.3.2. Del Consorcio.
 - 4.3.3. De la Agrupación.
 - 4.3.4. De la Fundación pública de servicio.
 - 4.3.5. De la Sociedad municipal.
 - 4.3.6. De la Empresa mixta.

1.—LA ORGANIZACION Y EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1.—*La organización social*

Las teorías sobre la organización administrativa se han visto enriquecidas en los últimos tiempos con importantes aportaciones provenientes del campo de las Ciencias sociales. Las que han puesto de relieve, el fenómeno creciente de la autoafirmación de los colectivos sociales.

El ordinamentalismo jurídico-administrativo constituye la aportación doctrinal más notable dentro de esta línea de pensamiento: se apoya en el formalismo keynesiano, y desde él se acerca al fenómeno social, buscando un difícil maridaje a fin de recomponer con realismo la comprensión jurídica de la estructura organizativa del Estado:

Dice SANTI ROMANO⁽¹⁾ que «la llamada crisis del Estado moderno implica por de pronto la tendencia de una serie enorme de grupos sociales, a construirse cada uno de ellos un reducto jurídico independiente»; concluyendo, «toda fuerza que efectivamente sea social, se transforma por ello mismo en Derecho».

Pudiéndose concluir en la conveniencia de que el Derecho reconozca a tales fuerzas sociales, siempre que éstas estén revestidas de la cualidad de ser identificables por el propio ordenamiento, y en la medida en que se encajen dentro de los marcos autorizados por el poder soberano del Estado.

Una construcción doctrinal de tal calidad parece atractiva y abre los estudios de Ciencia política a nuevas fronteras, ampliando, no sólo los horizontes del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, sino también los mismos criterios inspiradores de la distribución de competencias y de imputación de responsabilidades dentro de la Administración pública. Es por ello por lo que, como dice MARTIN RETORTILLO, S.⁽²⁾, «la tesis ordinamentalista es frecuentemente asumida por distintos autores como punto de partida para llevar a cabo posteriores investigaciones».

1.2.—*El ordinamentalismo*

Quizás más mediterránea y sugestiva la de HAURIUO, y quizás más rigurosa la construcción del precitado profesor italiano, tienen ambas un mismo molde originario en la Escuela de Viena: el orden jurídico, asentado en el «yo social», se refleja en las normas jurídicas. Ese «yo social» es toda fuerza que efectivamente sea social, es decir que esté organizada, o lo que es lo mismo, que esté institucionalizada. La institución deviene así en la manifestación originaria y esencial del Derecho. Y avanza esta doctrina afirmando que una institución adquiere el carácter de «persona», esto es de sujeto de derechos, cuando bien por su propio ordenamiento, bien por otro ordenamiento causante o causado por aquél, se califique como Ente

con voluntad propia. Concluyendo por afirmarse que una organización o institución debe calificarse de «persona», cuando su misma estabilidad social trascienda y cree orden jurídico: estamos ante una singular concepción del derecho estatutario o conformador de personas.

El peligro de esta doctrina puede presentarse cuando se intente trasladar los centros de imputación social, del individuo a la institución, pues ello puede deslizar las conclusiones por sendas totalitarias. Quizás por eso Hauriou acomete una ardorosa revisión del esquema rousseauiano sobre la significación del grupo social, con sutiles distingos entre fuerza y poder, más atractivos que convincentes.

Parece que la tesis ordinamentalista es válida para plantear a nivel organicista la pluralidad y la indeterminación de las personas jurídico-públicas en el Estado. E incluso parece útil para definir el criterio ordenador del reparto de competencias administrativas. Pero quizás esta teoría sea insatisfactoria para explicar y fundamentar la dialéctica individuo-Estado, libertad-Poder.

1.3.—*Organización y ordenamiento.*

El ordenamiento jurídico abstracto, es decir la organización social estable, se refleja formalmente en normas jurídico-positivas. Cuya función primordial será la de reconocer o regular a esas organizaciones naturales, calificándoles de organizaciones jurídicas.

Cuando una norma jurídica no refleja fielmente a la organización social, habrá que cuestionar su legitimidad. Organización, ordenamiento abstracto y norma positiva, puede ser el esquema de este Derecho de las organizaciones o de las personas jurídico-públicas, que figurativamente se manifestará como la clásica pescadilla que se muerde la cola.

Fundamentar en la misma «organización social» al entramado orgánico del Estado, precisa de algunas puntualizaciones:

a) Parece difícil que el Poder pueda detectar y dar soporte jurídico con agilidad, a las nacientes y dinámicas organizaciones, así como a los conjuntos humanos más o menos espontáneos que brotan en la sociedad. Lo que aconseja establecer en el Derecho positivo, unos entramados jurídicos muy primarios, con unos cauces formales más o menos generosos, que posibiliten la autonomía de las organizaciones que se vayan manifestando en la vida social. Decía DE LOS RIOS⁽³⁾: «El Estado no es el único órgano en la producción del Derecho, sino el órgano más importante». La afirmación tiene hoy su mejor actualidad.

b) Parece igualmente difícil prescindir de la figura de la «personalidad», pues se precisa de alguna técnica para la imputación de responsabilidad a cualesquiera Entes. Pero será conveniente, ya que no prescindir de

esta figura sobre la que se sigue sosteniendo el andamiaje jurídico del Poder, sí modificar las reglas de su uso, a fin de darle más elasticidad, introduciendo un más rico pluralismo en el cuadro de Organismos con competencia para impartir esta vestimenta jurídica.

c) De algún modo los dos postulados que anteceden, están llamando a una revisión o reencuentro, en definitiva a una reafirmación entre las diversas «organizaciones sociales» y sus respectivos «yos jurídicos». A fin de que se adscriba a las auténticas «organizaciones espontáneas de la sociedad» y sólo a ellas, los definitorios protagonismos político-administrativos en la vida pública. Huyendo de los eufemismos y de las pueras jurídicas en el vacío, a las que tan acostumbrado ha venido siendo nuestro legislador administrativista⁽⁴⁾.

d) Y sintetizando, se debería subrayar la necesidad de que exista un reconocimiento a nivel de Ley formal, de la capacidad de las organizaciones para imprimir dinamismo a su «ordenamiento singular», y de que al mismo tiempo este ordenamiento singular capacite a su respectiva organización a autodictarse las normas positivas que deban regir la convivencia entre los propios miembros del mismo grupo social, y de éstos con otros ciudadanos o con otras organizaciones.

2.—APLICACION DEL ORDINAMENTALISMO AL DERECHO MUNICIPAL ESPAÑOL.

2.1.—*De la atribución de competencias a organizaciones municipales.*

Es un hecho, y la doctrina⁽⁵⁾ y la jurisprudencia⁽⁶⁾ lo han detectado con profusión, que como resultado de un largo proceso de empobrecimiento y languidecimiento de la vida local, el Poder ha descuidado a los Entes locales a la hora de distribuir competencias o de asignar cometidos de interés general. Se podría citar como ejemplo significativo al fenómeno del urbanismo, respecto al cual SERRANO y GARCIA DE ENTERRIA entre otros⁽⁷⁾, han puesto de relieve que la presión de la concentración humana en las ciudades y que la influencia de la formación social industrial sobre las pautas urbanas, son tan evidentes que muchos de los males del raquitismo y de la hipertrofia de la vida local, derivan de la falta de un auténtico Poder municipal—atribución de competencias y dotación de medios para cumplir los fines—capacitado para contestar con eficacia a las demandas de la nueva sociedad.

El paquete de competencias públicas, no se ha adjudicado precisamente a la Administración municipal. ¿Fue acertada, lo es hoy día una decisión de tal calidad, que al desvincular a los centros organizativos municipales de los problemas socio-económicos modernos, los condenó a un oscuro ostracismo en el que continúan?

¿Qué contestación pueden dar a las debilitadas Administraciones municipales, las corrientes doctrinales ordinamentalistas, que buscan el engarce directo de la responsabilidad jurídica con las organizaciones sociales generadoras de Derecho?

¿Sería interesante superar los dogmatismos de la estrecha teoría de la personalidad jurídico-pública, para abrir cauces a la asignación de responsabilidades a una mayor variedad de organizaciones?

¿Podrá vigorizar el pensamiento ordinamentalista a los Entes institucionales de los Ayuntamientos, que siguen ofreciendo en la actualidad un penoso y raquítico balance de realizaciones?

¿Cómo debe configurar nuestro Derecho a estos Entes?. Nuestras Leyes se muestran con frecuencia preocupadas en contraponer al Poder central, amplias, abstractas y vaporosas competencias municipales vacías de contenido. Frente a esta corriente habrá que ir pensando que en el tablero estatal del reparto de las competencias públicas es necesario reservar un espacio no sólo a los Entes locales en general y a los municipales en particular, sino también dentro de estos últimos a sus Organismos institucionales. Es más, parece necesario concretar con rigor jurídico cual es exactamente el espacio que metodológicamente corresponde a los Entes institucionales de la Administración municipal.

El tradicional recelo legislativo en la eficacia operativa de los Ayuntamientos, y de las otras instancias locales y regionales, ha situado en la órbita centralista a buena parte del paquete de competencias públicas. Si no hubiera recelos ni prejuicios, las funciones municipales podrían ser más ricas. Habrá que someter a profunda revisión los criterios utilizados por el Estado para el reparto de competencias entre la Administración central y la municipal y naturalmente las otras instituciones locales y regionales, y bien podrá utilizarse la tesis ordinamentalista para tal depuración. Ya que parece incuestionable que el «yo social», célula primaria de la tesis ordinamentalista, es fácilmente detectable en los variados círculos municipales en los que se administran intereses públicos.

El «yo social» detectable en los círculos municipales constituye una organización social de mayor o menor calidad, que demanda una más amplia aceptación formal por el Derecho positivo del Estado; un más adecuado cauce jurídico para su expresión y su desarrollo.

2.2.— *Los valores localistas*

El problema estará en definir cuáles son los valores localistas que deben alentarse en cada coyuntura histórica. Por esta vía creemos:

a) Que los valores localistas existentes en un lugar y en un momento determinado, tendrán que ser detectados y tendrán que venir dados en su

valor contingente y en su tensión dinámica, por la Ciencia y por la Sociología políticas. Esos valores concretos reflejarán la específica fuerza del conjunto social de que se trata.

b) Que un buen número de organizaciones municipales puedan ser reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo. Tanto las territoriales como las institucionales.

La existencia jurídica de estas organizaciones municipales será la natural contestación del Derecho a las tendencias de la propia vida local. Valorar la bondad de un tal reconocimiento por el Derecho, es seguramente una necesaria tarea crítica.

c) Que el conjunto de organizaciones socio-económicas, sin las cuales no puede entenderse ni la vida moderna en general ni la vida municipal en concreto, es tan variado y cambiante que debe entenderse en permanente revisión. Revisión de las organizaciones, revisión de la esfera de poder a la que se adscribe una organización determinada, y revisión de los grados de poder de las diferentes organizaciones. Los valores locales habrá que captarlos en cada coyuntura, y son algo discutible y por supuesto contingente. En cada circunstancia histórica debe haber una definición, una contestación del Derecho positivo a estos interrogantes, y ese mismo Derecho positivo deberá ser concreto en sus definiciones.

La dificultad y aun la imposibilidad de que un Derecho positivo pueda ser exhaustivo en su regulación, aconseja que ésta se realice con pautas indicativas, dentro de las cuales sea posible graduar la intensidad de las competencias con que conviene juridizar la capacidad operativa de cada organización.

La clave de bóveda para la armónica coexistencia del ordenamiento jurídico-positivo del Estado, con los ordenamientos jurídicos que puedan surgir de las organizaciones espontáneas de la sociedad, no parece que pueda ser otra, que la homologación por el único poder soberano del Estado, de esos ordenamientos jurídicos menores. La forma de realizarse esta homologación, será en definitiva una opción política del Poder público. Opción política que tomará como variantes a las fuerzas sociales espontáneas y a las fuerzas jurídico-positivas; coordinadas en la dinámica de cada sociedad.

2.3.—La atracción centralista sobre la Administración institucional.

En la esfera local, y dentro de ella en la municipal, coexisten al igual que en la esfera central, Entes territoriales y Entes institucionales. Aquéllos, primarios o de primer grado, y éstos de segundo grado, esto es, nacidos de los respectivos Entes territoriales para prestar o gestionar servicios públicos por motivos varios que van desde los políticos hasta los de eficacia.

Naturalmente la atracción centralista determina que el principal paquete de servicios públicos personificados se sitúe en la órbita centralista. Desde esta realidad se puede preguntar:

¿Es válido plantearse la existencia de Entes institucionales montados directamente en función de organizaciones municipales y no de organizaciones centrales?.

Si el conjunto de organizaciones institucionales, variadas y heterogéneas, quedan enmarcadas en la esfera de la Administración central, se produce en la práctica un desplazamiento de las propias actividades de esos Entes institucionales, hacia los centros de gestión y de poder más estrictamente centralistas. O lo que es lo mismo, si carecen las Administraciones municipales de «sus organizaciones institucionales», las materias propias de la gestión por éstas de parcelas de la vida local, se escapan de hecho de los centros gestores municipales, y ponen en grave peligro, tanto la dinámica de esa Organización institucional «centralizada», como la misma aptitud y calidad del servicio de interés comunitario que tal organización institucional tiene encomendado. El daño en definitiva radica en que como consecuencia de lo expuesto aparezca una parcela de la vida social, necesitada de atención pública, y que prácticamente quede, por el defecto organizativo apuntado, mal atendida.

Hoy se puede observar una notable pobreza de nuestra Administración municipal, en organizaciones institucionales que afronten con eficacia, problemas sectoriales surgidos en las áreas de las comunidades municipales. Existe una grave «fuga de organizaciones institucionales», desde los marcos municipales al marco central. Frecuentemente el Poder municipal que detecta una necesidad específica, debe iniciar un penoso peregrinaje hacia organizaciones centralistas «para ofrecerles el tema», en solicitud de que se interesen por el mismo; consciente, de que aun con el peligro de que con el tratamiento centralista puedan perderse ricos matices, es éste el camino más realista para desarrollar ese problema, para encauzar esa inquietud, para, en definitiva dar una respuesta a una exigencia de la vida social. Y ante esta triste realidad, parece prudente afirmar que sería más interesante asentar en los propios centros del Poder municipal, la solución organizativa para esos problemas, para esas inquietudes municipales.

No se intenta defender la postura de que todas las actividades públicas que se realizan dentro de cualquier territorio municipal, deban ser asumidas por organizaciones funcionales del respectivo Ayuntamiento, pues debe ser una opción del Poder soberano del Estado, definir en cada coyuntura las reglas de coexistencia entre el ordenamiento jurídico estatal, los regionales y los locales, y dentro de éstos los municipales; de manera que cuando ello sea o parezca más conveniente para los intereses públicos deberá atribuirse la gestión de éstos a ámbitos del Poder central, y en otro

caso a ámbitos de poder descentralizados—regional, provincial o municipal—.

Lo que sí se intenta subrayar es que la elección entre un Ente institucional de la Administración central y un Ente institucional de la Administración municipal en cuyo territorio se ha de prestar el servicio concreto, «suela resolverse con más frecuencia de la que sería deseable» a favor de la gestión del servicio por el Ente central, sin que esta decantación hacia esfera de poder centralista, encuentre en muchas ocasiones un sólido fundamento.

3.—ORDENAMIENTO Y ORGANIZACION INSTITUCIONAL MUNICIPAL

1.—Retomamos la doctrina del ordinalismo, a fin de valorar su posible encaje en la realidad del actual tratamiento en España, de los Entes institucionales municipales. Se trata de examinar si el conjunto de la Administración institucional que existe en el Derecho municipal español, responde a los postulados que defiende la doctrina ordinalista para todo tipo de organizaciones públicas.

¿Son concebidos y regulados los Organismos institucionales de nuestros Ayuntamientos como ordenamientos sociales a los que da reconocimiento formal el Derecho político? ¿Pueden configurarse con libertad tales organizaciones? ¿Reconoce el Derecho positivo español ese ordenamiento informal en el yo social municipal? ¿Pueden los Ayuntamientos promover unos Estatutos, esto es, dar forma al ordenamiento social espontáneo, a la organización que se genera desde una necesidad concreta surgida en la comunidad municipal?

2.—Descentralización y autonomía.

Para intentar una contestación a estas incógnitas, habrá que profundizar en los muy distintos significados de los términos descentralización y autonomía; o lo que es lo mismo, habremos de incorporar la idea de autonomía a la dialéctica de este trabajo.

Puede entenderse la centralización versus descentralización, como la situación resultante del ejercicio por el Poder de un conjunto de técnicas, por las que tras reconocer o conceder personalidad a distintos Entes integrados en el Estado, se dotan, definen y limitan las competencias atribuidas a cada uno de ellos. Que es cosa bien distinta de lo que puede entenderse por autonomía.

En un plano de filosofía política, autonomía viene a ser la vocación a un libre ejercicio de sus funciones peculiares que parte de esos Organismos tienen en mayor o menor medida. En un sentido de mayor rigor jurídico, la autonomía es la capacidad que esos mismos Entes tienen para

dictarse las normas jurídicas que deben encauzar y orientar sus propias actividades.

En conclusión, será posible descentralizar sin autonomía, y también lo será comenzar con la descentralización un proceso hacia la autonomía. Autonomía y descentralización vienen a ser ideas situadas en planos conceptuales diferentes, que pueden complementarse, y pueden también constituirse en puntos de peligrosa confusión.

3.—Los rasgos diferenciadores de la autonomía, entendida como la vocación y la capacidad de un colectivo para autoregular sus singularidades diferenciadas, pueden ser los siguientes:

—supone la aceptación de una Soberanía a la que por definición se subordina. La autonomía no tiende a la disgregación sino al enriquecimiento del propio colectivo.

—si bien la autonomía se vivifica en la base del colectivo, se sanciona por el Poder soberano.

—la autonomía se define y defiende por poderes de dimensión política (la descentralización se corresponde a estructuras y valores más estrictamente administrativos).

4.—La doctrina ordinamentalista, enlaza pues la idea de autonomía con la de ordenamiento social espontáneo, y adjudica aquella cualidad a éste.

5.—Estos ordenamientos espontáneos sólo pueden detectarse en medios sociales naturales. Entre los que se encuentran los Ayuntamientos.

6.—Y lo que habrá entonces que afirmar, es el derecho autonómico de los Ayuntamientos, a la creación libre de las organizaciones institucionales que resulten acordes con sus necesidades propias.

7.—Y lo que por otra parte habrá que cuestionar, es si la autonomía municipal preconizada por el art. 140 de la Constitución, y definida entre otras, en la sentencia del Tribunal constitucional de 2 de Febrero de 1.981, ha impregnado debidamente a los Organismos institucionales de los Ayuntamientos.

4.—ANÁLISIS ORDINAMENTALISTA SOBRE LOS ENTES INSTITUCIONALES DE LOS AYUNTAMIENTOS

4.1.—*La creación del Ente institucional municipal*

4.1.1.—*La municipalización.*

El Real Decreto 1.710/79 de 16 de Junio ha liberado de trámites autorizantes centralistas a un buen paquete de expedientes municipalizadores.

Con ello, el clásico significado de «formidable sistema de obstáculos»⁽⁸⁾, con el que se calificaba el procedimiento municipalizador de un servicio público, está dando paso—quizás con excesiva lentitud—, a una concepción más racional que entienda la municipalización como un proceso de estudio y de reflexión a través del cual un Ayuntamiento comprende que debe gestionar cierta parcela de la actividad social, y analiza las condiciones económicas, jurídicas, técnicas y sociales que influirán para la feliz puesta en marcha de la empresa.

4.1.2.—*Las ideas de empresa y de convenio.*

El expediente municipalizador debe poner especial énfasis en el talante de empresa, que lleva de suyo a resolver con eficacia la ecuación producto-productividad, y a mantener una permanente tensión sobre el equilibrio inestable de la carga y el beneficio.

En los Entes institucionales de carácter asociativo, también tendrá un sentido direccional, la idea de concierto de voluntades: A ella se ha referido con reiteración el Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 8 de Noviembre de 1.961, 1 de Noviembre de 1.966 y 18 de Diciembre de 1.967.

4.1.3.—*El poder organizativo.*

Desde los anteriores presupuestos, será el poder organizatorio más o menos autónómico del propio Ayuntamiento, el que dé vida al nuevo Organismo institucional, y el que moldee sus competencias y su funcionalidad para la prestación de un servicio público de interés municipal.

Y en este particular quizás se haya avanzado poco: Subsisten en efecto importantes y quizás excesivos controles centralistas.

4.2.—*El ordenamiento del Ente institucional municipal*

4.2.1.—*La organización externa del Ente.*

El Reglamento municipal independiente, esto es, el que puede elaborarse desde la autonomía municipal al margen aunque sin oposición al Reglamento estatal, sigue sin recibir un definitivo respaldo, salvo alguna limitada línea jurisprudencial—ss.T.S. de 15 de Marzo y de 19 de Mayo de 1.971—, y doctrinal—con la denominada teoría de la norma habilitante⁽⁹⁾—.

La homologación centralista del Reglamento municipal, es en todo caso más patente en los Estatutos de los Organismos asociativos que en los creadores de Organismos gestores:

Aquellos en efecto están sometidos a controles importantes—arts. 13.1, 16.2 y 107 del Real Decreto 3046/77 de 6 de Octubre—. Mientras que

éstos siguen sometidos al procedimiento de los arts. 109 y 110 de la Ley de régimen local—vide el art. 86 del Reglamento de Servicios—. Salvo los supuestos de Madrid y Barcelona contemplados en los apartados 7.6 y 7.7 del art. 1 del Real Decreto 1.710/79 de 16 de Junio.

Parece que si el Ayuntamiento debe disponer de la potestad organizatoria, conviene que también tenga la potestad decisoria sobre la aprobación de los Estatutos de sus Entes institucionales, y que se reduzca la conexión con el Poder central a las técnicas al uso en otros países europeos de nuestro entorno cultural, del corte del Dictamen consultivo, o del Dictamen vinculante sólo a efectos de subvenciones, o de la obvia potestad de denuncia ante el Poder judicial.

4.2.2.—*La organización interna del Ente.*

En un trabajo anterior⁽¹⁰⁾ se intenta resaltar la peligrosa falta de atención del legislador respecto al entramado orgánico de estos Organismos. En parte debido a la falta de una regulación legal por mínima que ésta fuera, sobre los elementos y los instrumentos jurídicos de que debe disponer cualquiera de estos Entes, se han alumbrado Organismos endémicos, sin capacidad para desarrollar una actividad seria en la vida social.

Alguna huérfana sentencia del Tribunal Supremo, como la de 12 de Mayo de 1.978 sí analiza las prerrogativas, los órganos y los fines de estos Entes, compendiándolos y comprendiéndolos como categoría jurídica unitaria necesitada de clarificación normativa; y son por ello una inestimable aportación doctrinal.

Es necesaria la clarificación de los órganos, tanto de los decisorios como de los de trabajo; incluso definiendo los parámetros clarificadores de los status de su personal—tema en el que han sido adelantadas, las ss.T.S. de 12 de Diciembre de 1.964 y 13 de Junio de 1.967—. Clarificación de su patrimonio—art. 9 del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales, y art. 86 del Reglamento de servicios de las Entidades locales—, de sus Presupuestos—art. 72 del Reglamento de servicios y tratamiento en la Ley 40/81 de 28 de Octubre—, y de su Poder fiscal—art. 129 del Real Decreto 3.250/76 de 30 de Diciembre. Clarificación de sus medios jurídicos—potestades exorbitantes, con especial referencia a la expropiatoria contemplada en el art. 85 de la Ley de expropiación forzosa, y, entre otros, en el art. 187 del Reglamento de gestión urbanística; así como de la potestad sancionadora y del régimen de recursos que pueden incorporarse contra sus actos administrativos—. Y por último, clarificación del casi inexistente soporte formal del Ente.

El balance no parece que ofrezca un saldo favorable, ni en contraste teórico con los postulados de la doctrina ordinalista, ni en contraste con la realidad.

Ni la Ley estatal ha abierto cauces, ni el Poder central ha permitido en el pasado que los Ayuntamientos los abrieran.

El resultado puede parecerse al que se esquematiza a continuación:

4.3.—*Análisis tipológico de los Organismos institucionales de los Ayuntamientos.*

4.3.1.—*De la Mancomunidad.*

Es un órgano consensual, formado por la asociación de Ayuntamientos, para la prestación de específicos servicios municipales.

Se caracteriza por ser una asociación voluntaria, de carácter netamente administrativo, formada por Entes locales aunque sean de diversas esferas⁽¹¹⁾.

Parece obligada la referencia al Dictamen del Consejo de Estado de 7 de Enero de 1.966:

«Indiscutible por esencia la posibilidad de que entren a formar parte de las Mancomunidades los Municipios, parece preciso asimismo, que puedan formar parte de ellas las Entidades locales menores, por la obvia razón de que éstas aparecen subrogadas en parcelas de la competencia municipal que pueden constituir fines de Mancomunidades... Parece asimismo que puedan formar parte de ellas las Diputaciones, tanto por no existir precepto legal o reglamentario que lo impida, como por razones positivas de que la esfera de competencia de las Mancomunidades puede suponer coincidencia con la de las Diputaciones».

Su ordenamiento se rige por lo dispuesto en el art. 15 del Real Decreto 3.046/77 de 6 de Octubre.

Los Estatutos analizados presentan gran variedad respecto a la composición—abierta o cerrada en cuanto a miembros y en cuanto a servicios—, un repetitivo tratamiento orgánico con una Gestora y un Presidente, decantado irremediabilmente a favor del Ayuntamiento con mayor peso específico en la Mancomunidad, y la aplicación de dos valores—el presupuestario o el de la población del respectivo Municipio—a la hora de definir los criterios de reparto de las cargas de la Mancomunidad.

No se tiene conocimiento de haberse llevado a la práctica esa original Mancomunidad urbanística, un tanto extravagante al residenciarse en ella ciertas competencias urbanísticas, que puede «delegar» en los Ayuntamientos miembros: la penosa redacción del art. 216 de la Ley del Suelo se ha dulcificado en los arts. 10 y 11 del Reglamento de gestión urbanística.

Una simple referencia puntual, por último, a algunas figuras atípicas,

como la Mancomunidad de los Canales del Taibilla—la «v» originaria ha crecido por mor de algún duendecillo—, y como el Asocio de la extinguida Universidad y tierra de Avila.

4.3.2.—*Del Consorcio.*

Es un Organismo consensual, formado por la asociación de Entes locales y otros Entes públicos, para la prestación de específicos servicios públicos.

Se caracteriza por ser una asociación voluntaria, de carácter privado o administrativo—en este particular radica buena parte de la importante tensión doctrinal que suscita el estudio de esta figura⁽¹²⁾. La voluntad de los Entes locales encuentra en el Consorcio una natural limitación en la voluntad estatal, lo que justifica la intervención de la Administración central en la aprobación de la norma estatutaria constitutiva del Consorcio.

Salvo alguna ligera referencia en el art. 170.20 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, el Consorcio se encontraba prácticamente relegado en la legislación local de 1.955—ya que el desencajado art. 37 del Reglamento de servicios de las Entidades locales, no tuvo mayor proyección—. El art. 107 del Real Decreto 3.046/77 de 6 de Octubre les otorga en todo caso la consideración de Entes locales.

El análisis de diferentes textos estatutarios, presenta respecto a la composición de los Consorcios, la original variable de que se desliza como de rondón, algún que otro órgano centralista generalmente carente de personalidad⁽¹³⁾, e incluso a personal técnico. Sus órganos de gobierno ofrecen como resultado, una heterogeneidad variopinta que culmina en la frecuente asignación de la Presidencia al Gobernador civil de la Provincia. En el régimen de sesiones se detecta incluso algún poder de veto a favor de representantes centralistas⁽¹⁴⁾.

Tiene cierta originalidad y ambivalencia, el hipotético Consorcio urbanístico contemplado en los arts 12 y siguientes del Reglamento de gestión urbanística.

4.3.3.—*De la Agrupación.*

Es una forma residual, en la que se pueden comprender figuras orgánicas muy diferentes:

—Agrupación forzosa estricta, contemplada en el art. 2.1. del Real Decreto 3.046/77 de 6 de Octubre.

—Agrupación para la ejecución de obras subvencionadas por el Estado. Art. 16.1 del mismo Real Decreto. Y quizá la extraña figura del art. 9.2. del Reglamento de gestión urbanística.

—Agrupación histórica. Art. 17.1 del repetido Real Decreto.

¿Hay un ordenamiento jurídico en estas Agrupaciones? Quizás la contestación deba ser negativa, desde la imposición estatal que suele caracterizar a estas figuras: Así, el art. 38 de la Ley de 24 de Junio de 1.955, y el art. 15 de la Ley 48/66 de 23 de Julio, tanto respecto a la Agrupación impuesta—n.º 3—, como respecto a la misma Agrupación voluntaria—n.º 1—. Y a pesar del ensanchamiento que el contenido de estas Organizaciones tiene en el Real Decreto 3.046/77 de 6 de Octubre, y muy en particular su art. 8 (en relación con el art. 217 de la Ley del Suelo), no parece que pueda darse hoy día una contestación positiva. Con lo que se debe concluir en una valoración global, absolutamente negativa.

4.3.4.—*De la Fundación pública del servicio.*

Es una persona jurídico pública, cuyo origen es de tipo fundacional⁽¹⁵⁾, en la que novedosos contenidos económicos han difuminado sus remotos caracteres asistenciales y culturales que la definían.

En efecto, sus tradicionales fines asistenciales, van a dar paso a finalidades más acordes con el moderno intervencionismo económico. p.ej. los Patronatos de la vivienda.

En la medida en que se juzgue necesario el intervencionismo económico, se vigorizará esta fórmula de gestión de servicios, que hasta hace pocos años, atenazada por la necesidad de previo expediente municipalizador de control centralista, ha sufrido una larga y aletargada supervivencia.

En el art. 86.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, se centra la regulación normativa de estos Entes institucionales.

En los aletargados Estatutos que se han analizado, predominan los contenidos de carácter cultural sobre los económicos, y se observa una importante presencia y aun control próximo de los poderes de los Ayuntamientos sobre la Fundación. Quizás aquí haya que culpar a los propios Ayuntamientos de falta de voluntad autonómica.

4.3.5.—*De la Sociedad municipal.*

Es una persona jurídico-privada, que tiene un contenido fundamentalmente patrimonial, que ofrece algunos contornos imprecisos⁽¹⁶⁾, con algunas de sus parcelas sujetas al Derecho administrativo.

Se debe enfatizar también aquí, en la medida en que a ello no haya alcanzado el Real Decreto 1.710/79—liberalizador—sobre los graves condicionamientos de la Empresa municipal sujeta a expediente municipalizador.

Los arts. 60.4 y 92 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones

locales, nuclean el ordenamiento de estos Organismos.

La patrimonialización de las acciones en mano municipal, no ha sido en todo caso suficientemente explotado, ya que son muy pocas las experiencias municipales que se han realizado.

4.3.6.—*De la Empresa mixta.*

Es una persona jurídica privada, con contenido igualmente patrimonial. Se diferencia de la Sociedad municipal en que su dimensión privatista es más acusada, ante la presencia de intereses patrimoniales diferentes del municipal, y ante la imposibilidad de formalizar actuaciones con moldes administrativos precisamente por la presencia de tales intereses privados en la Sociedad.

Esta figura organizativa arrastra también toda la carga del previo expediente municipalización, lo que salvo alguna excepción—promociones de Iresco-Mercasa—, la ha dejado reducido a supuestos de liquidación de concesiones de servicios públicos o publicados; a base de asumir directamente su gestión el Ayuntamiento, y de aplazar el rescate patrimonial durante un período transaccional abocado en todo caso a una definitiva fórmula de Empresa municipal. Se trata pues de una fórmula-puente, a la que es de especial aplicación las pautas fijadas en los arts. 104 y 143 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

NOTAS:

(1) En *«El ordenamiento jurídico»*, Ed. Instituto de estudios políticos. Madrid, 1.963. pp. 213 y 132. Vide también ROUSSEAU en *«El contrato social»*, Ed. EDAF, Madrid, 1.969, pp. 24 y 37. Y HAURIOUS en *«Principios de Derecho público y constitucional»*, concretamente el Apéndice sobre *«La libertad política y la personalidad moral del Estado»*, Ed. Reus. Madrid, 1. 927, p. 529.

(2) En su Prólogo, a *«El ordenamiento jurídico»* precitado, p. 15.

(3) En su Prólogo a *«Teoría general del Estado»*, de G. JELLINEK, Ed. Albatros. Buenos Aires, 1.973, p. XIX.

(4) Y que fuerza a razonamientos aplicativos de especial dificultad, como los contenidos en el Dictamen del Consejo de Estado de 15 de Enero de 1.970 en torno a la naturaleza de los sindicatos existentes en la fecha.

(5) ARIÑO en *«Descentralización y planificación»*, Ed. I.E.A.L., Madrid, 1.972, p. 14.

(6) La s. T. Supremo de 29 de Octubre de 1.967 llega a decir: *«...la competencia urbanística de los Municipios ha sido absorbida prácticamente por los órganos centrales o periféricos de la Administración central»*.

(7) El primero en *La Administración local y los problemas de la renovación urbana*, Ed. Servicio de publicaciones del Ministerio de la Vivienda. Madrid, 1.961, p. 22. Y el segundo en «*Lecciones de Derecho urbanístico*», T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1.979, p. 100.

(8) GARCIA DE ENTERRIA en «*La actividad mercantil e industrial de los Municipios*», R.A.P. n.º 17/55, p. 111.

(9) BAENA en «*Administración central y Administración institucional en el Derecho español*», Ed. Instituto estudios administrativos. Madrid, 1.976, p. 208. Mi trabajo, «*Los Reglamentos municipales en la reciente Jurisprudencia del Tribunal supremo*», R. A. P. n.º 78/1.975.

(10) En «*Presupuestos e instrumentos para la funcionalidad de los Organismos institucionales de los Ayuntamientos*», pendiente de publicación en la Revista estudios vida local.

(11) ALVAREZ GENDIN en «*Perspectivas actuales de la descentralización*», Ed. Escuela nacional de Administración pública, Madrid, 1.971, la monografía «*Problemas sobre la descentralización administrativa a nivel provincial o regional*», p. 53. El mismo, en «*Las mancomunidades municipales*», Ed. Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, 1.921, p. 2. ALBI en «*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*», Ed. Aguilar, Madrid, 1.960, p. 419. Y GARRIDO FALLA en «*Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Ed. I.E.A.L., Madrid, 1.950, p. 20, y en «*La descentralización administrativa*», Ed. Universidad de Costa Rica, 1.967, p. 27.

En apoyo de la referencia puntual del texto, a la Mancomunidad de los canales del Taibilla, valga una referencia al Dictamen del Consejo de Estado de 7 de Enero de 1.966. Y respecto al Asocio de Avila, las ss. T. S. de 10 y 11 de Junio de 1.974.

(12) MARTIN MATEO en «*Los consorcios locales*», Ed. I.E.A.L., Madrid, 1.970, y STANCANELLI en «*Los consorcios en el Derecho Administrativo*», Ed. Enap, Madrid, 1.972.

(13) Así, el art. 14 de los Estatutos del Consorcio del Gran Bilbao, contemplaba—con voz y sin voto—a la Diputación y a la Dirección General de Obras hidráulicas, que no se encuentran en la enumeración de miembros contenida en su art. 1.

(14) Art. 9 de los Estatutos del Consorcio de la Marina baja de Alicante.

(15) BAENA en «*Administración central y Administración institucional en el Derecho español*», Ed. Instituto estudios administrativos, Madrid, 1.976, p. 176. Y CLAVERO en «*Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones autónomas*» en la Revista «*Documentación administrativa*», n.º 58. Una referencia a los arts. 6 y 28 de los Estatutos del Instituto de investigación de la Comarca La Safor, de Valencia.

(16) BAENA en «*Régimen jurídico de la intervención administrativa en la Economía*», Ed. Tecnos, Madrid, 1.966, p. 237. BROSETA en «*Las Empresas públicas en forma de Sociedad Anónima*», p. 287.

Tienen singular interés los Estatutos de la Sociedad Anónima Roche del Ayuntamiento de Conil de la Frontera en Cádiz.

Una cita a la sentencia del T. S. de 16 de Marzo de 1.973, y al Dictamen del Consejo de Estado de 19 de Junio de 1.969.

«HUELGAS INTERMITENTES Y CIERRE PATRONAL»

Por Luis Miguel CAMPS RUIZ

Profesor Adjunto Numerario de Derecho del Trabajo

1. El art. 12.1 del Real Decreto-Ley 17/1.977, de 4 de Marzo (B.O.E. de 9 de Marzo), sobre relaciones de trabajo (en lo sucesivo, RDLRT), estableció que el recurso empresarial al cierre del centro de trabajo sólo sería procedente cuando, con ocasión de una huelga o de «cualesquiera otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo», concurriera alguna de las tres circunstancias que expresamente se relacionaban⁽¹⁾.

2. No cabe decir que la concreción jurisprudencial de los diferentes supuestos de hecho legitimadores de la decisión de cierre del centro de trabajo por parte del empresario haya sido rica en matices. Si hace algunos años se pudo señalar, con fundamento, que «nuestros tribunales de trabajo no han elaborado (podría decirse, incluso, que ni siquiera lo han intentado) un mínimo armazón teórico sobre este recurso empresarial en el marco de la conflictividad laboral»⁽²⁾, la situación no había variado sustancialmente en el momento en que el Tribunal Constitucional dictó su sentencia de 8 de abril de 1.981 (en lo sucesivo, STC).

La anterior afirmación es particularmente adecuada respecto del tercero de los supuestos contemplados en el art. 12.1 del RDLRT⁽³⁾. En efecto, en alguna oportunidad el TCT se limitó a aceptar la concurrencia de tal circunstancia sin un previo análisis pormenorizado de los hechos que permitiera concluir que los mismos merecían la calificación jurídica de impedimento grave del proceso normal de producción. En este sentido, por

ejemplo, la STCT de 16 de Enero de 1.979 (Ar/120), recoge simplemente el dato de que hubo «alteraciones laborales en forma de paros registrados en toda la empresa», e «inasistencia al trabajo que impidió el proceso normal de producción»⁽⁴⁾. Y la STCT de 12 de Mayo de 1.979 (Ar/3083) alude sin más a la «base fáctica de que, ante la huelga... la empresa... dispone el cierre patronal...() si, por el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo, se impide gravemente el proceso normal de producción en la empresa o en determinado y específico sector de la compleja actividad de la misma»⁽⁵⁾.

Probablemente sea en relación a las huelgas intermitentes donde el TCT ha elaborado una doctrina más perfilada en orden a la consideración de las mismas como factores que legitiman el cierre al impedir gravemente el proceso normal de producción. En este sentido, la STCT de 14 de Septiembre de 1.979 (Ar/5266), entendió que «la huelga llevada a cabo por los trabajadores, y cuya prosecución habían anunciado, en la modalidad de parar en días intermitentes, impide el proceso normal de producción *con grave perjuicio para la empresa, al dañarse los géneros dadas las específicas características del proceso de curtido*⁽⁶⁾. En la misma línea, la STCT de 21 de Enero de 1.981⁽⁷⁾, sostiene que una huelga intermitente en salas de exhibición cinematográfica—paro durante el fin de semana y actividad en los días laborales—constituye un grave impedimento del proceso normal de producción, porque «las contratas de alquiler de películas con las empresas distribuidoras exigen, al emplear la fórmula del porcentaje, que éstas se proyecten los días laborables y festivos para obtener el máximo rendimiento... (y) al acontecer los aludidos paros (*las salas*) *no podían exhibir dichas películas ningún día de la semana*». Del mismo modo, la STCT de 9 de febrero de 1.981⁽⁸⁾, mantiene que las huelgas intermitentes en el sector de la construcción no sólo suspenden la actividad laboral en las fechas de las mismas sino también, de hecho, en las intermedias, pues el paro intermitente *crea dificultades a veces insalvables para trabajar en los días intermedios*, al no poder coordinarse debidamente la producción de la empresa, lo que, de modo indudable, constituye una grave anomalía en el proceso productivo (todos los subrayados son míos).

3. Una valoración crítica de esta jurisprudencia, así como, obviamente, la más reciente⁽⁹⁾, presupone la toma en consideración de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a la huelga intermitente y, sobre todo, al cierre patronal.

4. La huelga intermitente no se contempla explícitamente en el articulado del RDLRT, pese a la minuciosidad con que regula el ejercicio del derecho de huelga. Desde luego, no cabe entender a aquélla incluida ni en la mención a las huelgas rotatorias⁽¹⁰⁾; ni tampoco en la referencia a «cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga»⁽¹¹⁾, toda vez que ésta viene a consistir, según proclama la STC, en

«una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir».

Tampoco la STC se refiere directamente a esta modalidad de huelga, porque la misma no es identificable, de modo automático o necesario, a las huelgas dotadas de «efecto multiplicador» o a las huelgas de «duración formal escasa» pero de «duración sustancial muy superior».

Parece forzoso admitir, por consiguiente, que la huelga intermitente es, en principio, legítima⁽¹²⁾, y que sólo dejará de serlo cuando en su ejecución o desarrollo concurra un factor adicional que suponga una vulneración de los límites generales del derecho de huelga, ésto es, de sus límites subjetivos, objetivos, procedimentales o funcionales⁽¹³⁾.

5. La doctrina de la STC respecto al cierre patronal es, ciertamente, más extensa, aunque no escapa, según se verá, a una cierta dosis de ambigüedad, derivada básicamente del hecho de que las diferentes reflexiones que sobre el tema se contienen en su fundamentación jurídica no se trasladan, aparentemente, al fallo⁽¹⁴⁾. Las tesis del Tribunal Constitucional podrían resumirse, a mi juicio, de la forma siguiente:

1.^a Rechazo explícito de la idea de que el art. 37.2 CE sea una reiteración parcial del art. 28.2 CE⁽¹⁵⁾. Una cosa es el derecho de huelga, con regulación unitaria en el art. 28.2, y otra distinta el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. Ambos derechos están separados nítidamente por la CE, de donde se deduce la importante consecuencia de que la huelga «no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo».

2.^a La diferente ubicación de los arts. 28.2 y 37.2 en el texto constitucional pone de manifiesto que la «Constitución y por consiguiente el ordenamiento jurídico de este país no se funda en el principio... de la igualdad de las armas», ya que el derecho de huelga es un derecho fundamental (por estar incluido en la sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título II de la CE), y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo es simplemente un derecho cívico (en cuanto incluido en la sección 2.^a del mismo Capítulo). Ello tiene además, para la STC, una justificación de fondo, consistente en la distinta naturaleza de la huelga y el cierre patronal (medida de conflicto colectivo), con evidentes diferencias en punto a: a) La libertad de trabajo, puesto que los huelguistas son quienes han decidido libremente participar en el movimiento reivindicativo, mientras que la decisión de cierre afecta no sólo al personal conflictivo, sino también al personal pacífico, cuyos derechos y cuya libertad resultan gravemente lesionados; b) La huelga es un «contrapeso» que tiene por objeto permitir a los asalariados restablecer el equilibrio con el empresario, respecto del cual la fuerza de aquéllos es desigual, mientras que el cierre supone otorgar una mayor dosis de poder a quien ya lo tenía⁽¹⁶⁾.

3.^a Por consiguiente, y en la medida en que un simple derecho cívico no puede impedir un derecho fundamental, el cierre no puede considerarse lícito en todos aquellos casos en que vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide. Por ejemplo, si se utiliza como sanción de la huelga después de que ésta ha finalizado—porque la utilización de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción—, o si se utiliza como medida empresarial para hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga y volver al trabajo.

4.^a Sin embargo, no es contrario a la CE la utilización del cierre patronal como «poder de policía para asegurar la integridad de personas y bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo».

5.^a La gran cuestión es decidir si ésta es la única modalidad de cierre admitida por la STC como no contraria a la CE. Una respuesta afirmativa parecería tener apoyo en la afirmación de la STC de que, «apurando todavía más la argumentación, se puede llegar a la conclusión de que la potestad de cierre de los empresarios reconocida en el art. 12 del Real Decreto-Ley 17/1.977, no es inconstitucional si se entiende como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido *exclusivamente* (subrayado mío) a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de las actividades».

La limitación del ámbito de legitimidad del cierre patronal a esta sola modalidad del mismo plantea sin embargo el problema de la reconducción de las causas legitimadoras del cierre recogidas en los párrafos b) y c) del art. 12.1 DLRT—a las que no se alude en el fallo de la STC—a un mero ejercicio de un poder de policía así delimitado. Si estas causas sólo pueden jugar si concurren conjuntamente con la recogida en el párrafo a) del mismo precepto, ello debería haber llevado en buena lógica a la declaración de inconstitucionalidad de aquellos párrafos, en la medida en que, en rigor, carecería de sentido incluso una interpretación que afirmara explícitamente el carácter no autónomo de su contenido, lo que sería tanto como reconocer su carácter reiterativo y, por lo tanto, superfluo⁽¹⁷⁾; el hecho de que una huelga u otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo que desembocara en alguna de las situaciones previstas en los mencionados párrafos pudieran eventualmente merecer la sanción de ilegalidad, no sería en absoluto relevante, puesto que lo que define la potestad de cierre como ejercicio de un poder de policía es que su actuación no se justifica, sin más, por una actuación ilegal de los trabajadores, sino que exige, además, la presencia de una amenaza a la integridad de las personas, bienes o instalaciones.

Si, por el contrario, tales causas pudieran jugar incluso aunque las

mismas no representarían una amenaza de tal naturaleza, es claro entonces que el ámbito de legitimidad constitucional del cierre patronal desbordaría el marco estricto del poder de policía, con lo que la tajante afirmación del TC transcrita más arriba quedará vaciada de sentido.

El caso es que la TC no sólo no formula declaración expresa de inconstitucionalidad, sino que ni siquiera enuncia en el fallo una interpretación del tenor indicado. ¿Habrá, pues, que reconsiderar el valor de la afirmación de que el cierre sólo es constitucional entendido exclusivamente como ejercicio de un poder de policía?

En esta línea, se podría tal vez pensar que la afirmación de la STC de que entre las medidas de conflicto colectivo reconocidas al empresario por el art. 37.2 CE figura el cierre patronal⁽¹⁸⁾, significa que éste se configura para el TC no ya sólo como un estricto poder de policía—toda vez que la reconducción de una medida de conflicto colectivo a una simple potestad de policía sería conceptualmente problemática⁽¹⁹⁾—, sino también como una medida de lucha colectiva, limitada desde luego por la ilegalidad de su utilización como mecanismo impeditivo por la ilegitimidad de su utilización como mecanismo impeditivo del ejercicio del *derecho de huelga*—frente al que en todo caso no está obviamente en plano de igualdad—y también, eventualmente, por otras limitaciones que pudiera establecer la ley ordinaria—como autoriza el art. 37.2 CE—. Ello sería, por otro lado, coherente con el modelo de huelga diseñado por la STC, que ciertamente cabría caracterizar como de compromiso no equidistante, en cuanto que aquélla se concibe, por una parte, como instrumento que «debe permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en sentido más favorable para ellas», en la perspectiva de la «promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas»—como pide el art. 9.2 CE—; pero se concibe también, por otra parte, como un derecho cuyo adecuado ejercicio exige «una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos»⁽²⁰⁾, de donde se desprende que aunque es claro que esta proporcionalidad no podrá entenderse nunca como equivalencia o paridad⁽²¹⁾, de ella deriva un principio de interdicción de la onerosidad excesiva o abusiva causada al empresario mediante la huelga⁽²²⁾. Como mecanismo de reacción empresarial frente a tal extralimitación se justificaría la facultad de cerrar el centro de trabajo, como medida de lucha, a emplear además de otras desprovistas de esta significación conflictiva, como pudiera ser—aparte de la censura de ilegalidad de las huelgas que ocasionaran aquella onerosidad—la suspensión de los contratos de trabajo, que no lo estuvieran ya por la huelga, al amparo del régimen jurídico general de la suspensión de la relación laboral.

En mi opinión, no obstante, y aun admitiendo que el tema podría haber quedado resuelto por el TC de un modo más explícito, la premisa obje-

to de análisis viene formulada con una rotundidad que no sería legítimo corregir. ¿Cuál es, pues, la razón de que el fallo de la STC guarde silencio respecto de los párrafos b) y c) del art. 12.1 DLRT?. Con toda probabilidad pueden sustentarse dos explicaciones igualmente verosímiles para esta circunstancia:

a) O bien el TC no ha estimado necesario explicitar que tales párrafos no tienen contenido autónomo respecto del que les precede.

b) O bien el TC entiende que tales párrafos constituyen una concreción del precedente, en el sentido de que la ocupación ilegal del centro de trabajo y el impedimento grave del proceso productivo representan, *per se*, una situación de notorio peligro de violencia para las personas o de daños para las cosas—lo que, indirectamente, proporcionaría una significativa clave para la calificación como ilegal a la ocupación y como grave al impedimento del proceso de producción—.

6. De los desarrollos anteriores cabría extraer, a mi juicio, algunas conclusiones en relación a las concretas modalidades de cierre procedente recogidas en el art. 12.1 RDLRT:

1.^a La lista contenida en este precepto tiene, sin duda, carácter exhaustivo⁽²³⁾.

2.^a No es admisible ninguna interpretación del mismo que conduzca a la legitimación de un cierre que objetivamente signifique un obstáculo al ejercicio del derecho de huelga, bien sea frontalmente, bien indirectamente impidiendo alguno de los presupuestos que configuran y dan sentido a aquel derecho.

3.^a Dada la distinta posición constitucional de los derechos de huelga y cierre patronal, y la significación de éste como limitación de aquél⁽²⁴⁾, la interpretación de las causas del art. 12.1 RDLRT habrá de ser necesariamente restrictiva. Ello supone que los distintos elementos modalizadores de cada uno de los tipos habrán de ser exigidos con rigor: la *notoriedad* del peligro de violencia para las personas, la *gravedad* del daño en las cosas o del impedimento en el proceso de producción, la *certidumbre* del peligro de ocupación del centro, etc.

4.^a La ilegalidad de la ocupación del centro de trabajo o de alguna de sus dependencias habrá de ser valorada en atención a las aportaciones de la propia STC sobre el tema⁽²⁵⁾.

7. De la jurisprudencia del TCT posterior a la STC⁽²⁶⁾ interesa considerar ahora, en relación al tema de las huelgas intermitentes y cierre patronal, las SS.TCT de 28 de Abril y 30 de Noviembre de 1.981⁽²⁷⁾.

a) La STCT de 28 de Abril de 1.981, tras afirmar que el único cierre válido es el de respuesta, estrictamente defensivo⁽²⁸⁾, distingue claramente entre huelgas intermitentes y huelgas rotativas, indicando que aquellas

(en el caso contemplado, huelga convocada para los días 13 a 15, 21 y 22, y 27 a 29 de marzo de 1.979) no pueden ser calificadas como «huelga rotatoria considerada ilícita en el art. 7.2 RDL de 4 de Marzo 1.977 que justifique, fuera de los días señalados, un cierre patronal, porque por tal clase de huelga debe entenderse aquélla en la que van rotando en la inactividad determinados grupos de trabajadores, bien sea por categorías, secciones u otra modalidad de selección de los grupos de huelguistas, de tal forma que un número limitado de éstos paralizan o afectan gravemente la actividad de la empresa⁽²⁹⁾... y en el supuesto debatido al período de huelga sucede otro de normalidad». Este tipo de huelga intermitente es, en principio, legal, e ilegal el cierre eventualmente declarado⁽³⁰⁾, como efectivamente sucede en el supuesto contemplado por la STCT, ya que «no se ha acreditado en modo alguno la imposibilidad, transcurrido el corto período de cesación del trabajo, de recobrar el ritmo normal de producción, ni puede afirmarse... que se trata de trabajar un día cada dos o tres de huelga, ni que el calendario de la misma tenga por finalidad causar el mayor daño a la empresa con el menor perjuicio para los huelguistas, porque ha podido ser planteada por los trabajadores con la finalidad de llevar a efecto una medida de presión limitada, sin paralizar de modo continuado la producción de las empresas tratando de moderar los efectos del paro»⁽³¹⁾.

b) La STCT de 30 de Noviembre de 1.981 admite en cambio la legalidad de un cierre patronal con ocasión de una huelga intermitente convocada para los días 7 y 9 de Abril de 1.981 (martes y jueves, respectivamente), en base a que ello «suponía un grave quebranto económico para la empresa por el hecho de obligarla a arrancar o reiniciar el funcionamiento de sus instalaciones en tres días de una misma semana en que se prestaría servicios, cuando normalmente tan sólo se produce otra especial situación de arranque todos los lunes, y tal hecho produciría a la empresa un perjuicio adicional o suplementario, aparte del propio de los días de huelga, perjuicio cuya gravedad queda acreditada por alcanzar en cada uno de estos días de arranque, como ya se vio⁽³²⁾, una cuantía de 348.000 Ptas., que es muy elevada teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias de esta empresa; máxime cuando este perjuicio añadido e innecesario fue buscado de propósito por los productores de la huelga, pues de otro modo hubiesen señalado el paro en dos días consecutivos y no en alternos como en realidad tuvo lugar, lo cual evidenciaría un manifiesto abuso por parte de los trabajadores, que justifica la postura defensiva de la empresa al decretar el cierre... lo que impidió que en la semana del paro se efectuasen dos días de arranque más, con su grave secuela de perjuicios innecesarios y superfluos».

8. La legitimidad del cierre patronal ante una situación de huelga intermitente se hace derivar pues, según los casos, de alguna de estas circunstancias, en las que las diferentes SS.TCT⁽³³⁾ reconocen la concurrencia de un factor que impide gravemente el proceso normal de producción:

1.^a Grave perjuicio para la empresa, consecuencia de un daño para las cosas—su pérdida—o de una onerosidad excesiva e innecesaria.

2.^a Desorganización de la producción, traducida en la imposibilidad de coordinarla debidamente durante la situación conflictiva, o de recuperar su ritmo normal una vez finalizada ésta.

3.^a Imposibilidad de continuar la actividad como consecuencia de la relación contractual entre la propia empresa y un tercero ajeno a la relación laboral entre aquélla y sus trabajadores.

9. La justificación del cierre patronal en mérito a la producción de un daño grave para las cosas puede encontrar fundamento, desde luego, en el poder de policía estricto reconocido al empresario en la STC. Su concreción, por tanto, habrá que buscarla más que en el párrafo c) del art. 12.1 del RDLRT, en el párrafo a) del mismo. Conviene sin embargo hacer alguna reflexión sobre el alcance del art. 12.1, a) RDLRT. En este precepto se configura, en rigor, exclusivamente un cierre preventivo de eventuales y futuros daños graves para las cosas (o de violencia en las personas). Su razón de ser no está tanto en que se haya producido un daño—que el cierre no puede obviamente borrar—cuanto en evitar que se produzca (o que vuelva a producirse). El hecho de que se haya producido un daño puede ser un elemento a valorar para determinar si existe o no notorio peligro de que vuelva a producirse, pero no basta por sí mismo para llegar a una conclusión afirmativa. Habrá que ponderar el conjunto de la situación y, en particular, la influencia que cara al futuro tendría la prestación de los servicios a que se refiere el art. 6.7 del RDLRT.

Por el contrario, la hipótesis fáctica considerada no tiene encaje directo en el supuesto del art. 12.1, c) del RDLRT, a no ser que el daño producido a las cosas tuviera envergadura suficiente para determinar un impedimento grave del normal proceso productivo⁽³⁴⁾.

10. La justificación del cierre patronal en mérito a un perjuicio suplementario y adicional requiere de algunas observaciones. Clértamente, según se vio, la STC configura un principio de interdicción de la onerosidad excesiva o abusiva, la que se produciría, típicamente, en relación a las huelgas intermitentes, en los ejemplos de la STC referidos a las huelgas dotadas de *efecto multiplicador* (que desencadenan «una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado»), y en las huelgas de *duración formal escasa* pero que por prolongar sus efectos en el tiempo poseen «una duración sustancial muy superior y exige(n) del empresario el costo adicional de la reorganización». Ahora bien, la conclusión que deriva de esta doctrina es la sanción de ilegitimidad de la huelga, pero no—al menos directa y necesariamente—la sanción de legitimidad del cierre subsiguiente. Este sólo cabe cuando efecti-

vamente concurra un impedimento grave del proceso normal de producción.

Parece, pues, que es necesario que la producción se vea impedida, lo que en principio no sucede si concurre simplemente una mayor dificultad o una menor rentabilidad⁽³⁵⁾. Ello no obstante, el TCT viene realizando una interpretación más flexible del tipo legal, incluyendo en el mismo supuestos de imposibilidad «asimilada» en virtud de criterios de «razonabilidad» económica. A mi juicio, esta asimilación no tiene un fundamento claro ni en la doctrina de la STC (pues ya se vio su escasa incidencia en el tema), ni en el tenor del art. 12.1, c) del RDLRT. Es cierto que éste habla del proceso *normal* de producción, lo que podría significar que no es necesario un bloqueo de la actividad productiva, sino que basta una imposibilidad de mantener el ritmo o proceso *normal* de la misma. Pero esta conclusión se coordina mal con la exigencia de que la imposibilidad sea *grave*. El único sentido de esta exigencia es referir la gravedad no tanto al impedimento (que, en definitiva, o existe o no existe) cuanto al grado de desviación respecto de la normalidad productiva. Y este parámetro tiene poco que ver con el esfuerzo técnico o económico que suponga el mantenimiento del proceso de producción.

En todo caso, además, no cabe olvidar que el impedimento (objetivo o «asimilado») debe tener su causa en la huelga (en el volumen de insistencia o irregularidades en el trabajo, según la dicción legal), pero no en otros factores, incluso relacionados con ella o que surjan con ocasión de la misma. En el ejemplo de la onerosidad derivada de los «días de arranque», lo anterior habría exigido una adecuada ponderación de todas las circunstancias, especialmente la ya aludida para el supuesto anterior de la incidencia de los servicios de mantenimiento, así como la propia racionalidad de la organización empresarial, ya que no es admisible proscribir una modalidad en principio legítima del ejercicio del derecho de huelga, la huelga intermitente, sobre la base de una opción—unilateral—acerca de la organización de la empresa que fuera disfuncional incluso desde una perspectiva económica⁽³⁶⁾.

11. La desorganización de la producción, paralela o subsiguiente a la huelga, es una noción desde luego ambigua y hasta cierto punto inexpresiva, que en sí misma poco indica respecto a la justificación o no del cierre. Toda huelga supone, por hipótesis, un elemento desorganizativo. Lo que importa es que la desorganización sea el factor desencadenante de una imposibilidad (en el sentido apuntado) de continuar o reanudar la producción, único caso en que será admisible el cierre. Ello requiere, como es obvio, un análisis pormenorizado de las concretas circunstancias concurrentes y, desde luego, invalida afirmaciones genéricas relativas a sectores completos de actividad económica, especialmente si lo único constable, en abstracto, es que la huelga intermitente «crea dificultades a ve-

ces insalvables para trabajar en días intermedios»⁽³⁷⁾.

12. Atribuir, en fin, a la relación entre la empresa y un tercero efectos imposibilitantes del proceso normal de producción supone, en mi opinión, situar el interés de éste por encima del derecho de huelga, lo que, en principio, sólo cabe cuando ese interés esté protegido por la garantía constitucional del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad y significaría también la interdicción del cierre patronal⁽³⁸⁾. Fuera de estos casos, el empresario no puede alegar sus compromisos con un tercero para obstaculizar o limitar el ejercicio del derecho (fundamental) de huelga mediante el cierre del centro de trabajo. Es claro que la cláusula que estableciera aquel compromiso no podría ser interpretada en el sentido de impedir el derecho de huelga, y ello tanto si se trata de una cláusula contractual como si se trata de una cláusula legal o reglamentaria.

La exigencia por parte de las empresas distribuidoras de películas de que éstas se exhiban en días laborables y festivos no puede ser, pues, obstáculo al ejercicio del derecho de huelga, como tampoco pueden serlo los compromisos del empresario con sus restantes clientes o proveedores⁽³⁹⁾.

NOTAS:

(1) a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca; c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción.

(2) F. RODRIGUEZ-SAÑUDO, *El cierre patronal*, en AA. VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Murcia (Ilustre Colegio de Abogados), 1.978, p. 133.

(3) Respecto del primero de los supuestos, la jurisprudencia venía exigiendo una situación de riesgo actual, no meramente potencial, ya que «las perspectivas de futuro... (no son) susceptibles de subsunción en tal precepto, que sólo contempla situaciones de presente» (ST-CT de 24 de Octubre de 1.979, Ar/6.103). La situación de violencia se admite cuando las oficinas de la empresa «fueron asaltadas con rotura, incendio y destrucción de planos y documentos archivados... (y) diversos piquetes coactivos... colocaron botellas de acetileno en la puerta principal y en el interior del reactor, amenazando con explosión y volar el sector si la fuerza pública entraba en la zona central» (SS. TCT de 25 de Abril y 20 de Septiembre de 1.980, Ar/2.491 y 4.712, respectivamente). Igualmente se ha aceptado la concurrencia de esta causa justificadora del cierre en los casos en que por el comité de huelga no se garantiza la prestación de los servicios mínimos a que se refiere el art. 6.7 RDLRT (SS. TCT de 17 de Agosto y 14 de Diciembre de 1.979, Ar/4.953 y 7.322, respectivamente).

Respecto del segundo supuesto, la jurisprudencia venía manteniendo que no bastaba la mera presencia de los trabajadores en la empresa para que se pudiera hablar de ocupación, pues ésta requiere su realización bajo control o a iniciativa de los trabajadores (por ejemplo, la

actitud de cerrar «las tres puertas del área industrial con planchas metálicas y otros objetos impidiendo el tránsito de los obreros que querían salir»; SS. TCT de 25 de Abril y 20 de Septiembre de 1.980, citadas). A los efectos de la calificación de la huelga ex art. 7.1. RDLRT, la ocupación se consideraba ilegítima si los trabajadores no abandonaban su actitud al ser conminados a hacerlo (SS. TCT de 2 y 23 de Noviembre de 1.979, y SS. TS de 29 de Marzo y 29 de Mayo de 1.980; Ar/6.140, 6.598, 1.586 y 3. 218, respectivamente), mientras que en los casos en que no se había producido advertencia o invitación al desalojo el criterio era en ocasiones de ilegalidad (STS de 12 de Marzo de 1.980, Ar/1102) y, en otras, de legalidad (STS de 24 de Marzo de 1.980 y SS. TCT de 3 y 5 de Julio de 1.979; Ar/1.449, 4.655 y 4.764, respectivamente). Sobre el tema, en general, I. GARCIA-PERROTE, *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*, Madrid (Akal Ed.) 1.981, pp. 132-133. Respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ocupación del centro de trabajo, L. CAMPS, *La huelga como causa de despido (Una aproximación al tema después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1.981*, en RT, 1.981, núm. 61/62, pp. 22-23, y J. MATIA, en AA. VV. *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid (Ed. Civitas), 1.982, pp. 125-132.

(4) Adviértase que ni siquiera se alude a la gravedad o no del impedimento del proceso normal de producción. Tampoco es muy superior el rigor de la STCT de 28 de Noviembre de 1.979 (Ar/6.796), que a partir del dato de «las manifestaciones del Comité de Empresa hechas en el sentido de que los trabajadores están dispuestos a reanudar su normalidad productiva» revoca la sentencia de instancia que había declarado ilegal el cierre, entendiendo que «la voluntad de reanudar una actividad entraña un tácito reconocimiento de que aquélla ha estado voluntariamente suspendida, y esa suspensión en este caso, necesariamente hubo de suponer el «grave impedimento del proceso normal de producción» al que se refiere la norma legal». En orden a la prueba, de cualquier forma, es claro que la carga corresponde al empresario (STCT de 2 de Noviembre de 1.978, Ar/6.749), quien debe demostrar que el cierre se produjo porque «ya se había producido alguna de las tres referidas circunstancias», lo que no se cumple si «rehuyendo todo intento de esa demostración, la parte recurrente (se) limita... a una serie de comentarios en torno a la situación laboral motivadora del conflicto, a formular una pregunta tan irrelevante como la de si consta, acaso, que los trabajadores hubieran acudido a sus puestos—sin especificar en qué días—, y a explicar que el cierre se acordó o por no acudir aquéllos al centro o porque, si acudían, los piquetes les impedían trabajar; pero... sin concretar cuántos días llevaba ya durando esa anómala situación cuando se produjo la decisión empresarial» (STCT de 14 de Febrero de 1.980, Ar/1.244). Por el contrario, si se aceptó como prueba suficiente una certificación del Gobernador Civil recogiendo el «parecer de la Guardia Civil» (STCT de 25 de Abril de 1.980, Ar/2.491). Esta configuración de la carga de la prueba no llevó sin embargo a aceptar la existencia de un fraude de ley por parte del empresario en un supuesto en que, demostrado que tres días antes del cierre patronal ilegal de los centros de trabajo del sector, determinados trabajadores fijos discontinuos habían dejado de prestar servicios porque la empresa suspendió el trabajo y les dio de baja en seguridad social, ello no significaba que «tal paralización del trabajo en plena campaña obedeció a la finalidad de evitar situaciones conflictivas en el transcurso de la negociación del convenio colectivo del sector que tenía lugar en aquellas fechas, por lo que... (se debería equiparar) tal hecho al cierre del centro laboral...» (STCT de 10 de Agosto de 1.979, Ar/4.944); la solución contraria habría sido, sin duda, más adecuada al espíritu informador de la Recomendación núm. 143 de la OIT (cfr. A. OJEDA, *Derecho sindical*, Madrid—Ed. Tecnos—1.980, pg. 106).

(5) Por contra, criterio más matizado se puede encontrar en otras SS. TCT. La mera inasistencia de los trabajadores, aunque sea total, no es suficiente para apreciar la concurrencia de impedimento grave, sobre todo si «la empresa podía haber evitado que el proceso normal de producción se hubiese interrumpido» (STCT de 12 de Julio de 1.979, Ar/4.920); concurrencia que si se aprecia cuando «existió huelga legal con paro total... (y) alteraciones serias en el proceso de producción agudizadas al crearse el comité de mantenimiento» (STCT de 30 de Agosto de 1.979, Ar/4.9667. En la misma línea, las SS. TCT de 11 de Junio y 10 de Agosto de 1.979 (Ar/4.596 y 4.944, respectivamente, mantienen que la realidad de una disminución del rendimiento no justifica, en sí misma, la existencia de la causa pedida por el art. 12.1, C RDLRT.

(6) En la misma dirección se mueve la STCT de 30 de agosto 1.979 (distinta de la de la misma fecha citada en nota anterior: Ar/4.957), que admite la legalidad del cierre patronal porque durante una «huelga legal con paro total... existió perjuicio en la pérdida de varias partidas de pieles puestas en agua, porque el comité de mantenimiento «se negó a desempeñar sus funciones»... por lo que si, en especial por la inactividad del comité de mantenimiento, se impidió gravemente el proceso de normal de producción hasta el punto de provocar la pérdida de varias partidas de materia prima... procede desestimar el recurso».

(7) El texto de esta STCT, en «La Ley», 1.981, ref/642 (véase, *infra*, nota 10).

(8) Una reseña de esta STCT en «La Ley», 1.981, ref/1.074-R.

(9) Véase, *infra*, núm. 7.

(10) Art. 7.2 RDLRT. En sentido contrario, sin embargo, la STCT de 21 de Enero de 1.981, citada en nota 7. Doctrina correcta, en cambio, en la STCT de 28 de Abril de 1.981 («La Ley», 1.981, ref/949). Sobre la distinción entre huelga rotatoria y huelga intermitente, CAMPS/RAMIREZ/SALA, *Fundamentos de Derecho Sindical*, Madrid (Ed. De la Torre), 1.977, pp. 240-241, y A. OJEDA, *Derecho sindical*, cit., pp. 282-283.

(11) Art. 7.2 RDLRT.

(12) En el mismo sentido, J. MATIA, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit. p. 120.

(13) Sobre el tema me remito a mi trabajo *La huelga como causa de despido*, cit., pp. 15-28.

(14) Para F. VALDES (en AA. VV., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., p. 147), ello motiva que «la labor de reconstruir la doctrina y la disciplina aplicables al cierre patronal se hace extraordinaria e innecesariamente difícil, situando al intérprete en un terreno movido, en el que las dudas e incertidumbres forman parte de la propia tarea de interpretación».

(15) Sobre la tesis de que la CE acoge dos modelos de derecho de huelga, derivados uno del art. 28.2 y otro del art. 37.2 CE, véase F. SUAREZ, *El derecho del trabajo en la Constitución*, en AA. VV. *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid (UNED), 1.979, vol. II, pp. 205 y ss.

(16) Sobre la distinta naturaleza de la huelga y el cierre, cfr. CAMPS/RAMIREZ/SALA, *Fundamentos de Derecho Sindical*, cit., pp. 250-251. En torno a este debate, G. DIEGUEZ, *Apuntes sobre el derecho al lock-out*, en RPS, 1.979, núm. 121, pp. 143 y ss.; del mismo, *Para una juridificación del lock-out*, en AA. VV., *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid (Tecnos), 1.980, pp. 295 y ss.; del mismo, «*Right to strike*» y *paridad en la fuerza* (A propósito de una crítica de Antonio Ojeda), en RPS, 1.981, núm. 129, pp. 35 y ss.; y A. OJEDA, *Derecho sindical*, cit., pp. 289 y 335 y ss. Cfr. también F. VALDES, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., pp. 151 y ss. e I. GARCIA NINET, *El cierre patronal y el art. 37.2 de la Constitución española de 1.978*, en RD PUBL., 1.981, núm. 82, pp. 37 y ss., así como bibliografía citada en estos trabajos.

(17) En sentido semejante, aunque referido tan sólo al supuesto del art. 12.1, c) RDLRT, F. VALDES, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit. p. 174.

(18) La cuestión de si la CE había reconocido o no el derecho al cierre patronal había dado lugar a opiniones doctrinales encontradas. Una síntesis de las mismas en I. GARCIA NINET, *El cierre patronal y el artículo 37.2 de la Constitución española de 1.978*, cit., pp. 72-7.

(19) *La dificultad de esta operación se pone de manifiesto también por F. VALDES, Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., p. 163.

(20) Una crítica de esta ambivalencia, con referencia al origen en la jurisprudencia italiana del principio de equivalencia o correspondencia de los sacrificios, en F. VALDES, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., pp. 146-147.

(21) Cfr. L. CAMPS, *La huelga como causa de despido*, cit., p. 26.

(22) Interdicción claramente disfuncional respecto de la finalidad y significado mismo del derecho de huelga. Cfr. F. DURAN, *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla (Publ. de la Universidad) 1.976, pp. 88 y ss.

(23) Es claro, por tanto, como indica F. VALDES, que «está constitucionalmente vedada la clausura de un centro de trabajo como medio de apoyo a los intereses empresariales o de recuperación de la iniciativa empresarial en el marco de una huelga u otro conflicto colectivo lícito» (en *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., p. 166).

(24) Pues «la huelga sólo es eficaz y operativa, y en consecuencia tiene contenido el derecho a la misma, si no existe un derecho simétrico y paralelo al lock-out» (CAMPS/RAMIREZ/SALA, *Fundamentos de Derecho Sindical*, cit., p. 251).

(25) Cfr. L. CAMPS, *La huelga como causa de despido*, cit., pp. 22-23; y J. MATIA, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., pp. 125 y ss.

(26) Véase referencias a otras SS. TCT en las notas que siguen. Con carácter general, cabe destacar la recepción de la doctrina de la STC sobre las diferencias entre huelga y cierre patronal en la STCT de 22 de Julio de 1.978 («La Ley», 1.981, ref/1.383): «...existen profundas diferencias entre ambos, pues en tanto que la huelga, derecho fundamental reconocido en el art. 28 CE trae su fuerza de la unión de los trabajadores, a expensas de perder el salario como medio de subsistencia, en el cierre patronal, como simple derecho recogido en el art. 37 CE, la fuerza la constituyen las reservas económicas de la empresa, y por eso el tratamiento de ambos fenómenos no puede ser el mismo, como puso de relieve la S. 8 Abr. 1.981, TC, al señalar que el lock-out supone una mayor dosis de poder, y en ocasiones se utiliza como sanción de la huelga después de que ésta ha acabado, y en este caso, en la medida en que se está sancionando económicamente (con la pérdida de unos salarios) el haber hecho la huelga o el haber participado en ella, el resultado es jurídicamente inadmisibles, porque la utilización de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción».

(27) Texto de estas SS. TCT en «La Ley», respectivamente 1.981, ref/949; y 11 de Marzo de 1.982, p. 6.

(28) Por tal habría que entender, según esta STCT, el «motivado en una situación de huelga o de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, por la existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daño grave para las cosas, de ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias o de peligro cierto de que ésta se produzca, o en la que el volumen de la inasistencia o irregularidad en el trabajo impiden gravemente el proceso normal de producción», pero no «los que, aun pudiendo ser considerados en un sentido amplio de respuesta, impliquen no una actitud defensiva en los términos expuestos, sino una réplica ofensiva para salir al paso e impedir una huelga anunciada, o de contraataque, para imponer a los huelguistas una privación de la posibilidad de trabajar más allá de los límites que resulten de la propia huelga, imprimiendo a la medida un cierto carácter sancionador». El TCT ha resuelto la relativa indefinición de la STC en relación a los supuestos b) y c) del art. 12.1 RDLRT (véase, *supra*, núm. 5, 5.ª del texto) dando prioridad al fallo de la STC. En la misma línea, la STCT de 22 de julio de 1.981, citada, sostiene la diferenciación entre el cierre patronal ofensivo, «provocado por la empresa con el deliberado propósito de estrangular la estrategia de los trabajadores en el ejercicio de un derecho fundamental o de hacerles desistir de una determinada actitud», y el cierre «que se ha llamado defensivo, de respuesta o de policía... condicionado... por la concurrencia del notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas, ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualesquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca, o que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción». La dificultad de encajar los tipos b) y c) del art. 12.1 RDLRT en la noción de cierre de policía diseñada por la STC se resuelve, pues, ampliando su significado estricto hasta identificarlo con el de cierre defensivo o de respuesta.

(29) La STCT parece admitir sin más la justificación del cierre en tales casos, cuando la STC alude únicamente a una presunción de ilicitud de la huelga, que—aún no desvirtuada—no debe suponer necesariamente la legalidad del cierre (*infra*, nota siguiente).

(30) La proposición inversa no es necesariamente correcta. en este sentido, la STCT de 22 de Julio de 1.981, citada, afirma rotundamente que la ilegalidad de la huelga, en sí misma, «carecería de trascendencia... porque lo que se califica aquí es el cierre patronal, y no la huelga, de manera que no habiéndose demostrado la concurrencia de ninguna de las circunstancias a que alude el art. 12.1... y pesando la carga de la prueba precisamente sobre la empresa interesada en acreditar la legalidad del cierre, éste no merece la calificación de válido» (cfr., *supra*, nota 4). Por cierto que la STCT de 28 de Abril de 1.981, citada, niega como medio de prueba suficiente «una supuesta notoriedad que no queda exenta de necesidad de prueba, porque se trata en este caso de una notoriedad local en los círculos sectoriales y territoriales en que tuvieron lugar los hechos, y sólo una notoriedad general, es decir, referida a hechos de fama pública absoluta o de máxima experiencia al alcance de cualquier persona, podría ser tenida en cuenta por el juzgador sin necesidad de prueba» (se trataba de demostrar la existencia de violencia en las personas mediante la formación de piquetes que impedían la libertad de trabajo; para la STCT de 21 de Septiembre de 1.981—«La Ley», 1.981, ref/1.374—, las «desavenencias entre el Comité de Empresa y la asociación de mandos, llegando al insulto y a la violencia por escrito... carecen de entidad justificativa del poder de cierre empresarial, al no concurrir en el caso una situación de peligro que afecte a la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones»; cfr., *supra*, nota 3).

(31) Esta STCT, por otro lado, insiste en la doctrina anterior sobre el significado de la intervención de la autoridad administrativa en el procedimiento del cierre patronal. Como es sabido, el RDLRT supuso una reducción del papel de aquella intervención en relación a la normativa anterior (Real Decreto-Ley 5/1.975, de 22 de Mayo, BOE de 28 de Mayo, arts. 21-22), bajo cuya vigencia era preciso una autorización previa, salvo en supuestos de «reconocida urgencia» que, en todo caso, precisaban de confirmación posterior dentro de las veinticuatro horas siguientes. A partir del RDLRT, la intervención administrativa ya no es necesaria, ni antes ni después, por lo que la comunicación a la autoridad laboral no va encaminada a obtener la confirmación o rectificación administrativa, que puede producirse o no, ya que «la ausencia de requerimiento por la Delegación de Trabajo... no convierte en legal un cierre que no reúne los requisitos necesarios para ello» (STCT de 24 de Octubre de 1.979, Ar/6.103), o, en palabras de esta STCT, es irrelevante que la empresa haya acatado la orden de apertura de la Delegación Provincial de Trabajo, «porque la ilicitud del cierre no depende del incumplimiento de tal orden, sino que dimana de la falta de motivo que, al amparo de la normativa legal, lo justifique», y, desde luego, «la simple comunicación del cierre a la Delegación de Trabajo por sí sola no lo legitima, con independencia o no de que exista orden de apertura, sino que lo que lo hace válido y susceptible de producir los efectos previstos es la concurrencia de causa que lo justifique en la apreciación de los Tribunales». Son pues éstos, y no la autoridad administrativa, los componentes para decidir sobre la licitud o no del cierre (E. de M. del RDLRT y STCT de 12 de Julio de 1.979, Ar/4.920), siempre que no se trate de obtener únicamente una sentencia declarativa de la legalidad o no del cierre, sino que se persiga obtener una pretensión concreta (SS. TCT de 27 de Noviembre de 1.978, 17 de Agosto, 20 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1.979, y 26 de Junio de 1.980, entre otras muchas; Ar/6.764, 4.953, 6.784, 7.322 y 3.938), para lo cual, como es obvio, la jurisdicción no viene determinada por el criterio administrativo (STCT de 12 de Julio de 1.979, Ar/4.920).

(32) En el anterior considerando, en efecto, se admite la adición en los hechos probados de que en los denominados días de arranque la empresa sufre un perjuicio de 348.000 Ptas. «en relación con los resultados económicos que se obtienen ordinariamente en un día normal de trabajo».

(33) *Supra*, núms. 2 y 7.

(34) *Infra*, núm. 10.

(35) Para F. VALDES (*Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., pp. 174-175), la hipótesis fáctica sólo puede producirse en caso de huelgas parciales, y requiere que las prestaciones de los no huelguistas hayan devenido «objetivamente imposibles», ésto es, exista «una estricta y objetiva imposibilidad de proseguir la producción», lo que no es asimilable a la pérdida de utilidad económica de aquellas prestaciones, a la desorganización de la explotación, a la

mera dificultad en el funcionamiento de la empresa ni a la conveniencia económica del empresario.

(36) Por otra parte, en el caso concreto de esta STCT de 30 de Noviembre de 1.981, el perjuicio «abusivo» parece consistir no en un «damunun emergens» sino en un «lucrum cesans» (*supra*, nota 32).

(37) Véase, *supra*, núm. 2, STCT de 9 de Febrero de 1.981.

(38) Sobre el tema, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) de 17 de Julio de 1.981, resolviendo recurso de amparo.

(39) En el caso de referencia, habría que determinar además el día de cambio de la programación. Si éste no se producía precisamente el sábado, la decisión de cerrar la sala y no proyectar películas durante los días laborables fundada únicamente en la previsión, más o menos razonable, de que la huelga convocada iba efectivamente a producirse habría que calificarla sin duda ninguna como ilegal.

UN NUEVO REGIMEN EN LA ESTIMACION OBJETIVA SINGULAR SIMPLIFICADA PARA EL EJERCICIO DE 1.982

Por Fernando CERVERA TORREJON

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

I N D I C E

1. La estimación objetiva singular en el nuevo Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas; su primera regulación.
2. La Orden de 22 de enero de 1.982; análisis de su contenido.

1. *La estimación objetiva singular en el nuevo Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas; su primera regulación.*

La Orden de 22 de Enero de 1.982 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 28-I-82) es una disposición de carácter fiscal de enorme importancia para la industria, el comercio y el sector de servicios; dicha Orden establece un nuevo sistema simplificado en el régimen de la llamada esti-

mación objetiva singular de estos empresarios, modificando sensiblemente el régimen hasta ahora vigente en esta materia en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas (en adelante IRPF). La nueva regulación debe regir a partir del presente ejercicio de 1.982 por lo que, al ser aplicable a las actividades realizadas desde comienzos de este mismo año, su conocimiento de manera inmediata es de particular interés para todos los afectados.

Parece por ello conveniente exponer las líneas generales del régimen recién establecido, situándolo especialmente en el contexto de la normativa anterior; sólo más adelante, contrastada la nueva regulación con la experiencia de su aplicación, será posible proceder a un examen más profundo y completo de la nueva regulación.

Con el establecimiento a partir del ejercicio de 1.979 del nuevo IRPF, impuesto radicalmente diferente a su antecesor inmediato, el Impuesto sobre la Renta de la reforma de 1.964, se suprimieron al propio tiempo los diversos mecanismos de aplicación del antiguo Impuesto, y, entre ellos, las llamadas evaluaciones globales de tanta importancia en el período inmediatamente anterior (a partir de 1.957 y hasta el propio 1.978). Sin embargo, el problema al que querían dar solución las evaluaciones globales seguía en pie, pese al cambio operado en 1.979: la existencia de un elevado número de contribuyentes (generalmente, pequeña y mediana empresa y de forma más matizada, ciertos grupos de profesionales), cuya determinación de rendimientos planteaba y sigue planteando a la Administración tributaria serias dificultades; se trata en efecto de colectivos de contribuyentes demasiado numerosos para los medios—más bien escasos— de la Hacienda española y a los que de otro lado no parece razonable someter, por circunstancias demasiado sabidas, a una presión fiscal «indirecta» excesiva (llevanza de contabilidad, registros documentales, etc.). Este problema que no es exclusivo de España y que cada país resuelve mediante soluciones muy diversas, estuvo sin duda presente en todo el proceso de elaboración del nuevo IRPF; y así la Ley 44/1.978, de 8 de Septiembre, reguladora del nuevo IRPF, abrió la posibilidad, en su artículo 22.3., de que reglamentariamente se pudieran establecer «supuestos de estimación objetiva singular para los rendimientos de pequeña cuantía de los regulados en el artículo 18 de esta Ley» (rendimientos empresariales, profesionales y artísticos), señalando a continuación únicamente en el apartado 4. que «nadie estará obligado a aceptar el régimen de estimación objetiva singular, que sólo será renunciable con anterioridad al período correspondiente y para la totalidad de los rendimientos afectados por el mismo».

Esta autorización a la Administración para regular el régimen de la así llamada estimación objetiva singular resultaba prudente, puesto que no parecía conveniente estructurar con detalle en la propia Ley del Impuesto un nuevo régimen de estimación de bases imponibles en sustitución de las

anteriores evaluaciones globales; éstas, por otra parte, habían sido expresamente prohibidas por la Ley en cuestión en razón de los excesos a que había conducido su aplicación y a su radical incompatibilidad con los postulados básicos del nuevo Impuesto. No resultaba del todo inadecuado permitir un cierto margen de actuación a la Administración para experimentar un régimen que, atendiendo al problema aludido, encajara adecuadamente en el nuevo Impuesto que pretendía estar mejor ajustado que el anterior a la realidad económica en que se asentaba.

Surgen así para dar cumplimiento al citado art. 22.3. de la Ley reguladora del IRPF varias disposiciones; en primer término, el Decreto 3.029/1.978 de 7 de Diciembre (B.O.E. de 25-12-78) que señaló las líneas básicas de la estimación objetiva singular aplicable a empresarios y profesionales; muy poco después, la Orden de 26 de Diciembre de 1.978 (B.O.E. de 27-12-78) desarrolla a su vez el contenido del anterior Decreto. Curiosamente, en ambas disposiciones se regulaba en su totalidad el recién creado régimen de la estimación objetiva singular, salvo en su núcleo esencial: el método mismo de determinación del rendimiento neto de los contribuyentes en cuestión; es una circunstancia muy expresiva de las vacilaciones y dudas, en definitiva del empirismo de la Administración en este punto. Será poco después la Orden de 23 de Marzo de 1.979 (B.O.E. de 26-3-79) la que resuelva el problema, pero introduciendo al propio tiempo dentro de la propia estimación objetiva singular una dualidad de sistemas; de un lado, el llamado normal, es decir el hasta entonces regulado en las disposiciones primeramente citadas de diciembre de 1.978, y de otro, el que crea la propia Orden de 23 de Marzo de 1.979 y que denomina sistema «simplificado».

De este modo, se establecían tres métodos de estimación de los rendimientos empresariales en el nuevo IRPF (los de carácter profesional no nos interesan en este momento):

a) la estimación directa consistente en la determinación del rendimiento neto mediante la deducción de ingresos y gastos realmente producidos; las obligaciones contables y registrales son las normales y propias de la legislación mercantil en general (es decir, las del Código de Comercio), sin perjuicio de que una resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de Diciembre de 1.978 (B.O.E. de 13-1-79) precisara las obligaciones registrales de estos contribuyentes, distinguiendo entre quienes se ajustaran al Plan General de Contabilidad y quienes no lo hicieran (en este último caso, se exigirían los libros auxiliares señalados en la citada Resolución).

b) la estimación objetiva singular en la modalidad que hemos calificado de normal; en síntesis, el rendimiento neto se determina en este régimen no mediante una estimación exacta—o pretendidamente exacta—de todos los ingresos y gastos sino única y exclusivamente de los ingresos

brutos (ventas), los gastos de personal y las adquisiciones; los demás gastos—los de carácter general o de otra índole (como por ejemplo los de amortización)—se estiman mediante un determinado porcentaje cuya definición no hace ahora al caso.

c) la modalidad, dentro de la estimación objetiva singular, denominada «simplificada», consistente en que el beneficio neto se establecía mediante la aplicación de un simple y único porcentaje a la cifra de ventas. Desde diversos sectores empresariales se había argumentado, al conocerse el régimen de estimación objetiva singular previsto por las disposiciones de diciembre de 1.978, que incluso éste resultaba excesivamente complejo para ciertos pequeños empresarios, por lo que el equipo de Fernández Ordóñez, en sus últimos días en el Ministerio de Hacienda y en plena campaña para las elecciones generales de Abril de 1.979, dio satisfacción a dichas reivindicaciones y se dictó la Orden de 23 de Marzo de 1.979, que instituía en realidad un nuevo sistema diferente del que, completado en la misma Orden, se desprendía del Decreto 3.029/1.978 y la Orden de 26 de Diciembre de 1.978 y que, como se ha dicho, se calificó de «simplificado» con relación al anteriormente citado.

¿En qué consistía este sistema «simplificado»? En síntesis, puede resumirse de la manera siguiente:

a) en primer lugar, a diferencia del sistema normal de estimación objetiva singular, aplicable a rendimientos empresariales, profesionales y artísticos, el sistema simplificado era de aplicación únicamente a los rendimientos de carácter empresarial; la razón, no manifestada explícitamente en ninguna ocasión por la Administración, debe verse en el simple deseo de limitar su aplicación a estos contribuyentes; establecido además el límite de la estimación objetiva singular normal con relación a la directa en 1.500.000 pesetas para los profesionales, era difícil señalar otro límite inferior para estos últimos. Por su parte, el criterio de sujeción al sistema simplificado es, al igual que en el sistema normal, la cifra de ventas; si la cifra de ventas excluyente del sistema normal se señaló en cincuenta millones de pesetas las del sistema simplificado no fue única sino que, según actividades, se fijará entre veinte y diez millones de pesetas.

b) como ya se ha dicho antes, el criterio de determinación del rendimiento neto era extraordinariamente sencillo: un simple porcentaje sobre la cifra de ventas, sin tener en cuenta en forma alguna cualesquiera otros gastos. Hay que añadir que ese porcentaje es único, cualquiera que sea el volumen de ventas dentro de los límites de la estimación objetiva singular simplificada, lo que, como veremos, será modificado ulteriormente.

c) como era obvio, los porcentajes establecidos por la Orden de 1.979 fueron diferentes según las actividades contempladas; el cuadro de éstas por lo demás era también muy simple. Aparte de la agricultura, para

la que se estableció un porcentaje único en su totalidad (incluidas las actividades ganadera y forestales), se señalaron como actividades diferentes las del comercio al por menor, en la que se introdujeron tres grupos, la del comercio al por mayor, las actividades industriales, y por último el sector de servicios. En total, como puede apreciarse, seis sectores para el conjunto de toda la actividad económica nacional (siete, si se incluye el sector agrario).

Tampoco existían grandes diferencias entre los porcentajes establecidos; oscilaron entre el 12 %, para el grupo tercero del comercio al por menor (grupo caracterizado por los bienes de consumo suntuario—peletería, antigüedades, joyería—objeto del mismo) y el 4 % para el comercio al por mayor. De otro lado, según se ha dicho ya, el porcentaje fijado para cada sector era único cualquiera que fuera el volumen de ventas.

d) Por último, la sencillez misma del método de determinación del beneficio se reflejaba en los deberes registrales específicos de la estimación objetiva singular simplificada; así, sólo se exigía un libro-registro de ventas puesto que esta magnitud era la única relevante en tal sistema para la estimación del beneficio empresarial.

No es fácil trazar un juicio acabado de este sistema simplificado de estimación objetiva singular diseñado por la Orden de 1.979. Quizá necesario en su sencillez y falta de exigencias contables para sujetar al impuesto a quienes hasta entonces venían haciéndolo a través del régimen de las llamadas evaluaciones globales, esta misma circunstancia explica la conveniencia de hacerlo del modo menos oneroso posible tanto en el plano sustantivo como formal, en un primer paso hacia una sujeción plena al impuesto de estos contribuyentes al menos, sólo de esta forma mínima parecía posible someter al Impuesto a colectivos de contribuyentes como los contemplados en la Orden, cuya tributación tantos problemas plantea a la Administración tributaria en todos los países. Un cambio tan radical como el supuesto por el IRPF para esos contribuyentes debía hacerse con cierta dosis de pragmatismo y prudencia sujetas a futuras revisiones y que sólo la experiencia podría acreditar.

Fue justamente, según parece, esta misma experiencia la que aconsejó al equipo ministerial del actual titular del Departamento, el profesor García Añoveros, a quien el equipo de Fernández Ordóñez había legado el tema, la que aconsejó proceder a una revisión del mismo; muy prontamente, cuando la Administración sólo podía disponer de la experiencia del ejercicio de 1.979, en el seno de ésta la opinión sobre la Orden de 1.979 era ya muy clara; en reiteradas manifestaciones de los miembros del Ministerio de Hacienda, los porcentajes señalados resultaban excesivamente bajos y, en consecuencia, los rendimientos declarados no guardaban relación alguna con los datos más primarios e incontrovertidos de los secto-

res de la economía española en cuestión. Esta constatación se reforzaba con un argumento aparentemente contundente: la posibilidad de aparición de incrementos no justificados de patrimonio, ahora objeto de gravamen en el nuevo IRPF, como resultado de la aplicación misma del citado sistema simplificado de estimación objetiva singular⁽¹⁾; de este modo, se argumentaba que, al ser los porcentajes de la Orden de 1.979 muy inferiores a la realidad, su titular corría el riesgo de que en los ejercicios inmediatos posteriores determinadas adquisiciones a título oneroso no guardaran relación alguna con los rendimientos declarados resultantes de la aplicación de la estimación objetiva singular simplificada, y ello, pese a que el titular hubiera declarado de modo exacto la realidad de su cifra de ventas. El argumento en realidad era bastante discutible por dos motivos, si bien no es aquí el lugar ni el momento de hacerlo en profundidad; en primer lugar, porque no resultaba muy coherente establecer por un lado un régimen, como la estimación objetiva singular simplificada, en beneficio tanto del contribuyente como de la propia Administración para proceder luego en un segundo momento a gravar, por vía de incrementos de patrimonio no justificados, lo que, como es obvio, se encuentra perfectamente legitimado por la norma misma; en segundo término, en la práctica no es fácil que se produjera el supuesto previsto dada la escasa cuantía de las cifras de ventas consideradas «a fortiori» de sus rendimientos⁽²⁾.

Pero al margen de esta discusión que no se produjo realmente en ningún momento, lo cierto es que en el «Boletín Oficial del Estado» de 30 de Marzo de 1.981 apareció, ya bien entrado el ejercicio de 1.981, la Orden de 25 de Marzo de 1.981, que regulaba de nuevo el sistema simplificado para el pasado ejercicio de 1.981 de forma radicalmente distinta. A tal efecto, modificaba la regulación anterior en un triple sentido:

a) ante todo, en elevar de forma drástica el coeficiente sobre ventas determinante del beneficio; así p. ej. el abanico de porcentajes se establecía entre el 40 % (agricultura de vid, olivar y productos hortofrutícolas) y el 12 % (comercio al por mayor).

b) esa elevación tan sustancial de los porcentajes quedaba en principio de alguna forma compensada por la posibilidad de deducir de la cifra así obtenida (que no constituía en consecuencia el rendimiento neto, sino, más bien, un pre-beneficio neto) los gastos de personal debidamente justificados.

c) en el plano registral, al no introducir los gastos de personal como gasto a deducir, además de la pérdida de la anterior sencillez del cálculo del beneficio, la Orden exigía los diversos justificantes de tales gastos de personal (nóminas, cotización a la Seguridad Social, etc.).

De modo inmediato, dos objeciones básicas—y nada artificiosas, por cierto—mereció el nuevo sistema instaurado por la Orden de 25 de Marzo

de 1.981; de un lado, el excesivo incremento de los nuevos porcentajes que, si se entendía que en la Orden de 1.979 eran demasiado reducidos, en la de 1.981 incurrieron en el defecto contrario; exceso no suficientemente compensado por la posibilidad de deducir los gastos de personal porque, como se reconocerá más tarde por la propia Administración, se trata de actividades empresariales en las que el factor trabajo del contribuyente o de otros miembros de la propia unidad familiar hace incluso imposible en ocasiones la deducción de los mismos. De otro lado, el momento de la publicación hacía inviable el acreditar tales gastos de personal, con referencia al ejercicio de implantación del nuevo sistema.

Esta última consideración, que introducía serias dudas sobre su legalidad, dado su evidente carácter retroactivo, estuvo en la base del recurso interpuesto por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, lo que, junto a otras consideraciones que no hacen al caso, decidió a la Administración, mediante Orden de 27 de Julio de 1.981 (B.O.E. de 29-7-1.981), a aplazar su vigencia hasta el presente ejercicio de 1.982; a sabiendas, no obstante, de que, como se reconocía en el propio preámbulo de dicha Orden ello permitía unas consultas a las distintas entidades empresariales afectadas que permitieran el establecimiento de un régimen más realista y menos contestado que el de la Orden de 25 de Marzo de 1.981.

2. La Orden de 22 de Enero de 1.982; análisis de su contenido.

Todas estas vicisitudes anteriores del sistema simplificado de la estimación objetiva singular permiten entender cabalmente la reciente Orden de 22 de Enero de 1.982 reguladora de dicho sistema para los sectores del comercio, industria y servicios a partir del presente ejercicio de 1.982³⁾. Veamos cuáles son los puntos básicos de la nueva regulación.

2.1. la novedad mayor de la Orden estriba en los nuevos porcentajes fijados y en el criterio de establecer una dualidad de los mismos, según el volumen de ventas; una y otra novedad son inseparables en su motivación. En efecto, el preámbulo de la Orden explica que el criterio de la Orden de 25 de Marzo de 1.981 de deducir el coste real del personal ha sido generalmente rechazado por los sectores afectados, decidiéndose el legislador a proceder a una estimación indirecta de dicho coste y se añade «partiendo de la hipótesis de que el titular de la Empresa, auxiliado, en su caso, por algún miembro de la unidad familiar puede desarrollar su actividad sin personal fijo asalariado hasta un cierto volumen de ventas, y que a partir de ese límite ha de incorporar elementos personales ajenos».

Puede decirse así que en realidad la solución ahora adoptada es intermedia entre la Orden de 1.979, en que el factor trabajo se estimaba en un único porcentaje y la de 1.981, en que el factor trabajo no se estimaba mediante porcentaje alguno (o cualquier otra fórmula indiciaria) sino de modo real; la Orden de 22 de Enero de 1.982 no estima el factor trabajo en su

cuantía real sino en un porcentaje ponderado, específico para cifras de ventas en que el trabajo personal del empresario tiene una relevancia especial. Por este carácter transaccional la solución ahora adoptada puede llegar a contentar a ambas partes—Administración y contribuyentes—; a la primera porque los rendimientos resultantes pueden llegar a ser más cercanos a la realidad, pues, como es obvio, son más elevados y la recaudación será más satisfactoria; a los segundos porque, abandonados los porcentajes de la Orden de 1.981 sin necesidad de justificante alguno, los rendimientos, más elevados que en la Orden de 1.979 pero inferiores a los de 1.981, pueden llegar a ser más soportables, sin que el nuevo sistema simplificado aumente la presión fiscal indirecta, circunstancia decisiva en este tipo de contribuyentes.

En este sentido, y a reserva de los resultados que arroje la experiencia, puede decirse, que, mediante un esfuerzo de imaginación no especialmente intenso, se ha marcado un avance en el perfeccionamiento de los métodos para llegar a una solución satisfactoria de la problemática que intenta resolver la estimación objetiva singular; la Orden de 22 de Enero de 1.982, fruto de intensas conversaciones y debates entre la Administración y las entidades empresariales afectadas, constituye así una buena muestra de los beneficios a que puede llegar la colaboración entre el Ministerio de Hacienda y los contribuyentes.

En cuanto a la cuantía de los nuevos porcentajes, hay que subrayar que son en buena medida fruto de ese compromiso entre las Ordenes de 1.979 y 1.981; en su primer tramo, oscilan entre el 21 % (grupo tercero del comercio al por menor) y el 7 % (comercio al por mayor), resultando, si se los compara con las contenidas en la Orden de 1.981, entre un 70 % y un 50 % de las allí establecidas. En el cuadro n.º 1 pueden apreciarse estas diferencias.

Cuadro n.º 1

Porcentajes de las tres Ordenes y relación de los porcentajes de la Orden de 1.982 con relación a la de 1.981

	O.M. 1.979	O.M. 1.981	O.M. 1.982	O.M. 1.981 O.M. 1.982
Comerciantes al por menor				
—Grupo 1.º	6,0 %	15 %	10,5 %	70,00 %
—Grupo 2.º	8,0 %	20 %	14,0 %	70,00 %
—Grupo 3.º	12,0 %	30 %	21,0 %	70,00 %
Comerciantes al por mayor ..	4,0 %	12 %	7,0 %	58,33 %
Activ. industrial	10,0 %	28 %	17,5 %	62,5 %
Servicios	17,5 %	35 %	17,5 %	50,00 %

De otro lado los límites del tramo inicial a los que se aplica el porcentaje más elevado son más bien reducidos, no significando nunca más de un 36,36 % del límite respectivo de cada actividad siendo la tónica una relación más reducida, que llega incluso al 9,09 % (cuadro n.º 2); a su vez, el rendimiento neto máximo resultante (cuadro n.º 3) oscila entre 630.000 pesetas (comercio al por menos, grupo tercero) y 350.000 pesetas (actividades industriales y servicios con la significativa excepción del apartado c), cuyo rendimiento neto parcial es de 175.000 pesetas, luego compensado al adicionarlo con el rendimiento del segundo tramo, según se verá enseñada).

Los porcentajes del segundo tramo son muy semejantes, en general ligeramente más reducidos, a los de la Orden de 1.979; es un planteamiento acertado—incluso inteligente—en la medida en que la declaración de las ventas al alza—o dicho de otro modo, la propensión al fraude—no debe suponer un aumento excesivo de presión fiscal, y no debe operar por tanto como efecto disuasorio en el plano de la veracidad fiscal. Los rendimientos parciales de este segundo tramo en cada actividad oscilan entre 810.000 pesetas (industria) y 520.000 pesetas (comercio al por mayor) (cuadro n.º 4); y los rendimientos conjuntos de ambos tramos entre 1.270.000 pesetas (comercio al por menor, grupo tercero) y un 1.070.000 pesetas (servicios, con la excepción de un millón setenta y cinco mil pesetas para servicios grupo c) 9 (cuadro n.º 5), suponiendo en este último caso unos porcentajes entre el 11,45 % (comercio al por menor grupo tercero) y 5,05 % (comercio al por mayor) (cuadro n.º 6) del total de ventas).

Resulta muy instructivo e interesante comparar el porcentaje de la Orden de 1.979 con el porcentaje efectivo (es decir, el acumulado en ambos tramos) de la Orden de 1.982 en el caso de que se llegue a la cifra límite de ventas que permite acogerse al sistema simplificado y que obviamente es el más beneficioso para el contribuyente y menos para la Administración (cuadro n.º 7); como se aprecia, los porcentajes han subido de una manera discreta, con la sola y sorprendente excepción del comercio al por menor del grupo tercero que llega a reducirse; el mayor aumento se da en los grupos primero y segundo del comercio al por menor (de 2,5 y 2,18 puntos respectivamente), siendo en el comercio al por mayor de 1,05 puntos y resultando algo más de medio punto (0,54) en la industria y servicios. Pero naturalmente en la medida en que la cifra de ventas sea de menor cuantía, ese porcentaje efectivo será más elevado, dada la mayor incidencia en el cálculo ponderado de los porcentajes del primer tramo, claramente superiores a los de la Orden de 1.979.

2.2. Un tema ineludible en cualquier revisión del sistema simplificado de la estimación objetiva singular debía ser el de los límites con el sistema normal, que marcara el paso de una a otra modalidad; el tema ha sido abordado en el art. 1.1. de la Orden de 22 de Enero de 1.982 estableciendo-

se una discreta elevación con relación a los vigentes hasta ahora; se han mantenido los límites del comercio al por mayor del grupo primero y del comercio al por mayor, aumentándose de diez a once millones en todos los demás casos. En la medida en que la Orden de 1.981 no preveía elevación alguna de tales límites y dada la escasa entidad de las ahora modificadas en este punto, parece haber sido ésta una concesión irrelevante arrancada a la Administración.

En el futuro, y a consecuencia del previsible aumento del nivel de precios, deberán revisarse con cierta periodicidad tres clases de límites:

a) los que distinguen la estimación directa de la estimación objetiva singular (hoy señalados en cincuenta millones de pesetas de ventas para los titulares de actividades empresariales);

b) los que distinguen la modalidad normal de la simplificada en el seno de la estimación objetiva singular; y

c) los que distinguen entre el primero y segundo tramo de aplicación de porcentajes dentro del sistema simplificado de la estimación objetiva singular.

La revisión de los dos primeros favorece a los contribuyentes, mientras que la tercera lo hace a la Administración, lo que determinará que opere cierta idea transaccional a la hora de llevar a cabo la revisión conjunta de los tres tipos de límites mencionados. La circunstancia de que el primer límite venga fijado por Decreto (actualmente el artículo 100 del Reglamento del IRPF) mientras que las otras dos lo sean en simple Orden puede plantear cierta dificultad, que puede fácilmente resolverse dado el propósito de la Administración ya manifestado de modificar periódicamente el Reglamento del I.R.P.D.

Se ha mantenido el precepto de la Orden de 1.979 (art. 1,5) referente al límite de quince millones de pesetas en caso de realización de diversas actividades empresariales; el artículo 3.º de la Orden de 1.982 ha recogido sin variación alguna el precepto en cuestión, a lo que venía obligado, dada la derogación expresa llevada a cabo por esta última de la primera en cuanto a lo relativo a actividades del comercio, industria y servicios. Lo mismo sucede en cuanto a la relevancia del volumen de ventas del ejercicio anterior para el cómputo del límite aplicable (antes en el art. 1,2; hoy en igual precepto de la Orden de 1.982).

2.3. Tampoco se ha operado novedad alguna en cuanto a las obligaciones formales de los sometidos al sistema simplificado de estimación objetiva singular; el art. 5 de la Orden de 1.982 reproduce literalmente el art. 1,6. de la Orden de 1.979; dicha reiteración también venía exigida por la misma razón que en el supuesto citado en el párrafo anterior.

2.4. La Orden de 1.979 estableció una triple clasificación del comer-

cio al por menor. Un primer grupo de productos alimenticios de primera necesidad (incluso si, no siéndolo, se vendía con carácter complementario productos de limpieza del hogar) al que se añadían, por su carácter singular, los supermercados, economatos y cooperativas de consumo siempre que vendieran exclusivamente los citados productos (lo que no deja de plantear cierta perplejidad, pues continuaban siendo estos últimos comercios al por menor); a este grupo se le reservaba un trato más favorable: mayor límite para acogerse al sistema simplificado y menor porcentaje de beneficios sobre las ventas), tratamiento más beneficioso que básicamente se mantiene. Un segundo grupo constituido por el comercio al por menor en general, y un tercero en el que se recogía la venta de productos, si no de objetos de consumo suntuario en su totalidad, sí los más caracterizados (peletería, antigüedades y obras de arte y joyería y platería) con porcentajes de beneficio sensiblemente superiores (ahora algo atenuados según se ha explicado antes).

La Orden de 22 de Enero de 1.982 ha mantenido inalterada esta clasificación del comercio al por menor, recogiénola en esta disposición por las mismas razones de técnica jurídica a que se ha eludido antes; en la práctica, sin embargo, podrá suscitarse algún problema máxime si se ha recogido también en el art. 4 de la nueva Orden del mismo precepto de la Orden de 1.979 que señalaba que «la adscripción de los comerciantes minoristas a cualquiera de los grupos señalados en el artículo primero anterior se realizará según los criterios establecidos en el anexo que se acompaña a la presente Orden ministerial. En el caso de venta de artículos comprendidos en dos o más grupos se aplicará el límite cuantitativo y el coeficiente más alto que le corresponda, excepto en el supuesto de comercio mixto en poblaciones inferiores a 10.000 habitantes que quedará encuadrado, en todo caso en el grupo primero». Dada la diferencia entre los porcentajes de los distintos grupos del comercio al por menor, parece un tanto riguroso aplicar a la totalidad de las ventas los porcentajes del grupo segundo a los del grupo primero (la venta simultánea de artículos del grupo tercero se simultaneará más difícilmente con la de los grupos primero y segundo); pudiera haberse establecido, para la simultaneidad entre los grupos primero y segundo únicamente, la misma norma establecida para la simultaneidad entre distintas actividades empresariales (p. ej. comercio al por menor, grupo segundo y servicios, de los apartados a) y c), en los que se incluye la reparación), en las que se aplica con independencia los coeficientes específicos de cada una de ellas.

Ni que decir tiene por último la importancia de la clasificación de las recientemente modificadas tarifas de Licencia Fiscal como elemento de prueba para la adscripción a uno u otro de los grupos del comercio al por menor e incluso entre distintas actividades empresariales; habría que estudiar en qué medida ciertos criterios de estas últimas tarifas pueden

entrar en colisión , en caso de eventuales discrepancias entre la Administración y los contribuyentes sobre esa clasificación y adscripción.

2.5. La Orden de 22 de Enero de 1.982 publicada en el B.O.E. de 28-I-82, se declara de aplicación para el período impositivo de 1.982, dándose un plazo, quizá escaso, hasta el 28 de febrero de 1.982, para renunciar al sistema simplificado, tal como resulta regulado por la Orden en cuestión; no plantea evidentemente en la práctica esta moderada retroactividad de la Orden problema alguno, dado que debía entrar en aplicación el régimen de la Orden de 25 de Marzo de 1.982, mucho menos beneficiosa para el contribuyente. Sí puede plantear sin embargo problemas en algún caso; en ciertos supuestos excepcionales, la posibilidad de acreditar con exactitud los gastos de personal podría hacer quizá atractivo el régimen de la Orden de 1.981 (piénsese p. ej. en un comercio de nueva implantación con cargas financieras inicialmente importantes). La opción en estos casos no es tanto renunciar al sistema simplificado a favor del normal (a ejercer en un corto plazo de caducidad de un derecho establecido por una Orden, en clara contradicción con el artículo 10, d) de la Ley General Tributaria), como en acreditar que los gastos a deducir deben ser los propios de la estimación directa en aplicación de la facultad establecida por la Orden de 23 de Marzo de 1.979, cuyo artículo 4, no derogado en este punto, señala: «en los casos en que los coeficientes de gastos fijados para las actividades empresariales o profesionales sean inferiores a los reales satisfechos por el sujeto pasivo, éste podrá determinar sus rendimientos netos deduciendo de los rendimientos íntegros los gastos necesarios para su obtención y el importe del deterioro sufrido por los bienes afectados a la actividad de la que procedan los ingresos; en la forma establecida en el artículo 19 de la Ley 44/1.978 de 8 de Septiembre, siempre que resulten suficientemente justificados».

4. Por todo lo que acaba de decirse, la Orden de 22 de Enero de 1.982 es un intento más en la solución del problema de la sujeción al Impuesto de los contribuyentes a que se dirige; el tercer intento en tres años. El primero fracasó quizá por un cierto grado de improvisación por parte de la propia Administración, que condujo a soluciones, por razones no estrictamente de carácter tributario, que, a corto plazo, como se ha visto, hacía su aplicación difícilmente aceptable para la propia Administración. Un segundo intento que, por razones justamente opuestas, llevaron a resultados un tanto a espaldas de la realidad empresarial sobre la que iban a operar; la vía abierta por esta tercera regulación del sistema simplificado de la estimación objetiva singular parece, a diferencia de las dos anteriores, la más acertada. La colaboración, en la fase de elaboración de la misma entre las dos partes del problema, posiblemente permite llegar a resultados que, con las correcciones de rigor que dicte la experiencia, permita dar con soluciones más acordes con la realidad y con los intereses de carácter público por los que la Administración debe velar a la hora de aplicar la Ley vigente⁽⁴⁾.

Cuadro n.º 2

Relación entre el límite del primer tramo y el de la estimación objetiva singular simplificada

	Límite 1. ^{er} tramo	Límite E.O.S. Simplif.	Relación entre ambos
Comercio al por menor			
—Grupo 1.º	4.500.000	15.000.000	30,00 %
—Grupo 2.º	4.000.000	11.000.000	36,36 %
—Grupo 3.º	3.000.000	11.000.000	27,27 %
Comercio al por mayor	7.000.000	20.000.000	35,00 %
Actividades industriales	2.000.000	11.000.000	18,18 %
Servicios (y asimilados)	2.000.000 ⁽¹⁾	11.000.000	18,18 %
			(9,09)

(1) Excepto 1.000.000 correspondiente al apartado c).

Cuadro n.º 3

Rendimiento máximo del primer tramo

Comercio al por menor	
—Grupo 1.º	472.500
—Grupo 2.º	560.000
—Grupo 3.º	630.000
Comercio al por mayor	490.000
Actividades industriales	350.000
Servicios a)	350.000
b)	350.000
c)	175.000
d)	350.000

Cuadro n.º 4

Rendimiento máximo del segundo tramo

Comercio al por menor	
—Grupo 1.º	735.000
—Grupo 2.º	560.000
—Grupo 3.º	640.000
Comercio al por mayor	520.000
Actividades industriales	810.000
Servicios a)	720.000
b)	720.000
c)	900.000
d)	720.000

Cuadro n.º 5

Rendimiento máximo global

Comercio al por menor	
—Grupo 1.º	1.207.500
—Grupo 2.º	1.120.000
—Grupo 3.º	1.270.000
Comercio al por mayor	1.010.000
Actividades industriales	1.160.000
Servicios a)	1.070.000
b)	1.070.000
c)	1.075.000
d)	1.070.000

Cuadro n.º 6

Porcentaje efectivo del rendimiento neto total sobre el volumen de ventas

	Rendimiento neto	Volumen ventas	Porcentaje efectivo
Comercio al por menor			
—Grupo 1.º	1.207.500	15.000.000	8,05 %
—Grupo 2.º	1.200.000	11.000.000	10,18 %
—Grupo 3.º	1.270.000	11.000.000	11,54 %
Comercio al por mayor	1.010.000	20.000.000	5,05 %
Actividades industriales	1.160.000	11.000.000	10,54 %
Servicios a)	1.070.000	11.000.000	9,72 %
b)	1.070.000	11.000.000	9,72 %
c)	1.075.000	11.000.000	9,77 %
d)	1.070.000	11.000.000	9,72 %

Cuadro n.º 7

Comparación entre porcentajes de Ordenes de 1.979 y 1.982

	Orden 1.979	Orden 1.982
Comercio al por menor		
—Grupo 1.º	6 %	8,05 %
—Grupo 2.º	8 %	10,18 %
—Grupo 3.º	12 %	11,54 %
Comercio al por mayor	4 %	5,05 %
Actividades Industriales	10 %	10,54 %
Servicios	10 %	10,54 %

NOTAS:

(1) Así, César Albiñana, «La estimación objetiva singular: fuente de incrementos patrimoniales a tributar», *ACTUALIDAD JURIDICA*, 1.981 (I), p. 5 en el que planteaba el problema referido a la estimación objetiva singular como tal, sin distinguir entre sus dos modalidades; este artículo parece ser que vino originado por una Resolución de 26 de Septiembre de 1.979 (citada por E. Eseverri, «La modificación del sistema simplificado en el régimen de estimación objetiva singular y sus consecuencias», *CRONICA TRIBUTARIA*, 37/1.981, p. 77 y ss.), en contestación a una consulta en que se señalaba que los posibles beneficiarios derivados de la aplicación de la estimación objetiva singular que se exteriorizaran en elementos patrimoniales posteriores se calificarían de incrementos de patrimonio. El artículo de C. Albiñana fue objetado por Félix de Luis («¿El fin de la estimación objetiva singular?»), *CRONICA TRIBUTARIA* N.º 3, p. 98; y de sus tesis de fondo se hizo eco el ya citado Eseverri (art. cit.) para formular la ingeniosa opinión de que en la Orden de 1.981 no se obtenía un rendimiento neto, sino un pre-beneficio, susceptible de ser reducido en el importe de los gastos de personal, y que no podía generar por esa su naturaleza misma incremento patrimonial (justificado o no) alguno a posteriori. La tesis de Eseverri—un tanto artificiosa y forzada—chocaba con un hecho patente: la Orden de 1.981 no había pretendido precisamente resolver el problema de los presuntos incrementos no justificados de patrimonio derivados de la aplicación de la estimación objetiva singular; más bien se dirigía a otras finalidades.

(2) Independientemente de ello, me parece ver en esa postura de la Administración ante los resultados de la aplicación de la Orden de 1.979 un viejo reflejo de nuestra Hacienda Pública: el desplazamiento del problema de la veracidad fiscal desde las bases imponibles a los tipos a aplicar a éstas (en este caso, los mencionados porcentajes sobre las ventas); es significativo que las manifestaciones de los representantes de la Administración no aludieran a la posible falta de veracidad de las bases declaradas (en este caso las ventas) y que el esfuerzo de concreción de los defectos de la citada Orden no se dirigieran a intentar mejorar la «calidad de éstas sino el mucho más fácil expediente de corregir al alza los porcentajes a aplicar como medio de lograr un mayor acercamiento a la realidad económica.

(3) Debe indicarse en efecto que pese a haberse promulgado una vez iniciado el ejercicio de 1.982, su publicación antes de finales del primer mes del año no plantea en la realidad problemas de aplicación de entidad para los empresarios afectados; piénsese sobre todo que al no exigirse justificantes de los gastos de personal no se plantean los problemas de retroactividad en los términos de la anterior orden de 25 de Marzo de 1.981.

(4) A punto de cerrar este trabajo aparece en el «B.O.E.» de 27 de Marzo de 1.982 la Orden de 9 de Febrero de 1.982, que prorroga la Orden de 23 de Marzo de 1.979 en relación al sistema simplificado de estimación objetiva singular del sector agrícola, la inaplicación de la Orden de 22-1-82 al sector agrícola suponía la aplicación de la Orden de 1.981 a este último, dado que ésta no se había derogado sino únicamente declarado en suspenso. En lugar de ello, la Orden en cuestión prolonga para 1.982 el régimen de la Orden de 1.979—mucho más beneficioso—alegando, según reza el preámbulo de la Orden, «las adversas y perjudiciales circunstancias climatológicas del ejercicio pasado»; de otro lado se dice cautelosamente que «el proyecto para el sector agrario elaborado por dicha Comisión obedecía a una serie de estudios y trabajos realizados por aquélla» sin que se haga mención alguna a un eventual acuerdo en el seno de dicha Comisión sobre la cuantía de tales porcentajes. Se adivina por ello una probable falta de acuerdo sobre tales porcentajes a aplicar, ante el que, dado los resultados del año agrícola, se decide por la Administración prorrogar el régimen de 1.979. No era difícil predecir estas dificultades a la hora de someter al sector agrícola a tributación en el ámbito del I.R.P.F. y de acuerdo con los postulados básicos de este último impuesto. No obstante, la Orden de 9 de Febrero de 1.982 crea un precedente peligroso para la Administración: la existencia de una alternativa de regímenes objetiva singular simplificada (los de la Orden de 1.979, de un lado, y la de

1.981, de otro) a los que acudir en función de las circunstancias de cada año. De otro lado, el artículo 2.º de la citada Orden de 9 de Febrero de 1.982 ha señalado que cuando se ejercen diferentes actividades empresariales, entre ellas las de carácter agrícola, no se relacionarán las de carácter no agrícola con éstas últimas, a efectos de la aplicación de los porcentajes de determinación de rendimientos, pero sí se computarán todas ellas en orden a la aplicación de los límites del volumen de ventas.

Además de la bibliografía citada en las notas del presente trabajo debe aludirse el artículo de Ernesto Eseverri, «La estimación objetiva singular de bases imponibles», *Hacienda Pública Española* 62/1.980 pp. 225-255, así como un trabajo de C. Palao Taboada, «La estimación objetiva singular», *Civitas, Revista española de Derecho Financiero*, 2/1.974, pp. 373 y ss. si bien este último trabajo es anterior a la regulación de la estimación objetiva singular derivada del nuevo I.R.P.F.

AEQUITATIS RATIO

La «*episcopalis audientia*» y el principio de equidad en la época postclásica

Por Jesús DAZA MARTINEZ

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Alicante

El reconocimiento por parte de Constantino de la *episcopalis audientia*, institución que no tiene antecedentes en el período clásico, señala el comienzo de una tendencia legislativa que iba a encontrar su momento culminante en la época de Justiniano. Es también una manifestación evidente del prestigio creciente y de la influencia de los eclesiásticos dentro del Imperio, coincidiendo con unos momentos de decadencia y crisis generalizada⁽¹⁾.

Los historiadores de derecho, al analizar el origen, naturaleza y vicisitudes de la *episcopalis audientia*, han insistido preferentemente en los aspectos técnicos y jurídicos, así como en la consideración de su alcance político y social. Uno de los problemas que ha sido más debatido, aparte de la autenticidad de las dos constituciones de CONSTANTINO relativas a esta institución⁽²⁾, es el de si, a partir de su reconocimiento en el a. 318, tuvo un carácter *jurisdiccional*, como piensa, por ejemplo, G. Vismara⁽³⁾, o sólo *arbitral*, según sostiene De Francisci, Volterra y otros⁽⁴⁾.

La primera constitución de Constantino relativa a la *Episcopalis Audientia*, cuyo texto, tal como nos ha llegado en el Código Teodosiano, es incompleto sin duda, se remonta probablemente al año 318⁽⁶⁾. Una lectura atenta pone de manifiesto que esta constitución tuvo su origen en un caso jurídico concreto. Vismara entiende que se alude a ella, aunque confusamente, a tres juicios distintos. Por una parte, hay un juicio pendiente ante el magistrado secular, que es abandonado por las partes para recurrir al tribunal del obispo. Por otra, está el juicio del propio Obispo, al cual se han sometido una sola de las partes o ambas («*si quis... voluerit*»), y que ha terminado en una sentencia. Por último, hay una referencia a un tercer juicio, ante un *iudex* que «*pro sua sollicitudine observare debebit*», pero cuya determinación es muy difícil⁽⁶⁾.

Según Vismara, la constitución de Constantino viene a declarar que era posible abandonar el juicio secular y acudir al tribunal del obispo, incluso si el desarrollo del proceso estaba ya muy avanzado. En suma, se establece que siempre que la sentencia pronunciada por el Obispo (que interviene a requerimiento de una de las partes, cuando la causa estaba ya pendiente ante un juez secular) sea sometida al magistrado superior, éste («*iudex... praesentis causae*») deberá considerar en todo caso («*pro sollicitudine observare debebit*») esa sentencia como definitiva («*et pro sanctis habeatur*») e inapelable («*ita tamen ne usurpetur in eo, ut unus ex litigantibus pergat ad supradictum et arbitrium suum enuntiet*»)⁽⁷⁾.

Del análisis de esta constitución, deduce el autor la consecuencia de que a partir de ese momento la jurisdicción del obispo en las causas civiles entre laicos tuvo un reconocimiento oficial, en virtud del cual se transformó, de mero juicio arbitral, en una verdadera y propia jurisdicción. Las sentencias del obispo son inapelables y son ejecutadas después de haber obtenido el *exequatur* del juez secular. La importancia de la disposición consiste, pues, en que con ella la *episcopalis audientia* «viene accostata alle istituzioni giudiziarie dell'Impero romano»⁽⁸⁾; más aún, que la jurisdicción del Obispo nace en la ley como jurisdicción concurrente con la que era ejercitada por los funcionarios seculares.

La confirmación de su punto de vista la encuentra en la constitución posterior de Constantino, del año 333, conocida como *Sirmondina* ⁽⁹⁾. La innovación más importante es que se declara inapelable y definitiva la sentencia episcopal «*sive itaque inter minores sive inter maiores ab episcopis fuerit iudicatum*». Una vez más se insiste en que basta la voluntad de una de las partes para poder acudir al obispo; sin duda no es ajena a la voluntad del legislador la preocupación por evitar que los cristianos fueran llevados ante los jueces paganos en el caso de que hubiera un pleito entre un creyente y una persona extraña a la nueva fe cristiana.

La referencia explícita que se hace en la constitución del año 318 a la conveniencia de que el litigio o controversia en cuestión se resuelva de

acuerdo con la *lex christiana* («*ad legem christianam negotium transferre*»), hace pensar inmediatamente en el origen religioso, admitido por todos, de la *episcopalis Audentia*. Ese origen se remonta al texto de I Cor. 6, 1-11 en el que S. Pablo aconsejaba a los cristianos no acudir a los jueces paganos para dirimir sus contiendas, invitándoles a aceptar libremente el arbitraje de uno de sus hermanos en la fe. Este texto, del cual la iglesia antigua tomó la idea de una justicia eclesiástica autónoma, sería aducido, a partir del siglo XI, como una justificación de las intervenciones del Papado en el campo político⁽¹⁰⁾; y sería también una causa de discusiones profundas entre los reformadores protestantes y la Iglesia católica⁽¹¹⁾.

Aquí interesa destacar el hecho de que el reconocimiento de la *episcopalis audentia* tiene lugar durante el primer período de la actividad legislativa de Constantino, que abarca desde la primera constitución del emperador (en el año 312) hasta su derrota definitiva sobre Licinio (año 324). Durante estos años, el emperador da muestras de una notable voluntad de innovación en los diversos campos del derecho y confirma su decisión de llevar hasta el final la política de tolerancia religiosa iniciada con Galerio en el año 311⁽¹²⁾.

Este nuevo orden de cosas contrasta vivamente con las experiencias vividas en épocas anteriores por la Iglesia (dificultades para la evangelización, persecuciones, rechazo por parte de los responsables políticos y de los líderes intelectuales). Pero es indudable que a lo largo del siglo III, sobre todo coincidiendo con el período de paz de que disfrutó entre los años 260 a 300⁽¹³⁾, se había desarrollado con vigor el cristianismo, difundándose por el mundo greco-romano y extendiendo progresivamente sus ámbitos de influencia, al mismo tiempo que se organizaba internamente, se estructuraban las nuevas comunidades, se consolidaba la disciplina y se sentaban las bases de la nueva civilización cristiana. En suma, el espíritu cristiano impregnaba las costumbres, las instituciones y, en general, los diferentes campos y actividades de la existencia humana individual y social.

A finales de este siglo, coincidiendo con un período de transición muy complejo, la Iglesia, que desde hacía dos siglos había conseguido extenderse por Oriente y estaba demostrando allí una gran vitalidad religiosa y cultural, se presenta también ya implantada sólidamente en la sociedad occidental, hasta el punto de que «las fuerzas vivas del Imperio eran en gran parte cristianas... cuando Constantino desligue al Imperio de sus vínculos con el paganismo, no será, por tanto, un revolucionario. Se limitará a reconocer de derecho una situación que ya existía de hecho»⁽¹⁴⁾.

Sean cuales fueren las interpretaciones que pueden hacerse de la personalidad religiosa de Constantino⁽¹⁵⁾, de la sinceridad de su conversión al cristianismo⁽¹⁶⁾, del alcance real que deba atribuirse a sus afirmaciones de

«hermano» y «co-ministro» (*syntherapôn*) de los cristianos en el servicio al mismo Dios⁽¹⁷⁾ o, en fin, de la relación que existió entre la evolución de sus convicciones personales y sus decisiones políticas⁽¹⁸⁾, es un hecho indudable que con él se alcanza la igualdad absoluta del cristianismo con la religión del Estado. Baynes considera que Constantino, pese a mantener muchas posiciones que evidencian su vinculación al pasado, estaba persuadido de que la fe cristiana iba a ser elemento esencial en la historia futura del Imperio, en el mantenimiento de su unidad⁽¹⁹⁾.

Inmediatamente después del año 313 se hace evidente su esfuerzo por llevar a efecto la reparación de los daños materiales y morales que se habían causado a los cristianos, especialmente con motivo de la última persecución de Diocesiano, y que condujo a su decisión de abrogar las medidas hostiles anteriores, devolver los bienes que habían sido confiscados a las iglesias, e iniciar una nueva etapa legislativa favorable a los cristianos.

La opción de Constantino no puede ser interpretada única ni principalmente, como un mero cálculo o estrategia política. En occidente, los cristianos distaban mucho de tener un predominio claro, al mismo tiempo que su procedencia eran las clases más bajas de la sociedad. Por otra parte, no se trataba de una religión que hasta aquel momento hubiera dado pruebas de apoyar a los poderosos o de mostrarse condescendiente con la voluntad imperial. Era un grupo organizado, una realidad compacta que, en expresión de F. Fabbrini, «*non si prestava ad essere addomesticata*»⁽²⁰⁾. El ideal religioso y moral entrañaba unas exigencias de igualdad que contrastaba abiertamente con la sociedad clasista del Imperio, cuestionando su estructura económica. En aquel tiempo y en aquellas circunstancias concretas, como observa Mazzarino, el recurso a la utilización política del cristianismo era un riesgo demasiado grande para un hombre de Estado, si se prescindía de otras consideraciones de más alcance, tanto más cuanto que se trató de una elección muy consciente de la autoridad imperial⁽²¹⁾.

II

Constantino había manifestado explícitamente su voluntad de que la *aequitas* tuviera una relevancia singular en la praxis jurídica y había resumido su pensamiento en la célebre fórmula «*placuit in omnibus rebus precipuan esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*»⁽²²⁾. Esta referencia a la *aequitas* en la legislación eclesiástica del Emperador, plantea el problema de si Constantino tenía únicamente presente la doctrina tradicional, tal como había sido elaborada por los filósofos griegos y había sido aceptada por los teóricos del Derecho romano, o bien introducía una concepción nueva de la *aequitas*, inspirada en principios cristianos, de tal

modo que sea posible afirmar, como hace Biondi, que la «*giurisdizione vescovile è in certo modo creativa di un nuovo diritto*»⁽²³⁾. Una breve consideración histórica puede ser esclarecedora.

Aristóteles, que ha sido el punto obligado de partida para la casi totalidad de las elaboraciones teóricas posteriores sobre la *aequitas*, considera a ésta como una corrección de la ley, de lo justo legal, cuando su aplicación puede resultar injusta, identificándola con la norma natural y objetiva. Pero no es sólo *interpretación* de la ley sino aspiración a ir más allá de la letra, a hacer explícita la voluntad del legislador, constituyéndose, en muchos casos (donde existe alguna laguna de la ley escrita), en auténtico *principio creador del derecho*, esto es, en «una delle forze generatrici dell'esperienza giuridica»⁽²⁴⁾.

Aunque no existe un acuerdo unánime, puede considerarse sólidamente fundada, a nuestro juicio, la posición de quienes opinan que durante el período clásico el Derecho romano fue entendido como *ius* constituido por la *aequitas*, interpretando a ésta como equivalente a *iustitia*, en el sentido que había explicado Aristóteles y que posteriormente repetirá Cicerón⁽²⁵⁾. En cualquier caso, cuando se habla de justicia no se está haciendo referencia a un mero concepto abstracto o a una aspiración ideal, sino a una realidad viva en la que se integran múltiples elementos; la *aequitas* es uno de ellos y se configura como la adaptación de la norma a las situaciones concretas, la adecuación del derecho positivo a las exigencias de la conciencia colectiva, la justa proporción entre «*ius*» y la vida, la superación del puro formalismo lógico o de la interpretación literal mecánica, constituyéndose así en «la linea direttiva di ogni formazione ed applicazione del diritto»⁽²⁶⁾.

Es indudable, por último, que en el período postclásico hay una apelación constante a la *aequitas*, si bien algunos textos en los que aparece esta palabra son, sin duda, interpolaciones. Por influjo del positivismo jurídico del siglo XIX, que vincula la juricidad únicamente con la voluntad del Estado y que se atiene con exclusividad a la ley escrita, se llegó a considerar esta insistencia en la *aequitas* como un signo de decadencia del derecho, renunciándose a buscar su significación última por otras vías⁽²²⁾.

Teniendo en cuenta esta orientación postclásica, algunos romanistas hablan de un sentido formalmente distinto de la *aequitas* en relación con el período clásico, mientras que otros—siguiendo a Ricobono⁽²⁸⁾—entienden que, en realidad, debe hablarse únicamente de una penetración más profunda de la *aequitas* (entendida como justicia), no sólo en el sentido de que se impone como un criterio general («*placuit in omnibus...*»), sino en cuanto que se traduce en actitudes concretas que encuentran su expresión en términos como *humanitas*, *benignitas*, *benevolentia* o *clementia*, en su relación inmediata con las personas y con las situaciones de la vida social⁽²⁹⁾.

Es lógico que, supuesta esta nueva orientación, la preocupación del legislador, en cuanto *conditor iuris*, se centrara entonces con preferencia en hacer efectivo este ideal de justicia, entendida básicamente como igualdad de todos los hombres⁽³⁰⁾. Y no parece, en modo alguno, que pueda considerarse aventurada la afirmación de que en este empeño tuvo una influencia importante el cristianismo.

Somos conscientes, sin embargo, de que la cuestión de la incidencia de los principios cristianos en el derecho romano es muy compleja y debe ser abordada con rigor. Comenzando por la legislación de Constantino, no es evidente que a través de ella se hubiera operado una ruptura abierta con el pasado⁽³¹⁾.

Amarelli previene contra la tendencia a exagerar las consecuencias que puedan deducirse al valorar los privilegios otorgados a la Iglesia, como si éstos significaran una renovación radical de todo el ordenamiento jurídico, olvidando que esta reforma o cambio sólo se haría evidente a través del análisis de la totalidad de la legislación constantiniana—civil, penal, administrativa y de su confrontación con la precedente⁽³²⁾.

Esta cautela en la valoración de las leyes se hace aún más necesaria si se tiene en cuenta que cualquier intento de modificar profundamente las costumbres y la mentalidad exige un período largo y difícil de penetración de las nuevas ideas que se van abriendo paso en la conciencia de las gentes. Sólo entonces las transformaciones de la vida social y de las relaciones humanas pueden encontrar una expresión en el Derecho y ser traducidas en normas o leyes.

Un ejemplo muy ilustrativo de este lento proceso de impregnación de la vida social por nuevas actitudes o ideales puede encontrarse estudiando, por ejemplo, la influencia del cristianismo en las transformaciones de la vida familiar en el Bajo Imperio⁽³³⁾. Cuando se intenta descender de las afirmaciones generales a las demostraciones concretas, se hace evidente la dificultad de llegar a conclusiones rigurosamente fundadas. En el caso a que aquí se alude, la influencia del cristianismo tuvo que vencer muy duras resistencias y afrontar oposiciones extremadamente complejas que se derivaban no sólo de los medios paganos todavía dominantes en este tiempo, sino también de la acción de los elementos bárbaros que comienzan a entrar en el Imperio y adquieren una relevancia notable en él. Por último, es indudable la estabilidad de las estructuras familiares que, como señala el propio Gaudemet, son sin duda las más lentas para abrirse a influencias nuevas, ya que toda innovación en este campo es considerada como una infidelidad a la tradición, como una traición a los antepasados⁽³⁴⁾.

Es evidente que estas consideraciones deben tenerse en cuenta a la hora de valorar e interpretar el significado que ha de atribuirse al reconocimiento de la *episcopalis audentia*. Ante todo, parece inconsistente la po-

sición de quienes ven en él una concesión hecha a la Iglesia con la oculta intención de vincular al episcopado con el Imperio y mantenerlo de este modo bajo su dominio y control. Idéntica tendencia a la simplificación se hace también patente en el punto de vista de otros, que prefieren relacionar ese reconocimiento con la pretensión de la Iglesia de alcanzar una situación de privilegio e imponer sus principios a la sociedad romana.

No pueden desconocerse ciertamente las razones de tipo político, entre ellas la preocupación por conseguir que fuera respetada la justicia en los tribunales en unos momentos de decadencia general y de una evidente corrupción administrativa⁽³⁵⁾. Pero había también motivos de orden ético-religioso, que se concentraban en la aplicación del derecho romano de acuerdo con las exigencias de la *lex christiana*, tal como el propio Constantino decía en su Constitución del año 318⁽³⁶⁾. J. Gaudemet ha subrayado que, al extenderse la competencia de la *episcopalis audientia* más allá de las materias estrictamente religiosas y de las personas de la Iglesia, la penetración de los nuevos principios de que era portador el cristianismo pudo hacerse más efectiva y tener incidencia incluso sobre el derecho laico⁽³⁷⁾.

III

Para comprender el alcance real y la significación última de la aportación cristiana a la evolución del derecho y de la equidad, hay que tener presente la profunda influencia que tuvieron también en este campo otras doctrinas morales, especialmente el estoicismo, cuyos principios habían venido ya impregnando las doctrinas de los juristas a lo largo del período clásico. En efecto, era evidente el fondo humanista de esta filosofía, en la que alentaba una aspiración hacia la *charitas humani generis* y que significaba una contribución positiva a la afirmación de la libertad e igualdad de todos los hombres, y a la aceptación de un compromiso moral basado últimamente en criterios de auténtica *humanitas*⁽³⁸⁾.

Como ha observado Bodenheimer, en los estoicos está ya tematizada una imagen de aquella sociedad ideal en la que los hombres eran libres e iguales y convivían, al margen de luchas y enfrentamientos, bajo la guía de la razón⁽³⁹⁾. Por este motivo, los estoicos constituyen también un punto permanente de referencia cuando se trata de buscar antecedentes de una actitud crítica frente a los poderes establecidos, o de denunciar la fuerza de dominación u opresión, en nombre de criterios meramente utilitarios o de intereses partidistas, o de imposiciones arbitrarias⁽⁴⁰⁾.

El estoicismo del período romano, está caracterizado por su orientación ecléctica, por su insistencia en el carácter práctico de la filosofía y por la tendencia a dar un relieve singular al aspecto religioso. En Cicerón

es patente la inspiración estoica cuando, intentando buscar un fundamento último y una base inmutable para las leyes del Estado, apela a la *lex naturae*, considerada como la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo y de lo injusto⁽⁴¹⁾. Según él, en efecto, es preciso tomar el principio constitutivo del derecho de aquella ley fundamental que nació antes de que se escribiera ninguna ley positiva o de que se organizara ninguna *civitas*. Su intento, pues, es explicar la naturaleza del derecho a partir de la naturaleza del hombre (*aeque ab hominis repetenda natura*)⁽⁴²⁾. Haciendo referencia explícita a los estoicos, observa que cuando ellos dicen que debe tomarse como punto de partida la *ley*, ésta debe entenderse como la *ratio summa*, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario⁽⁴³⁾.

Partiendo de esta concepción, se concluye lógicamente que los hombres han nacido para la justicia y que el derecho nunca puede fundamentarse en el mero arbitrio (*...neque opinione sed natura constitutum esse ius*)⁽⁴⁴⁾. Esto le parece evidente al considerar el vínculo de sociabilidad de los hombres entre sí, su semejanza esencial⁽⁴⁵⁾. De esta comunidad de razón y naturaleza se deduce también la *comunidad jurídica*, en el sentido de que estamos destinados por naturaleza a formar parte unos de otros y a tener entre todos un derecho común (*inter omnes ius nos natura esse factus*)⁽⁴⁶⁾.

Inserto en esta misma tradición estoica, y profundamente influido por Heráclito⁽⁴⁷⁾, Marco Aurelio establece también una vinculación profunda entre los conceptos de naturaleza, razón, ley y justicia. A la base está siempre su convicción de que todo proviene de la naturaleza universal, que la mente del universo lleva la iniciativa del proceso y que ser sabio no es sino conocer el Logos o «razón» según la cual se suceden los acontecimientos y a cuyos designios se ajusta el devenir. La base última de su metafísica, de su doctrina moral, de su filosofía jurídica y de su concepción de la política (*syndesis iera*) que conexas y vincula entre sí a todos los seres y funda el orden y la armonía del cosmos⁽⁴⁸⁾.

Cualquier intento de apartarse de esta ley soberana (*kyrios nomos*) que preside al universo, y de la cual el hombre participa por la razón, es entendido lógicamente como una deserción⁽⁴⁹⁾. Existe una ley común (*nomos koinós*), a través de la cual se expresan las exigencias de la razón y los imperativos de la naturaleza, constituyendo la forma suprema de ley. En la medida en que las leyes positivas y la política de los que gobiernan se ajusten a este *nomos* superior, se está contribuyendo a realizar, en su sentido más profundo, la unidad última del universo.

Conforme a estos planteamientos, la doctrina de Marco Aurelio no está, en modo alguno, orientada únicamente hacia la idea de la felicidad per-

sonal, hacia un ideal moral individualista. Las acciones humanas deben ordenarse siempre al fin social, de acuerdo con el bien de la *polis*⁽⁵⁰⁾. Mientras que los demás seres son mantenidos en unión por diversas fuerzas, la *dianoia* tiende a establecer vínculos entre los hombres y a satisfacer así la necesidad de comunicación que les es propia⁽⁵¹⁾. Este profundo sentimiento de solidaridad universal encuentra su expresión última en el amor al género humano, al cual invita explícitamente Marco Aurelio de diferentes maneras, considerándose a sí mismo como ciudadano del mundo⁽⁵²⁾.

En este sentido, se adhiere a la tradición estoica que había enseñado la igualdad natural de todos los hombres, entendida como igualdad social. Se trata de una idea en la cual había insistido también Séneca con fuerza⁽⁵³⁾.

Esta última consideración obliga a plantear el tema de la esclavitud en Marco Aurelio. Aunque es indudable su preocupación por aliviar la situación de los esclavos, su propia filosofía cerraba el paso a cualquier intento que significara romper con el orden establecido y con el sistema de clases que estaba a su base, ya que la unidad y armonía del cosmos encontraba un reflejo inmediato en la estructuración jerárquica de la propia *civitas*, en la organización social del Imperio⁽⁵⁴⁾. En cualquier caso, es indudable que «la Estoa no se atrevió a proclamar la libertad total de los esclavos»⁽⁵⁵⁾, pese a su intento evidente por humanizar las leyes. Hay que observar, por otra parte, que incluso bajo los emperadores cristianos no se llega a suprimir la esclavitud en el ordenamiento jurídico romano. E. Volterra recuerda que sólo en el derecho de las *Novellae* aflora el principio de que los hombres nacen naturalmente libres y que la condición de esclavos no es inherente a la persona.

Finalmente, es indudable que el estoicismo tuvo una influencia muy notable en los mismos pensadores cristianos de los siglos II y III⁽⁵⁶⁾, hasta el punto de poder afirmarse que «en el terreno moral puede compararse su influencia con la del platonismo y el aristotelismo, si no es que la supera»⁽⁵⁷⁾. Sus ideas antropológicas, éticas e incluso cosmológicas están presentes en el ambiente cultural de la época y son compartidas, en gran parte por los cristianos cultos de entonces. La impregnación estoica constituye uno de los elementos más relevantes que han condicionado la evolución doctrinal del cristianismo, ya que—como observa M. Meslin—conscientemente o no, por un fenómeno de ósmosis cultural, los cristianos del siglo II no podían hablar de Dios, ni del hombre, ni del mundo, sin utilizar la terminología estoica, de modo que «ils donaient ainsi le premier humanisme chrétien»⁽⁵⁸⁾.

IV

Todas estas consideraciones, sin embargo, no pueden ocultar el fondo del problema que está aquí latente y que consiste, en último análisis, en determinar si existe una aportación específica y original del cristianismo tanto a la configuración doctrinal como a la aplicación práctica del principio de equidad, entendida ésta como fuerza informadora del derecho y exigencia de realización de la justicia en las situaciones concretas de la vida social.

Reconocemos la indudable parte de verdad que hay en la crítica que hacen muchos romanistas a la tendencia postclásica a favorecer la convicción de que debía prevalecer, como decía Constantino⁽⁵⁹⁾, la *ratio iustitiae et aequitatis* sobre la *stricti iuris ratio*. A. Guarino, por ejemplo, refiriéndose a la jurisprudencia de esta época—muy poco unitaria, por otra parte, y diversa según los diferentes ambientes, influencias y orientaciones—hace notar que su actividad se concretó casi exclusivamente en la tarea de determinar si el derecho positivo respondía o no a la justicia, multiplicándose de este modo hasta límites increíbles las acepciones de la *aequitas*⁽⁶⁰⁾. Si en el plano teórico puede decirse, de forma muy general, que se tendía a identificar entonces la equidad con el *ius naturale*, en el orden práctico la *aequitas* termina siendo una vía abierta para autorizar un sinnúmero de aberraciones⁽⁶¹⁾.

Pero es posible—y necesario, a nuestro juicio—hacer un planteamiento diferente, situar el problema en otro plano distinto. En efecto, no basta, para comprender el concepto de *aequitas* desde la perspectiva cristiana que aquí se contempla, interpretar la apelación a los valores de la *benignitas*, la *pietas*, la *humanitas* o la *charitas* como un intento de mitigar el rigor del derecho positivo, o de introducir una consideración subjetiva del mismo, o de resaltar la atención que debe prestarse a cada una de las relaciones concretas en la praxis jurídica.

El eje fundamental en torno al cual debe girar esta nueva reflexión es el concepto de *persona*, vinculado en su origen y en sus contenidos esenciales a la tradición bíblico-cristiana⁽⁶²⁾. Los puntos básicos que conviene tener aquí presente para poder establecer unas conclusiones mínimamente rigurosas son, esquemáticamente propuestos, los dos siguientes:

a) El pensamiento antropológico cristiano, en contraposición a la metafísica cosmológico-naturalista, rescató para el hombre su singularidad como ser personal y espíritu libre. El hombre no es simplemente un resultado del proceso natural, como los demás seres, ni puede ser interpretado mediante categorías comunes destinadas a definir el ser de las cosas naturales, sin que esto signifique, por otra parte, admitir aquel espiritualis-

mo desencarnado que elimina o excluye todo tipo de soportes o enlaces del hombre con la naturaleza, al modo cartesiano⁽⁶³⁾.

Al poner como principio absoluto de todo lo existente un Ser Personal y al explicar el origen del mundo a partir del concepto de Creación, radicalmente distinta de cualquier «generación» o «emanación» necesarias, o de cualquier principio material inmanente, se superan las perspectivas naturalistas y cosmológicas, al tiempo que se introduce una novedad radical en la concepción del universo, de la historia y del hombre⁽⁶⁴⁾. En el caso de éste, y más allá de las metas ya alcanzadas sin duda en la configuración de un auténtico humanismo, asistimos a la constitución de una *antropología personalista* que afirma el carácter absolutamente original del espíritu, irreductible al principio de la naturaleza. Los conceptos de subjetividad, interioridad, autoconciencia y libertad, que posteriormente serían cuidadosamente elaborados y sistematizados, expresan, de diferentes modos, esta originalidad del ser personal.

b) La conciencia antropológica del hombre cristiano es autoconciencia del hombre como ser primordialmente *personal*, no como ser meramente social. La persona es un centro autónomo de intimidad; su pertenencia al Estado no es total e incondicional, y aunque el hombre es miembro de la comunidad política, no está ordenado en ella «*secundum se totum*», como dirá más adelante S. Tomás⁽⁶⁵⁾.

Esta libertad espiritual del hombre respecto de la *Polis* o de la *Civitas* va mucho más allá de la libertad política del ciudadano, tal como la entendió el mundo antiguo. Hegel observaba que los griegos y romanos (incluso los estoicos) sabían solamente que el hombre es realmente libre mediante el nacimiento (como ciudadano de una determinada comunidad política), o mediante la fuerza del carácter y de la cultura, o mediante el recurso a la filosofía (recuérdese la afirmación de que el esclavo, aún como esclavo y en cadenas, puede ser libre). La idea de que *el individuo como tal* es libre, esto es, la libertad del hombre es cuanto hombre, es una aportación específicamente cristiana⁽⁶⁶⁾.

De acuerdo con estas consideraciones, lo que distinguía al cristianismo del humanismo antiguo no eran sólo matices, eran diferencias sustanciales: una nueva concepción del hombre y de su destino en la historia, de un nuevo orden de valores, un nuevo modo de entender y vivir las relaciones humanas. El advenimiento de la persona supone un cambio cualitativo, una auténtica revolución espiritual⁽⁶⁷⁾.

Sólo partiendo de esta constatación tiene sentido preguntarse por la relación que puede establecerse entre la autoconciencia propia del hombre cristiano y el ideal romano de 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⁽⁶⁸⁾, 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⁽⁶⁹⁾.

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 función práctica⁽⁷⁰⁾. 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 equivocidad que tenía hasta entonces la palabra *humanitas*, Justiniano terminará hablando de una «*nova humanitatis ratio*»⁽⁷¹⁾, subrayando así la aportación cristiana a la configuración de un nuevo orden de relaciones humanas⁽⁷²⁾.

c) En cualquier caso, el deseo manifestado explícitamente por Constantino de que prevaleciera («*in omnibus*») la *aequitatis ratio*, así como la referencia a la *lex christiana* cuando procede a la aprobación oficial de la *episcopalis audientia*, no podían ser interpretados por la Iglesia si no es en estrecha relación con la autoconciencia propia del hombre cristiano.

En primer lugar, es muy discutible que esta *aequitas* (que es mucho más que un mero contrapunto al *ius strictum*) reciba su significado y encuentre su fundamento último en la doctrina griega y helenística del derecho natural. Al contrario, como ha puesto de manifiesto H. Jaeger⁽⁷³⁾, hay en ella una influencia muy clara de aquella *epieikeia* que está vinculada a la tradición bíblica, a las fuentes cristianas y a la vida misma de la comunidad cristiana primitiva. Su alcance y contenido en el período que aquí se contempla, sólo pueden ser comprendidos teniendo presente la naturaleza interna de la Iglesia y de su misión, así como el sentido último de su servicio ministerial, de su realidad institucional y, en suma, de su inserción en la historia real de los hombres⁽⁷⁴⁾.

Pero hay más. Afirmar la originalidad de esta concepción de la equidad, no significa insinuar que la inspiración cristiana tendiera a eliminar o absorber la doctrina tradicional de la *aequitas*, que a lo largo de los siglos anteriores había sido un factor importante de humanización del derecho, al contrario, la experiencia histórica parece poner de manifiesto que contribuyó grandemente a hacerla más eficaz y consistente, más capaz de hacer efectivas, en la práctica histórica concreta, las exigencias de la justicia, tomando verdaderamente en serio las afirmaciones teóricas acerca de la igualdad esencial de todos los hombres⁽⁷⁵⁾.

No nos referimos tampoco únicamente al valor de ejemplaridad que pudo tener—en una época de evidente corrupción y decadencia—la actuación de los obispos, a través de la *episcopalis audientia*, en su esfuerzo por aproximar a la vida real aquella *lex christianorum* aludida por Constantino o, lo que es lo mismo, aquellas «*leges veritatis et aequitatis*» a que se

refiere el Concilio de Nicea⁽⁷⁶⁾, aplicando el derecho romano⁽⁷⁷⁾ y las normas consuetudinarias⁽⁷⁸⁾ con un espíritu nuevo.

Lo fundamental es que va penetrando en la sociedad la conciencia del valor absoluto de la persona y de sus derechos, paralelamente al proceso que condujo a una transformación de la *aequitas* clásica (viniendo a ser una expresión de *benignitas*, *humanitas*, *charitas*) y que, como dijimos, incluye sin duda aspectos negativos, si se considera esta evolución desde un punto de vista estrictamente jurídico.

No se trata de afirmar la existencia de una toma de postura radical y unánime frente a las concepciones básicas de la civilización romana. Es cierto que a lo largo de los primeros siglos hubo momentos de tensión, confrontaciones, polémicas, actitudes intransigentes; y es también cierto que en algunos momentos se llegó a plantear con profundidad el problema de fondo que oponía al cristianismo con la ideología básica del Imperio⁽⁷⁹⁾. Pero es indudable también que en los pensadores cristianos anteriores a S. Agustín continúa viva la cultura antigua.

H. Marrou ha resaltado con fuerza cómo no podía concebirse todavía otro tipo de civilización, otra forma posible de cultura, de igual modo que tampoco era concebible otra fórmula política distinta del Imperio Romano. Los Padres mantienen una actitud crítica frente al Estado y sus instituciones, rechazan algunos criterios dominantes, pero no aspiran a la creación de un orden nuevo y, con las limitaciones lógicas, continúan participando en la tradición antigua⁽⁸⁰⁾.

Sin embargo, a medida que la Iglesia va creciendo en extensión y en profundidad, y sobre todo desde el momento en que recibe un reconocimiento oficial con Constantino y son confiadas a la Jerarquía una serie de funciones civiles—entre ellas la *episcopalis audientia*—, se hace posible una penetración más intensa del espíritu cristiano en la vida social, en las instituciones, en las relaciones humanas en su realidad concreta. Se trata, en expresión de Biondi, de «una penetrazione capillare, che sviluppa ed accompagna quella legislativa»⁽⁸¹⁾.

En este contexto, va profundizándose y haciéndose más viva la auto-comprensión de la Iglesia, la conciencia de su misión histórica y de su relación con el mundo secular. Si el problema de la influencia del cristianismo sobre el derecho romano es de una complejidad evidente⁽⁸²⁾, no puede cuestionarse el hecho de su acción sobre el conjunto de la civilización romana. A través de este influjo y a pesar de los obstáculos que irán encontrando—uno de ellos, será precisamente la complejidad de las relaciones entre la Iglesia y el Estado romano—, los principios cristianos y los valores personales del mensaje evangélico, junto con otros factores internos del sistema, o exteriores a él, se constituyen en el núcleo esencial del nuevo orden universal que estaba ya gestándose. Reflexionando sobre la

historia, J. Maritain ha escrito que bajo la inspiración evangélica («a menudo desconocida, pero activa»), la conciencia profana ha comprendido el papel absolutamente central de la persona—sus derechos fundamentales, su dignidad, sus valores morales—, que pasa a ser el fundamento de la organización política, del orden socio-económico, del ordenamiento jurídico⁽⁸³⁾.

Instituciones como la *episcopalis audientia*, estudiadas e interpretadas no sólo con criterios de técnica jurídica sino con un método de análisis verdaderamente interdisciplinar, revelan una riqueza insospechada de aspectos, de matices. La *aequitatis ratio* y la *lex christiana* que están a su base—sea cual fuere la significación que atribuía a estos términos Constantino—, tuvieron un alcance mucho más trascendente que el de servir como contrapunto a la *stricti iuris ratio*. Contribuyeron a hacer posible, por su incidencia directa en la vida cotidiana, que la concepción de la persona, de la libertad y de la historia, vinculada a la tradición bíblico-cristiana, al insertarse en el dinamismo interno de la civilización antigua, fuese configurando un orden nuevo de relaciones humanas.

La tendencia actual de los teóricos del Derecho a hablar de la dimensión creativa de la equidad, como fuerza que informa a todo el derecho, o a referirse incluso a un *Estado de equidad* cuya finalidad inmediata sería la realización de la justicia y la garantía real de los derechos fundamentales de la persona, pone de manifiesto la continuidad en el tiempo y la virtualidad permanente de los valores que desde aquellos siglos iniciales se incorporaron a la autoconciencia del hombre occidental. La *aequitatis ratio* fue—y continua siendo—uno de esos valores.

NOTAS:

(1) Cfr. B. BIONDI, *Il diritto Romano Cristiano*, I, Milán, 1.952, p. 439 y ss.

(2) Las razones por las cuales no parecen aceptables las dudas a propósito de la autenticidad de las dos constituciones de Constantino (años 318 y 333), pueden verse resumidas en J. GAUDEMET, *La législation religieuse de Costantin*, en R. H. E. F., XXXIII (1.947), p. 25-61.

(3) G. VISMARA, *Episcopalis audientia (L'attività giurisdizionale del Vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono)*, Milán, 1.937.

(4) Cfr. la importante recens. de E. VOLTERRA de la obra de Vismara en SDHI, 13 (1.946), p. 353 y ss., que somete a crítica el punto de vista de este autor y se muestra partidario de DE FRANCISCI y otros romanistas que sostienen la continuidad del carácter arbitral de la *episcopalis audientia* a lo largo de toda la época imperial. También en este sentido se pronuncia, entre otros, G. MASI, *L'udienza vescovile nelle cause laiche da Costantino ai franchi*, A. G., 122 (1.939), p. 87 y ss.

(5) C. Th. I,27, 1 (= Const. Sirmodina XVII):

Imp. Constantinus A. — Iudex pro sua sollicitudine observare debet, ut si ad episcopale iudicium provocetur. Silentium accomodetur et, si quis ad legem Christianam negotium transferre voluerit et illud iudicium observare, audiatur, etiamsi negotium apud iudicem sit inchoatum, et pro sanctis habeatur, quidquid ab his fuerit indicatum; ita tamen, ne usurpetur in eo, ut unus ex litigantibus pegat ad supra dictum auditorium et arbitrium suum enuntiet. Iudex enim praesentis causae integre habere debet arbitrium, ut omnibus accepto latis pronuntiet. (VII Kal. Iulias Constantinopoli... A. et Crispo Caes. cons.).

(6) G. VISMARA, *op. cit.*, p. 14-15; este autor piensa que el juez a que se alude al final es distinto del juez «*apud quem negotium sit inchoatum*». Una confirmación la encuentra en la expresión «*iudex praesentis causae*», que no podía ser el obispo ciertamente, pero tampoco el magistrado del cual estaba inicialmente pendiente el juicio. VISMARA insinúa la posibilidad de que se tratara de un *iudex* que se había negado a que se ejecutara la sentencia del obispo, por entender que las partes habían renunciado al juicio del magistrado secular cuando ya no era posible.

(7) *Ib.*, p. 18-19.

(8) El autor llama la atención sobre el hecho de que la constitución habla repetidas veces del procedimiento delante del obispo como de una propia y verdadera jurisdicción, sirviéndose de la terminología correspondiente a los procesos judiciales (*episcopale iudicium, provocari, etc.*). Por otra parte, recuerda que con el edicto de Milán, Constantino no pretendía sólo declarar «tolerada» la religión cristiana, sino que dio reconocimiento oficial a una sociedad organizada, a la cual se concedió la capacidad jurídica, reconociendo también la función normativa para los asuntos internos, entre aquellos que profesaran la fe católica (*ib. p. 16*).

(9) *Imp. Constantinus A. ad Ablabium p.p.—Sanximus namque, sicut edicti nostri forma declarat, sententias episcoporum quolibet genere latis sine aliqua aetatis discretionem inviolatas semper incorruptasque servari: scilicet ut pro sanctis semper ac venerabilibus habeantur. Quidquid episcoporum fuerit sententia terminatum. Sive itaque inter minores sive inter maiores ab episcopis fuerit iudicatum, apud vos qui iudiciorum summan tenetis et apud caeteros omnes iudices ad executionem volumus pertinere. Quicumque itaque litem habens, sive possessor sive petitor vel inter initia litis vel decursis temporum curricularis, sive cum negotium peroratur, sive cum iam coeperit promi sententia, iudicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, illico, sine aliqua dubitatione, etiamsi alia pars refragatur, ad episcopum personae litigantium dirigantur.*

*Multa enim quae in iudicio captiosa praescriptionis vincula promi non patiuntur, investigat et publicat sacrosanctae religionis auctoritas. Omnes itaque causae, quae vel praetorio iure vel civili tractantur, episcoporum sententia terminatae perpetuo stabilitatis iure firmentur; nec liceat ulterius retractari negotium, quod episcoporum sententia deciderit. Testimonium etiam ab uno licet episcopo perhibitum omnis iudex indubitanter accipiat nec alius audiatur testis, cum testimonium episcopi a qualibet parte fuerit repromissum. Illud est enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum, quod a sacrosancto homine conscientia mentis illibatae protulerit. (Cf. J. Gothofredus, *Cod. Th.*, VI, 303-308).*

(10) Cf. por ejemplo, Inocencio III, *Decretal Per Venerabilem* (P. L. 214, 1.133); S. DE VITERBO, *De Regimine christiano*, II, 8.

(11) L. VISCHER, *Die Auslegungsgeschichte von I Kor. 6,1-11*, Tubinga, 1.955, 61-62.

(12) Parece cierto que la resolución del conflicto que enfrentó a Licinio y Constantino, y que favoreció a este último, se debió en gran medida al apoyo que le prestaron los cristianos como expresión de gratitud a las medidas favorables que había tomado respecto a sus comunidades. En cualquier caso, en esa guerra civil el elemento religioso tuvo un papel muy importante (Cf. M. FORTINA, *La política religiosa dell'imperatore Licinio*, Riv. St. Class. 7 (1.859) 245 ss.

(13) Cf. EUSEBIO DE CESAREA, *Historia Eclesiástica*, VIII, 1,1-6, donde este testigo excepcional de la época presenta un cuadro sumamente optimista de este periodo de paz de la Iglesia.

(14) J. DANIELOU, *Nueva Historia de la Iglesia*, I, edit. cit., p. 257. Df. también C. LE-PELLEY, *Les limites de la christianisation de l'Etat romain sous Constantin et ses successeurs*, Lila, 1.972.

(15) «on pourrait constituer toute une galerie de portraits de Constantin, si dissemblables qu'on aurait grand-peine à supposer qu'il s'agisse du même personnage» (A. PIGANIOL, *L'Empire chrétien (325-395)*, París, 1.972, p. 77).

(16) Cf. L. DE GIOVANNI, *Costantino e il mondo pagano*, Nápoles, 1.977; A. FLORES, *La conversion de Constantin le Grand*, París, 1.949; S. CALDERONE, *Constantino e il Catolicesimo*, I, Florencia, 1.962.

(17) J. STRAUB, *Konstantins chistliches Sendunssbewusstsein*, en «Dans neue Bild der Antike», II, Leipzig, 1.942. Los textos más importantes de CONSTANTINO, a propósito de esta idea, se recogen en P.P. JOANNOU, *La législation impériale et la chistianisation de l'empire romain (311-476)*, Roma, 1.972, p. 24.

(18) En este campo, dice H. I. MARROU, «es más fácil formular hipótesis que establecer hechos precisos y seguros». (*Nueva Historia de la Iglesia*, I, Madrid, 1.964, p. 273).

(19) N. BAYNES, *Constantine the great and the Christian Church*, en «Proceedings of the Brit. Acad.» XV, 1.929.

(20) F. FABBRINI, *L'impero assoluto...*, op. cit., p. 406: «Il credo cristiano era esattamente l'opposto di quello della piramide verticista che il Dominato aveva creato. La scelta costantiniana non era dunque facile: nè si prestava a motivazioni di mera furbizia».

(21) S. MAZZARINO, *L'imperio romano*, Bari, 1.973; para este autor, Constantino es no sólo el gran revolucionario de la historia romana sino el más grande de toda la historia antigua (p. 447). Cf. también S. CALDERONE, *Costantino e il catolicesimo*, ed. cit. p. 206, a propósito de la opción del emperador.

(22) C. 3, 1, 8.

(23) B. BIONDI, *Il diritto romano Cristiano*, I, ed. cit., p. 455.

(24) A. PEREZ LUÑO, *Aspetti e funzioni dell'equità*, R. I. F. D., 54 (1.977), p. 838. Como es lógico «in questa dimensione la equità presuppone, prima di tutto, la penetrazione delle esigenze e dei principi etici del diritto positivo» (Ib., Ib.).

(25) Cf. P. STEIN, *Equitable Principles in Roman Law*, en el vol. col. «Equity in the World's Legal Systems», Bruselas, 1.973, p. 75 ss.; a propósito del pensamiento de CICERON cf. CIULEI, *Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'oeuvre de Cicéron*, en R. H. D., 46 (1.968), p. 639 y ss.; ZAMBONI, *L'«aequitas» in Cicerone*, AG., 170 (1.966), p. 167 ss. Un exámen del concepto de *aequitas* durante la República puede verse en P. PINNA PAPPAGLIA, *Aequitas in Libera Republica*, Milán, 1.973; un breve esbozo histórico-sistemático del concepto de *aequitas* se ofrece en la reciente aportación de O. ROBLEDA, *L'equità in Diritto Romano*, en «Atti del Colloquio Romanístico-canonístico», Roma, 1.979, p. 62 y ss. (el autor destaca en especial el hecho de que la *aequitas*, tanto en CICERON como a lo largo del período clásico, significaba «igualdad» y era equivalente a «iustitia»).

(26) B. BIONDI, *Diritto e Giustizia nel Pensiero Romano*, en *Scritti Giuridici*, I, ed. cit., p. 76; el autor resume su pensamiento afirmando que «se vogliamo descrivere in sintesi, sotto questo aspetto, la storia del diritto romano, potremo dire che consiste nella costante e progressiva immissione dell'aequitas nel campo del diritto» (Ih., p. 76).

(27) Cf. B. BIONDI, *Equità e buona fede*, en «Scritti giuridici», I, p. 93-95; el autor se refiere elogiosamente a la afirmación de CARNELUTTI de que «no se resuelve el problema del derecho cuando la equidad no encuentra su respuesta en él». (*I valori giuridici del messaggio cristiano*, Padova, 1.950, p. 25).

(28) S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milán, 1.949,

p. 108 ss.; a este autor se debe también el art. *Aequitas*, en el *Nuovo Digesto Italiano*, así como otra serie de trabajos que han sido examinados y valorados críticamente por P. PINNA PARGLIA, *Aequitas in libera Republica*, ed. cit., p. 255-264.

(29) Cf. CHICCA, *Ius: ars boni et aequi*, R. I. F. D., 38 (1.961), p. 457 y ss.; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, ed. cit., p. 206 y ss.

(30) P. P. JOANNOU, *La législation impériale...*, ed. cit., p. 29 y ss., resume brevemente el contenido de las leyes de CONSTANTINO relativas a la protección de la familia (abolición del divorcio, defensa del cónyuge inocente...), del niño (prohibición de la exposición de los recién nacidos, venta de niños, protección contra los abusos de los tutores...), de los pobres, de los menesterosos, de los prisioneros y de los condenados. En el caso de los esclavos, la medida que iba a tener unas consecuencias más importantes fue la *manumissio in ecclesia* y la simplificación de su procedimiento, ya que, a partir de aquel momento, la Iglesia pudo desarrollar su acción en favor de ellos sin obstáculos.

(31) Cf. VAN DE CASTEELE, *Indices d'une mentalité chrétienne dans la législation civile de Constantin*, en «Bull. de l'Ass. G. Budé, suppl. lettres d'humanité», 14 (1.955), p. 85 ss.; S. CALDERONÉ, *Da Costantino a Teodosio*, en «Nuove questioni di storia antica», Milán, 1.968 p. 615 ss.

(32) F. AMARELLI, *Vetustas-Innovatio. Un antitesi apparente nella legislazione di Costantino*, Nápoles, 1.978, p. 84-85.

(33) Cf. J. A. GAUDEMET, *Les transformations de la vie familiale au Bas Empire et l'Influence del Christianisme*, en «Etudes de droit romain», III, Nápoles, 1.979, p. 283-310.

(34) *Ib.*, p. 310.

(35) Cf. G. VISMARA, *Episcopalis audientia...*, ed. cit., p. 49 y ss.

(36) F. BOSSOWSKI, *Quo modo usu forensi Audientique Episcopalis suadente nonnulla praecepta ad instar iuris graeci et hebraici... in iure romano recepta sint exponitur*, Acta Congr. Iur. Intern., I, Roma, 1.935, p. 384 ss.

(37) J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier...*, ed. cit., p. 210.

(38) Cf. J. GAUDEMET, *Droit romain et droit canonique en Occident aux IV et V siècles*, en «Actes du Congrès de Droit Canonique», París, 1.950, p. 256-257.

(39) Cf. E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, México, 1.964, p. 131.

(40) «La importancia que tienen los estoicos para la doctrina del derecho natural se funda en el desembarazo con que trataron las relaciones humanas, al considerarse ciudadanos del universo, dirigiéndose a hombres libres e iguales, sin sentirse solidarios de ningún estado de cosas concreto, de ningún orden establecido». (S. ALVAREZ TURIENZO, *La lucha por el derecho y la autorrealización del hombre*, en «Miscelánea en honor de J. BECERRIL y A. MIRALLES», Madrid, 1.964, p. 79).

(41) «...a lege ducendum est iuris exordium. Ea est enim natura vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regula». (*De Leg.* I, 6, 19), En *Pro Milone*, 19, 52, Cicerón había fundado sobre el derecho natural (*non scripta, sed nata lex*) la legitimidad de la defensa contra un agresor. Pero se trataba de un caso concreto y determinado (*si vita nostra in aliquas insidias... incidisset*) y no, como aquí, de la moral en su conjunto; en *De Nat. deorum* dice de forma semejante, que «sequitur ut eadem sit in iis quae humano in genere, ratio, eadem veritas utrobique sit eademque lex, quae est recti praeceptio pravique depulsio» (II, 31, 78).

(42) El orden que se propone seguir es, pues, el siguiente: «*natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus civitates regi debent; tum haec tractanda quae composita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt quae vocantur iura civilia*» (*De Leg.* I, 5, 17).

(43) *De Leg.*, I, 6, 18.

- (44) *De Leg.* I, 8, 28.
- (45) *De Leg.* I, 10, 29; si no fuera porque la corrupción de las costumbres llega a ofuscar tal semejanza, «*sui nemo inse tam similis esset quam omnes essent omnium. Itaque quaecumque est hominum definitio una in omnes valent.*» (*De Leg.* I, 10, 29).
- (46) *De Leg.*, I, 12, 33.
- (47) Cf. J. DAZA MARTINEZ, *Kyrios Nomos*, Cuenca, 1976, P. 51 y ss.
- (48) Cf. E. JARRA, *Marco Aurelio filósofo del derecho*, R. I. F. D., XII (1.932), p. 503; G. C. FUSCI, *La filosofía de Antonino en rapporto con la filosofía de Seneca, Mussonio e di Epitteto*, Milán, 1.940.
- (49) *Sol.*, X, 25.
- (50) *ib.*, XII, 20.
- (51) *ib.*, X, 30; en un pasaje importante del libro XI, tras afirmar explícitamente que «estamos hechos los unos para los otros», hace un análisis de los peligros que amenazan la sociabilidad: la ignorancia y los prejuicios, la hipocresía, el egoísmo, los odios, la ira; termina con esta reflexión: no admitir que los malvados cometen desmanes y ofensas sería una locura, equivaldrá a exigir lo imposible; pero permitir que obren así con los demás hombres preocupándose sólo de que a uno mismo le respeten, sería una falta de cordura, y a la vez, una manifestación de tiranía». (*ib.* XI, 18).
- (52) *ib.*, VI, 44; este aspecto de la personalidad de MARCO AURELIO y de su doctrina ha sido estudiado por P. DE PROYART, *Marc Aurèle, un empereur citoyen du monde*, París, 1.962.
- (53) Cf. *De Beneficiis*, III, 28; otros textos pueden verse analizados en P. AUBENQUE, *Sénéque et l'unité du genre humain*, en «Actas del Congreso Internacional de Filosofía», I, Córdoba, 1.965, p. 77 y ss.
- (54) Acerca de las bases ideológicas en que se apoya su visión del imperio y de la vida política, cf. G. PUENTE OJEA, *El fenómeno estoico en la sociedad antigua*, Madrid, 1.974, p. 212 y ss.
- (55) E. ELORDUY, *El Estoicismo*, II, Madrid, 1.972, p. 270.
- (56) Cf. M. SPANNEUT, *Le stoïcisme des Pères de l'Eglise*, Patristica Sorbonensia, 1.957; L. STEFANINI, *Il problema morale nello stoicismo e nel cristianesimo*, Torino, 1.927.
- (57) D. SERTILLANGES, *El Cristianismo y las filosofías*, I, 1.966, p. 195; H. GREVEN, *Das Haupt problem der Sozial ethik in der Stoa und im urchristentum*, Leipzig, 1.935; V. STEGMANN, *Christentum und Stoizismus*, Berlín, 1.941.
- (58) M. MESLIN, *Le Christianisme dans l'Empire Romain*, París, 1.970, p. 153; este influjo del estoicismo adquiere relevancia especial en ORIGENES, que destaca como aspectos positivos de esta filosofía la doctrina de la *Pronoia*, el puesto central que se concede al hombre dentro del cosmos y el esfuerzo por dar al ser humano una dimensión auténticamente comunitaria y crear vínculos de comunicación inspirados en la misma naturaleza humana (cf. H. CHADWICK, *Origen, Celsus and the Stoa*, Journal of theol. Stud. 48 (1.947) p. 34 y ss.; H. CROUZEL, *Origène et la Philosophie*, París, 1.962, p. 39 ss.).
- (59) C., 3, 1, 8.
- (60) A. GUARINO, art. «*Equità*» (Dir. Romano), en *Noviss. Dig. It.* VI, p. 624.
- (61) «Essa si manifesta veramente come una pernicioso «giustizia del caso concreto», che giuristi e imperatori adducono a ostegno di ogni estrosa o facilistica soluzione di problemi dolenti e delicati. E inevitabilmente l'*aequità* finisce per diventare, sempre sul piano pratico, la comoda giustificazione del lassismo nel diritto» (*ib.*, p. 624).
- (62) Cf. M. NEDONCELLE, *Prosopon et persona dans l'antiquité classique*, Rev. Sc. Rel. 22 (1.948) 277-299; S. ALVAREZ TURIENZO, *El cristianismo y la formación del concepto de persona*,

en «Homenaje a X. Zubiri», Madrid, 1.970, 45-77; interesa también el artículo *Person* del *Lexicon für Th. und Kirche*, VIII, 288 ss.; C. J. de VOGEL, *The concept of Personality in Greek and Christian thought*, en «Studies in Philosophy and the History of Philosophy II, Washington, 1.963, 20-60; L. STEFANINI, art. *Persona*, en «Enc. Filosof.» III Roma, 1.957, col. 1.297 ss.

(63) Cf. M. F. SCIACCA, art. *Spiritualismo cristiano*, en «Enc. Catt.», XI, 1.159-1.162; M. SCHELER, *Ética*, II, B. Aires, 1.948, p. 160 ss.

(64) C. TRESMONTANT, *La Métaphysique du christianisme et les origines de la Philosophie chrétienne*, París, 1.961, p. 42 ss.; este mismo autor ha insistido con fuerza en el carácter original de la idea de creación elaborada por la metafísica bíblica, contraponiéndola a otras concepciones y explicando por qué el proceso de creación es de naturaleza espiritual (cf. sus *Estudios de metafísica bíblica*, Madrid, 1.961, p. 122 y ss.). Ver también M. LANDMANN, *Ursprungsbild und Schöpfung*, Munich, 1.966.

(65) «*Homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum*» (II-II, Q. 21, a.4, ad 3).

(66) G. W. HEGEL, *Introducción a la Historia de la Filosofía*, B. Aires, 1.956, p. 281; cf. también D. NESTLE, *Eleutheria. Studien zum wesen der Freiheit bei den Griechen und im N. T.*, I, Tübingen, 1.967. Igual consideración podría hacerse a propósito del amor, ya que «el amor al hombre de los griegos era todavía—y esto es esencial—amor del griego por ser griego y no amor por el griego en cuanto hombre. Este amor, no cabe duda, se eleva a su universalidad en el cristianismo» (R. A. AGOGLIA, *La filosofía como «sabiduría de amor»*, Rev. de Fil. (La Plata) 17 (1.966) p. 26.

(67) Cf. E. DELARUELLE, *La doctrine de la personne humaine signe de contradiction entre Christianisme et Paganisme au III siècle*, Bull. Litt. Eccles. 53 (1.952) 161-172; K. JASPERS, *Origen y meta de la historia*, Madrid, 1.950, p. 73 ss.; C. SCHUTZ-R. SARACH, *El hombre como persona*, en «Mysterium Salutis», II-2, esp. p. 717 y ss.; R. GUARDINI, *Mundo y persona*, Madrid, 1.963, passim.

(68) Al significado material de un principio (lo que es propio del hombre), se añade luego un significado cultural y moral y posteriormente, sobre todo con CICERON, se amplía la gama de sentidos. Al difundirse en el pueblo, se convierte en un término equivoco y pierde su fuerza y densidad significativa, llegando en algunos casos a ser sinónimo de frivolidad, refinamiento o elegancia, más que de cultura, liberalidad o inteligencia (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, 1.948, p. 209-210.

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

(70) 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 interpolacionista de O. GRADENWITZ (*Humanitas*, en «Atti...», ed. cit. 227 ss.). Le parece más propio decir que aquel período no debe atribuirse tanto la función humanizadora del derecho como la impregnación del cristianismo por el 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.

(71) Inst. I, 6, 2.

(72) 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 christliche Kaiser*, en «Acta Congr. Iur. Int.», Roma, 1.935, 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...*, art. cit., p. 2597).

(73) H. JAEGER, *Justinien et l'episcopalis audientia*, art. cit., 239 ss.

(74) *ib.*, 244 y ss.; el autor estudia el significado de la *episkopos* en las Cartas Pastorales, referida al ministerio episcopal; luego va más allá y demuestra cómo «il y a un arrière-fond plus d'une manière vraiment religieuse et plus profonde encore que dans la pensée grecque» (246-247). En el desarrollo de este planteamiento analiza las fuentes rabínicas, la evolución de la jurisprudencia postbíblica y los textos neotestamentarios relativos al gobierno de la Iglesia, en cuanto comunidad viva irreductible a cualquier otro tipo de sociedad. A través de este análisis pone de relieve el sentido original y profundo de la equidad *telle qu'elle était vivante et comprise en Israël et dans l'Eglise naissante*» (*ib.*, 253).

(75) Cf. M. ROBERTI, *Cristianesimo e Diritto Romano*, Milán, 1.935, p. 25 ss.; J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier...*, 209-210.

(76) MANSI, 2, 1.044.

(77) G. VISMARA, *Episcopalis audientia...*, ed. cit., p. 112 ss.

(78) Cf. F. BOSSOWSKI, *Quomodo usu forensi...*, ed. cit., p. 372 ss.; el autor observa que «ad religionem christianam non solum multis iudaicis et Graecis, in audientia episcopali lites ex diverso iure decidendae erant... Episcopos tanem in audientia sua imprimis consuetudinem sequi solitos esse...» (372-373).

(79) La polémica del filósofo CELSO contra el cristianismo y la réplica de ORIGENES en su *Contra Celsum* son especialmente reveladoras de las razones de fondo de esta oposición. Cf. C. ANDRESEN, *Logos und Nomos. Die Polemik des Kelsos wider Christentum*, Berlín, 1.965; J. DAZA MARTINEZ, *Ideología y política en la polémica de Orígenes contra Celso*, Cuenca, 1.975. CELSO comprendió inmediatamente el peligro de «subversión» de las bases ideológicas del Imperio que llevaban consigo tanto la doctrina *monoteísta* cristiana como el carácter *universalista* de la nueva fe.

(80) «...leur attitude est moins constructive que critique: ils critiquent, tempèrent, corrigent, plus qu'ils ne créent... Tous sont, tous restent, des intellectuels participant à la tradition antique» (H. MARROU, *S. Augustin et la fin de la culture antique*, París, 1.955, p. 355).

(81) B. BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, I, ed. cit., p. 435-6.

(82) J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier...*, ed. cit., p. 193 y ss.; el autor observa, al comienzo del capítulo en que estudia este problema, que hay que distinguir bien entre la acción que desarrolló el cristianismo sobre la civilización romana en general, durante el Bajo Imperio, y los casos concretos en que puede atribuirse a la influencia cristiana la modificación de una regla jurídica.

(83) J. MARITAIN, *Cristianismo y democracia*, B. Aires, 1.961, p. 55; el autor recuerda que el cristianismo reveló al hombre su dignidad de persona, la igualdad esencial de los seres humanos, la inviolabilidad de las conciencias. De la inspiración evangélica viene también el ideal democrático y la pasión por la justicia y la convicción de que «una comunidad de hombres libres no puede vivir si su base espiritual es únicamente el derecho» (*ib.* p. 60). Precisa también que el progreso no tiene a hacer recuperar mañana el paraíso mediante la revolución, sino a «hacer pasar las estructuras de la conciencia y de la vida humana a estados mejores, y eso, a todo lo largo de la historia» (*ib.*, p. 55).

EL PARLAMENTO EN EL ESTADO DEL CAPITALISMO AVANZADO: SITUACION Y PERSPECTIVAS

Por Carlos DE CABO MARTIN
Catedrático de Derecho Político

El planteamiento de la temática parlamentaria en la forma que se establece en el título de este trabajo, hace referencia a dos tipos de cuestiones ciertamente relacionadas pero también y secuencialmente diferenciadas: En primer lugar se intenta dar una respuesta que explique la actual situación de los Parlamentos; en segundo lugar se trata de cuestionar el papel y función que pueden hoy desempeñar los Parlamentos en las sociedades específicas que se contemplan y en relación con unos determinados objetivos.

1.—Explicaciones a la crisis de los Parlamentos.

Hay que recordar, aunque sea brevemente, que la historia de los Parlamentos y de su supuesto teórico básico, la representación, no ha sido una historia pacífica. Y conviene tenerlo en cuenta porque, como veremos, algunas de las críticas modernas tratan de presentar como nuevos, intrumentalizándolos, hechos y argumentos que, en su versión, han roto el ideal de referencia, cuando lo cierto es que ese ideal nunca existió. A efectos, pues, de mantener la memoria histórica, debe señalarse que desde la Revolución Francesa⁽¹⁾ se dibujan dos líneas críticas que se prolongan con posterioridad:

a) Una es la que se basa en la idea de ficción jurídica. La representación y el Parlamento son una ficción jurídica. El elegido no representa a los electores, que no transmiten poder alguno, ni el Parlamento representa a entidad colectiva alguna que tenga una voluntad preexistente y, por consiguiente, representable por la Asamblea. Por eso el sistema representativo se considera una pura «metáfora» en el lenguaje de Roger-Collard.

Como es conocido el argumento fue utilizado después por la dogmática alemana para, a partir de la elaboración de la concepción de la personalidad jurídica del Estado, sustituir la teoría de la representación por la del órgano⁽²⁾, con la finalidad política clara de potenciar el principio monárquico frente al representativo, siguiendo esa característica general de la cultura jurídica y política alemana de reducir los principios de la Revolución Francesa a una virtualidad distinta de la original. La elección no hace sino designar un órgano del Estado, lo que tenía como consecuencia inmediata la ruptura de toda relación electores-elegidos con posterioridad a la elección⁽³⁾. La idea será recogida por Kelsen que niega también la naturaleza jurídica de la representación, señalando, no obstante, que tal «ficción» ha permitido «legalizar el parlamentarismo bajo el aspecto de soberanía del pueblo y mantener el movimiento político realizado bajo la presión de la idea democrática, en niveles sensatos»⁽⁴⁾.

b) Otra es la que entiende que, justamente, la representación funciona como un antídoto para la democracia. Tiene su manifestación primera y más expresiva en la inicial formulación de Rousseau: el soberano no puede ser representado más que por sí mismo. La voluntad general no es susceptible de representación. La democracia no puede ser más que democracia directa. Aunque, como se sabe, el propio Rousseau introdujo importantes correcciones, la crítica radical por él iniciada ha tenido con posterioridad una doble línea de desarrollo.

Por una parte, se rechazó el sistema representativo en base a algo que en 1.791 afirmara Barere: el gobierno representativo es aristocrático por naturaleza. Y lo cierto es que, desde los teóricos de las élites a Carl Schmitt, el argumento se ha repetido: el sistema representativo consagra frente a la democracia de masas la soberanía de las minorías depositarias de las dos exigencias de la burguesía liberal: propiedad e instrucción. En relación con ello son bien conocidos los análisis de Gaetano Mosca acerca de la dependencia de los diputados de los grandes electores, de los miembros influyentes de los distintos comités, de los diversos intereses sectoriales y locales, etc.

Por otra, no cabe desconocer que los presupuestos de Rousseau están, en gran medida, en el origen del inicial rechazo anarquista de la representación y las Asambleas (aunque se enriquezca con posterioridad a través de la crítica a la realización del principio representativo y a sus efectos) así como de los comienzos de la crítica marxista; señalará Marx, en

efecto, en la Crítica a la Filosofía del Estado de Hegel, cómo el supuesto representativo separa idealmente lo que realmente es inseparable: lo político y lo social. El hombre de la sociedad civil en situación concreta de clases, desaparece. Queda sólo el hombre político, a través de cuya consideración la igualdad abstracta sustituye a la desigualdad concreta. El Parlamento se constituye así en el vehículo de disolución de la sociedad civil y de transustanciación del hombre real, desigual, en el ciudadano igual⁽⁵⁾. Galvano della Volpe ha mostrado el origen roussoniano de esta concepción marxista de la igualdad. Y Daniel Guerini la funcionalidad del mecanismo: frente al absolutismo permitía afirmar que el poder procedía del pueblo y frente a la pretensión de éste de ejercerlo realmente por sí mismo actuaba como filtro depurador y aislante⁽⁶⁾.

Si ésta es, esquemáticamente expuesta, la crítica clásica, la crítica moderna en torno a los parlamentos, aunque inspirada como se apuntó y tendremos ocasión de comprobar por buena parte de argumentos clásicos, responde básicamente a un hecho que habitualmente se admite sin discusión. La situación actual de los Parlamentos muestra una situación de crisis a un doble nivel: a un nivel político, que se manifiesta en una pérdida de poder de los Parlamentos y a un nivel técnico que se manifiesta en una pérdida de eficiencia de las asambleas. El hecho está, como es bien conocido, en el centro de la discusión teórico-política de nuestro tiempo. Me parece que no es necesario subrayar, cómo la dificultad e importancia del tema, así como la multiplicidad de enfoques y su constante replanteamiento por la literatura especializada, hacen extremadamente complicado no sólo el intento de aportaciones al mismo sino el de ofrecer un estado de la cuestión.

En cualquier caso y optando por la claridad, que considero un valor de preferencia siempre pero en este caso especialmente, y, sobre todo, en base al específico emplazamiento en que trato de situarme, se podrían, a mi juicio, distinguir las siguientes corrientes metodológicas a través de las cuales se trata de dar una respuesta a la precitada crisis de los Parlamentos:

1.—Una corriente de corte positivista que trata de explicar la crisis de los Parlamentos actuales en base, fundamentalmente, a su comparación con un «modelo» de Parlamento, que resultará ser un modelo ideal—aunque con frecuencia se quiera hipostasiar este modelo en el Parlamento liberal—y que en consonancia con ello da explicaciones simples, en el sentido de privilegiar o atribuir a un solo elemento la causa de la crisis.

De acuerdo con este planteamiento metodológico, más o menos explícito pero siempre presente, la crisis de los Parlamentos actuales debe explicarse en virtud de la quiebra de algunos de los supuestos que daban vida al modelo ideal (liberal), en un doble orden:

a) En el orden de los principios:

1) El supuesto básico de la representación, expresado por Sieyès—se afirma—era el siguiente: «el derecho a hacerse representar no pertenece a los ciudadanos más que a causa de las cualidades que les son comunes y no de las que les diferencian». Pues bien, es claro—se dice—que este supuesto sólo se verifica en el Estado liberal en cuanto únicamente se ocupaba del mínimo número de asuntos comunes a todo ciudadano. Por el contrario, el Estado actual interviene no sólo en los asuntos comunes sino en aquellos que determinan la propia individualidad y especificidad de cada uno en su situación y problemática concreta.

Es la postura de Forsthoff. La problemática del Parlamento moderno, según Forsthoff, se puede formular así: el Parlamento moderno debe cumplir, idealmente, dos funciones básicas: legitimar democráticamente el sistema y poseer la suficiente capacidad de actuación material y técnica en su campo específico que es la legislación. Ambas funciones, señala Forsthoff, en el modelo liberal eran compatibles porque ambas se desenvolvían únicamente en el ámbito político y, en concreto, la legislación se refería fundamentalmente a concretar principios, ordenar creencias, reglar los grandes intereses comunes. En el Estado actual, sin embargo, la segunda función, la función legisladora, es técnica, especializada y múltiple. En puridad, sólo la deberán hacer los expertos. Pero entonces se plantea el gran dilema: o sólo se elige a los expertos con lo que se incumple la necesaria función de legitimación o lo que realmente se hace: para cumplir esa función se utiliza un procedimiento de selección que no garantiza en absoluto la realización, con garantías técnicas suficientes, de la función legislativa. Tras rechazar la vinculación de los expertos al Parlamento porque supondría una dependencia de los diputados respecto de aquellos a quienes les solicita la información, lo que exigiría unas específicas condiciones de «lealtad» que trasladaría en cierta forma el problema a la selección de los expertos, termina proponiendo reservar al Parlamento solamente las normas políticamente relevantes y abandonar las demás y su desarrollo al Gobierno⁷⁾. Es clara la remisión de Forsthoff al Parlamento liberal más como modelo ideal de referencia que como apelación histórica real, pues es conocido y se apuntaba antes en la crítica clásica, cómo uno de los defectos que se achacaban al Parlamento liberal era estar atravesado por los intereses locales y sectoriales. Aparte de que la perspectiva de Forsthoff no es tanto fortalecer el Parlamento como el Estado, lo que exige como primera vía—según él—el fortalecimiento del ejecutivo.

2) Se ha producido una desvirtuación del principio representativo. El advenimiento del sufragio universal ha roto la relación representantes-representados existente con anterioridad.

El número creciente de electores representados por cada elegido disuelve la relación de representación, pues no es posible representar jurídicamente a la nación (único denominador común de millones de individuos) y sociológicamente a cada uno de ellos en su individualidad. Sartori ha señalado en esta línea argumental, una relación inversa entre la extensión y la intensidad de la representación, en cuanto que en la medida en que representa a todos, el diputado no representa a nadie.

Ciertamente la imposición del sufragio universal tuvo una serie de efectos importantes a los que después aludiremos, pero precisamente éste que señala Sartori es el más discutible. Aparte de que el argumento es notablemente grosero (atribuir al número la modificación de la naturaleza jurídica de la representación), hay que recordar de nuevo que la discusión sobre si existe o no relación de representación entre electores y elegidos no es algo que pueda presentarse como el hecho más característico de los Parlamentos actuales tal como se vió con anterioridad.

Más interés tienen las posiciones que tratan de contraponer Parlamento y democracia. Ello exige una mínima disgresión histórica.

Se ha observado, desde presupuestos estrictamente empíricos que así como las distintas leyes electorales que iban ampliando el derecho de sufragio pueden permitir establecer con alguna fijeza las diferentes etapas del proceso democratizador, el acceso al Parlamentarismo no ha tenido una manifestación secuencial tan cristalizada. Ello se relaciona con la idea de que el Parlamentarismo como régimen político es más un resultado práctico que fruto de una elaboración teórica; porque, efectivamente, los supuestos teóricos que sirven de base organizativa al Estado moderno se sitúan en la alternativa que representaban Montesquieu y Rousseau; el uno llevaba a la separación relativa de poderes en forma próxima al Presidencialismo y el otro conducía a la confusión de poderes característica del régimen de Asamblea. Pero de ninguna manera puede decirse que el régimen Parlamentario se contenga en uno u otro.

Pero lo que aquí interesa destacar es que el Parlamentarismo precede históricamente a la democracia. Salvo en algún caso (como en Suecia donde las mismas transformaciones sociales y económicas fueron la causa del doble movimiento hacia el Parlamentarismo y hacia la democracia como ha señalado Fusilier) la instauración del Parlamentarismo ha precedido al reconocimiento del sufragio universal, movimientos ambos que tienen un origen y una dinámica independientes como ya en su momento señalara M. Guetzevich; lo que realmente sorprende es el asombro que este «descubrimiento» produjo en autores como Fusilier, que al citar, al comienzo de su clásico estudio sobre las Monarquías Parlamentarias, la afirmación de Guetzevich, la considera «frappante», así como en Prelot, que llega, incluso, en la conocida introducción al libro de Fusilier, a atribuirse la originalidad del hallazgo en su «Precis», donde sostiene esta

tésis—dice—«contra la opinión de la mayoría». Y sorprende, porque pertenece a un saber histórico-político nada profundo el conocimiento de que el proceso representativo que conduce al Parlamentarismo es creación del movimiento burgués, mientras que la lucha por la democracia, que en gran parte se concreta en este período histórico en la lucha por el sufragio universal, es producto del movimiento de masas que empieza a desarrollarse más tarde y comienza a adquirir perfiles definidos en 1.848.

Pues bien, aceptada la línea de separación entre Parlamentarismo y democracia, lo que se viene a sostener por la postura que analizamos es, precisamente, su radical incompatibilidad, hasta el punto de que se entiende que la «crisis permanente» del gobierno parlamentario en general y de los Parlamentos en particular, procede de la «inadecuación de la estructura tradicional de esta forma de gobierno para incorporar y realizar los principios en los que un ordenamiento debe inspirarse para poder definirse como democrático»⁽⁸⁾. En el Gobierno Parlamentario—se dice—la ley de oro es que sólo el Parlamento expresa la voluntad y el interés general y, desde esta lógica, instituciones como el referendum abrogativo, el control de constitucionalidad de las leyes, el poder de disolución de las cámaras o las atribuciones al ejecutivo basadas en algo que en sí no es un concepto jurídico como es el principio de la mayoría, no son sino la completa desvirtuación del régimen representativo. Y los intentos hechos para convertirlo en democrático lo han desnaturalizado o en un sentido (acercándolo al régimen asambleario) o en otro (acercándolo al régimen plebiscitario).

En cualquier caso y pese a la aparición de nuevos argumentos, lo cierto es que la afirmación de que la representación parlamentaria no es identificable con, ni conduce a, la democracia se encuentra y con más radicalidad sostenida en lo que antes llamábamos crítica clásica⁽⁹⁾.

3) El argumento sobre la partitocracia.

La aparición, intervención y monopolización de la vida política por los partidos políticos se ha interpuesto en la relación directa, característica de la representación liberal, elector-elegido, destruyendo esa relación. Tanto antes de las elecciones decidiendo los candidatos, como durante ellas por las características que contemporáneamente tienen las campañas electorales, como tras las elecciones con la formación y funcionamiento de los grupos parlamentarios, el partido es el único protagonista. Las decisiones del Parlamento son realmente decisiones de los partidos y, aún, dado el proceso irreversible de oligarquización, de la cúspide de los mismos.

Ciertamente el tema de los partidos en las democracias modernas es mucho más complejo que el que presenta esta simplificación interesada; pero dentro de las posiciones que atribuyen a los partidos una responsabilidad importante en la crisis de los Parlamentos, se encuentran perspecti-

vas mucho más matizadas: así se hablará de las consecuencias negativas de la fragmentación partidista en los espacios básicos del espectro político, se especificará la crisis en base a la actuación de determinados partidos y en concreto al comportamiento de los partidos en el poder⁽¹⁰⁾ etc. Interesa, no obstante, dejar aquí constancia de aquella perspectiva porque, de alguna forma, sobre los demás aspectos de la problemática partidista volveremos y porque, además, la comparación con la crítica clásica (en la que señalábamos cómo ya antes de la aparición como organizaciones permanentes de los grandes partidos de masas, se atacaba la representatividad del parlamento al afirmarse que los diputados estaban en manos de los grandes electores, comités locales, intereses de diverso tipo, etc.) pone de manifiesto la continuidad y real naturaleza de un pensamiento antidemocrático, aunque a veces trate de hablar en nombre de pretendidas purezas democráticas.

b) En el orden de los hechos.

1) Ha pasado el tiempo—dirá Prelot—de los intermediarios políticos. Las técnicas modernas (medios de comunicación, sondeos de opinión, etc.) permiten la comunicación directa poder-pueblo. La técnica elimina materialmente al intermediario que Rousseau descalificara intelectualmente. Cada vez más—dirá Labriola—la representación es deudora de los medios de comunicación (en régimen por otra parte de monopolio o de oligopolio) con lo que la representación se reduce a la forma de organizar y obtener el consenso.

2) La composición de los Parlamentos muestra desde la práctica, la falsedad de los supuestos representativos, tanto por la sofisticación a que se ha llegado en la manipulación de las elecciones a través de la conjugación adecuada de los diversos elementos que componen los sistemas electorales, como, y quizás sobre todo, por el problema que se estima más importante de los Parlamentos actuales: la no representación de los «intereses» verdaderamente actuantes y movilizadores. Se afirma así, que una adecuada articulación parlamentaria de la representación de intereses es la única vía para resolver tanto la crisis de representación real de los parlamentos como la crisis política o de poder⁽¹¹⁾.

3) Se afirma, finalmente, que la crisis de los Parlamentos deriva de su ineficiencia. Es un supuesto más de absolescencia. Ni por su organización y funcionamiento se acomodan al acelerado ritmo que alcanzan hoy las evoluciones de la coyuntura, ni por su composición y dotación cuentan con el equipaje adecuado para enfrentarse con garantías de eficacia a la complejidad y tecnificación que han experimentado los procesos socio-económicos en que el Estado de nuestros días está obligado a intervenir. Es la conocida postura tecnocrático-autoritaria.

2.—Una segunda corriente, que si bien por su pretensión de análisis

más complejos, vocación parlamentaria y carga ideológica reclama un tratamiento diferenciado, lo cierto es que no supone sino una variante de la anterior y de sus presupuestos más profundos.

Podría caracterizarse de la siguiente forma:

a) Por lo que se refiere al análisis de la actual situación de los Parlamentos, se pone el acento en la necesidad de relacionarla con las transformaciones institucionales, estatales, sociales e internacionales ocurridos en las modernas sociedades industriales. En este sentido afirma Lebríola⁽¹²⁾ que «no cabe considerar al Parlamento al margen de la interrelación con la posición y funciones atribuidas a los otros órganos situados en el vértice del ordenamiento, porque el Parlamento no es una variable independiente del sistema del poder político»... «Todas las instituciones han cambiado: el gobierno extendiendo sus atribuciones, la corte constitucional aumentando sus competencias a través de una jurisprudencia interpretativa que invada la función legislativa, la judicatura que hace de su independencia un uso discutible, todo lo cual repercute en el Parlamento que ve continuamente mermadas sus atribuciones pues permanece sin cambios»⁽¹³⁾. Pero ello no puede suponer reducir el problema a adecuar el Parlamento a las nuevas competencias, sino entender que sufre, aunque de manera específica, la crisis general de las instituciones que, a su vez, tiene su origen en el cambio de una sociedad que no se puede ordenar mediante las reglas y principios que fueron elaborados en y para una distinta fase histórica⁽¹⁴⁾. Entre estos cambios se destaca—R. Ballardini⁽¹⁵⁾—la transformación experimentada en algunos poderes o la aparición de otros inexistentes en la sociedad liberal, tales como sindicatos, partidos, banca, televisión, administración económica, organismos internacionales, etc., lo que hace que las tradicionales limitaciones del sistema representativo (el que amplios sectores de poder no se constituyan con arreglo a él como ocurre con el Ejército, la judicatura, la Administración, etc.) no sólo aumentan cuantitativa sino cualitativamente, pues progresivamente un número de funciones cada vez mayor y más importante queda fuera de los supuestos representativos.

b) Por lo que se refiere a los objetivos, su propuesta reformadora parte de afirmar la democracia parlamentaria como fin y busca la potenciación del Parlamento, pero con el límite de que no rompa el equilibrio y la racionalidad correspondiente al sistema representativo.

Se afirma, en efecto, que a consecuencia de las contradicciones antes señaladas—entre viejos principios y nuevas realidades—los necesarios equilibrios cada vez más se buscan y tienen lugar fuera del sistema que sufre con mayor evidencia una verdadera crisis de representación y legitimidad. Por eso—señala Labriola—lo primero que hay que decidir es si se sigue con la lógica del sistema anterior o se propone otro sistema alternativo. Y tras descartarlo, se reafirma el valor de la democracia representa-

tiva, cuyo respeto exige el respeto a su lógica institucional y ésta, a su vez, incluye un equilibrio entre las instituciones y los poderes de forma que una protagonización del Parlamento no sería aconsejable⁽¹⁵⁾. Aparte de otras medidas más concretas para recuperar el papel funcional del Parlamento, prácticamente las únicas vías que se proponen son, por una parte, encomendar al Parlamento las decisiones más generales y a largo plazo y dejar al Gobierno las decisiones sectoriales e inmediatas, para resolver—dice Enzochei⁽¹⁶⁾—la contradicción básica que atraviesan los Estados actuales de tener que actuar en ambos niveles, y, por otra, la coordinación de la vía parlamentaria con formas de democracia directa, especialmente el referendum⁽¹⁷⁾.

Resulta así, que esta segunda tendencia puede considerarse vinculada a la primera en cuanto coinciden en un análisis superestructural, en su referencia al «modelo» (es particularmente intenso en este último el peso que en ella tiene el mito de la división de poderes) y en su perspectiva empírica, pues la pretendida complejidad del análisis se resuelve finalmente en una complejidad puramente descriptiva.

3.—Un tipo de explicaciones que se basa en un planteamiento específicamente teórico: estudia la situación actual de los Parlamentos a través de su interrelación con los demás elementos de una totalidad compleja de la que forman parte y a partir de la cual (de su forma de inserción en ella) cada uno cobra su peculiaridad.

En base a este planteamiento debe hacerse ya una primera precisión. El problema de la crisis de los Parlamentos no se refiere, o se refiere de distinta manera, a las formaciones económico-sociales del capitalismo periférico. En efecto, como ha señalado H. R. Sonntag⁽¹⁸⁾, el característico proceso de acumulación de este tipo de sociedades viene determinado por la «bidireccionalidad» (economía metropolitana y economía nacional) lo que se manifiesta en el ámbito político en una serie de hechos apuntados por Tilman Evers⁽¹⁹⁾: frente al Estado burgués del «Centro» que garantiza la reproducción y expansión del capital nacional, el Estado situado en el espacio económico periférico garantiza la existencia y expansión de los intereses del capital extranjero, lo que implica resolver los desajustes y contradicciones correspondientes para articular las exigencias del mercado mundial y las características y estructuras de la producción local. Y todo ello conviviendo, también contradictoriamente, con una ideología nacionalista (que habla del Estado Nacional soberano) que con frecuencia hubo que desplegar para utilizar sus virtualidades en el momento anterior de nación emergente. Resulta así—señala T. Evers—que el problema básico del Estado periférico es transformar una hegemonía externa en interna. Y para ello, los canales «clásicos»—partidos, Parlamento—no sirven y hay necesariamente que deformarlos. De una parte, porque la fracción dominante (la burguesía externa) se encuentra incapacitada, por su implanta-

ción social escasa, para ganar unas elecciones mínimamente libres y limpias, por lo que la manipulación y el fraude electoral son inevitables; de otra, porque para que los intereses divergentes de las diversas clases o fracciones puedan «parlamentarizarse», tienen que ser de alguna manera mensurables, tener un mínimo de identidades del que carecen las clases en pugna en el capitalismo periférico; por ello, igualmente, las clases dominadas no caben en el Parlamento en proporciones aunque sólo sean relativamente próximas a su fuerza real, porque pueden desencadenar una dinámica que acabe con el sistema. El resultado—y esto parece generalizable—es un Estado permanente de excepción⁽²⁰⁾.

Por eso no tiene sentido plantearse el tema de la crisis de los Parlamentos en este tipo de sociedades desde los mismos esquemas sin incurrir en graves falsificaciones⁽²¹⁾. Todo lo cual no hace sino confirmar la tesis apuntada en otra parte⁽²²⁾ de que, siguiendo el sentido general del desarrollo científico, la ciencia política es en gran medida una ciencia de y para lo que, sin mucha precisión literal pero con un contenido que se sobreentiende con claridad, se suele llamar Occidente.

Una segunda precisión deriva de aquel planteamiento metodológico: la actual configuración del Estado «Occidental», la decadencia de las libertades y, específicamente, la decadencia o transformación operada en los Parlamentos, hay que ponerla en relación con el proceso de desarrollo de la «totalidad compleja» del modo de producción capitalista y en concreto con la fase actual del capitalismo monopolista en los países dominantes.

Ello implica, por una parte, salir de la perspectiva que conllevaban buena parte de las posturas anteriores atribuyendo la crisis de los Parlamentos a explicaciones «simples»; por otra, entender que no cabe acercarse al estudio de la situación actual de los Parlamentos sin considerar las nuevas formas de relación entre Estado y sociedad, entre lo político y lo económico, en definitiva, la específica configuración del Estado en los países de capitalismo dominante. Generalización que puede servir a los efectos de este trabajo pero que no supone ignorar que cada sistema político es específicamente nacional como lo es así mismo la lucha de clases, mientras el capitalismo es prevalentemente internacional, si bien formado como es sabido por elementos desiguales, que se insertan de manera peculiar, peculiaridad que de nuevo incide en el sistema político.

Pues bien, exceptuando alguna postura—por otra parte en revisión—como la tradicional de los partidos comunistas con su equívoca concepción del Estado como Estado instrumento, que en realidad llevaba a la consideración de su neutralidad, los nuevos intentos tratan de percibir las relaciones estructura-superestructura en forma mucho más compleja. Aunque las vías de investigación y las correspondientes hipótesis son en este momento múltiples, existe un relativo acuerdo en considerar que el Estado no es un Estado de clase, en el sentido de que pueda servir a una clase

u otra, porque no se relaciona unilateralmente con una clase sino con el sistema social en su conjunto. Lo que equivale a decir que el Estado es un Estado específicamente capitalista, objetiva y estructuralmente. No depende tampoco de una subordinación política y subjetiva del personal del gobierno a intereses capitalistas concretos ni de la presión que éstos puedan ejercer sobre el aparato del Estado como sostenía Miliband, sino que la propia estructura del Estado se adecúa objetivamente al sistema capitalista. Y en la actual fase del capitalismo monopolista, el desarrollo específico de las relaciones de producción, las variaciones experimentadas en la composición orgánica del capital, la característica tendencia a la baja en la tasa media de beneficio y la configuración y el nivel que alcanza la lucha de clases, condicionan de tal forma las exigencias y posibilidades de obtención de la plusvalía, obligadamente relativa, que no puede lograrse, o con unos costes sociales tan altos como de imprevisibles efectos, sin una determinada actuación del Estado. Las demandas hoy del sistema económico al político aumentan en intensidad, precisión y urgencia de tal forma que el Estado debe atenderlas prioritariamente. Lo que quiere decir que el Estado tiene hoy, como primera exigencia, el constituirse de forma tal que las funciones que le demanda el sistema económico (y que desarrolla básicamente en relación con la valorización del capital y las, dialécticamente consecuentes, de armonía o estabilidad social en la concepción de O'Connor) queden garantizadas, mediante la introducción, por otra parte, de los necesarios mecanismos selectivos de que habla Offe⁽²³⁾ y que como elementos correctores excluyan o eliminen las fuerzas o intereses contrarios a los del capital colectivo. Es decir, que este tipo de demandas del sistema económico prima sobre los demás y el Estado debe configurarse, en primer lugar, en forma adecuada para satisfacerlas, subordinando las otras funciones al cumplimiento de éstas.

Por consiguiente, será en esa correspondencia entre una específica estructura organizativa y funcional y el nivel de desarrollo de la actual fase capitalista, donde habrá que buscar la raíz de las transformaciones del Estado y, por tanto, de la producida en los Parlamentos. De acuerdo con ello, el análisis puede hacerse de la siguiente manera:

a) Modificaciones que han implicado o favorecido un cambio en la localización de las decisiones.

La necesidad funcional ha creado su propio aparato institucional. Inicialmente hay que registrar el hecho de que, efectivamente, la realización de las nuevas funciones económico-sociales características del, desde otra perspectiva, denominado Welfare State, ha necesitado la creación de un enorme complejo orgánico de Administración que, simultáneamente, ha acumulado, junto a las funciones gestoras, funciones de decisión, convirtiéndose en el lugar privilegiado de la fracción monopolista⁽²⁴⁾. El hecho es generalmente admitido: la Administración es la que realmente vehicula

la dominación del capital monopolista; decide en nombre de exigencias «técnicas» que «sólo» ella puede estimar y valorar, en nombre de la «innovación», del «progreso industrial», de los «grandes intereses económicos del país», etc. Es decir, decide y hasta está en condiciones de legitimar esta decisión que encubre una específica dominación (Poulantzas). La Administración pública se convierte en el centro de integración de los intereses conflictivos y en el lugar adecuado para cristalizar el acuerdo y el compromiso (Abendroth). Se llega así—ha podido decirse⁽²⁵⁾—a una escisión en la estructura institucional del Estado: de una parte, unas estructuras retóricas ideológicamente vertebradas en el acceso masivo de los ciudadanos a la representación parlamentaria y unas estructuras reales extraparlamentarias donde tienen lugar los procesos de decisión tipificados por el ocultamiento y el silencio, es decir, el secreto elevado a razón de Estado como es característico de toda gestión burocrática.

Pero, en definitiva, todo ello supone, como ha señalado Poulantzas, y sin perjuicio de admitir la existencia de múltiples focos de poder en la maraña administrativa—órganos, consejos, comisiones, etc.—con importantes competencias e influencia, un desplazamiento del poder último de decisión al ejecutivo y, en concreto, a su vértice, que es quien realmente domina aunque sea «a través de la Administración». Por lo demás, el hecho, desde el «parlamentarismo racionalizado», no ha dejado de ir adquiriendo consistencia constitucional.

Ahora bien, con todo lo anterior no se hace más que constatar e interpretar una realidad. Debe, por consiguiente, tratarse de buscar una explicación causal. En este orden, los intentos de buscar las causas concretas de esta acumulación de poder en el ejecutivo y de la correspondiente fuga del Parlamento, deben, a mi juicio, tener en cuenta los siguientes hechos interrelacionados entre sí:

1) El Parlamento ha sufrido un cambio que, a un cierto nivel de abstracción, puede expresarse como el paso de lo universal a lo particular. El Parlamento, antes de la irrupción de las masas en los procesos electorales y políticos, tenía una constitución homogénea que le permitía presentarse como «la razón general». El poder legislativo, señala Hegel⁽²⁶⁾ es el poder de determinar y establecer lo universal y tiene su base en que «la clase universal», consagrada más de cerca al servicio del gobierno, incluye en su determinación de modo inmediato el tener lo universal como fin de su actividad esencial. En el elemento que en el poder legislativo forma la Asamblea de los representantes de los estamentos, la clase privada alcanza significación y eficacia políticas... los diputados representan a la sociedad civil en cuanto tal, es decir, no disuelta atomísticamente en individuos que se reúnen para un acto singular y temporal... sino que adquieren «conexión política», momento político que, como se sabe, es para Hegel el de la universalidad concreta. Con el sufragio universal y la apari-

ción de los partidos, lo particular penetra en el Parlamento. La clase universal deja de serlo y su actuación y decisión parlamentaria tiene dificultades para presentarse como la indiscutida «razón general». El lugar tradicional de mediación y encuentro en el que los intereses de las distintas fracciones burguesas podían compatibilizarse, llegar al compromiso y, hasta cierto punto, a la unificación, ya no es válido. Y en la actual fase, la situación se agudiza porque los intereses de la fracción monopolista son tan divergentes de los demás que apenas pueden parlamentarizarse. Las dificultades para imponerse aumentan. Y, aún de hacerlo, las propias características del funcionamiento parlamentario (discusión, publicidad, etc.) destruirían su función simbólica, deslegitimarían su propia existencia y hasta el de todo el sistema si se hace patente la inversión de los antiguos términos: el predominio de lo particular sobre lo general.

2) La transformación operada en los Parlamentos que han pasado de ser vehículos de una representación real, directa, unívoca y, por tanto, funcional, a una representación, en determinados supuestos que son además decisivos, inexistente, o, en todo caso, indirecta y por ello mucho menos operativa para los intereses afectados.

A este respecto Bobbio ha señalado que la causa, que él llama político-económica, de la crisis de los Parlamentos, reside, precisamente, en la transformación que se ha producido en la sociedad moderna a partir de la revolución industrial, porque ella es la que ha hecho quebrar las bases de funcionamiento de los parlamentos liberales⁽²⁷⁾. En éstos, como resultado de una economía menos compleja, los representantes lo eran, directamente, y no a través de persona interpuesta, de los intereses económicos dominantes; es decir, los poderes económicos estaban directamente representados. Poder económico y poder político prácticamente coincidían sin mediaciones.

Pero en la actual fase del desarrollo capitalista, los intereses monopolistas tienen grandes dificultades para encontrar una adecuada representación en el Parlamento. A ello contribuye la dinámica de los procesos electorales que, de manera general, hacen muy difícil la obtención, para este tipo de intereses, de una representación amplia y sólida, pero también otro tipo de factores más concretos. En este sentido señala Birnbaum⁽²⁸⁾, refiriéndose a la Tercera y Cuarta República Francesa, el fenómeno progresivo de periferización del Parlamento, la dependencia cada vez mayor de los parlamentarios respecto de los intereses locales, que son los que aseguran una reelección, lo que conlleva la pérdida de disciplina de partido y la real ausencia de representación nacional por su falta de sensibilidad para los grandes problemas e intereses. Y como ello va unido—señala Birnbaum—al proceso de concentración monopolista, los grandes poderes del «centro» abandonan el Parlamento y se insertan en la Alta Administración. Al mismo tiempo, en este hecho puede encontrarse el origen

del desplazamiento que intentan estos intereses para que el conflicto básico empresarios-trabajadores abandone el marco poco propicio del Parlamento y trate de buscar sus vías de integración en lugares extraparlamentarios, lo que a su vez, implicará un nuevo camino de pérdida por el Parlamento de competencias que debieran instrumentarse a través de su función legislativa.

3) Existen, además, nuevas características en la configuración de los Parlamentos actuales que producen la disminución de su influencia socio-política y de su poder real, generando así condiciones favorables para su desplazamiento al poder ejecutivo.

Este hecho se sitúa en la tendencia general de los sistemas políticos contemporáneos a desvincularse de la base social, de tal forma que el modelo de democracia que se perfila parece cada vez más abstracto y separado de los conflictos de clase⁽²⁹⁾. Ello se manifiesta de modo específico en los Parlamentos, en la medida en que la representación ha pasado de ser estrictamente orgánica a genérica e indeterminada. Y se produce de manera primordial a través de la transformación operada en los partidos. La hipótesis, de alguna manera, vendría a oponerse a la que habitualmente, aunque desde otros presupuestos, sirve para expresar la crítica partitocrática y, sumariamente, podría formularse así: la crisis de los Parlamentos, por lo que a este aspecto concreto se refiere, se produce por la debilidad que hoy manifiestan los partidos políticos. Debilidad que habría que explicar en función de la característica que de forma general se apuntaba antes: en su progresivo alejamiento de las respectivas bases sociales, que sufren asimismo un proceso de indeterminación. La complejidad y fragmentación de la estructura social de las formaciones del capitalismo desarrollado, el surgimiento de nuevos sectores sociales con su propia problemática, convierte a los partidos, cada vez más, no sólo en partidos interclasistas, sino multisectoriales, lo que unido a las exigencias electorales, hace su representación real, su campo concreto de demandas, su mensaje ideológico y, en definitiva, su programa político, mucho más indefinido. En este orden, sí puede alcanzarse alguna vigencia la afirmación de que queriendo «representar» a todos, se termina no representando a nadie. Se da lugar, así, a la constatada cada vez menor identificación con el partido y la característica ruptura del vínculo representantes-representados que tiende a constituirse como permanente y no sólo como coyuntural tal como fuera advertida y analizada desde Marx y Gramsci. En cualquier caso, el fenómeno forma parte de la peculiaridad del Estado en las sociedades consideradas, que manifiesta una acentuación de las características genéricas de crisis situándose en una tendencia de subsistencia a través de una crisis permanente.

El hecho de la ruptura de aquel vínculo se relaciona igualmente con los fenómenos de apatía, despolitización, etc. y con la aparición, por tanto,

de circunstancias que favorecen los procesos progresivos de autoritarismo «normal» y aún «excepcional», característicos de nuestro espacio y tiempo políticos.

Con relación al tema que nos ocupa, esos hechos están en la base de la afirmación, hoy compartida, de que los partidos se han convertido de órganos de la sociedad en órganos del Estado, de centros de decisiones en correas de transmisión de decisiones del Gobierno, aunque todo ello se disimule por las respectivas burocracias tras pantallas legitimadoras de compromisos y acuerdos realizados en aras de supremos intereses nacionales que deben colocarse por encima de los partidos.

b) Inadecuación funcional de los Parlamentos.

El paso de poder al ejecutivo conlleva en gran parte la supresión de funciones de control y de «indirizzo» políticos. No obstante, permanecería, en principio, la función legislativa como indiscutible función de los Parlamentos y sustentadora del sistema político en su conjunto en cuanto mediante ella cobrarían virtualidad los supuestos representativos y democráticos.

Sin embargo, el mantenimiento de su función legislativa en los términos en que se concebía e integraba en la construcción liberal del Estado de Derecho, no es posible ya por un doble tipo de circunstancias:

1) Por exigencias instrumentales.

Según la concepción clásica, en cuanto el Parlamento representaba a la totalidad nacional, la ley no sólo expresaba «la voluntad general», sino que su propio contenido era «la racionalidad social general». Por eso, señalaba Schmitt, que la ley no sólo era «voluntas» sino «ratio». Racionalidad que por otra parte, como ha indicado Habermas, respondía a las exigencias de la racionalidad propia del capitalismo liberal⁽³⁰⁾. Los caracteres de la ley, general y abstracta, no sólo eran reales sino que se acomodaban también a las exigencias de un Estado caracterizado por un papel fundamentalmente negativo y cuyas actuaciones positivas se mantenían en los límites de las identidades de los ciudadanos y no de sus diferencias, como en otro lugar se señalaba.

Un instrumento así deja de tener sentido cuando el Estado pasa de definirse negativa a positivamente, de la actuación mínima a la permanente, de moverse en el terreno de lo común al de lo diferencial, y, sobre todo, cuando las demandas del sistema socioeconómico exigen actuaciones coyunturales rápidas y con contenidos singulares adecuados a fines e intereses sectoriales muy concretos. En base a todo ello se ha tratado de justificar el conocido conjunto de mecanismos a través de los cuales se ha producido el importante desplazamiento real de la función legislativa al ejecutivo: traslado directo de competencias como en el caso de la Constitución

francesa, delegación de las mismas, práctico monopolio por el gobierno de la iniciativa legislativa⁽³¹⁾, necesidad de una actuación del ejecutivo para la puesta en marcha de las leyes aprobadas por el Parlamento, etc.

Pese ello, la conservación, siquiera sea formal o disminuida, de la función ha producido la inflación legislativa característica de los Parlamentos modernos que ha puesto a prueba—según sus críticos—una manifiesta insuficiencia de los mismos, sin que se cuestionen la razón y la necesidad de aquélla.

2) Por razones estrictamente políticas.

La actuación del Estado contemporáneo, de acuerdo con lo que se lleva dicho y como se ha señalado repetidamente, es necesariamente, cada vez más, sesgada y parcial, lo que obliga a reforzar los mecanismos ideológico-políticos de legitimación, tratándose, entre otras formas, de incluir en el área estatal al mayor número de sectores y grupos, de extender a nuevos espacios la organización de base representativa en un intento de institucionalizar e integrar la dinámica social. El intento resulta favorecido porque como, en último término, las necesidades objetivas son muy concretas, como las demandas del sistema económico al político son cada vez más específicas, las respuestas también deben serlo y, por consiguiente, los programas y alternativas de los partidos que traten de permanecer en el interior del sistema no pueden ser muy distintos, con lo que se produce esa característica de las democracias contemporáneas de ser, no ya sujetivamente por supuestas voluntades de compromiso de las direcciones de los partidos sino estructuralmente, consensuales⁽³²⁾, en cuanto sus respectivos proyectos políticos deben estar, objetivamente muy próximos.

Con todo ello, el sistema político, en cuanto se considera cada vez más legitimado democráticamente, se encuentra también cada vez más legitimado para «defenderse». Será, incluso, un presupuesto aceptado por la izquierda. Cerroni afirmará: «el radicalismo ignora completamente el hecho de que hoy la principal garantía a defender es la existencia misma del Estado democrático»⁽³³⁾.

Surgen, sin embargo, las contradicciones. De una parte, la «estatalización de la sociedad», como se ha denominado el fenómeno antes descrito, unida a la intervención del Estado en ámbitos cada vez más amplios, produce no sólo una «politización» de prácticamente todos los conflictos, sino un enfrentamiento de un número cada vez mayor de luchas reivindicativas—como señalara Poulantzas—con el Estado que se encuentra y con el que se choca en todas partes. De otra, como precisamente el abanico de posibilidades desde dentro del sistema es cada vez menor, según veíamos, el intento de estatalización social es cada vez más contradictorio, quedando crecientemente—y en la medida en que el desarrollo

socio-económico produce nuevos sectores reivindicativos—grupos, demandas y planteamientos fuera de las posibilidades del sistema. Pretendiendo y aparentando incluir cada vez más, de hecho cada vez cabe menos. Y la respuesta será «defender el Estado democrático». En base a aquella legitimación se acentúan los mecanismos de represión y control social. Es el conocido fenómeno, en el que no vamos a insistir, de suscitar la sensación de crisis y peligro generalizado, para buscar en el ciudadano, al que se trata de implicar mediante su colaboración en la represión, la preferencia de la seguridad a la libertad. Los mecanismos jurídicos utilizados muestran con frecuencia que el efecto de todo ello es la ruptura del principio de legalidad. La creciente normativa de excepción vigente hoy en Europa lo confirma sobradamente. Y, en definitiva, la crisis de los Parlamentos se vincula a la crisis general del Estado de Derecho.

Pese a todo lo anterior, los Parlamentos subsisten. Pese a la analizada crisis política y crisis de eficiencia, lo cierto es que no ha aparecido todavía ninguna propuesta que, manteniéndose dentro de los supuestos de las democracias occidentales, abogue por su supresión. Y probablemente no por las razones por las que Max Weber señalaba: «la eliminación verdaderamente completa de los parlamentos—decía—no la ha postulado seriamente ningún demócrata... en cuanto instancia para la consecución del carácter público de la Administración, para la fijación del Presupuesto y para la discusión y aprobación de las leyes, funciones en las que son efectivamente insustituibles en toda democracia, es probable que se los quiera dejar subsistir en todas partes⁽³⁴⁾». Si juzgáramos por esta previsión de Max Weber la capacidad de predicción de las ciencias sociales, no era ciertamente para sentirse optimistas. Porque justamente las funciones que señala como atribuibles de manera insustituible a los Parlamentos, son las que precisamente han dejado en gran parte de pertenecerle realmente. Si el Parlamento no cumpliera otras funciones, siguiendo el razonamiento de Max Weber, no habría mayores inconvenientes en hacerlo desaparecer. Y si no ha sido así, es porque cumple otras más favorables y necesarias. En este sentido, la función básica que desarrollan los Parlamentos se relaciona con la contradicción que destaca inicialmente Habermas entre la ideología del capitalismo avanzado y la lógica de la acumulación, entre las necesarias precondiciones del sistema y el proceso de reproducción capitalista que genera un inevitable sistema autoritario de decisiones como señala Offe, entre las funciones políticas simbólicas y las funciones capitalistas reales acentuada por las crisis económica recurrente y el nivel de la lucha de clases como lo expresa Ferrajoli, en definitiva, con la crisis de legitimación a la que antes aludíamos.

En este sentido afirma Perry Anderson⁽³⁵⁾ que «la forma general del Estado representativo es, en sí misma, el principal cerrojo ideológico del capitalismo occidental, cuya existencia despoja a la clase obrera de la idea

del socialismo como un tipo diferente de Estado y, con posterioridad, los medios de comunicación y otros mecanismos de control cultural afianzan este efecto ideológico central». Porque—añade—si el Estado representa a la totalidad de la población abstraída de su distribución en clases, lo político separado de lo económico, el Parlamento, elegido como la expresión soberana de la voluntad popular, refleja ante las masas la unidad ficticia de la nación como si fuera su propio autogobierno. La existencia del Parlamento es el marco formal de todos los demás mensajes ideológicos de la clase dominante. Proporciona el código en el que se transmiten todos los mensajes. Y ello tiene una importancia decisiva, ya que—señala en otro lugar⁽³⁶⁾—la base de que se obtenga el consenso de las masas en las modernas formaciones sociales capitalistas, está en la creencia en la igualdad democrática de todos los ciudadanos en el Gobierno de la nación; en otras palabras, en la no creencia en la existencia de ninguna clase dirigente.

En la misma línea—afirma Hodgson—que «el reconocimiento de la igualdad democrática se convierte en una fuerza social real; por eso, la apariencia deja en cierto modo de serlo y se convierte en realidad. Y, obviamente, es a través del Parlamento como este efecto se consigue porque el Parlamento es de alguna forma la prueba de que esto es así.

Posiblemente tienen fundamento real las afirmaciones anteriores en cuanto se refieren a un «efecto general» del Parlamento sobre el sistema político en su conjunto; sin embargo, me parece, que deben hacerse algunas correcciones. De una parte, enfatizan demasiado la creencia que suscita el Parlamento en los ciudadanos acerca de la «representación nacional», la «igualdad democrática», etc.—lo que impediría, prácticamente, hablar de crisis de legitimación—sin tener en cuenta que, pese a todo, la penetración en el Parlamento de representantes de las clases dominadas así como el sentido cada vez más claro de las decisiones estatales, ha producido una erosión notable de toda la ideología liberal sobre el Parlamento. De otra, no se valoran suficientemente otras vías institucionales de legitimación, como son las que están en condiciones de generar el Ejecutivo y la Administración. Y, finalmente, porque no tienen en cuenta que junto a aquel efecto general, el Parlamento cumple otras funciones específicas de legitimación, entre las que destacan—como ha señalado Agnoli, quien a mi juicio cae en el extremo contrario al considerar la quiebra de la función general simbólica⁽³⁷⁾—las siguientes: 1) En primer lugar, la de constitucionalizar las decisiones, hacerlas aparecer como ajustadas a la constitución, beneficiándolas del apoyo constitucional. 2) En segundo lugar, suscitar la imagen de un control de las oligarquías políticas y sociales al hacerlas aparecer en distintos momentos ante el Parlamento, siquiera sea en cuestiones no decisivas o aunque no se llegue a resultado alguno. 3) En tercer lugar, al aparecer como portador de deseos, crítica, problemática,

reivindicaciones de las bases sociales, no sólo se ofrece, al menos—dice Agnoli—para el público menos informado pero que justamente es el que más interesa que entre en el juego parlamentario, la prueba empírica de la democracia, sino, y creo que fundamentalmente, la parlamentarización y reconducción del conflicto y hasta la generación de la conciencia de que el único camino de la lucha de masas es el parlamentario, influyendo—dice Hodgson—tanto en los participantes como en sus direcciones organizativas.

En definitiva, la historia no se equivoca. Y aquí se pone una vez más de manifiesto. El sistema tiene el Parlamento que necesita. Y, desde esta perspectiva, sería cuestionable hablar de crisis de los Parlamentos que, en muchos casos y en cuanto queda reducido su tratamiento a problemas técnicos o funcionales de partidos, grupos parlamentarios, procedimientos, etc., no hace sino encubrir ideológicamente las causas de las transformaciones operadas.

Planteadas así las cosas, las preguntas siguientes podrían ser éstas: ¿Qué hacer con los Parlamentos?, ¿Cuál es el tratamiento de su presunta patología?. En realidad, si los planteamientos anteriores tienen algún sentido, la respuesta consecuente sería: Si los Parlamentos actuales, su situación y funcionamiento se relacionan con las causas profundas que han dado lugar a un tipo concreto de Estado, sólo la modificación de estos factores reales puede producir su transformación. Norberto Bobbio así lo afirma: «no se trata de un problema—dice refiriéndose a la crisis de los Parlamentos—que afecte a una estructura formal dada y que sea resoluble con medios técnicos, sino de la transformación profunda de la sociedad en la que el Parlamento desarrolla su trabajo».

Por eso, cuando se opera desde los supuestos de los que aquí se parte y en los que me sitúo, más que la preocupación por la mejora «técnica» de los Parlamentos que potencien su «eficiencia», hay antes que resolver otra cuestión: ¿Para qué los Parlamentos?. Porque sólo una vez determinadas con claridad la finalidad a la que deban servir podrán establecerse los adecuados criterios que hagan de los Parlamentos instrumentos funcionales. Desde este punto de vista, la perspectiva en que aquí se considera el problema es la siguiente: ¿Pueden los Parlamentos, a pesar de su situación y configuración actuales, vincularse a un proceso de transformación general de la sociedad?, ¿Queda en los Parlamentos alguna virtualidad que pueda potenciarse para coadyuvar en un proceso de democratización real?.

Es el tema que anunciábamos antes como un segundo aspecto a considerar en este trabajo.

II.—*Función de los Parlamentos en un proceso de transformación social.*

Realmente, el análisis de la función de los Parlamentos en un proceso de transformación social, se encuadra en la problemática general de la transición al socialismo. Su desarrollo excede, pues, de la temática aquí considerada aunque sea necesario tener en cuenta algunos aspectos.

En principio, y muy sintéticamente, cabe señalar que las vías históricamente ensayadas con cierto nivel de generalidad para concebir la transformación socialista, han sido la vía insurreccional abierta en Octubre del 17 en Rusia y la vía pacífica desarrollada fundamentalmente por la socialdemocracia. El triunfo de la primera produjo un cambio decisivo en la historia universal que, paradójicamente, el fracaso y persistencia de la segunda han contribuido en buena parte a detener (junto a otros muchos factores ciertamente).

No obstante y como han señalado entre otros P. Anderson⁽³⁸⁾ y L. Ferrajoli⁽³⁹⁾, inicialmente, las diferencias entre los presupuestos de una y otra, entre leninismo y reformismo—en los aspectos concretos a que aquí nos referimos son más tácticas que estratégicas, en cuanto ambas se plantean como objetivo prioritario la conquista del Estado; es decir—señala Ferrajoli—en realidad ambas comparten la perspectiva idealista del predominio de lo político, si bien con la diferencia de que en la Rusia del 17 el Estado era «el poder» mientras que en las sociedades actuales no es exactamente así. Igualmente, pese a las diferencias de todo orden entre una y otra, presentan—indica Poulantzas—una connivencia de fondo: una, a través de la degeneración estalinista, y, otra, a través de la degeneración del sistema representativo, ambas han conducido a la hipertrofia estatal autoritaria.

Finalmente, hay que constatar que no se ha producido el tránsito al socialismo en ninguna sociedad de capitalismo avanzado. De ello resulta que, si bien el modelo de Octubre no es aplicable, el comprobado resultado en la aplicación de las tesis socialdemócratas patentizan hasta la evidencia los efectos del reformismo. Habría que recordar a este respecto que si Berstein, a partir de la autocrítica de Engels sobre los errores cometidos en la interpretación de las revoluciones del 48, señaló que se trataba en realidad de la quiebra de los presupuestos teóricos del marxismo (el proceso de acumulación de capital no producía la concentración prevista, las crisis eran cada vez menos frecuentes y menos agudas, la polarización de clases no se producía, el poder pasaba a instituciones democráticas perdiéndolo la burguesía) por lo que propone frente a la revolución la reforma del Estado en base a que el Estado representativo con su gobierno parlamentario tiene capacidad para eliminar los conflictos de clase, se podría hoy, aplicando un razonamiento semejante, decir que estas previsiones se han incumplido espectacularmente y no por meros errores de apreciación sino

por la quiebra de los supuestos teóricos reformistas. Es, quizás, la hora de hacer la revisión al revisionismo.

En cualquier caso, lo cierto es que todavía hoy los planteamientos en torno al paso al socialismo y al papel del Parlamento en él, se basan y se sitúan más en la tradición del pensamiento revolucionario que en la del socialdemócrata.

La importancia y función de los Parlamentos en orden a una transformación social, tiene, en lo que puede considerarse el pensamiento revolucionario clásico, una relativa unidad de perspectiva.

Marx, pese a las críticas al Parlamento burgués y a las diferencias que señala con la comuna de París, no deja de señalar también la distancia que separa el predominio del ejecutivo (que «expresa la heteronomía de la Nación») respecto al del legislativo (que «expresa su autonomía»⁽⁴⁰⁾), así como la importancia que en la crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel concede, igualmente, a la respectiva situación de predominio de uno u otro, vinculando el segundo a la «gran revolución» y el primero a la «pequeña revolución»⁽⁴¹⁾.

Con Engels se plantea ya con más claridad la valoración de las plataformas legales y parlamentarias de la República democrática. «La ironía de la historia—dirá—lo vuelve todo del revés. Nosotros los revolucionarios, los subversivos, prosperamos más con los medios legales que con los ilegales y la subversión. Los partidos del orden, como ellos se autodenominan, van a la ruina con el ordenamiento legal que ellos mismos han creado. Exclaman desesperados con Odilón Barrot, la legalité nos tue, mientras nosotros con esa legalidad echamos músculos vigorosos, mejillas sonrosadas y prosperamos que es un placer». Y en cuanto observa que en las sociedades modernas la revolución no es un acto concreto ni resultado de la actividad de unas minorías sino fruto de una larga y paciente labor, da mayor relevancia a la «acción parlamentaria»⁽⁴²⁾. Y, precisamente por ello, señalará en otra parte que la República democrática es la única forma de Estado bajo la cual puede darse la batalla entre el proletariado y la burguesía⁽⁴³⁾.

Lenin, basará gran parte de las críticas a los «izquierdistas» en la negativa de éstos a participar en los Parlamentos burgueses despreciando la utilidad que pueden prestar como «foro» y lugar para la «expresión de la ideología»⁽⁴⁴⁾, destacando, asimismo, las ventajas de la República democrática para el proceso revolucionario⁽⁴⁵⁾.

La postura de Lenin pasaría a ser la «oficial» de la Internacional (segundo congreso) que, en la formulación de Bujarín, redactor de las tesis correspondientes, afirmaría que, «si en la época precedente el Parlamento cumplió una función históricamente progresiva, en la fase del imperialismo no puede servir como centro de lucha porque el centro de gravedad se

ha desplazado del Parlamento; los Parlamentos burgueses, se dice, no pueden ser ganados permanentemente como tales del mismo modo que el proletariado no puede ganar el Estado burgués... En la lucha de masas, el partido dirigente del proletariado debe lograr, como norma, todas las posiciones legales, usándolas como centros auxiliares e incorporándolas a su plan principal de campaña... el partido comunista no participa en esta institución para funcionar en ella como parte orgánica sino para actuar dentro de ella, para ayudar a destruir la máquina estatal y el Parlamento mismo».

En el Programa de Transición elaborado por Trotsky para la IV Internacional, aunque las «reivindicaciones democráticas» adquieren mayor importancia, en el tema concreto de la valoración de los Parlamentos no se introducen aportaciones significativas.

Así pues, en esta etapa, el Parlamento no tiene sino una consideración subalterna en cuanto puede servir de foro y propaganda, de elemento auxiliar de la lucha de masas que se vertebra de manera principal no por la vía parlamentaria sino por la soviética o consejista.

Con posterioridad y en los momentos actuales, toda la discusión en torno al tema girará en base a la dialéctica entre ambas vías, de forma que hoy las tendencias básicas pueden establecerse de acuerdo con las posturas que se mantengan acerca de esas alternativas. De acuerdo con ello, cabe así distinguir: 1) Se mantiene una posición de extrema desconfianza sobre las posibilidades de los Parlamentos. Agnoli indicará que todos los intentos de hacer avanzar la democracia tratando de reanimar las instituciones representativas, sólo pueden tener algún sentido en sociedades desintegradas. Toda reforma parlamentaria que se intente en Estados que manifiestan una orientación involutiva—que es para Agnoli una exigencia de la dominación en las formaciones de capitalismo desarrollado—no sirve para ampliar la participación de las masas en el poder, sino para contenerlas más fácilmente. Ninguna opinión pública políticamente articulada que sea antagonista, ni a veces la meramente crítica, encontrará en el Parlamento instrumento alguno para hacerse práctica. Porque el Parlamento no es representante del pueblo sino del poder y, por eso, «parlamentarizarse» la oposición, es renunciar a toda política transformadora, es convertirse en un agente más del statu quo, entrar en el «consenso»⁽⁴⁶⁾.

Así pues, se rechaza el Parlamento no sólo porque no se le reconoce virtualidad política transformadora alguna sino porque, incluso, se le considera extremadamente peligroso por sus efectos sobre la dosmeticación de la lucha y el conflicto.

2) Se abandona y hasta se combate la vía consejista.

La mayoría de los partidos comunistas occidentales así lo sostienen teórica y prácticamente. Los argumentos pueden sintetizarse en los que

expusiera Ingrao en su polémica con Magri:

—La democracia consejista es históricamente improponible en una sociedad compleja y está superada por toda la estrategia elaborada con posterioridad en base a las propuestas de Togliatti, Gramsci, etc.

—La vía consejista es inaplicable hoy porque toda dinámica revolucionaria pasa por una política de alianzas; aquélla, por el contrario, impide toda alianza de clase y plantea esquemáticamente la lucha de clase contra clase, lo que es garantía de inoperancia y fracaso.

—La vía consejista es rechazable porque propone una conquista del poder en el lugar de la producción, con un abandono prácticamente total del partido y los sindicatos.

La práctica de los partidos comunistas muestra, efectivamente, no sólo un abandono de los consejos sino que vienen desarrollando un casi absoluto «reduccionismo institucional» con una pérdida clara de interés por otras formas organizativas y de lucha.

3) Finalmente, la postura que trata hoy de abrirse camino y que parece ofrecer una mayor fundamentación teórica y unas mayores posibilidades prácticas es la que intenta una articulación entre ambas vías: la parlamentaria y la consejística.

Hay en este intento una inicial revalorización de la vía consejista, bien entendido que de lo que se trata es de una actualización, tanto en su comprensión como en su aplicación, que la haga capaz de desplegar sus virtualidades en una sociedad como la actual. Los fundamentos en que se basa son, a mi juicio, los siguientes:

—Por una parte, en que el Estado no es algo monolítico sino que está atravesado de contradicciones y que estas contradicciones se producen y agudizan, precisamente, mediante la lucha de masas. El proceso de lucha en la correlación de fuerzas dentro del Estado tiene que acompañarse del correspondiente proceso fuera del Estado. La penetración de este proceso «externo» en el interior del Estado y en sus aparatos más herméticos es perfectamente posible como lo demuestran los comportamientos contemporáneos de algunos ejércitos europeos.

—Por otra, se basa en la importancia que hay que seguir dando hoy al conflicto social básico, excesivamente relativizado por toda una teorización que privilegia las complejidades y características de la actual estratificación social así como la configuración del «nuevo sujeto revolucionario». En relación con ello se afirma, sin embargo, que el conflicto básico sigue siendo esencialmente el mismo: la contradicción entre la pretensión de dominio privado, individual, privilegiado, de la propiedad, poder de disposición y saber y los contenidos de una sociedad moderna basada en la producción colectiva. Lo que ocurre es que las formas de manifestarse el

conflicto han multiplicado, ramificado, ocultado y disimulado el anterior antagonismo, más simple y fácil de percibir, entre explotadores y explotados⁽⁴⁷⁾. No hay que olvidar, además, que con frecuencia las nuevas contradicciones y conflictos (paro, destrucción del medio ambiente, opresión de la mujer, etc.) se concentran preferentemente en las clases trabajadoras que las sufren todas. Todo ello no implica desconocer que, ciertamente, los nuevos desarrollos sociales no introduzcan factores disfuncionales en las clases trabajadoras, como la división del movimiento obrero o el desarrollo del corporativismo, etc.⁽⁴⁸⁾.

A partir de estos supuestos se defiende la vía consejista actualizada con dos tipos de argumentos. Por un lado, en cuanto constituye—se afirma—el instrumento revolucionario adecuado tanto para que los trabajadores puedan adquirir conciencia por sí mismos (de acuerdo con las tesis de Rosa Luxemburgo y en contra de la inicial postura de Lenin, después rectificadas) como porque en la práctica, a través de este tipo de organizaciones o movimientos, puede conseguirse la real unidad de acción que supere las falsas alianzas intentadas ante la complejidad social «del capitalismo maduro pero que la realidad ha demostrado que sólo conducen a convergencias de carácter corporativo»⁽⁴⁹⁾. Por otro, porque pueden ser el medio adecuado para la ruptura a que en algún momento hay que llegar y que nadie discute y el nivel institucional adecuado para etapas posteriores, en las que, como se sabe, este nivel institucional pasará a ser el dominante en cuanto es el que anula las relaciones de producción capitalista⁽⁵⁰⁾.

Y junto a esta revalorización de este tipo de órganos, eludiendo el rechazo de que han sido objeto por el revisionismo, hay también una revalorización de la institución parlamentaria, eludiendo el rechazo de que ha sido objeto por el pensamiento revolucionario más tradicional. Esta revalorización se basa en dos supuestos:

—Una reconsideración de la importancia de lo político y, en concreto, de las instituciones estatales y de su función en las sociedades contemporáneas en base al nuevo papel que desempeñan respecto del sistema económico.

—Una revalorización de los supuestos del Estado de Derecho, de la legalidad y de las libertades tanto en sí mismos como por la condición de prerequisites⁽⁵¹⁾.

La postura de Lenin pasaría a ser la «oficial» de la Internacional (segundo congreso) que, en la formulación de Bujarín, redactor de las tesis correspondientes, afirmaría que, «si en la época precedente el Parlamento cumplió una función históricamente progresiva, en la fase del imperialismo no puede servir como centro de lucha porque el centro de gravedad se ha desplazado del Parlamento; los Parlamentos burgueses, se dice, no

pueden ser ganados permanentemente como tales del mismo modo que el proletariado no puede ganar el Estado burgués... En la lucha de masas, el partido dirigente del proletariado debe lograr, como norma, todas las posiciones legales, usándolas como centros auxiliares e incorporándolas a su plan principal de campaña... el partido comunista no participa en esta institución para funcionar en ella como parte orgánica sino para actuar dentro de ella, para ayudar a destruir la máquina estatal y el Parlamento mismo».

En el Programa de Transición elaborado por Trotsky para la IV Internacional, aunque las «reivindicaciones democráticas» adquieren mayor importancia, en el tema concreto de la valoración de los Parlamentos no se introducen aportaciones significativas.

Así pues, en esta etapa, el Parlamento no tiene sino una consideración subalterna en cuanto puede servir de foro y propaganda, de elemento auxiliar de la lucha de masas que se vertebra de manera principal no por la vía parlamentaria sino por la soviética o consejista.

Con posterioridad y en los momentos actuales, toda la discusión en torno al tema girará en base a la dialéctica entre ambas vías, de forma que hoy las tendencias básicas pueden establecerse de acuerdo con las posturas que se mantengan acerca de esas alternativas. De acuerdo con ello, cabe así distinguir: 1) Se mantiene una posición de extrema desconfianza sobre las posibilidades de los Parlamentos. Agnoli indicará que todos los intentos de hacer avanzar la democracia tratando de reanimar las instituciones representativas, sólo pueden tener algún sentido en sociedades desintegradas. Toda reforma parlamentaria que se intente en Estados que manifiestan una orientación involutiva—que es para Agnoli una exigencia de la dominación en las formaciones de capitalismo desarrollado—no sirve para ampliar la participación de las masas en el poder, sino para contenerlas más fácilmente. Ninguna opinión pública políticamente articulada que sea antagonista, ni a veces la meramente crítica, encontrará en el Parlamento instrumento alguno para hacerse práctica. Porque el Parlamento no es representante del pueblo sino del poder y, por eso, «parlamentarizarse» la oposición, es renunciar a toda política transformadora, es convertirse en un agente más del statu quo, entrar en el «consenso»⁽⁴⁶⁾.

Así pues, se rechaza el Parlamento no sólo porque no se le reconoce virtualidad política transformadora alguna sino porque, incluso, se le considera extremadamente peligroso por sus efectos sobre la dosmesticación de la lucha y el conflicto.

2) Se abandona y hasta se combate la vía consejista.

La mayoría de los partidos comunistas occidentales así lo sostienen teórica y prácticamente. Los argumentos pueden sintetizarse en los que expusiera Ingrao en su polémica con Magri:

—La democracia consejista es históricamente improponible en una sociedad compleja y está superada por toda la estrategia elaborada con posterioridad en base a las propuestas de Togliatti, Gramsci, etc.

—La vía consejista es inaplicable hoy porque toda dinámica revolucionaria pasa por una política de alianzas; aquélla, por el contrario, impide toda alianza de clase y plantea esquemáticamente la lucha de clase contra clase, lo que es garantía de inoperancia y fracaso.

—La vía consejista es rechazable porque propone una conquista del poder en el lugar de la producción, con un abandono prácticamente total del partido y los sindicatos.

La práctica de los partidos comunistas muestra, efectivamente, no sólo un abandono de los consejos sino que vienen desarrollando un casi absoluto «reduccionismo institucional» con una pérdida clara de interés por otras formas organizativas y de lucha.

3) Finalmente, la postura que trata hoy de abrirse camino y que parece ofrecer una mayor fundamentación teórica y unas mayores posibilidades prácticas es la que intenta una articulación entre ambas vías: la parlamentaria y la consejística.

Hay en este intento una inicial revalorización de la vía consejista, bien entendido que de lo que se trata es de una actualización, tanto en su comprensión como en su aplicación, que la haga capaz de desplegar sus virtualidades en una sociedad como la actual. Los fundamentos en que se basa son, a mi juicio, los siguientes:

—Por una parte, en que el Estado no es algo monolítico sino que está atravesado de contradicciones y que estas contradicciones se producen y agudizan, precisamente, mediante la lucha de masas. El proceso de lucha en la correlación de fuerzas dentro del Estado tiene que acompañarse del correspondiente proceso fuera del Estado. La penetración de este proceso «externo» en el interior del Estado y en sus aparatos más herméticos es perfectamente posible como lo demuestran los comportamientos contemporáneos de algunos ejércitos europeos.

—Por otra, se basa en la importancia que hay que seguir dando hoy al conflicto social básico, excesivamente relativizado por toda una teorización que privilegia las complejidades y características de la actual estratificación social así como la configuración del «nuevo sujeto revolucionario». En relación con ello se afirma, sin embargo, que el conflicto básico sigue siendo esencialmente el mismo: la contradicción entre la pretensión de dominio privado, individual, privilegiado, de la propiedad, poder de disposición y saber y los contenidos de una sociedad moderna basada en la producción colectiva. Lo que ocurre es que las formas de manifestarse el conflicto han multiplicado, ramificado, ocultado y disimulado el anterior

antagonismo, más simple y fácil de percibir, entre explotadores y explotados⁽⁴⁷⁾. No hay que olvidar, además, que con frecuencia las nuevas contradicciones y conflictos (paro, destrucción del medio ambiente, opresión de la mujer, etc.) se concentran preferentemente en las clases trabajadoras que las sufren todas. Todo ello no implica desconocer que, ciertamente, los nuevos desarrollos sociales no introduzcan factores disfuncionales en las clases trabajadoras, como la división del movimiento obrero o el desarrollo del corporativismo, etc.⁽⁴⁸⁾.

A partir de estos supuestos se defiende la vía consejista actualizada con dos tipos de argumentos. Por un lado, en cuanto constituye—se afirma—el instrumento revolucionario adecuado tanto para que los trabajadores puedan adquirir conciencia por sí mismos (de acuerdo con las tesis de Rosa Luxemburgo y en contra de la inicial postura de Lenin, después rectificadas) como porque en la práctica, a través de este tipo de organizaciones o movimientos, puede conseguirse la real unidad de acción que supere las falsas alianzas intentadas ante la complejidad social «del capitalismo maduro pero que la realidad ha demostrado que sólo conducen a convergencias de carácter corporativo»⁽⁴⁹⁾. Por otro, porque pueden ser el medio adecuado para la ruptura a que en algún momento hay que llegar y que nadie discute y el nivel institucional adecuado para etapas posteriores, en las que, como se sabe, este nivel institucional pasará a ser el dominante en cuanto es el que anula las relaciones de producción capitalista⁽⁵⁰⁾.

Y junto a esta revalorización de este tipo de órganos, eludiendo el rechazo de que han sido objeto por el revisionismo, hay también una revalorización de la institución parlamentaria, eludiendo el rechazo de que ha sido objeto por el pensamiento revolucionario más tradicional. Esta revalorización se basa en dos supuestos:

—Una reconsideración de la importancia de lo político y, en concreto, de las instituciones estatales y de su función en las sociedades contemporáneas en base al nuevo papel que desempeñan respecto del sistema económico.

—Una revalorización de los supuestos del Estado de Derecho, de la legalidad y de las libertades tanto en sí mismos como por la condición de prerequisites⁽⁵¹⁾.

Una revalorización más matizada del sistema representativo y de la institución parlamentaria que se entiende que posee estructural y funcionalmente, una potencialidad ambivalente: si bien desempeña el negativo papel que antes se ha contemplado, también puede constituirse en el vehículo fundamental de penetración de las contradicciones en el Estado y en el de irradiación de cada una de ellas a la sociedad, teniendo en cuenta, además, su mayor permeabilidad a las clases dominadas y en general a los intereses que carecen de una mediación adecuada.

Por ello, Hodgson⁽⁵²⁾, al plantearse el tema de las dos vías y optar por la articulación entre ambas, concede un inicial protagonismo al Parlamento al señalar que por él tiene que empezar el avance, por la conquista de la mayoría, y, desde ahí, impulsar y legitimar las transformaciones reales que tengan lugar fuera del Parlamento: movilizar las organizaciones populares de base, apoyarlas y fortalecerlas legalmente, legalizar las transformaciones que se vayan produciendo y abrir nuevas vías a través de una legislación adecuada. Una mayoría parlamentaria, a sensu contrario, deslegitima y hace cada vez más difícil una reacción por la fuerza.

Es decir, las capacidades y funciones de integración y legitimación del Parlamento que vimos con anterioridad, muestran su, antes señalada, ambivalencia, en cuanto puede actuar: 1) Como elemento legitimador de las organizaciones y actuaciones extraparlamentarias y garantía de la consolidación de las conquistas que se vayan obteniendo, lo que puede permitir la instalación en el Estado de lo que Poulantzas llama centros de resistencia, que favorezcan un proceso de sucesivas rupturas con vistas a un cambio gradual en la correlación de fuerzas. Este aspecto del Parlamento como «defensor» está en la más pura línea de la teoría de la revolución, porque efectivamente, desde Trotsky se sostiene que un proceso revolucionario avanza mejor en la medida en que la revolución aparezca como defensora de logros ya conseguidos.

2) Como lugar de agregación de intereses y demandas. La capacidad del Parlamento para actuar como representante de intereses generales le permite vincular y «englobar» a diferentes fracciones cuya alianza es necesaria y no tienen cabida en los consejos u organizaciones salidos de los centros de trabajo así como «generalizar» intereses sectoriales.

3) El Parlamento puede actuar, además, como impulsor y hegemoneizador de sectores políticamente atrasados e incluso de fracciones «basculantes» (como grupos de la pequeña burguesía) que potencialmente pueden, incluso, convertirse en adversarios.

El problema que se plantea es el de la compatibilidad entre ambas vías. A este respecto se ha señalado⁽⁵³⁾, cómo inicialmente los consejos surgen para presionar sobre lo existente y conseguir moderadas reformas y sólo con posterioridad terminan enfrentándose al Estado por las características autocráticas del régimen del Zar; pero si aún en ese régimen pasan por una etapa de convivencia, hay que pensar que en un régimen democrático como el que debe suponerse que existe para que puedan plantearse las hipótesis que aquí se manejan, las relaciones serán más complejas, pacíficas y de apoyo mutuo, por lo que no tendrá sentido presentarlos ni como alternativos ni como lo que ha funcionado como mito en la tradición revolucionaria: el doble poder.

En todo caso, el problema de la compatibilidad y articulación se

complica indudablemente por algo que se apuntaba antes, que es hoy objeto de discusión en la izquierda y que indicaremos brevemente. Si bien es cierto que la complejidad que adquiere hoy la estratificación social introduce elementos de ocultamiento del conflicto básico, también ha creado (además de nuevas fracturas entre la clase dominante y en la estructura de sus alianzas clásicas) nuevas disfuncionalidades y desigualdades sociales que abren nuevos frentes de lucha: división de los trabajadores con demandas específicas, movimientos de liberación femenina al hacerse más patente su opresión, movimientos urbanos que han hecho estallar la concentración de la población, movimiento ecologista surgido del característico crecimiento desordenado que produce la destrucción del medio, la contradicción entre el nivel educativo alcanzado y las exigencias de la taylorización, el paro, etc.⁽⁵⁴⁾. Ello genera—señala Améndola—un serio problema: el necesario mantenimiento de las respectivas autonomías de los movimientos, exigidas por las correspondientes tácticas dirigidas a la consecución de los diferentes objetivos, así como de la democracia directa de muchas de estas organizaciones, y su relación con el que es el centro de la democracia delegada o representativa: el Parlamento. En la coordinación entre ambos niveles, sindicatos y partidos tienen un nuevo papel, lo que a su vez les crea nuevas necesidades de ajuste y democratización tanto por las exigencias extra como intraparlamentarias de los nuevos planteamientos.

Como muestra de que la articulación entre ambas vías es posible, Hodgson aporta dos ejemplos significativos ocurridos en Gran Bretaña: uno referido al surgimiento del movimiento libertario de las comunidades de trabajo y que a partir de 1.968 obtuvieron el apoyo parlamentario que consiguió su consolidación, legalizándolos; otro, el Acuerdo de planificación (sindicatos-partido Laborista) que contiene una coordinación entre el control obrero a nivel de empresa y una economía planificada y que, aunque de forma más diluida, se incluyó en el proyecto industrial del gobierno Laborista.

Me parece, no obstante, que más que discutir sobre las posibilidades teóricas de la articulación hay que tener en cuenta que su necesidad ha de imponerla por caminos a priori impensables en la medida en que los procesos avancen y se radicalicen. Acaso el ejemplo más claro de esta necesidad sea el que ha dado el IRA que, aun en las peores condiciones parlamentarias, ha terminado aceptando incluir esta vía en su estrategia global⁽⁵⁵⁾.

Ante lo expuesto, podría concluirse de la siguiente manera:

- 1) La concepción de la crisis de los Parlamentos es, en gran medida, producto de una orientación positivista que parte de un modelo ideal de Parlamento que nunca existió, aunque trata de hipostasiarlo en el modelo liberal, y que, con sus intentos de explicación simples y fragmentarios,

contribuye a ocultar la realidad de la transformación histórica de los Parlamentos determinada por y funcional a la fase de desarrollo socioeconómico en los países de capitalismo dominante.

2) Hay que aceptar, pese a lo anterior, que la ambivalencia de la institución parlamentaria ofrece posibilidades para un proceso de democratización real, si bien este proceso no puede realizarse a través de un exclusivo reduccionismo parlamentario, con lo que se plantea el problema de articular la vía parlamentaria y la extraparlamentaria que debe resolverse desarrollando formas de coordinación que tiendan a la integración y globalización de los distintos movimientos autónomos.

3) Es en relación con estas posibilidades que ofrece el Parlamento como debe plantearse el tema de su reforma. El criterio referencial debe ser, pues, no tanto hacerlos más eficientes neutralmente sino hacerlos más eficientes en relación con el despliegue de esas posibilidades.

Las propuestas de potenciación de los Parlamentos con esa finalidad concreta, deben mirar no sólo al interior sino al exterior de los mismos, para tratar de convertirlos en instrumentos más sensibles y capaces respecto de las acciones que tienen lugar fuera de los Parlamentos.

De acuerdo con ello, los iniciales objetivos para un reforzamiento, en el sentido de referencia, de la acción parlamentaria e inspiradores de las correspondientes medidas, podrían ser los siguientes:

— Defensa de la legalidad, del monopolio de la función legislativa por parte del Parlamento y en general de los presupuestos del Estado de Derecho. No sólo por las razones que apunta Ferrajoli y cuyo fundamento consideramos antes y que se refieren a su contribución fuertemente disfuncional al sistema respecto del que puede decirse que, de nuevo, «la legalidad le mata», sino porque es garantía de los derechos y libertades, elementos indispensables para toda acción organizada y porque es el instrumento adecuado para consolidar (legalizar) los posibles logros obtenidos por la acción desarrollada fuera del Parlamento.

Para ello podrán arbitrarse los medios adecuados que permitieran un detenido estudio del tema de las delegaciones al Ejecutivo (¿comisión de delegación?), considerando, a su vez, las posibilidades alternativas que podrá ofrecer la «descentralización» de la función legislativa en órganos locales.

— Considerar de la mayor importancia el control extraparlamentario del Parlamento y las posibilidades legitimadoras de éste, lo que debe traducirse en una revalorización y fortalecimiento de todo lo que se relacione con las discusiones parlamentarias, la publicidad de las sesiones y con la exigencia de una mayor información de los Parlamentos hacia la sociedad. En relación con este aspecto la propuesta de Chimenti de que los Parla-

mentos cuenten con sus propios medios de comunicación, no parecé inoportuna.

Asimismo, es desde esta virtualidad legitimadora de los Parlamentos, desde la que habría que considerar el tema de las comisiones y la atribución de sus competencias, más que desde la exclusiva perspectiva de la racionalidad técnica.

—Reforzar las funciones de control económico tanto en materia presupuestaria como a través de una globalización legislativa de toda la política económica, evitando en lo posible tanto la legislación coyuntural y concreta como la fuga de reales competencias legislativas a través de los convenios que se realicen entre las organizaciones socioeconómicas (patronal-sindicatos), integrándose a éstos en aquel proyecto global. En este orden merecería especial atención articular la relación entre el Parlamento y el Tribunal de Cuentas de forma que éste suministrase al Parlamento una información no sólo suficiente sino estructurada y coherente del resultado de la intervención estatal y del gasto público.

—Favorecer y potenciar el acceso directo y no a través del Gobierno, del Parlamento a la información así como sus facultades de inspección y control de la Administración, sin límite de materias reservadas, militares, etc. Todo ello evidentemente supone el correspondiente equipamiento técnico del Parlamento.

—Establecer mecanismos que aseguren la eficacia de las decisiones del Parlamento y su cumplimiento por el Gobierno mediante comisiones de seguimiento tanto de la aplicación y cumplimiento de las leyes como del resto de las resoluciones, estableciéndose, en su caso, la correspondiente responsabilidad. Ello obligaría, por otra parte, a modificaciones importantes en el trabajo parlamentario tendentes a conseguir que su expresión final fuera suficientemente concreta como para que aquellas decisiones se configuraran como «normas de comportamiento» del Gobierno (F. Fabri).

—Hacer real la autonomía del Parlamento en los diferentes ámbitos, desde el de la disponibilidad de medios hasta la del tiempo de trabajo evitando tanto su reducción como su control por el Gobierno, cuestión nada desdeñable, pues, como se ha señalado con acierto, constituye hoy una de las vías más insidiosas contra los Parlamentos la disminución relativa de su tiempo de trabajo así como el dominio que de él tiene el Gobierno⁽⁵⁶⁾.

NOTAS:

(1) Aquí se parte, como supuesto previo, de que los Parlamentos modernos surgen a partir de las Revoluciones burguesas, en abierta ruptura con las Asambleas medievales, porque tanto los fundamentos teóricos de unos y otras como la distinta función que realizan, las definen como instituciones de distinta naturaleza y función como corresponde a su respectiva situación en modos distintos de producción.

(2) Vid. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1.964, pp. 429 y ss., 440 y ss. y 501 y ss.

(3) R. CARRE DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, F.C.E., México, 1.949, pp. 904 a 1.075.

(4) H. KELSEN, *Esencia y valor de la Democracia*, Editora Nacional, Madrid, 1.980, pp. 133 y 154.

(5) C. MARX, *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, Grijalvo, 1.961, pp. 139 y ss.

(6) Vid. G. DE LA VOLPE, ROUSSEAU Y MARX, Ed. Platina, Buenos Aires, 1.963, y D. GUERIN, *La lutte de classes sous la Première République 1.793-1.797*, Gallimard, 1.968 (nouvelle édition), Vol. I, pp. 37 y ss.

(7) E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, L.E.P., Madrid, 1.975, pp.155 y ss.

(8) T. MARTINES, *Governo Parlamentare e Ordinamento Democratico*, Giuffré, Milano, 1.967, Introduzione.

(9) La tan celebrada aportación de Bobbio ignora interesadamente el tema ya que es la premisa, que acepta acriticamente, sobre la que basa su posición; por eso resulta demoledora la respuesta de Ferrajoli, mucho menos celebrada, al cuestionarla. Vid. L. FERRAJOLI, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, Unión proletaria, Marzo, 1.978.

(10) Sobre todo en Italia a propósito de la crisis del Partido de la mayoría. Vid. *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento*, varios autores, Giuffré, Milano, 1.977.

(11) L. ZAMPETTI, *Democracia y poder de los Partidos*, Ediciones Iberoamericanas, 1.970, pp. 37 y ss.

(12) S. LABRIOLA, *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Giuffré, Milán, 1.980, p. 7.

(13) Ibid. pp. 38 a 44.

(14) Ibid. pp. 11 y 6.

(15) Ibid. pp. 12 y ss.

(16) ENZO CHELI y CARLO MACCHITELLA, *L'attività conoscitiva delle camera*, en *Parlamento*, cit., pp. 36 y 37.

(17) S. LABRIOLA, cit. pp. 36 y 37.

(18) *Hacia una teoría política del capitalismo periférico*, en H. R. SONNTAG y H. VALE-CILLOS, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, Ed. Siglo XXI, México, 1.977.

(19) TILMAN EVERS, *El Estado en la periferia capitalista*, Siglo XXI, México, 1.979, pp. 97 y ss.

(20) Vid. H. ALAVI, *El Estado en las sociedades poscoloniales: Pakistán y Bangladesh*, en *El estado en el capitalismo contemporáneo*, cit.

(21) Lo que, por otra parte, no ha dejado de ser frecuente incluso desde el interior de este tipo de sociedades. Así vid. J. J. BUSTOS RAMIREZ, *La problemática del Estado en Latinoamérica*.

ca, en *la lucha por la democracia en América Latina*, Universidad Menéndez y Pelayo, Ministerio de Educación y Ciencia, 1.981.

(22) C. DE CABO, *Aproximación teórica al momento político y jurídico español*, Rev. de Estudios Políticos, 1.981.

(23) K. OFFE, *The abolition of market control and the problem of legitimacy*, Kapitalstate, n.º 1 y 2.

(24) N. POULANTZAS, *Estado, poder y socialismo*, Siglo XXI, Madrid, 1.979, pp. 207 y ss.

(25) P. DE VEGA, *Estudios políticoconstitucionales*, Universidad Autónoma de México, 1.980, p. 193.

(26) G. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1.975, pp. 318, 355 y ss.

(27) N. BOBBIO y otros, *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento*, Giuffré, Milano, 1.977, pp. 21, 22, 23 y ss.

(28) P. BIRNBAUM, *Les nouvelles fonctions du Parlement dans la France contemporaine*, en *Parlamento y sociedad civil*, Universidad de Barcelona, 1.980, pp. 107 y ss.

(29) Vid. L. FERRAJOLI, *Esiste una democrazia rappresentativa*, Unità Proletaria, Marzo, 1.978, pp. 48 y 49.

(30) J. HABERMANS, *Concepto de participación política*, en *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1.973, p. 26.

(31) MANCELA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1.973, p. 265; en el mismo sentido P. AVRIL afirma, refiriéndose al Parlamento francés, que el gobierno disfruta de un monopolio total en la dirección del trabajo parlamentario en virtud del art. 43 de la Constitución que concede prioridad a los textos presentados o aceptados por el Gobierno. Este art.—dice—es más importante aunque menos espectacular que el discutido art. 34 que concede al Gobierno una cláusula de competencia general (*Le Parlement législateur*, R.F.S.P., Febrero, 1.981, p. 16).

(32) Vid. FERRAJOLI, cit.

(33) U. CERRONI, *La regole Costituzionali della democrazia politica*, en *Democracia e Diritto*, n.º 1, Marzo, 1.978.

(34) MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, F.C.E., Méjico, pp. 1.111 y 1.112.

(35) PERRY ÁNDERSON, *Las antinomias de A. GRAMSCI*, Ed. Fontamara, 1.978, p. 72.

(36) Ibidem, p. 53.

(37) J. AGNOLI y P. BRUCKNER, *La transformación de la Democracia*, Siglo XXI, Méjico, 1.971, pp. 67 y ss.

(38) En «Towards Socialism» (Problems of socialism strategy) Collins, Glasgow, 1.966.

(39) L. FERRAJOLI, cit.

(40) *El 18 de Brumario*, Ariel, Barcelona, 1.971, p. 141.

(41) Vid. M. CAMPANELLA, *Marx e la disoluzione dello Stato. Il potere legislativo*, en *Stato e Teorie marxiste*, Mazzota, Milano 1.977.

(42) F. ENGELS, *Introducción a la lucha de clases en Francia*, Edit. Claridad, Buenos Aires, 1.973, p. 25.

(43) F. ENGELS, *El origen de la familia*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1.970, p. 215.

(44) *La enfermedad infantil del izquierdismo en el comunismo*, Ed. en Lenguas extranjeras, Pekín, 1.968, pp. 49 y ss.

(45) *El Estado y la Revolución*, Ed. en Lenguas extranjeras, Pekín, 1.978, pp. 86 y 98.

- (46) Vid. AGNOLI, cit., pp. 5 y ss.
- (47) Ibidem.
- (48) C. B. GLUCKSMAN, *Crisis de la idea de Revolución*, en *Vías democráticas al socialismo*, Ayuso, Madrid, 1.981, p. 172.
- (49) L. MAGRI, *Vía Parlamentaria o vía Consejista*, Edit. Anagrama, Barcelona, 1.977 pp. 6 a 41.
- (50) J. BERNARDO, *Para una teoría del modo de producción comunista*, Ed. Zero-Zyx, Madrid, 1.977, pp. 17 y ss.
- (51) Vid. C. U. SCHUMINCK-GUSTAVUS, *El Renacimiento del Leviatan*, Fontanella, Barcelona, 1.982, pp. 59 y 60.
- (52) G. HODGSON, *Socialismo y Democracia parlamentaria*, Ed. Fontamara, Barcelona, 1.980, p. 60 y ss.
- (53) Idem, p. 109.
- (54) Vid. Varios autores, *Vías democráticas al socialismo*, cit., pp. 225 y ss. Resulta significativo que no se plantee el tema de la articulación entre la acción extraparlamentaria y parlamentaria.
- (55) G. NOVACK y J. HANSEN, *Introducción al Programa de la transición*, Ed. Fontamara, Barcelona, 1.978, p. 66.
- (56) CLAUDE GIBEL, *L'évolution des moyens de travail des parlementaires*, R. F. S. P., Febrero 1.981, pp. 221 y ss.

«VECINDAD» Y «CONDICION POLITICA»: CUESTIONES DE CONEXION Y ESTADO CIVIL EN EL DERECHO ESPAÑOL, COMO «SISTEMA JURIDICO NO UNIFICADO»

Por Pedro Antonio FERRER SANCHIS

Profesor Adjunto numerario de D. Internacional Privado

Es bien conocido y no vamos aquí a detenernos en ello, el porqué de la diversidad histórica del Derecho privado español y las agudas dificultades que comportó en el pasado siglo su pervivencia o su posible unificación, tanto en el plano político-constitucional como en el de la codificación civil. Bástenos recordar cómo en un ambiente algo más sosegado, el de la Restauración borbónica y la Constitución de 1.876, pudo finalmente llegarse a un principio de acuerdo, plasmado en la Ley de Bases de 1.888 (Base 2.^a) y en el texto articulado del Código Civil de 1.889 (Arts. 12-15). Texto que no obstante también en su redacción originaria despertó reticencias y se vio sustituido por la redacción revisada de la llamada «fe de erratas». Concretamente, muchas de estas dificultades se centraron en torno a la configuración del Art. 15, expresivo de la conexión empleada para atribuir competencia al ordenamiento común o a uno de los especiales o forales: la llamada «Vecindad Civil».

Ambas redacciones ofrecían el siguiente resultado:

«Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada e intestada declarados en este Código, son aplicables:

«Primero. A las personas nacidas en provincias o territorios de Derecho común (añadiéndose luego: «...de padres sujetos al Derecho foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declaren que es su voluntad someterse al Código Civil»).

«Segundo. A los hijos de padre (a lo que se añadió: «...Y no existiendo éste o siendo desconocido,...») o de madre perteneciente a provincias o territorios de Derecho común (en lugar de «que tengan la precedente condición...»), aunque hubieren nacido en provincias o territorios donde subsista el Derecho foral.

«Tercero. A los que procediendo de provincias o territorios forales, hubieran ganado *vecindad* en otros sujetos al Derecho común. (Y aquí viene la transcendente innovación: «Para los efectos de este artículo, se ganará *vecindad por la residencia de diez años* en provincias o territorios de Derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado *manifieste su voluntad en contrario*; o *por la residencia de dos años*, siempre que el interesado manifieste ser ésta *su voluntad*. Una y otra manifestación *deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro Civil*»).

En todo caso, la mujer seguirá la condición de su marido, y los hijos (se añade «no emancipados») la de su padre (...«y a falta de éste, la de su madre).

(Y también se añadió como párrafo relevante: Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil»).

Parece pues que de lo que se trataba era más bien de configurar un criterio técnico de conexión, capaz de funcionar adecuadamente dentro de una dinámica conflictual interregional o interprovincial, a semejanza de la del Derecho Internacional Privado, actuante como es bien sabido a través de la ley personal de la nacionalidad del sujeto. Pero como también esa vecindad (a la cual prontamente se calificaría de «civil») aparecía con una constancia registral, esto es, como una de las posibles dimensiones del estado civil de la persona física, inevitablemente tenía que aparecer rodeada de una mayor sustantividad (mayor incluso que la de otras nociones, que en principio podían aparecer como emparentadas o afines, el domicilio y la residencia o vecindad administrativa). Por eso, diversos autores y corrientes doctrinales tendieron prontamente a identificarla con una lla-

mada «*Regionalidad*» (perteneciente a un territorio histórico diferenciado o región foral), la cual aparecería inmediatamente después de la «*Nacionalidad*» (esto es, de la condición o cualidad de nacional español—e extranjero—de la persona. Se sería por tanto, «aforado» o «sujeto al derecho común».

Dicha situación no iba prácticamente a experimentar variaciones legislativas con los cambios políticos de finales de siglo y primera parte del actual: pues ni hubo modificaciones en el texto del Código Civil ni aparecieron los llamados «Apéndices Forales» al mismo, con excepción del Derecho Aragonés de 1.925, que no supuso innovaciones. (Tampoco realmente llegó a haberlas con la llegada de la Segunda República y su Constitución de 1.931, a pesar de la previsión en su texto de las denominadas «regiones autónomas», dotadas éstas de régimen estatutario, que dejaban abiertas nuevas posibilidades, como en el caso de Cataluña desde 1.932).

Fue preciso llegar a la posguerra española, y, concretamente, al año 1.946. (Curiosamente, dos años antes, en 1.944, el Reglamento Notarial elevaba ya a categoría legislativa el término «Regionalidad» como sinónimo de Vecindad Civil, al enumerar las menciones de identidad de la persona; lo cual en dicho momento y haciendo la debida salvedad de la muy especial situación de Navarra, heredada de la «Ley Paccionada de 1.841», no resultaba muy congruente con la situación española, que atravesaba un momento de claro predominio y expansionismo del Derecho común). Sería en el año referido cuando el renombrado «Congreso Nacional de Derecho Civil» de Zaragoza iba a sentar las bases sobre las que replantear una nueva situación, en la que sin renunciar al ideal de la unificación legislativa y del Código Civil único, se proclamaba el respeto y protección hacia los Derechos históricos y forales, y, como una necesaria consecuencia, hacia la noción, significado y operatividad de la Vecindad Civil.

(Conviene asimismo recordar como muy poco tiempo antes el denominado «Anteproyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil» elaborado en 1.943-44 por la Comisión General de Codificación bajo la inspiración del Profesor José DE YANGUAS MESSIA sólo abarcaba los Arts. 8 al 11—conflictos de leyes internacionales—dejando por tanto fuera tanto la regulación de los conflictos internos como el régimen de vecindad).

A raíz del antedicho Congreso y de un Decreto del año siguiente, 1.947, iba a renacer el ímpetu codificador de los Derechos Forales, a través de comisiones especiales y de su plasmación en las llamadas «Compilaciones», que desde 1.959 hasta 1.973 fueron apareciendo sucesivamente—Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón, Navarra—. Las mismas en alguna ocasión comportaban alguna referencia marginal a la problemática interregional y a la vecindad civil, pero tan sólo como subrayados y remisiones al régimen del Código, salvo el caso aparte de Navarra que luego citaremos.

También en este mismo período cronológico iba a plantearse y ya de una manera decisiva la tarea de reformar el Título preliminar de nuestro Código Civil: en la etapa comprendida entre noviembre de 1.962—fecha de aparición del Anteproyecto sometido a la Comisión General de Codificación por los Profesores José CASTAN TOBEÑAS y José M.^a TRIAS DE BES, inspirador éste singularmente de toda la regulación conflictual e interregional—y la promulgación de la Ley de Bases para la reforma de 17 de marzo de 1.973.

El régimen de los conflictos interregionales y de la vecindad que finalmente adoptaría la Ley de Bases sería en esencia el ya indicado en el Anteproyecto de 1.962 en sus Arts. 13 a 16; pues la redacción del Anteproyecto ultimada en 1.965 por la Comisión General de Codificación no suponía variación alguna de fondo, y el «Proyecto de Ley de Bases» de 4 de Octubre de 1.966 prefería el dar por supuesto que no se producirían mutaciones en el sistema vigente hasta el momento.

La dinámica legislativa se iba a encargar por otra parte de demostrar que no era así, si bien es cierto que con relación a un caso singular, el de Navarra (en vísperas de la definitiva aprobación de la repetida Ley de Bases) y a través de un vehículo no menos excepcional, cual fue la denominada «ley de prerrogativa» (del Jefe del Estado) de 1 de Marzo de 1.973, aprobatoria de la Compilación (o Fuero Nuevo) de Navarra: ésta en efecto contiene en su «Ley XIII» un régimen propio de la vecindad distinto del del Código (incluso con singulares modalidades para extranjeros naturalizados).

Tras muchas dilaciones efectivamente, como es bien notorio, el Proyecto de Ley de bases de Reforma del Título Preliminar iba finalmente a llegar a trámite de ponencia (Mayo de 1.972) y de discusión en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas (en Octubre-Diciembre de ese año), evidenciándose allí la escasa preparación técnica de la mayoría de los Procuradores, la poca consistencia y profundidad de los debates y el generalizado deseo de terminar rápidamente la labor. Por eso, la redacción de la «Base Séptima» de la Ley de 17 de Marzo de 1.973 seguiría las huellas de lo ya prefigurado en 1.962 (al igual que en la gran mayoría de los puntos de lo que iba a ser el Título Preliminar reformado).

Decía en efecto el «Número Dos» de la Base (que es el que nos interesa considerar aquí):

«La sujeción tanto al Derecho civil común como a uno especial o foral, se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquélla, en régimen de igualdad y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor precisión técnica y sistemática».

Y el Texto articulado del Título preliminar aprobado por Decreto de 31

de Mayi de 1.974 venía por último a indicar en su «Capítulo V» (*Ámbito de Aplicación de los Regímenes Jurídicos Civiles Coexistentes en el Territorio Nacional*), y más concretamente, en su Art. 14:

«Uno. La sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil» (la cual tiene la consideración de ley personal del sujeto en los conflictos internos, pareja a la ley nacional en los extranacionales, según puntualiza luego el Art. 16 - 1.º, 1).

«Dos. Tienen vecindad civil en territorio de Derecho común, o en uno de los de Derecho especial o foral, *los nacidos de padres que tengan tal vecindad*; sin embargo, *si la vecindad civil así adquirida no fuese la del lugar de nacimiento, podrán optar por ésta, ante el encargado del Registro Civil, dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación*».

«Tres. La vecindad civil se adquiere:

1.º Por la *residencia continuada durante dos años*, siempre que el interesado manifieste ser esa *su voluntad*.

2.º Por *residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo*. Ambas declaraciones se harán constar en el *Registro Civil* y no necesitan ser reiteradas».

«Cuatro. La mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y en defecto de éste, la de su madre».

«Cinco. En caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento».

Junto a una mayor precisión técnica y terminológica respecto a la situación anterior, es de resaltar—y así lo indica la Exposición de Motivos del Texto articulado obra en buena medida del Presidente de la Comisión de Codificación Antonio HERNANDEZ GIL—el mayor acento que se pone ahora en la vecindad civil como situación o *status* de la persona, en plano próximo a la Nacionalidad.

(Precisamente por ello, muy poco tiempo después, cuando el 2 de Mayo de 1.975 se promulgaba la Ley de Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, iba a resultar doblemente llamativo el que no se alterase el 14-4.º, al no seguir ya la mujer casada la condición del marido en tema de nacionalidad. ¿Se trataría de un olvido o de un proceder consciente de nuestro legislador, más celoso del «principio de unidad familiar» en el ámbito interregional y de vecindad civil que en el internacional y de la nacionalidad?. Después volveremos a ello).

Asimismo, resultaba del máximo interés y novedad lo prevenido en el nuevo Art. 15 (que, aparte de indicar en su n.º 3 que «La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y las del anterior»), abordaba un espinoso y debatido problema:

«1. La adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, a menos que el extranjero residiere en un territorio de Derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla según el artículo anterior, y en el expediente de nacionalidad hubiere optado por la vecindad foral especial».

«2. La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida».

Esto es, y como también aclararía el Preámbulo, mientras que la naturalización por Carta de Naturaleza siempre comportaría una vecindad civil común, en la naturalización por residencia en que ésta es la regla general puede también adquirirse la vecindad civil foral al par que la nacionalidad española y con el mismo plazo, si el extranjero residente en territorio foral opta por ella en el expediente de nacionalidad.

Y con esto terminamos la primera parte de esta exposición, relativa a la situación producida con anterioridad a la Constitución española vigente.

La Constitución española de 1.978 no ha supuesto en sí misma una modificación del sistema conflictual español, ni en su vertiente de conflictos internacionales ni en la de conflictos internos, a pesar de la conveniencia muchas veces subrayada de que ambos se revisaran a la luz del texto fundamental.

(Recordemos aquí simplemente cómo el Derecho Internacional Privado aparece contemplado en sus líneas básicas en los Arts. 11 y 13 de la Constitución—Nacionalidad y Extranjería, materias de las cuales existen sendos proyectos de ley de desarrollo constitucional, de febrero y mayo de 1.981 respectivamente—; y en el Art. 149 que determina las competencias exclusivas que en principio corresponden al Estado frente a las «Comunidades Autónomas», figurando aquí—aparte las aludidas materias de Nacionalidad y Extranjería—en su n.º 2—, *las normas para resolver los conflictos de leyes*—n.º 8—, es decir, tanto los internacionales como los

internos, comprendiendo indudablemente el régimen de la vecindad civil que es su punto de conexión; y ello tanto si sigue figurando en el Título Preliminar del Código Civil cuanto si es objeto de ley especial).

Sigue por tanto en vigor toda la regulación de la vecindad civil por lo que respecta a los territorios forales; incluido por tanto—a lo que parece— el discutido inciso 4.º del Art. 14 del Código que hace extensiva a la mujer casada la vecindad del marido, no obstante el tenor de los Arts. 14 y 32 de la Constitución (igualdad entre los sexos y entre los cónyuges); si bien es de destacar la fuerte oposición despertada por tal aplicación del principio de unidad familiar en la vecindad, tanto a nivel de iniciativas legislativas (singularmente del Grupo parlamentario de Minoría Catalana) en sentido revisor, como en el plano doctrinal, donde por ejemplo los Profesores Rodrigo BERCOVITZ—entre los privatistas— y Enrique LINDE PANIAGUA—entre los publicistas—han hablado de una eficacia derogatoria inmediata de la propia Constitución.

Más en cualquier caso, sin duda la singularidad más importante que ha comportado la nueva realidad constitucional abierta en España en 1.978 ha sido la reafirmación de su sistema jurídico como «*no unificado*» y, ya con la máxima propiedad, «*plurilegislativo*», pues a la realidad histórica anterior se ha venido a sumar ahora la nueva configuración «autonómica» del Estado, en los términos del Título VIII de la Constitución—Arts. 143 y ss.—; lo cual comporta atribución de potestades normativas a las Comunidades Autónomas que se vayan constituyendo.

En el ámbito del Derecho Privado especialmente, esta realidad va a ser significativa, ya que los Estatutos de Autonomía se refieren, entre las competencias de las Comunidades, a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil, foral y especial, escrito y consuetudinario, propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia» (Art. 10-5.º del Estatuto Vasco de 1.979); «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán» (Art. 9-2.º del Estatuto Catalán de 1.979); «conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho Civil gallego» (Art. 27-4.º del Estatuto Gallego de 1.980). (Notemos que en estos tres casos se trata de comunidades históricas forales, si acaso con la salvedad de la posible extensión en el primer supuesto de la provincia de Guipúzcoa). Pero es que además ahora se vislumbra una nueva proyección, pues si bien los Estatutos Andalúz de 1.981 y Cantábrego de 1.982 no contienen prescripciones semejantes a las antes citadas, el Estatuto Asturiano de 1.982 en cambio previene que «el Principado de Asturias impulsará la conservación y *en su caso compilación* del derecho consuetudinario asturiano» (Art. 16); lo cual comportaría ineludiblemente la aparición de una nueva vecindad civil especial o foral respecto a las tradicionalmente existentes.

Tras la Constitución cabe reseñar por otra parte—además de lo después señalaremos—que recientemente la Comisión General de Codifica-

ción, por iniciativa del Ministerio de Justicia, ha situado el tema de la Vecindad Civil (reforma del Código) entre sus tareas prioritarias, a fin de confeccionar un Anteproyecto que traduzca la situación igualitaria de marido y mujer y de padre y madre, aparte de conseguir una mayor certidumbre en su determinación por residencia y una mayor igualación entre la Vecindad común y las forales, en base sobre todo a la noción de domicilio o residencia habitual, y consiguiendo una mayor aproximación—en su caso revisión—entre los Capítulos V (el que ahora nos ocupa) y IV del Título Preliminar (esto es, el sistema conflictual del Derecho Internacional Privado).

Pero también en relación con los Estatutos de Autonomía y su desarrollo y aplicación ha surgido un nuevo concepto: el del *status* de los sujetos a los mismos, a la manera de una especie de «*Ciudadanía*» en el respectivo territorio (con una connotación esencialmente jurídico-pública o electoral). Para designarlo se ha buscado un término un tanto genérico y no comprometido, evitando otros más polémicos como «nacionalidad de segundo grado» o «regionalidad»: el de «*Condición Política*». En efecto, conforme al llamado «Proyecto de Ley—de 28 de Abril 1.981—por el que se establecen los Principios para Armonizar las Disposiciones Normativas de las Comunidades Autónomas sobre determinadas materias», se indica (Art. 5) que «Sólo ostentarán la *Condición Política* de miembro de una Comunidad Autónoma *los ciudadanos españoles* (sin poder por tanto referirse a extranjeros domiciliados o residentes) que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los *Municipios* integrados en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. La adquisición, conservación y pérdida de dicha vecindad administrativa se regirá por lo establecido es la legislación del Estado».

En paralelismo con lo antedicho (y ya con anterioridad), los sucesivos Estatutos de Autonomía lo han venido estableciendo: «A los efectos del presente Estatuto, gozan de la *condición política* de... (catalanes, vascos, gallegos, andaluces, asturianos, cántabros...) los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de... (la Comunidad Autónoma respectiva). (Art. 6 del Estatuto de Cataluña, 7 del País Vasco, 3 de Galicia, 8 de Andalucía, 7 de Asturias, 4 de Cantabria).

Por tanto—y sin prejuzgar el sentido que pueda tener la reforma de la Vecindad Civil—se trata de una nación que, al estar superpuesta a la «vecindad administrativa» (atribuida conforme a las Leyes y reglamentos de régimen local), tiene una «base fáctica» mayor que la de aquélla, y, desde luego, muy alejada de toda concepción basada en la libertad o voluntad individual o en la filiación o *ius sanguinis*. La única matización que se permite en los Estatutos autonómicos es la siguiente: «Los residentes en el extranjero, así como sus descendientes, si así lo solicitaren, gozarán de idénticos derechos políticos que los residentes en el País Vasco si hu-

bieran tenido su última vecindad administrativa en Euskadi, siempre que conserven la nacionalidad española (Art. 7-2.º); o bien esta otra redacción alternativa: «Como... (catalanes, gallegos,... etc.) gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en... (Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria) y acrediten esta condición en el correspondiente consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitaren, en la forma que determine la ley del Estado». (Arts. 6-2.º, 3-2.º, 8-2.º, 7-2.º y 4-2.º de los respectivos Estatutos).

O sea, que sólo se permite—y no se impone—tal *status* diferenciador en lo que respecta a los residentes en el extranjero (antes avecindados) y a sus descendientes; nunca a quienes se trasladan a otros territorios españoles, descartándose terminantemente toda duplicidad de «condición política».

Por todo lo antedicho—especialmente la posible inscripción consular registral—parece aconsejable (aunque alguna vez se haya puesto en duda dada la dimensión más de Derecho Público que de Privado) la publicidad registral y mención fehaciente de este nuevo *status personae* en los Registros del Estado Civil, tal como ha quedado definitivamente posibilitado en los términos de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de Noviembre de 1.980 respecto a la «condición política».

Otra posible dimensión identificadora que a veces se trae a colación, pero que parece referirse más a lo cultural que a lo propiamente jurídico es la contenida en los Estatutos de Autonomía de Galicia—art. 7—, Andalucía—art. 8-3.º—y Asturias—art. 8—, todas ellas pues de fuerte emigración a diferencia de las demás, y sin que tampoco implique ninguna modalidad de *ius sanguinis* ni siquiera por aproximación: «Las comunidades... (gallegas, andaluzas, asturianas) asentadas fuera de... (su territorio) podrán solicitar como tales el reconocimiento de su... («GALLEGUIDAD», *Identidad Andaluza*, «ASTURIANÍA»), entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo... (gallego... etc.). Una ley de (su) Parlamento regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido de aquel reconocimiento a dichas comunidades, que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos».

Procede asimismo señalar en lo referente a toda esta materia de los Estatutos de Autonomía, que la única intromisión realmente «perturbadora» del régimen de la condición política y vecindad administrativa en el de la vecindad civil, la ha representado—sin nuevos exponentes afortunadamente—el Art. 7 del Estatuto de Cataluña de 1.979, expresivo todo él de una clara inspiración territorialista y expansiva del propio Derecho privado: «Las normas y disposiciones de la Generalidad y el Derecho

civil de Cataluña tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad. Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al Derecho civil catalán, mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifestaran su voluntad en contrario». Dentro del confusionismo y arcaísmo de tal terminología, es claro que resulta afectado y es inaplicable en Cataluña el Art. 15 C. Civil.

Todo lo referido en cuanto a la duplicidad de conceptos «Vecindad Civil» y «Condición política» ha despertado vivamente el interés, desde hace un par de años, de las corrientes doctrinales, civilistas e internacionalprivatistas. De ello, podemos dar testimonio directo de dos casos. El primero, el de la «Asociación Española de Profesores de Derecho y Relaciones Internacionales», en sus Jornadas de Santiago de Compostela de Junio de 1.981, que se pronunciaron por una pervivencia de la noción de vecindad civil, incluso de contenido y significado similar al actual, con mínimas modificaciones respecto al texto del Código Civil y sin mayores implicaciones en aspectos de Derecho Público (Ponencia «Las Autonomías en la Constitución y el Derecho interregional», a cargo del Profesor GARAU).

El segundo caso, en la misma línea pero quizá de mayor publicidad y relevancia, ha sido el del importante Congreso Nacional de Jurisconsultos de Zaragoza (comemorativo del antes citado de 1.946) celebrado en octubre-noviembre de 1.981, sobre «Derechos Civiles Territoriales tras la Constitución» y «Vecindad Civil» (con ponencias principalmente a cargo de DELGADO ECHEVARRIA y MERINO HERNANDEZ; la últimamente citada en tema de vecindad de gran importancia y relieve). Después de un muy amplio debate en plenario y dos Comisiones, serían aprobadas estas conclusiones respecto a la vecindad civil:

«1.— Partiendo del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, que se deriva de los Arts. 14 y 32 de la Constitución, debe desaparecer de la legislación el criterio de que la mujer casada adquiere necesariamente la vecindad civil de su marido. De otra parte, sobre la base del criterio de unidad familiar que igualmente emana de la Constitución, es aconsejable establecer criterios objetivos tendentes al logro de una unidad de vecindad civil en el seno del matrimonio. Se respetará en todo caso la libre determinación de los cónyuges para mantener cada uno su propia vecindad civil, o para acogerse uno de ellos, libremente, a la vecindad del otro.

«2.— La vecindad civil de los hijos menores será la común de ambos padres. Si es ésta distinta, determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, igual para todos los hijos, sin que puedan elegir una distinta de la que ostenten el padre o la madre. En defecto de acuerdo, conviene establecer criterios

objetivos. Los hijos menores que con consentimiento de los padres vivan con independencia de ellos, podrán tener vecindad civil distinta de la de sus progenitores. Se entiende que la vecindad civil de los hijos menores deriva directamente de la patria potestad y del *ius sanguinis*, salvo en aquellos casos —hijo de padres desconocidos— en que sea imposible su aplicación.

«3.—Para el supuesto de matrimonios con diferente vecindad civil, en defecto de pacto su régimen económico será determinado mediante criterios objetivos.

«4.—La vecindad civil del extranjero que se naturaliza español, debe determinarse en un régimen de absoluta y total igualdad entre todos los sistemas jurídico-territoriales privados, incluido el del Código Civil. Los extranjeros que se naturalicen españoles adquirirán la vecindad civil correspondiente al punto de conexión que haya sido causa determinante de la concesión de nacionalidad. Para los supuestos de naturalización por carta de gracia, el extranjero gozará de un derecho de opción para elegir libremente cualquier vecindad civil.

«5.—Deben conservarse los criterios del Código Civil sobre adquisición y pérdida de la vecindad civil, completados con la posibilidad de recuperar su vecindad de origen, que se haya perdido automática o voluntariamente, mediante un procedimiento sencillo y flexible que no exija nueva residencia en el territorio de origen.

«6.—Existen suficientes argumentos para concluir que el tema de la vecindad civil no puede ser de la competencia legislativa de las diferentes comunidades autónomas, sino que por el contrario debe ser de la competencia del Estado.

«7.—Se hace necesaria la promulgación de una ley general, válida para todo el territorio español, en que con criterios de igualdad para todas las Comunidades se regule lo concerniente a la vecindad civil, y en cuya elaboración tengan participación todos los territorios con Derecho Civil propio. Sin embargo, y para evitar los problemas que produciría una regulación aislada de la vecindad civil... dicha regulación debe producirse en el marco de una ley general de conflictos de Derecho interregional, cuya urgencia fue señalada ya por el Congreso de 1.946, y que es reiterada aspiración de todos los juristas preocupados por los Derechos civiles territoriales o forales».

Con ello se silenciaba pues expresamente el tema de la «condición

política», por lo que tácitamente se optaba—como se indicó repetidamente en el Congreso—en favor de una no identificación de la misma en el porvenir juntamente con la materia de la vecindad civil, siendo ésta únicamente y nunca aquélla la operativa como punto de conexión en los conflictos internos.

EVOLUCION Y TENDENCIAS DE LA CRIMINALIDAD EN ESPAÑA

Por Luis GARRIDO GUZMAN
Profesor Adjunto de Derecho Penal

SUMARIO

- I. Violencia y criminalidad.
- II. Edad y criminalidad.
- III. Tendencias de la criminalidad en España.
- IV. Evolución y tendencia de la población reclusa española.
- V. Conclusiones.

I. VIOLENCIA Y CRIMINALIDAD

1. Si quisiéramos buscar un denominador común para calificar el significado genérico de las actuaciones criminales de nuestros días, podríamos sintetizarlo en una sola palabra: *violencia*. Esta es la característica general de las manifestaciones más graves de la delincuencia durante estos últimos años. Esta violencia, referida a la juventud, tiene su origen en la inconsciencia y en la imprevisión, características propias

de la inmadurez, pero en general, y sociológicamente hablando, procede de la misma forma de vivir en las grandes concentraciones urbanas. De un lado, la aglomeración, que obliga a una promiscuidad irritante, pues lesiona ancestrales sentimientos de respeto al propio *habitat* y al espacio vital, arraigados en el subconsciente colectivo del género humano; de otro, la masificación, que, al diluir las posibilidades de conocimiento de los demás, impide que nos identifiquemos con ellos, rompiendo los lazos de solidaridad.

La criminalidad es la sombra en que queda proyectada la civilización. Su perfil y su magnitud dependen de la forma de la sociedad y cambian con el crecimiento y desenvolvimiento del sistema. Cada época ha tenido sus propios problemas nuevos y especiales de la criminalidad pero en muchos aspectos el problema de la criminalidad es tan viejo como el hombre y los cambios que en ella se manifiestan no son sino variaciones en torno a un tema muy antiguo.

En estos últimos años, sin embargo, ha parecido a veces que la sombra se extendía hasta el punto de oscurecer la paz de la sociedad misma. Sin pretender dramatizar la cuestión, el hecho evidente es que, a pesar de los progresos científicos y materiales de nuestra época, la criminalidad aumenta cualitativa y cuantitativamente, mostrándose nuestros sistemas penales impotentes para enfrentarse con el crimen y con los delincuentes. Por ello, estima LOPEZ REY⁽¹⁾, una de las principales tareas de la Criminología consiste en determinar, dentro de unos límites razonables, la *cantidad* de delito que una determinada sociedad puede tolerar sin verse gravemente perturbada.

Con los secuestros de personas como hecho cotidiano en muchos países, con el tráfico de drogas, con el apoderamiento de aviones y centenares de pasajeros inocentes, para obtener un provecho particular unas veces, o político en otras, con los fraudes alimenticios, con la criminalidad organizada a escala nacional e internacional, parece que la sombra de la criminalidad esté adquiriendo mayor volumen e importancia. No sólo ha cambiado la escala de la criminalidad sino también la tipología delictiva. La *violencia* parece extenderse a otros tipos de delitos, agravándolos, y las técnicas para la explotación ilícita se han hecho más sutiles. Hubo un tiempo en que la delincuencia podía tratarse como una molestia desafortunada de la que se ocupaban con eficacia los servicios de policía. Hoy, sin embargo, cuando la delincuencia afecta a la seguridad en las calles, la tranquilidad en los hogares o la seguridad en los viajes aéreos, esa molestia está adquiriendo para la sociedad proporciones de auténtica calamidad pública.

En estos últimos años el problema de la delincuencia grave se ha duplicado e incluso triplicado en muchos países del mundo. Lo que hace unos años era impensable se ha impuesto en la actualidad, los bancos, las

oficinas públicas, los aeropuertos, los domicilios particulares, han sido dotados de especiales medidas de protección. Toda una nueva y floreciente industria de vigilantes armados y de dispositivos de seguridad ha hecho su aparición. Con ello se intenta salir al paso de los nuevos métodos que se utilizan para la comisión de delitos. Se recurre a técnicas y conocimientos que pueden considerarse de *sofisticados*. El traficante de drogas utiliza el reactor o el automóvil veloz para trasladarse con rapidez de un lugar a otro, con lo que su capacidad de expansión aumenta de forma inusitada. Los instrumentos electrónicos han servido de manera excepcional para suministrar datos inapreciables en la perpetración de delitos de espionaje industrial, chantaje o secuestro, entre otros. El asesino a sueldo utiliza el fusil con mira telescópica o hace uso de explosivos plásticos para hacer más perfecto e infalible su crimen. Por consiguiente, si la criminalidad no es un problema nuevo, sí que podemos afirmar que tiene características nuevas.

De entre estas características nuevas que tiene el delito en la actualidad acaso la *violencia* sea la más importante, ya que está presente en muy diferentes tipos de delito. La tesis que NICEFORO⁽²⁾ lanzara hace ya unos años de que la delincuencia violenta iría dejando paso a la violencia astuta, no sólo no se ha cumplido, sino que por el contrario, se ha convertido en una delincuencia más violenta y agresiva. Hay también otra característica que podemos señalar como nueva en la delincuencia de estos últimos años. Estamos asistiendo al fenómeno de que conforme la población mundial envejece la delincuencia rejuvenece, destacando entre todos, un *grupo de edad* que preocupa a los especialistas de la delincuencia por su aumento constante, capacidad delictiva y empleo de la violencia en la comisión de hechos delictivos. Nos estamos refiriendo a los comúnmente denominados *jóvenes adultos delincuentes*.

2. Acerca del fenómeno de la violencia y de la agresividad del hombre actual mucho se ha dicho y escrito. El hombre es el más agresivo y destructivo de todos los seres, su evolución ha obedecido en gran parte a su acción homicida y a su amor a las armas. ARDREY⁽³⁾, sostiene que el hombre ha podido evolucionar y desarrollarse gracias a su afición por las armas ofensivas que, según él, se remonta hasta los vestigios antropológicos constatados por Raymond DART⁽⁴⁾—las armas de hueso del australopiteco—y subsiste hasta nuestros días en las navajas de los delincuentes juveniles.

Interesa subrayar cómo en la composición de la criminogénesis de la decisión delictiva, según DI TULLIO⁽⁵⁾, tanto la indiferencia afectiva cuanto la agresividad son elementos configurantes, o mejor dicho, desencadenantes, como se observa en la criminodinámica.

Que el hombre es una criatura agresiva, aprecia STORR⁽⁶⁾, es cosa que difícilmente discutirá nadie. Salvo la excepción de ciertos roedores, nin-

gún otro vertebrado mata habitualmente a miembros de su misma especie. Ningún otro animal disfruta practicando la crueldad sobre otro de su misma clase. Generalmente describimos los ejemplos más repulsivos de la crueldad del hombre como algo brutal o bestial, y con estos adjetivos damos a entender que semejante comportamiento es característico de animales menos desarrollados que nosotros. A decir verdad, sin embargo, los casos extremos de comportamiento brutal están limitados al hombre, y nuestro salvaje trato mutuo no tiene paralelo en la naturaleza. Lo tristemente cierto es que somos la especie más cruel y despiadada que jamás haya pisado la tierra; y que, aunque podemos retroceder horrorizados cuando vemos en un periódico o en un libro de historia las atrocidades que el hombre ha cometido con el hombre, en nuestro fuero interno sabemos que cada uno de nosotros alberga dentro de sí los salvajes impulsos que conducen al asesinato, a la tortura y a la guerra.

Negar la agresividad del hombre es negar la evidencia de un millón de años de guerras, asesinatos, torturas e injusticias. Pero de eso a admitir que el hombre esté condenado a seguir matando y torturando hasta la consumación de los siglos, media un gran paso.

Ahora domina más la violencia. Aunque el espíritu humano indudablemente es menos belicista que antes, paradójicamente todo contribuye a exaltar aquélla. El cine, la televisión, la literatura, abundan en historias, reales o ficticias, de agresividad y crimen. La crónica negra goza de indiscutible éxito. Incluso el lenguaje del hombre actual está salpicado de términos que encierran una clara agresividad. Y ciertamente cuando una empresa se mueve hoy con éxito suele afirmarse que tiene una gran orientación agresiva hacia el mercado. Oímos también decir que las campañas de publicidad deben concebirse con agresividad y, en este sentido, estamos aplicando al término el valor positivo tantas veces ignorado, porque la agresividad, en términos abstractos, no es un valor negativo, sino de impulso, sin el cual nos enfrentaríamos a un hombre con demasiada carga de labilidad afectiva. Cuando la agresividad rebasa todos los límites es cuando realmente debe considerarse un factor determinante del delito. Son las propias sociedades que crean el desarrollo las que están creando determinados tipos de delincuencia, porque en su constante progreso están diciéndole al hombre que el triunfo está a su alcance; pero lo cierto es que no todos los hombres conquistan el esperado triunfo, y a falta de éste surge la reacción agresiva y también la lucha enconada por conseguir lo que el hombre ha vislumbrado, sin que importen los medios que para ese triunfo se ponen en juego.

Sobre la base biológica de la violencia y la agresividad se han formulado dos principales hipótesis que se contraponen claramente. La primera juzga que estas expresiones de la conducta son un instinto innato, congénito en todos los animales incluido el hombre; la segunda, en cambio, mira

la agresividad como una reacción adquirida que no cuenta con una base biológica preexistente⁽⁷⁾. Nunca hasta ahora se ha podido demostrar satisfactoriamente la tesis del instinto de agresividad innato. SCOTT⁽⁸⁾, ha mantenido que no existe ninguna necesidad de lucha, ni agresiva ni defensiva, fuera de la provocada en el medio ambiente exterior. Opinión que es compartida por gran número de especialistas que sostienen que, aunque la potencialidad agresiva sea característica de todo ser viviente, su actuación se moldea en la experiencia, no negándose que haya diferenciaciones individuales en la conformidad a la experiencia ni que varíe la susceptibilidad del individuo a los procesos de aprendizaje de la violencia. Concluyendo CLARK⁽⁹⁾ que la agresividad no es un instinto y ni siquiera un impulso básico, que puede quedar latente siempre y que, aun en los casos en que se desarrolla, puede ser eliminada o modificada para encontrar otras soluciones no agresivas.

Pero la cuestión que ahora se plantea es la de si hoy los hombres son más agresivos y violentos que antes; y, hasta ahora, no se ha dado respuesta a esta interrogante. La perversidad que se pone de manifiesto en gran parte de la violencia y criminalidad de las ciudades, tanto en el ámbito nacional como internacional, parecía ir en apoyo de una respuesta afirmativa, pero no se cuenta con el testimonio real de lo ocurrido en períodos anteriores. De otro lado, al examinar la agresión hay que analizarla en un contexto más amplio que el de la delincuencia por sí sola. Podría argumentarse que el hecho de evitar una matanza como la que tuvo lugar durante las dos últimas conflagraciones mundiales revela que en el curso de los últimos 35 años el hombre ha sabido dominar más su tendencia agresiva. No obstante, si se tiene en cuenta el temor que, cada día más, inspira el transitar por las calles de nuestras ciudades, cabría decir que la agresión que no se ejercita en guerras totales se manifiesta en criminalidad. Además, el uso de la violencia para zanjar problemas en diferentes tipos de situaciones políticas ha recibido la justificación de más de un erudito sociopolítico. Justificable o no, la violencia practicada persiguiendo objetivos políticos ha sido sin duda muy patente en la última generación, y probablemente han sido víctimas de ella más gente inocente que nunca debido al carácter de las armas utilizadas y al hecho de que los conflictos hayan tenido lugar en un medio urbano. Esa violencia ha suscitado a veces una violencia igual o mayor de la autoridad establecida, en ocasiones con consecuencias también perniciosas para los inocentes

La violencia de nuestros tiempos constituye, pues, un problema compuesto de elementos heterogéneos para el cual no hay una sola respuesta. Pero, por su intensidad y amplitud, exige atención especial de quienes quieran prevenir la criminalidad. El hecho de que siga habiendo individuos dispuestos a matar por un precio, o sin motivo, hace pensar también en la necesidad de un análisis más detenido de un sistema social que permite, por no decir que alienta, que se formen tipos de individuos fríos, insen-

sibles a la vida afectiva y amargados. Pero, como ha demostrado la experiencia de la guerra, la sociedad tiene que hacer frente también a la posibilidad de que muchas personas, que por lo demás son normales, inducidas por suficientes motivos de lucro e incentivos perversos, son capaces de matar si creen que pueden sustraerse realmente a las consecuencias legales de ello. La violencia puede no ser un problema nuevo, pero para la civilización sigue siendo un problema muy especial⁽¹⁰⁾.

3. De los elementos componentes de la violencia de nuestros tiempos, en base a investigaciones recientes, habría que detenerse, de un lado, en ciertos individuos que cometen un gran número de delitos, de los que se dice tienen una personalidad antisocial, son *sociópatas*. Estas personas empiezan mostrando a edad temprana una tendencia a tratar de satisfacer sus deseos egoístas a expensas de los demás lo que les hace entrar habitualmente en conflicto con la ley, adoptando un comportamiento agresivo y violento en sus actuaciones. De otro lado, en la historia del comportamiento humano se ha venido observando desde hace tiempo una asociación entre el comportamiento antisocial violento y el *consumo de alcohol*. Otros estudios también corroboran la relación entre uso indebido de bebidas alcohólicas, sociopatía y criminalidad. Por último, considerada la criminalidad en su aspecto global, se trata principalmente de un *problema urbano*.

3.1. Los sociópatas muestran tendencias criminales desde una edad temprana, siendo frecuente una historia de expulsiones repetidas del colegio, arrestos, fugas del domicilio, mentiras, delincuencia juvenil. A medida que maduran van sobresaliendo los actos de agresión física. Son incapaces de mantener un trabajo u ocupación estable. El desempleo, el absentismo laboral y la falta de puntualidad en el trabajo se entremezclan con detenciones y arrestos varios, divorcios, abandonos de hogar, impulsividad y agresividad física. Muchos tienen ocupaciones paralelas o únicas de tipo ilegal, como venta de drogas, prostitución y proxenetismo. El defecto fundamental de estos sujetos consiste en la falta de control de los impulsos inmediatos. El sociópata satisface sus deseos indiscriminadamente, con rapidez y sin miramientos. La ética, la moral, la honradez y otros valores abstractos son conceptos ajenos a su dogma egocentrista. Las manifestaciones de irregularidad social declinan a partir de los 35 años. Transpuesta la barrera de los 40 años, un 50 % de individuos antisociales logran una adaptación social progresiva y dejan de expresar su personalidad impulsiva y anormal.

Las causas que conducen a este tipo de personalidad son genéticas y ambientales. El ejemplo de los padres parece desempeñar un papel importante en el desarrollo de las personalidades sociópatas. ROBINS⁽¹¹⁾, encontró que los hijos de padres alcohólicos corrían un riesgo elevado de resultar sociópatas e inclinados a adoptar un comportamiento criminal.

En una investigación, continuada a lo largo de 30 años, sobre personas que inicialmente se observaron en una clínica pediátrica, cuando eran niños, los que se diagnosticaron como neuróticos o se consideraron normales resultaron tener más posibilidades de llevar una vida normal cuando adultos, mientras que los niños que se diagnosticaron como antisociales tenían una posibilidad significativamente mayor de seguir siendo sociópatas durante el resto de sus vidas. Esto quiere decir que un individuo normal, desarrollado en un ambiente de criminalidad tiene menos posibilidades de convertirse en criminal que otro individuo con herencia sociopática.

Estas conclusiones ponen de relieve la importancia de encontrar técnicas aplicables al tratamiento de las familias en las que uno o ambos progenitores demuestran un comportamiento criminal o abuso de las bebidas alcohólicas, a fin de reducir la perpetración de las tendencias familiares con respecto a estos problemas.

Los factores ambientales de tipo socio-económico influyen decididamente en el desarrollo de la sociopatía criminal. Las discordias conyugales, el divorcio de los padres y la falta de disciplina en el hogar, junto con la ignorancia y la pobreza, juegan un papel predisponente e incluso precipitante. En hogares pobres suele haber más hijos y, por tanto, la atención que cada hijo recibe es más diluida. Es más frecuente que el padre esté ausente y la madre trabaje, y que la disciplina aplicada sea de calidad no comparable a la existente en otros hogares más favorecidos.

El sociópata encuentra mejores oportunidades para satisfacer sus impulsos criminales en sociedades abiertas y liberales, basadas en un alto criterio de la responsabilidad ciudadana. Su agresividad decrece en las sociedades paternalistas, donde la reacción punitiva por parte de las autoridades se ejerce con frecuencia de forma inmediata, o castigando con exceso delitos relativamente menores.

3.2. La mayoría de los datos que relacionan directamente el alcohol con un comportamiento agresivo se derivan de observaciones empíricas y de estadísticas sobre la delincuencia. WOLFGANG⁽¹²⁾, señala que el consumo de alcohol, especialmente en los fines de semana, pues es cuando se cometen más delitos de agresión, forma parte de las costumbres de los grupos en los que ocurren los crímenes con más frecuencia. Por lo tanto, el consumo de alcohol y el comportamiento agresivo pueden ser características paralelas de determinados subgrupos personales o culturales.

A pesar de que es difícil establecer una relación directa entre los efectos del alcohol y los delitos graves, hay bastantes datos que indican la existencia de una relación importante. SHUPE⁽¹³⁾, tomó muestras de sangre u orina de personas detenidas en Cincinnati inmediatamente después de ser acusadas de un delito, encontrando alcohol en 144 (82 %) de

163 personas acusadas de delitos violentos; en 25 de 30 personas acusadas de asesinato; en 92 de 100 personas detenidas por agresión, y en 27 de 33 personas detenidas por disparos no fatales. Esta incidencia del consumo del alcohol en delincuentes es impresionantemente elevada y tiende a corroborar la validez de los estudios previamente citados. Un estudio reciente realizado en California sobre un grupo de delincuentes adolescentes confirmó las conclusiones de los autores antes citados que relacionan el consumo de alcohol con los delitos de agresividad prolongada⁽¹⁴⁾.

Además de los homicidios y agresiones criminales, también se ha visto una relación entre el consumo de alcohol y los crímenes sexuales. El Instituto Kinsey de investigaciones sexuales llevó a cabo una encuesta entre 1.500 delincuentes sexuales encarcelados y encontró que, según los datos comunicados, estaban relacionados con el consumo de alcohol el 67 % de todos los actos de agresión sexual contra niños y 39 % de los actos de agresión sexual contra mujeres adultas. Igualmente se encontró que el 45 % de los detenidos por violación tenían una concentración alcohólica en la sangre de 0,10 % o más elevada.

La información disponible indica que el alcohol, la droga de uso más generalizado en el mundo, guarda una relación evidente con diversos tipos de comportamiento criminal, especialmente con los delitos violentos. En muchos delitos de agresión y de agresión sexual, tanto el agresor como su víctima se encuentran bajo la influencia del alcohol.

El aumento de los delitos graves observado en los Estados Unidos en los últimos años ha originado la formación de varias comisiones nacionales. El informe de 1.970 de la Comisión Nacional sobre las causas y la prevención de la violencia incluye un perfil del individuo con mayores posibilidades de participar en un delito grave. Este perfil muestra claramente que, tanto en las investigaciones como en materia de política pública, las energías y recursos de la defensa social estadounidense se deberían orientar en gran medida hacia la juventud, porque en los Estados Unidos los delitos más violentos los cometen en zonas urbanas, muchachos entre las edades de 15 y 24 años. El índice de homicidios es mucho más elevado en el grupo de 18 a 24 años de edad, que en cualquier otro grupo, y en el grupo de 15 a 24 años de edad los índices de detención por violación, robo y agresión con agravantes son mucho más elevados que los correspondientes a cualquier otro grupo⁽¹⁵⁾.

Actualmente el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social patrocina estudios en diversos países cuyo objeto es identificar los factores relacionados con el consumo de drogas y el comportamiento criminal más susceptibles de intervención y control en cada país. Estos estudios se necesitan urgentemente, especialmente porque en la mayoría de los países del mundo el porcentaje de población de menos de 25 años aumenta rápidamente, extrapolarlo la experiencia de

los Estados Unidos de América, donde el índice de criminalidad juvenil relacionada con el alcohol es elevado, puede decirse que las investigaciones y la intervención dirigida hacia la población de este grupo de edad serían los que proporcionarían mayores beneficios sociales.

3.3. Por último, entre los problemas que la delincuencia actual plantea, hay que prestar atención a la perspectiva global de la vida urbana. Hubo una época en que lo oportuno era buscar las razones de la delincuencia en las condiciones sociales. Hoy quizá no sea muy aventurado proponer que se busque la explicación de algunas de las condiciones sociales en la naturaleza de la delincuencia. Ya hemos mencionado anteriormente la nueva y floreciente industria de los servicios de seguridad y se ha señalado hasta qué punto los modos de vida están afectados por el temor, así como por el desprecio de las viejas normas; hay que mencionar además el desmerecimiento de la policía en el concepto público, el intento de eliminar de la ley penal, atribuyéndoles el carácter de riesgo normal, a un gran número de actos considerados como delitos en virtud de los viejos códigos penales, la decepción que inspira el sistema penitenciario y las desafortunadas protestas de los presos que reivindican, la mayoría de las veces, gratuitamente, sus derechos humanos, el impacto cada vez más acentuado del hurto de mercancías en los grandes almacenes, el robo de vehículos de motor, las raterías en los centros de trabajo o la creciente extensión en algunos sectores de la población de la recomendación y el chanchullo, nuevas tendencias a operar en la burocracia y a vivir de una serie de manejos ilícitos lucrativos que no pueden ser descubiertos fácilmente. También hay que tener en cuenta el hecho de que todo ello se haga a costa del consumidor, en quien recae una carga aplastante de precios e impuestos más altos; y no hay que olvidar, claro está, la expansión de la publicidad falaz, el escamoteo en el comercio, las crecientes ausencias del trabajo y el deseo cada vez mayor de vivir de artimañas en una sociedad impersonal regulada por los ordenadores electrónicos. La complejidad e interdependencia de los servicios en una ciudad moderna hace a sus habitantes sumamente vulnerables ante el individuo brutal y sin escrúpulos. A medida que las gentes, obligadas a vivir en mayor hacinamiento, se encierran cada vez más en las respectivas celdas de su existencia urbana, haciendo vida aparte y tolerando cada vez más lo que hacen los otros, pierden la protección de la comunidad contra las trasgresiones. Como resultado de ello, la delincuencia prospera y adquiere mayor magnitud, es más violenta, más audaz, más móvil y menos furtiva, mucho más organizada y siente menos temor a la represión penal. Al mismo tiempo, las gentes se apartan aún más de las actividades públicas, aceptan cada día más como hechos inevitables invasiones inadmisibles en su vida privada o en sus bienes, pagan sueldos más altos a funcionarios menos eficaces en los servicios de seguridad. Se trata en rigor de un auténtico círculo vicioso que puede explicar en gran parte el malestar que se siente en las ciudades que a veces parecen ser ingobernables.

II. EDAD Y CRIMINALIDAD

La edad es un factor importante como causa de delito, no sólo desde el punto de vista legal, sino también en el aspecto criminológico. Las estadísticas criminales de los países pertenecientes a nuestra área cultural demuestran que el problema de la criminalidad es, sobre todo y ante todo, un problema de *delincuencia juvenil*. Como aprecia SELLIN⁽¹⁶⁾, la tendencia a un comportamiento antisocial crece a partir de los años escolares, culmina entre los 20 y 25 años, declina ligeramente hasta la edad de los 40 años y entonces desciende rápidamente para cesar por completo en la vejez. La curva es semejante a la de cualquier otra actividad dependiente de la vitalidad del hombre.

Sin embargo, a raíz de estos últimos años se vienen observando dos tendencias en la criminalidad juvenil, la primera, es la gran capacidad delictiva de sus integrantes, la segunda, es la adopción de formas violentas en la comisión de hechos delictivos.

Respecto a la capacidad criminal de los jóvenes puede comprobarse estadísticamente que ya no hay delitos específicos de estos grupos de edad, sino que la autonomía de los mismos abarca la práctica totalidad de las infracciones que sancionan los códigos penales. En cuanto al empleo de la violencia en la realización de conductas criminales se aprecia una tendencia universal a su utilización, siendo empleada cada vez más por jóvenes en edades más bajas. Se considera a la violencia como el procedimiento más idóneo para salir de ciertas situaciones conflictivas. La relación entre embriaguez y los delitos violentos se dan en mayor proporción en los jóvenes.

Si la agresividad, en general, muestra vinculaciones con la edad y con el sexo, el homicidio—que es una explícita manifestación de la agresividad en la conducta—las muestra muy especialmente. Podría asegurarse, afirman WOLFGANG y FERRACUTI⁽¹⁷⁾, casi a nivel mundial, que la más alta tasa de incidencia de delitos contra las personas físicas—entre los que se cuentan el homicidio—es imputable a transgresores jóvenes cuya mayoría está en sus años veinte y a otros muchos que andan bordeándolos o rebasando apenas los treinta.

De la delincuencia juvenil, en sentido amplio, podemos hacer dos grupos fundamentales, uno que está constituido por los individuos hasta que cumplen 16 años, exentos de responsabilidad y sometidos a la jurisdicción de tribunales especiales de carácter tutelar, y otro grupo, comprendido entre los 16 y 20 años, plenamente responsables en la práctica totalidad de las legislaciones, aunque se suelen beneficiar de alguna circunstancia atenuante. Junto a estos dos grupos de edad, fuera ya del concepto de delincuencia juvenil, hay un tercero, que situamos entre los 21 y 25 años, que al participar de los rasgos de la criminalidad juvenil y de la adulta, son comúnmente denominados *jóvenes adultos*.

La distribución del delito por grupos de edad lleva consigo unas variables que son numerosas y complejas, pero hay también que reconocer que dicha distribución es suficiente para extraer algunas conclusiones válidas y dentro de ciertos límites se pueden formular algunos programas de política criminal idóneos. Como señala LOPEZ REY⁽¹⁸⁾, la distribución del delito por razón de la edad hace posible una mejor comprensión del mismo como fenómeno social y permite verificar cálculos de cara al futuro que, sin duda, revisten un valor en orden a proyectar una política.

La distinción es igualmente necesaria para aplicar debidamente el tratamiento, no se puede aplicar el mismo tratamiento a un niño, a un adolescente o a un joven adulto.

Actualmente los estudios realizados sobre la biología y la psicología de los adolescentes y jóvenes demuestran que un joven de 16 a 18 años puede haber alcanzado el desarrollo físico de un adulto sin que su sistema nervioso haya logrado aquella integridad que es base de la madurez espiritual necesaria para exigir una responsabilidad criminal plena; que hasta los 18 años y aun los 21, la actuación educativa sobre los jóvenes delincuentes consigue éxitos indudables. Esto demuestra que el joven delincuente, hasta los 21 años, no puede ser tratado de igual manera que el adulto.

Del mismo modo, el grupo de edad comprendido entre los 21 y 25 años, los generalmente llamados *jóvenes adultos delincuentes* por los especialistas, constituyen la preocupación de algunos autores, como DE-BUYST⁽¹⁹⁾, llevándole a preguntarse sobre este período que parece ser objetivamente un *período crítico*, pareciendo deseable la creación de medidas adaptadas para los jóvenes adultos delincuentes con el objetivo de alcanzar su reforma. También, entre los autores españoles, BARBERO SANTOS⁽²⁰⁾, mantiene que se han de ampliar y reestructurar los tímidos ensayos españoles de un tratamiento penal específico de los jóvenes adultos delincuentes, otorgando a los comprendidos entre los 18 y 21 (o 23) años un particular *status* y creando una amplia gama de medidas de muy diverso carácter y de penas *sui generis*, supervisadas ambas, tanto en su duración como en su cumplimiento, por el juez que las impuso o por el de ejecución, y llevadas a cabo unas y otras con el concurso de personal especializado.

III. TENDENCIAS DE LA CRIMINALIDAD EN ESPAÑA

1. Para aproximarnos a la realidad criminal en España, tratando de descubrir las tendencias delictivas, así como su evolución, tenemos que servirnos de los datos suministrados por las estadísticas que se elaboran en los distintos servicios integrantes de la Justicia Penal. La primera de

ellas, la *estadística policial*, plasmada en la Memoria de la Comisaría General de Policía Judicial, aunque tiene el inconveniente de que sus datos están basados en meros indicios, con ausencia, a veces, de rigurosos criterios jurídico-penales, y algunas imprecisiones, sin embargo, globalmente, es un instrumento fiable para conocer el volumen, evolución y tendencias de nuestra criminalidad. Conviene destacar positivamente la agilidad en la confección de los datos estadísticos policiales y su rápida aparición, lo que contrasta con el retraso injustificado de las estadísticas judiciales.

Advertimos previamente que la expresión *delito denunciado* que se emplea en la estadística policial la identificamos con la de *delito conocido* por la policía.

Hechas estas precisiones, veamos, en primer lugar, las cifras totales de los delitos denunciados en España en los años 1.979 y 1.980⁽²¹⁾:

CUADRO 1

RESUMEN GENERAL DE DELITOS DENUNCIADOS. AÑOS 1.979 y 1.980

	1.979	%	1.980	%	Aumento o disminución año anterior
Seguridad Exterior.....	—	—	27	0,01	—
Seguridad Interior.....	2.628	0,73	3.106	0,95	18,18
Falsedades.....	1.170	0,32	1.746	0,53	49,23
Admón. de Justicia.....	233	0,06	313	0,10	34,33
Riesgo.....	3.995	1,10	3.620	1,11	(—9,39)
Juegos ilícitos.....	283	0,07	320	0,10	13,07
Funcionarios.....	74	0,02	63	0,02	(—14,87)
Personas.....	16.946	4,73	11.316	3,46	(—33,23)
Honestidad.....	2.986	0,84	4.030	1,23	34,96
Honor.....	421	0,11	191	0,06	(—54,64)
Estado Civil.....	454	0,12	98	0,03	(—78,42)
Libertad y Seguridad.....	7.943	2,24	15.262	4,66	92,14
Propiedad.....	318.292	88,63	280.619	85,71	(—11,84)
Imprudencia punible.....	2.470	0,68	1.850	0,57	(—25,11)
Legislaciones Especiales.....	1.247	0,34	1.700	0,52	36,32
Indefinidos.....	—	—	3.153	0,96	—
TOTAL.....	359.142	100 %	327.414	100 %	(—8,83)

La primera interpretación que cabe hacer es que el aumento espectacular que la delincuencia venía experimentando en nuestro país en los últimos años, sobre todo a partir de 1.976, creando una situación de alarma y preocupación en los distintos sectores sociales, manifestada a través de los medios de comunicación social, parece haber llegado en 1.979 a su punto culminante, iniciándose en 1.980 un descenso apreciable, (—8,83 %), situándose la tasa de criminalidad en España en un 9 por 1.000 habitantes (327.414 delitos en una población de 37.773.866 de habitantes). Es posible que el «precio» de nuestra pacífica transición democrática haya sido ya satisfecho en el terreno penal.

No obstante, esta primera precisión de fundado optimismo, no debe pasar desapercibido el aumento espectacular de los *delitos contra la libertad y seguridad*, un 92,14 %, y el incremento constante, en éstos años, de los *delitos contra la honestidad* que siguen un ritmo acelerado en 1.980, un 34,96 % más que en 1.979.

Los delitos contra la propiedad, que representan el 85,71 % del total de la criminalidad, constituyen la tendencia más patente de la delincuencia en España, seguidos a gran distancia de los delitos contra la libertad y seguridad, el 4,66 % y de los delitos contra las personas, con un 3,46 %.

2. Resulta necesario conocer ahora los datos estadísticos de los dos grupos de infracciones delectivas que han experimentado un aumento tan manifiesto en 1.980. Y así, en primer lugar, la distribución de los delitos contra la libertad y seguridad es la siguiente:

CUADO 2

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD. AÑO 1.980

Detenciones ilegales (s/pet. rescate)	63
Detenciones ilegales (c/pet. rescate)	3
Sustracción de menores	202
Abandono de familia	5.170
Abandono de niños	139
Amenazas con ánimo de lucro	649
Otras amenazas	6.870
Coacciones	1.607
Otros delitos Lib. y Seg.	559
TOTAL	15.262

De estos datos se infiere que el delito de *amenazas* representa prácticamente el 50 % de todas las infracciones cometidas contra la libertad y seguridad, título XII, libro II, del código penal, sin que dejemos de señalar la trascendencia que el bien jurídico protegido en todos estos delitos, la *libertad*, tiene para el hombre actual, que hace se la sitúe inmediatamente después de la vida y la integridad corporal en las clasificaciones de Antolisei, Binding, Carrara y Maurach, entre otros⁽²²⁾. Tampoco se puede perder de vista el ingrediente de *violencia* que poseen la mayoría de los delitos contenidos en el título XII, violencia que recibe su consagración típica en el delito de *coacciones*, con un 11 % de incidencia del total de delitos conocidos.

En cuanto a la distribución de los delitos contra la honestidad es la siguiente:

CUADRO 3

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD. AÑO 1.980

Violación	855
Abusos deshonestos	1.325
Escándalo público	850
Estupro	116
Rapto	189
Proxenetismo	155
Corrupción menores	151
Prostitución	389
TOTAL	4.030

La violación, delito característico como ninguno de *violencia contra el sexo*, y los *abusos deshonestos*, son los que más espectacularmente han aumentado con respecto al pasado año. Y así, frente a la cifra de 455 violaciones, reseñadas estadísticamente en 1.979, aparecen 855 violaciones en 1.980, lo que representa un incremento del 88 %. Los abusos deshonestos conocidos en 1.979 son 776, frente a los 1.325 de 1.980, significando un aumento del 70,7) %⁽²³⁾. Ambos delitos se muestran, por tanto, muy por encima de la media global de incremento en 1.980 de los delitos contra la honestidad, que está situada en un 34,96 %.

3. Como decíamos anteriormente, la *violencia* constituye una de las características de la criminalidad actual, habiendo advertido su presencia, tanto en los delitos contra la honestidad, como en los delitos contra la libertad y seguridad, ya examinados. Sin embargo, dentro de la *criminalidad*

violenta existen formas más graves en las que, unas veces el hombre se ve directamente agredido en su vida e integridad corporal, como ocurre en los delitos contra las personas, o en otras, se atenta contra su patrimonio utilizando formas violentas o intimidantes contra las personas.

Los delitos contra las personas se reflejan en el siguiente cuadro estadístico:

CUADRO 4

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. DATOS COMPARATIVOS. AÑOS 1.975 a 1.980

	1.975	1.976	1.977	1.978	1.979	1.980
Parricidio	37	37	33	45	47	55
Asesinato	25	24	42	50	52	112
Homicidio	77	94	103	156	218	261
Infanticidio	11	11	7	14	11	10
Aborto	49	101	67	49	62	51
Lesiones	7.973	8.765	11.353	13.387	14.841	10.784
Aux e Ind. Suicidio ..	—	—	—	—	—	43
TOTAL	8.172	9.032	11.605	13.701	15.231	11.316

La primera consideración a realizar de la evolución comparativa de los delitos contra las personas en estos últimos seis años, es que, globalmente, se produce en 1.980 una disminución considerable, con relación a 1.979, en la marcha ascendente que se venía registrando. Pero si se analizan más detenidamente los datos estadísticos, observamos que las únicas infracciones que disminuyen considerablemente son las lesiones, un 37%, a costa de un aumento de las formas más graves: parricidio, asesinato y homicidio. Las muertes violentas, sin contar las producidas por atentados terroristas, a las que luego aludiremos, significaron en 1.980 un 35 % de incremento con relación a 1.979.

El otro gran sector de nuestra criminalidad violenta está representado, como decíamos anteriormente, por los delitos contra el patrimonio, de los que vamos a destacar los *atracos* como forma particularmente grave de violencia contra la propiedad y cuya evolución comparativa en estos tres últimos años es la siguiente:

CUADRO 5

ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. EVOLUCIÓN COMPARATIVA EN LOS TRES ÚLTIMOS AÑOS

LUGARES	AÑO 1.978			AÑO 1.979			AÑO 1.980		
	Conocidos	% Total Atracos	Δ Respecto año anter.	Conocidos	% Total Atracos	Δ Respecto año anter.	Conocidos	% Total Atracos	Δ Respecto año anter.
BANCOS Y C. AHORRO	537	10,14	172,81	1.465	13,49	172,81	1.921	8,00	31,12
JOYERIAS	141	2,66	129,78	324	2,98	129,78	355	1,48	9,56
ARMERIAS	11	0,20	27,27	14	0,13	27,27	7	0,03	(-50,00)
FARMACIAS	292	5,51	234,93	978	9,01	234,93	1.413	5,89	44,47
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES	1.254	23,68	109,40	2.626	24,18	109,40	3.971	16,54	51,21
GASOLINERAS	271	5,12	50,92	409	3,77	50,92	376	1,57	(-8,07)
GARAJES	293	5,53	(-21,85)	229	2,11	(-21,85)	116	0,48	(-49,35)
LOTERIAS Y QUINIELAS	160	3,02	171,87	435	4,01	171,87	373	1,55	(-14,26)
CAFETERIAS, BARES... ..	257	4,85	64,20	422	3,89	64,20	677	2,82	60,42
DOMICILIOS	128	2,42	69,53	217	2,00	69,53	1.205	5,02	455,29
CASAS DE CAMPO							145	0,60	
CENTROS PRODUCTORES ENERGIA							12	0,05	
OTROS ESTABLECIMIENTOS	86	1,62	624,41	623	5,74	624,41	1.128	4,70	81,05
DESCAMPADOS O LUG. SOLIT.	55	1,04	(-10,91)	49	0,45	(-10,91)	2.686	11,19	5.381,63
TRANSPORTES DE FONDOS	40	0,76	15,00	46	0,42	15,00	114	0,47	147,82
PAGADORES O REPARTIDORES	74	1,40	256,75	264	2,43	256,75	479	2,00	81,43
TAXISTAS	92	1,74	54,34	142	1,31	54,34	288	1,20	102,81
AGENTES DE LA AUTORIDAD	26	0,49	(-53,85)	12	0,11	(-53,85)	48	0,20	300,00
OTROS	1.579	29,81	64,91	2.604	23,99	64,91	8.695	36,22	233,90
TOTAL	5.296	-	105,04	10.859	-	105,04	24.009	-	121,09

De las anteriores cifras se infiere que nos encontramos ante el comportamiento criminal que más se ha incrementado en estos últimos años. La violencia, como medio de obtener un provecho económico, plasmada en el atraco, está alcanzando cotas realmente preocupantes en nuestro país. El aumento porcentual experimentado en estos tres últimos años, que respectivamente es de un 79 % en 1.978, un 105 % en 1.979 y del 121 % en 1.980, revela que ni siquiera se estabiliza el aumento, al contrario, la progresión continua de manera implacable y espectacular.

De los comportamientos delictivos reseñados en el cuadro 5 se pueden deducir las siguientes consideraciones:

a) Los atracos a personas en *descampados y lugares solitarios* y los realizados en *domicilios*, constituyen las actuaciones criminales que experimentaron en 1.980 un aumento más acelerado con relación a 1.979, con un 5.381 % y un 455 % de incremento, respectivamente.

b) Los atracos a *establecimientos comerciales* a lo largo de los tres últimos años, con una media del 20 % del total de atracos, ocupan el *primer lugar* de los delitos de violencia contra el patrimonio.

c) Los atracos a *entidades bancarias*, continúan su progresión ascendente, de 537 casos registrados en 1.978, se pasa a 1.921 en 1.980, si bien en este último año dejan el segundo lugar que ocupaban en años anteriores para pasar al tercer puesto en el total de atracos.

d) Por último, los robos y *asaltos a farmacias* también siguen incrementándose de manera alarmante en estos tres años, no debiendo perderse de vista la especial y significativa relación que guardan dichos atracos con el creciente *consumo de estupefacientes*.

4. Mención especial y diferenciada merece la *delincuencia terrorista*, ejemplo dramático de violencia contra las personas, tendencia criminal que viene constituyendo en estos últimos años, motivo de honda preocupación en la población española, creando por su insólita agresividad un sentimiento de inseguridad y temor en las distintas capas sociales, poniendo incluso en peligro, en más de una ocasión, la estabilidad política y social de la frágil democracia española. Como apuntan los datos de una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas en 1.979, después del paro, el terrorismo es lo que más preocupa a los españoles⁽²⁴⁾.

El único lugar donde se recoge información estadística parcial de la evolución que experimenta el denominado *azote terrorista* en España es en la Memoria del Fiscal General del Estado. Las muertes viloentas causadas por la delincuencia terrorista ofrecen la siguiente evolución⁽²⁵⁾:

CUADRO 6

	1.976	1.977	1.978	1.979	1.980
Víctimas	20	29	88	115	121

De los datos anteriores se advierte claramente que, lo que ha llegado a constituir una tendencia de la criminalidad española de estos años, sigue progresando año tras año, llegando a alcanzar cotas inimaginables en 1.980, ya que a esas 121 víctimas registradas, hay que añadir 5 terroristas muertos en enfrentamientos con las fuerzas de seguridad del Estado y 132 heridos en acciones terroristas, entre civiles, militares y miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. El cuadro es realmente desolador y sombrío, si bien, y aunque de forma aún no contrastada por las estadísticas, de informaciones de prensa y otros medios, parece deducirse que, en el año recientemente transcurrido, 1.981, han sufrido un retroceso manifiesto las acciones terroristas contra las personas, lo que da pie a pensar en un futuro más esperanzador.

5. Para lograr una mejor comprensión del delito como fenómeno social y, sobre todo, poder verificar cálculos de cara al futuro y proyectar una adecuada política criminal, es necesario realizar una distribución del delito por grupos de edad. Considerada individualmente, aduce LOPEZ REY⁽²⁶⁾, la edad significa no sólo un período de tiempo, sino también un *status* y una actividad económico-social y política, formas distintas de vida, características personales, conflictos y objetivos de carácter cambiante y un cierto volumen de satisfacción, éxito o fracaso. En resumen, significa una diversidad de actividades y reacciones frente al reto diario que implica la vida.

Por ello, vamos a comprobar estadísticamente cual es la incidencia en España de los jóvenes delincuentes en el total de la criminalidad, así como su evolución y tendencias delictivas:

CUADRO 7

	1.979		1.980	
Total detenidos (todas las edades)	67.208		78.796	
Menores de 16 años	10.662	(15,9 %)	12.022	(15,2 %)
De 16 a 20 años	11.055	(16,5 %)	18.271	(23,1 %)
Total del. juveniles	21.717	(32,4 %)	30.293	(38,3 %)

Los datos anteriores son lo suficientemente reveladores como para poder trazar conclusiones, aunque sean a título provisional. La importancia que la criminalidad juvenil desempeña en el total de la delincuencia española es innegable. La cota alcanzada en 1.980 de jóvenes delincuentes detenidos, cercana al 40 %, constituye una contribución a la criminalidad de especial magnitud que indica el papel creciente de los jóvenes en todos los aspectos de la vida, entre ellos el delictivo, significando, en suma, un remozamiento del delito.

Una vez más hay que destacar que el auge de la delincuencia juvenil está determinado, en gran medida, por el desarrollo económico. Se debe establecer una conexión entre la evolución de la criminalidad y la fenomenología del desarrollo económico, las tensiones colectivas pueden ser indirectamente el origen de reacciones individuales de criminalidad. Modificaciones estructurales de los sistemas económicos y sociales que acompañan al desarrollo, tales como emigraciones de población, paro en el trabajo, procesos de industrialización que dejan a algunas personas marginadas, repercuten en la delincuencia⁽²⁷⁾.

También hay que constatar que la progresión de la delincuencia juvenil se acentúa a medida que la sociedad se hace más abierta, como ha ocurrido en nuestro país en estos últimos años. Precisamente, el aumento de las expectativas de mejora comporta, al mismo tiempo, una mayor probabilidad de frustración y, en consecuencia, de rebelión y desviación. Estas situaciones suelen diluirse con el tiempo. En tal sentido, aprecia GARMENDIA⁽²⁸⁾, la delincuencia juvenil puede considerarse, en la mayoría de los casos, como una etapa de transición a la fase adulta. Naturalmente, algunos suelen seguir carrera, empezando por engrosar las filas de los llamados «semiprofesionales» del delito. Los más dan por finalizadas las anteriores peripecias, acabando por abandonar las *subculturas* de siempre e integrarse en la sociedad al conseguir un trabajo fijo, contraer matrimonio, etc. Existe una estrecha relación entre el sentido de responsabilidad y el descenso del delito.

En cuanto a la evolución y tendencias de nuestros jóvenes delincuentes se puede apreciar en el siguiente cuadro⁽²⁹⁾:

CUADRO 8

DELINCUENTES JUVENILES DETENIDOS. AÑO 1.979

	Total	Personas	Honestidad	Propiedad	Drogas
Menores de 16 años ...	10.662	388 (3,6%)	162 (1,5%)	8.298 (77,8%)	135 (1,2%)
De 16 a 20 años ...	11.055	747 (6,7%)	320 (2,9%)	8.663 (78,3%)	1.082 (9,8%)

DELINCUENTES JUVENILES DETENIDOS. AÑO 1.980

	Total	Personas	Honestidad	Propiedad	Drogas
Menores de 16 años ...	12.022	242 (2%)	196 (1,6%)	8.411 (70%)	253 (2,1%)
De 16 a 20 años ...	18.271	576 (3,1%)	375 (2%)	11.725 (64%)	2.240 (12,3%)

De los anteriores datos resulta, en primer lugar, que la evolución ascendente de la delincuencia juvenil continúa en nuestro país al mismo ritmo que en estos últimos años, situándose en 1.980 el número de jóvenes detenidos en un 39,4 % más que en 1.979. El incremento en el grupo de edad, 16-20 años, es muy superior al grupo de menores de 16 años detenidos. Es indudable que en el grupo de 16-20 años, el más importante desde el punto de vista delictivo en la mayoría de los países, se funden resentimientos, engaños y rebeldía, pues como aduce LOPEZ REY⁽³⁰⁾, con frecuencia los jóvenes de esas edades, se sienten defraudados y faltos de preparación para la tarea que ven asomar frente a ellos. La rebeldía se acentúa, porque la tolerancia de que han gozado hasta entonces, les sitúa en frecuente conflicto con un mundo del cual no se les ha ofrecido una imagen adecuada a la realidad. La búsqueda de un trabajo eventual o el proseguir estudios superiores genera una nueva causa de conflictos y de actitudes negativas.

En cuanto a la tendencia de los jóvenes delincuentes, hemos reseñado en el cuadro 8 aquellos tipos de infracciones más significativas, ya que, en general, y como primera apreciación, a la vista de los datos estadísticos, podemos observar que la capacidad criminal de los jóvenes

delinquentes, no sólo ha aumentado, estando presentes en todas las formas delictivas, sino que los hechos que cometen son de mayor gravedad. Los delitos contra la propiedad ocupan un primer lugar destacado de incidencia, al igual que veíamos en el cuadro 1 con la criminalidad española en su totalidad. El segundo lugar, y esta es la única diferencia con la delincuencia adulta, está representado por los delitos de tráfico de drogas. En tercer y cuarto lugar, respectivamente, se encuentran los delitos contra las personas y los delitos contra la honestidad. Respecto a las formas de ejecución características de los jóvenes delinquentes españoles, según la Memoria del Fiscal General del Estado⁽³¹⁾, son la codelincuencia, la utilización de armas de fuego y armas blancas y el empleo de la violencia física.

En términos generales, y pese a que autores tan calificados como WEST⁽³²⁾ afirmen que los delitos cometidos por los jóvenes difieren en especie y en motivos de los delitos típicos de los adultos, en general, los datos estadísticos no apoyan esa afirmación. De una comparación entre los delitos cometidos por los jóvenes y los realizados por los adultos, las únicas diferencias encontradas son cuantitativas, pero no cualitativas⁽³³⁾.

Siendo, por tanto, el delito de tráfico de drogas la única tendencia criminal específica de los jóvenes delinquentes españoles, en comparación con la delincuencia adulta, analicemos su distribución por grupos de edad.

CUADRO 9

PORCENTAJES DE DETENIDOS POR TRAFICO DE DROGAS SEGUN SU EDAD

	1.978	1.979	1.980
Hasta 16 años	1 %	1,5 %	2,7 %
De 16 a 20	20,4 %	17,5 %	24,5 %
De 21 a 25	53,6 %	56,3 %	55,3 %
Más de 25	25 %	24,7 %	17,5 %
	100 %	100 %	100 %

De los anteriores datos se deducen las siguientes consideraciones:

- a) La incidencia de los jóvenes delinquentes, hasta 20 años, en la comisión de delitos de tráfico de drogas es importante, tanto por el volumen de detenidos, como por el aumento incesante y considerable en los últimos años, ya que del 21,4 % de detenidos en 1.978, se ha pasado al 27,2 % en 1.980.

b) El dato más sugestivo es, sin duda, el grupo de detenidos de 21 a 25 años, *jóvenes adultos delincuentes*, que acaparan, de una manera contundente y fuera de toda duda, el primer lugar en el tráfico de drogas en nuestro país, manteniéndose, en los tres últimos años, con un porcentaje medio del 55 % del total de detenidos. La gran *capacidad delictiva* de los jóvenes adultos delincuentes queda una vez más puesta de manifiesto.

c) Es evidente, que si unimos los tres grupos de menores de 25 años detenidos, para comprobar su incidencia en el tráfico de drogas, los porcentajes de participación que van, del 75 % en 1.978 al 82,5 % en 1.980, son los suficientemente expresivos como para poder afirmar que este delito es propio y específico de jóvenes delincuentes, llegando a considerarse el consumo de drogas como conducta social esencialmente juvenil. Como aprecia la Memoria del Fiscal General del Estado «la droga se nos presenta como un medio tendente a la consecución por los jóvenes de un *status* social negado en otros ambientes»⁽³⁴⁾.

IV. EVOLUCION Y TENDENCIA DE LA POBLACION RECLUSA ESPAÑOLA

Las prisiones españolas, superado el clima de tensión que llegó a alcanzar cotas realmente dramáticas, sobre todo en los años 1.977-78, con una virulencia desusada, producto de una serie de movimientos reivindicativos de gran parte de la población reclusa, parecen encontrarse en una fase de sosiego, más aparente que real, fruto de las expectativas puestas en la reforma penitenciaria, plasmada en la Ley Orgánica Penitenciaria de 26 de Septiembre de 1.979 y en el Reglamento para su desarrollo, de 8 de Mayo de 1.981.

A nivel doctrinal y técnico es indudable que ambas disposiciones legales constituyen un ejemplo de lo que la moderna Ciencia Penitenciaria demanda en el campo de la ejecución de la pena, pero hay que insistir, una vez más⁽³⁵⁾ que una *reforma penal* en el más amplio sentido de la palabra, hubiera requerido que de forma simultánea se hubiesen promulgado un nuevo código penal y una nueva Ley de enjuiciamiento criminal que respondiesen al *cambio político* que representa la Constitución Española de 1.978.

Los resultados a los que ha conducido esta desarquetada política penal están a la vista, las prisiones españolas albergan, en 31 de Diciembre de 1.980, según la Memoria Penitenciaria—Informe General 1.981—recientemente aparecida, 18.253 internos, de los cuales el 60 % son reclusos en régimen de prisión preventiva. La falta de agilidad procesal produjo, en fechas recientes, de forma generalizada en los establecimientos penitenciarios, una huelga de hambre de los reclusos en demanda de una reforma penal profunda y rápida, siendo previsible que la situación

se deteriore aún más, ya que, de un lado, la población reclusa sigue aumentando de forma acelerada, llegando a superar las cifras máximas de capacidad de nuestros centros penitenciarios, lo que conlleva graves problemas de hacinamiento y promiscuidad, y de otro lado, la esperada reforma penal no se ha producido todavía.

1. Nada mejor para confirmar las anteriores reflexiones que comprobar estadísticamente la evolución de la población reclusa española en estos últimos años; lo que haremos a través de los datos plasmados en el Informe General, que anualmente edita la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁽³⁶⁾:

CUADRO 10
EVOLUCION DE LA POBLACION RECLUSA ESPAÑOLA

Años	Población Reclusa		TOTAL	Núm. habitantes (millares)	Coeficiente por 100.000 habitantes
	Hombres	Mujeres			
1.971 ⁽¹⁾	11.058	540	11.598	34.314	33,80
1.972	12.472	637	13.109	34.675	37,81
1.973	13.573	684	14.257	35.041	40,69
1.974	14.099	665	14.764	35.410	41,69
1.975 ⁽¹⁾	8.090	350	8.440	35.783	23,59
1.976	9.576	361	9.937	36.161	27,48
1.977 ⁽¹⁾	9.937	355	9.392	36.542	25,43
1.978	10.101	362	10.463	36.927	28,33
1.979	13.194	433	13.627	36.929	36,90
1.980	17.669	584	18.253	36.998	49,33

(1) Años en los que se decretó indulto general.

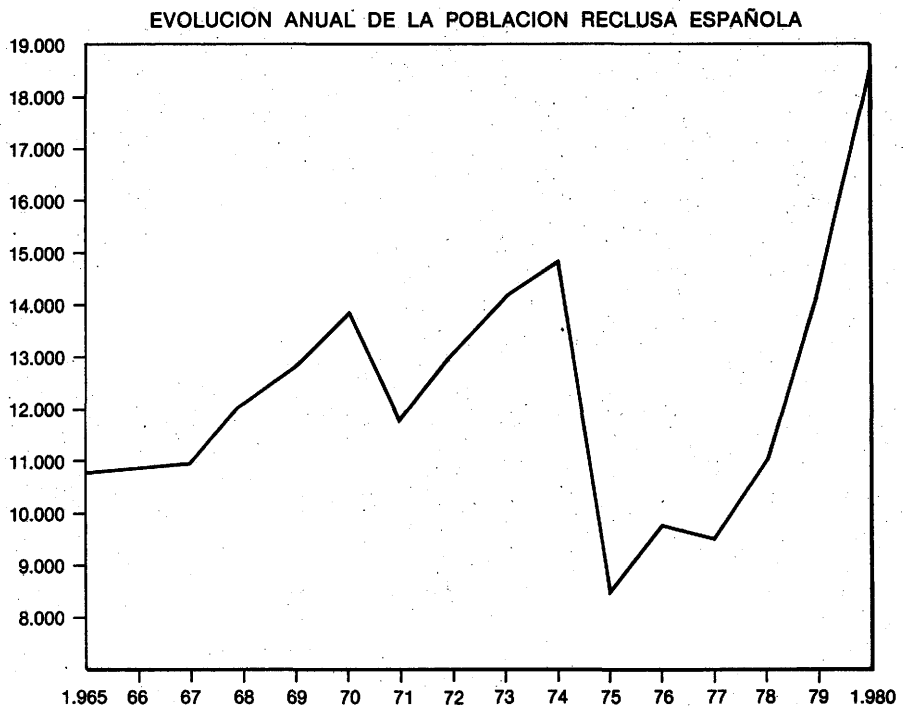
La población reclusa española en 31 de Diciembre de 1.980 era de 18.253 reclusos, con un aumento respecto al año anterior de 4.626 internos, lo que representa un coeficiente relativo del 33,94 % de crecimiento en relación a 1.979. Como quiera que la población española era de 36.998.000 habitantes nos resulta un coeficiente del 49,33 por 100.000 habitantes.

Pese al aumento registrado en nuestro país en estos últimos años, la población penitenciaria española sigue siendo baja, en comparación con otros países de nuestra área cultural, baste citar como ejemplo a la Re-

pública Federal de Alemania que arroja la cifra de 81 reclusos por 100.000 habitantes, o al Reino Unido con un porcentaje de 75 por 100.000³⁷⁾.

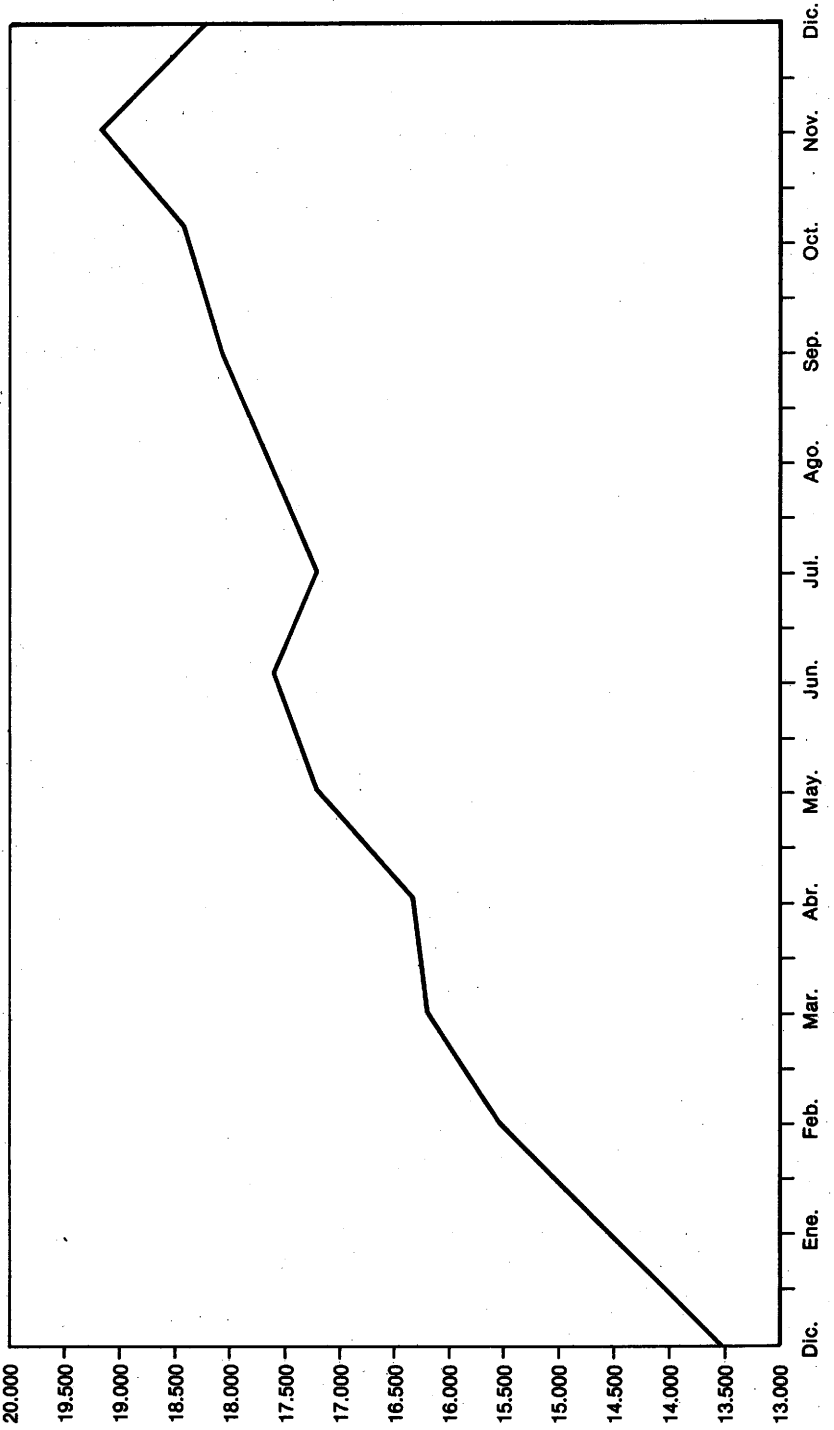
Otro extremo a resaltar en la evolución mostrada en el cuadro n.º 10, es que la cifra de mujeres reclusas en centros penitenciarios españoles permanece constante en estos años, siendo su incidencia en el total de la población reclusa, insignificante, ya que, tomando como base el año 1.980, sólo representa el 3 % del total.

GRAFICA N.º 1



GRAFICA N.º 2

EVOLUCION DE LA POBLACION RECLUSA ESPAÑOLA EN 1.980



Las anteriores gráficas sirven de complemento ilustrativo a las consideraciones expuestas más arriba, y así, en la gráfica n.º 1 queda de manifiesto la subida global de la población reclusa en estos años, destacando, sobre todo, el período comprendido entre 1.977 y 1.980 como culminación de un aumento que podemos adjetivar de espectacular. La explicación evidente del descenso reflejado en 1.971, 1.975 y 1.977, no es otra cosa que la concesión de indultos generales en los mencionados años.

Con respecto a la gráfica n.º 2 cabe señalar que durante todo el año 1.980 la tendencia reflejada de la evolución de la población reclusa es de aumento, con la única excepción del mes de diciembre, en que se produce un descenso, lo que viene siendo tradicional todos los años por esas fechas, debido esencialmente a una mayor flexibilidad en la concesión de libertades provisionales por parte de las autoridades judiciales.

2. La distribución de la población reclusa, teniendo en cuenta su situación procesal se expresa en el siguiente cuadro⁽³⁸⁾:

CUADRO 11

AÑOS	TOTAL POBLACION RECLUSA	PENADOS	PROCESADOS
1.978	10.463	4.064 (38,84 %)	6.399 (61,16 %)
1.979	13.627	5.336 (39,16 %)	8.291 (60,84 %)
1.980	18.253	7.458 (40,85 %)	10.795 (59,15 %)

De la simple observación del anterior cuadro cabe señalar, con independencia de que la tónica general es el aumento casi equilibrado de penados y procesados en estos años, se empieza a sentir un levisimo descenso del número de procesados en los establecimientos penitenciarios, sin embargo, la cifra de procesados, 60 % como media de los tres años, que albergan nuestras prisiones es demasiado elevada, contrastando con la de otros países que se sitúan en un 30 %⁽³⁹⁾.

La prisión preventiva es excesivamente larga en España y su efecto traumatizante es evidente, sobre todo, como aprecia LOPEZ REY⁽⁴⁰⁾, cuando la espera va acompañada de ociosidad, hacinamiento, abusos abogadiles, y un régimen cimentado en la seguridad que las más de las veces no tiene razón de ser. Se crea así una actitud antagónica o de frustración o simulación en que la injusticia legal vivida en circunstancias difíciles dificulta o impide la individualización, el tratamiento y la reincorporación que se pretenden.

3. Las infracciones cometidas por los *penados* que extinguen penas en los centros penitenciarios españoles arroja las siguientes tendencias y porcentajes⁽⁴¹⁾:

CUADRO 12

AÑOS	HOMBRES	MUJERES
1.978	Delitos contra la propiedad: 65,13 %	Delitos contra las personas: 50,54 %
	Delitos contra las personas: 13,97 %	Delitos contra la propiedad: 21,50 %
	Delitos contra la honestidad: 8,04 %	Delitos contra la Salud Pub.: 18,27 %
1.979	Delitos contra la propiedad: 65,19 %	Delitos contra las personas: 42,85 %
	Delitos contra las personas: 12,80 %	Delitos contra la propiedad: 28,57 %
	Delitos contra la Salud Pub.: 9,93 %	Delitos contra la Salud Pub.: 12,5 %
1.980	Delitos contra la propiedad: 64,06 %	Delitos contra las personas: 35,83 %
	Delitos contra las personas: 11,47 %	Delitos contra la propiedad: 35,30 %
	Delitos contra la Salud Pub.: 10,92 %	Delitos contra la Salud Pub.: 15,51 %

De los datos mostrados en el anterior cuadro se desprende, que en cuanto a los hombres, el mayor porcentaje corresponde a los que extinguen penas por delitos contra la propiedad, seguidos a bastante distancia de los que delinquieron contra las personas, el tercer puesto es ocupado por los que cometieron infracciones contra la salud pública, desplazando a los delitos contra la honestidad, que tradicionalmente se mantenían en ese lugar. Los delitos relacionados con el tráfico de drogas, han sido los que, con un aumento manifiesto, han provocado tal cambio en las tendencias de nuestra delincuencia.

En cuanto a las mujeres, el mayor porcentaje corresponde a las que extinguen penas por delitos contra las personas, seguidas en segundo lu

gar por las que delinquieron contra la propiedad y en tercer lugar por los delitos contra la salud pública. Sin embargo, hay que destacar que si bien tradicionalmente los delitos contra las personas ocupaban un lugar destacado en la criminalidad femenina, lo que la diferenciaba de la criminalidad masculina, debido en gran parte a la inclusión en dicha rúbrica legal de delitos, tan típicamente femeninos, como el infanticidio y el aborto, en 1.980 se produce un hecho de especial relieve, y es que se van casi a igualar los delitos contra las personas y contra la propiedad, con lo cual las tendencias delictivas de hombres y mujeres parece que van a resultar análogas, de ahora en adelante.

4. Un aspecto no demasiado analizado seriamente del mundo prisional es el de la *conflictividad* en los centros penitenciarios. En estos últimos años, y por una serie de causas complejas, los motines, destrucciones e incendios en los establecimientos penitenciarios españoles llegaron a alcanzar cotas espectaculares, convirtiéndose en noticia diaria de prensa. Ultimamente parece remitir el grado de conflictividad, no registrándose revueltas colectivas con participación de la mayor parte de los internos, como sucedía en años anteriores, si bien la violencia y agresividad de determinadas acciones protagonizadas por reclusos jóvenes o internos pertenecientes a grupos terroristas pone de relieve que la tensión en los centros penitenciarios ha cambiado de signo. De los actos violentos y tumultuosos realizados colectivamente se ha pasado al ejercicio de la violencia por parte de grupos de reclusos, que aunque minoritarios, intentan imponer por la fuerza su «ley» y su «orden».

A continuación exponemos la evolución de las sanciones disciplina-rias impuestas en los centros penitenciarios, que es la siguiente⁽⁴²⁾:

CUADRO 13

Años	Población reclusa	Total de sanciones
1.978	10.463	9.182
1.979	13.627	10.604
1.980	18.253	15.133

El aumento producido en el número de sanciones a lo largo de los tres años reseñados no tiene especial significación, ya que es proporcional al aumento de la población reclusa experimentado en esos mismos años. Sin embargo, sí que se observa un cambio en la clase de infracción cometida por los reclusos, lo que corrobora lo afirmado anteriormente. Y así,

mientras en 1.978, las faltas más sancionadas eran, cometer actos tumultuosos, plantes o desórdenes graves, el 24,36 %, seguida de la inutilización intencionada de material del establecimiento, 16,20 %; en 1.979 pasa al primer lugar de frecuencia, desobedecer órdenes o resistirse a su cumplimiento, 21,88 %, seguida de infracción voluntaria de las normas del centro, 19,55 %. Por último, en 1.980 las faltas más sancionadas fueron, desobedecer órdenes o resistirse a su cumplimiento, 23,85 %, y agredir o hacer objeto de otra suerte de violencia a compañeros de reclusión, 20,6 %.

En resumen, y como destaca el Informe General 1.981 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁽⁴³⁾, la conflictividad en los establecimientos penitenciarios españoles, durante 1.980 arroja el siguiente balance, que sintetizamos:

a) La conflictividad de los internos extranjeros, generalmente huelgas de hambre, tienen su origen, en la mayoría de los casos, en la lenta tramitación de las expulsiones del territorio nacional.

b) En los centros que albergan internos terroristas, éstos han mantenido de manera constante y coordinada continuas alteraciones del orden.

c) Los mayores niveles de agresividad se vienen apreciando en los actos violentos protagonizados por reclusos jóvenes.

d) Se han detectado repetidos intentos de introducción de armas de fuego y drogas en los centros penitenciarios, algunos conseguidos.

e) Con frecuencia se han registrado casos de «ajuste de cuentas» con agresiones personales de cierta gravedad.

f) La cifra de suicidios, 21 durante el año, ha aumentado con respecto al año anterior.

5. Como ya habíamos señalado anteriormente, la edad es un factor importante como causa de delito, por ello la distribución de la criminalidad por grupos de edad, aunque lleva consigo unas variables complejas, hay que reconocer que de ella se deducen datos suficientes para extraer algunas conclusiones válidas, pudiéndose formular programas de política criminal. Posiblemente no haya campo que ofrezca mayores posibilidades de éxito en el tratamiento que el que se puede realizar con los grupos de edad, 16-20 y 21-25 años. Los resultados conseguidos en otros países, en general, son plenamente satisfactorios⁽⁴⁴⁾.

Veamos, en primer lugar, el número total de reclusos ingresados en los centros penitenciarios españoles distribuidos por grupos de edad⁽⁴⁵⁾:

CUADRO 14

TOTAL DE RECLUSOS INGRESADOS

Edad	1.978	1.979	1.980
16-20	13.380	17.275	20.392
21-25	10.464	12.954	15.220
26-30	7.567	8.337	10.088
31-40	5.679	5.916	7.383
41-60	3.771	3.567	4.351
Más de 60	368	370	426
TOTALES:	41.229	48.419	57.860

A la vista de estos datos es indudable que los grupos de edad, 16-20 y 21-25 años, son los que a lo largo de los tres años ocupan el primer y segundo lugar en importancia cuantitativa dentro de la población reclusa, constituyendo ambos grupos de edad más del 60 % de los reclusos que ingresan en los centros penitenciarios.

Si tenemos en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, sobre todo en los artículos 9 y 16, así como en el Reglamento Penitenciario, esencialmente en los artículos 33 y 39, que podemos resumir en la frase: «los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos...», aclarando en otro lugar que, «se entiende por jóvenes las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido los veintiún años. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco». Ello significa que ha tenido reconocimiento expreso en nuestro Ordenamiento Penitenciario la demanda que científica y doctrinalmente solicitaba un tratamiento individualizado y una especial atención a los grupos de edad, 16-20 y 21-25 años, donde el proceso resocializador tiene mayores posibilidades de conseguir resultados positivos.

El cuadro 14 debe ser completado con los porcentajes de los reclusos-penados, según su edad, que durante los tres años de referencia han permanecido en los establecimientos penitenciarios españoles cumpliendo condena, y que es el siguiente⁽⁴⁶⁾:

CUADRO 15

PORCENTAJE DE RECLUSOS PENADOS SEGUN SU EDAD

Edad	1.978	1.979	1.980
16-20	13,16	14,09	13,72
21-25	27,32	32,20	31,80
26-30	21,57	22,21	23,60
31-40	20,57	18,10	17,75
41-60	15,14	11,88	11,59
Más de 60	2,24	1,52	1,54

En los reclusos-penados el grupo más significativo es el de 21-25 años, no debiendo perderse de vista que, sumando dicho grupo de edad al de 16-20 años, nos resultan igualmente unos porcentajes cercanos al 50 % de la población reclusa penada total, que nos hacen abundar en las razones, ya expuestas en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, acerca de la importancia, no sólo cuantitativa sino cualitativa, de estos grupos de edad, precisados más que los restantes de un tratamiento y una atención especial.

V. CONCLUSIONES.

Como resumen de lo expuesto se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1) El aumento que la delincuencia venía experimentando en España en los últimos años, provocando un sentimiento de inseguridad y temor entre los ciudadanos, parece haber llegado en 1.979 a su punto culminante, iniciándose en 1.980 un *descenso apreciable* en el número de delitos denunciados, 8,83 %, situándose la tasa de criminalidad en un 9 por 1.000 habitantes.

2) Los delitos contra la propiedad constituyen la tendencia más patente de nuestra criminalidad, alcanzando el 85,71 % de todos los delitos cometidos.

3) De los delitos contra la propiedad el *atracó* es el medio más utilizado por los delincuentes españoles para obtener violentamente un beneficio económico. Su progresión podemos considerarla de espectacular; el aumento experimentado en 1.980 con respecto a 1.979 es de un 121 %.

4) Los delitos contra la libertad y seguridad, poco significativos has-

ta el presente en nuestra criminalidad, experimentan un aumento en 1.980 del 92,14 %, destacando el delito de *amenazas* como la infracción más frecuentemente utilizada por los delincuentes que atentan contra la libertad y seguridad de las personas.

5) Siguen aumentando los delitos contra la honestidad. En 1.980 se aprecia un 34,96 % de subida global, siendo las *violaciones*, con un aumento del 88 % los atentados a la libertad sexual de las personas que experimentaron un mayor porcentaje de incremento.

6) Los *delitos contra las personas disminuyen* considerablemente en 1.980, un 33,23 %, si bien las únicas infracciones del título VIII, libro II del código penal que realmente descienden son las lesiones, produciéndose por el contrario un aumento en las formas más graves de ataques contra la vida de las personas: parricidio, asesinato y homicidio.

7) Los *atentados terroristas* en 1.980 alcanzan una cifra de muertes violentas, 121 víctimas, que constituyen una de las preocupaciones nacionales más acusadas, si bien existen síntomas esperanzadores de que la violencia terrorista en 1.981 reflejará un descenso apreciable.

8) La importancia de la *criminalidad juvenil* en el total de la delincuencia española es innegable. En 1.980 el 40 % de los delincuentes detenidos eran menores de 20 años.

9) Las formas de ejecución más características de los jóvenes delincuentes son la *codelincuencia*, la utilización de armas de fuego y el empleo de la *violencia física*.

10) Los delitos relacionados con el *tráfico de drogas* constituyen una tendencia criminal específica de los jóvenes delincuentes españoles. El 82,5 % de personas detenidas en 1.980 por estos delitos eran menores de 25 años.

11) La *población reclusa española* continúa aumentando a un ritmo acelerado, situándose en un coeficiente de 49,33 reclusos por 100.000 habitantes en 1.980. No obstante el *aumento espectacular* estamos aún lejos de la media de población reclusa de los países europeos y americanos que se puede situar entre 60 y 100 reclusos por 100.000 habitantes.

12) Aunque la *reforma penitenciaria* a nivel legislativo es uno de los más importantes logros conseguidos en estos últimos años, no se ha realizado en nuestro país la *reforma penal profunda* que demanda la Constitución Española, encontrándonos con que los establecimientos penitenciarios tienen un 60 % de reclusos en situación preventiva, lo que sin duda constituye una cifra demasiado elevada que ha creado y seguirá creando situaciones conflictivas en las prisiones españolas.

13) La *conflictividad* en los centros penitenciarios parece haber cambiado de signo. De los actos violentos y tumultuosos realizados colec-

tivamente se ha pasado al ejercicio de la violencia por parte de grupos de reclusos que, aunque minoritarios, tratan de imponer por la fuerza su ley y su orden.

14) El 60 % de los reclusos ingresados en los establecimientos penitenciarios españoles están comprendidos en los *grupos de edad, 16-20 y 21-25 años*. Entre los que cumplen pena privativa de libertad también destacan ambos grupos de edad que constituyen el 50 % de los internos-penados.

15) Si bien la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento para su aplicación y desarrollo prevén todo un sistema de separación de los adultos y tratamiento especial a los jóvenes hasta los veintiún años, con la posibilidad de extenderse hasta los veinticinco, es preciso ahora una *aplicación real* de esa normativa, para lo que es necesario una mejor infraestructura arquitectónico-penitenciaria que la existente en la actualidad y un incremento considerable de personal penitenciario especializado.

NOTAS :

- (1) LOPEZ REY, M., *La criminalidad. Un estudio analítico*, Madrid, 1.976, p. 19.
- (2) NICEFORO, A., *Sociología criminal*, Milán, 1.949.
- (3) ARDREY, Robert, *African Genesis*, Nueva York: Atheneum, 1.963.
- (4) DART, Raymond A., *Aventuras con el eslabón perdido*, FCE, México, 1.966, p. 25.
- (5) DI TULLIO, B., *Principios de Criminología clínica y Psiquiatría forense*, Madrid, 1.966, p. 297.
- (6) STORR, A., *La agresividad humana*, Madrid, 1.970, p. 6.
- (7) Vid. LORENZ, Konrad, *On Aggression*, Londres, 1.966. También resulta fundamental el libro de WOLFGANG, Marvin E., y FERRACUTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, FCE, México, 1.971.
- (8) SCOTT, John P., *Aggression*, Chicago: University of Chicago Press, 1.958, p. 146.
- (9) CLARK, Lincoln D., *A comparative View of Aggressive Behavior*, Nueva York, 1.971, p. 216.
- (10) Vid. MIDDENDORFF, Wolff, *Sociología del delito*, Madrid, 1.961, p. 183 y ss.; VON HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University Press, 1.948, pp. 114 y ss.
- (11) ROBINS, L. N., «The adult development of the anti-social child», *Seminars in Psychiatry*, vol. 2, 1.970, pp. 420 y ss.; vid. también GOODWIN, D. W., «Felons who drink», *Quarterly Journal of Studies on Alcohol*, vol. 32, 1.971, pp. 136 y ss.
- (12) WOLFGANG, M. E., *Patterns in Criminal Homicide*, Nueva York, 1.966, p. 221. Vid. MULLER, Maurice, *Alcoolisme et criminalite*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», XI curso internacional de criminología, Madrid, 1.962, pp. 435 y ss.
- (13) SHUPE, L. M., *Alcohol and crime*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 44, 1.964, pp. 661-664.

(14) Vid. TINKLENBERG, J. R., *Drug involvement in criminal assaults bu adolescents*, Archives of General psychiatry, vol. 30, 1.974, pp. 685-689. Del mismo autor, *El alcohol y la criminalidad: problemas de comportamiento social*, en Revista Internacional de Política Criminal, n.º 32, Naciones Unidas, Nueva York, 1.977, pp. 23 y ss.

(15) Estados Unidos de América, *National Commission on the Causes and Prevention of Violence*, December 10, 1.969, Washington, D.C., Government Printing Office, 1.970. Vid. SERRANO GOMEZ, A., *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1.970. También SERRANO GOMEZ, A., y FERNANDEZ DOPICO, J. L., *El delincuente español*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid (17), 1.978, pp. 27 y ss.

(16) Citado por HURWITZ, Stephan, *Criminología*, Barcelona, 1.956, p. 279.

(17) WOLFGANG, M. E., y FERRACUTI, F., *La subcultura de la violencia*, FCE, México, 1.971, p. 268. Vid. SERRANO GOMEZ, A., *Prevención del delito y tratamiento del delincuente (V Congreso de las Naciones Unidas)*, Madrid, 1.976, pp. 27 y ss.

(18) LOPEZ REY, ob. cit., p. 310

(19) DEBUYST, Christian, *Los valores vividos por los criminales*, traducción castellana de Oliva García, prólogo y notas de Juan Del Rosal, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1.970, p. 3. Vid. MIDDENDORFF, Wolf, *Criminología de la juventud*, Barcelona, 1.964, destaca también dentro del marco de la criminalidad total, la de los *semiadultos*, que representan, según el citado autor, un problema especial.

(20) BARBERO SANTOS, M., *Delincuencia juvenil: tratamiento*, en Delincuencia juvenil, Universidad de Santiago de Compostela, 1.972, p. 182. Vid. HOOD, Roger y SPARKS, Richard, *Problemas clave en criminología*, Madrid, 1.970, pp. 171 y ss. También el importante trabajo de GIBBONS, *Delincentes juveniles y criminales. Su tratamiento y rehabilitación*, FCE, México, 1.969, sobre todo, pp. 175 y ss.

(21) Memoria de la Comisaría General de Policía Judicial, años 1.979 y 1.980. Vid. MORENILLA RODRIGUEZ, J. M., *Tendencias del delito y estrategia para su prevención en España*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 13, Madrid, 1.981, pp. 49 y ss.

(22) RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, parte especial, 6.ª ed., Madrid, 1.975, p. 20.

(23) Memoria de la Comisaría General de Policía Judicial, año 1.979, p. 125.

(24) Baremo de la Opinión pública, 1.979, en Revista de Investigaciones Sociológicas, Marzo 1.980, p. 221.

(25) Memoria del Fiscal General del Estado, años 1.979 y 1.980, pp. 66 y 70, respectivamente.

(26) LOPEZ REY, ob. cit., p. 311. Vid. MARTIN CANIVELL, J., *Algunos problemas actuales de la delincuencia juvenil en España*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 13, Madrid, 1.981, pp. 35 y ss.

(27) FERNANDEZ ALBOR, A., *Introducción al curso sobre delincuencia juvenil*, en Delincuencia juvenil, Santiago de Compostela, 1.972, pp. 42 y ss.

(28) GARMENDIA, J. A., *Esquema del delito en España*, Barcelona, 1.973, p. 146. Vid. MIRA Y LOPEZ, E., *Psicología evolutiva del niño y del adolescente*, El Ateneo, Buenos Aires, 1.958, pp. 120 y ss.

(29) Memoria de la Comisaría General de Policía Judicial, años 1.979 y 1.980, pp. 140, 142, 143 y 122, 127, 132, 137, respectivamente.

(30) LOPEZ REY, ob. cit., p. 317.

(31) Memoria del Fiscal General del Estado, año 1.980, p. 83.

(32) WEST, cit. por López Rey, ob. cit., p. 264. Vid., en este sentido, GEMELLI, A., *Psicología de la edad evolutiva*, Madrid, 1.964, pp. 371 y ss.

(33) Vid. LOPEZ REY, ob. cit. pp. 264 y ss. Igualmente HESS, FERRACUTI y KEH-FANG, *El delincuente joven adulto*, Milano, 1.967, pp. 27 y ss.

- (34) Memoria del Fiscal General del Estado, año 1.980, p. 72.
- (35) Vid. GARRIDO GUZMAN, L., *En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria*, en *Escritos Penales*, Colección de estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 8, Universidad de Valencia, 1.979, pp. 199 y ss., vid. igualmente, FERNANDEZ ALBOR, A., *La reforma penal y penitenciaria: Proyectos y realidad*, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 15, Madrid, 1.981, pp. 459 y ss.
- (36) INFORME GENERAL 1.981, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1.982, p. 191.
- (37) Para un más amplio estudio, vid. SERRANO GOMEZ, A., *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Madrid, 1.976, pp. 171 y ss.
- (38) INFORME GENERAL 1.981, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1.982, p. 82. Vid., igualmente, INFORME GENERAL 1.979 y 1.980, pp. 124 y 116.
- (39) Vid. LOPEZ REY, ob. cit., pp. 124 y ss.
- (40) LOPEZ REY, *Presupuestos de la orientación profesional penitenciaria*, Caracas, 1.972, p. 34.
- (41) INFORME GENERAL, años 1.979, 1.980 y 1.981, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, pp. 125, 117 y 82, respectivamente.
- (42) Dirección General de Instituciones Penitenciarias, INFORME GENERAL, años, 1.979, 1.980, 1.981, pp. 252, 254 y 218, respectivamente.
- (43) INFORME GENERAL 1.981, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1.982, pp. 60 y ss.
- (44) Vid. HESS, FERRACUTI y KEH-FANG, *El delincuente joven adulto*, Milano, 1.967, p. XXVII.
- (45) INFORME GENERAL, años 1.979, 1.980 y 1.981, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, pp. 246, 249 y 213, respectivamente.
- (46) INFORME GENERAL, años 1.979, 1.980 y 1.981, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, págs. 230, 234 y 198, respectivamente.

LA PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por Vicente GIMENO SENDRA
Catedrático de Derecho Procesal

1) EN EL ESTADO FRANQUISTA

Sabido es que la mera consagración de una Ley Fundamental de los derechos cívicos constitucionales no permite por sí misma calificar a un sistema político como verdaderamente democrático. Los derechos subjetivos son tales en la medida en que pueden hacerse valer ante los Tribunales. En el caso de los derechos fundamentales ello significa que en realidad no están vigentes en un ordenamiento jurídico determinado, si su ciudadano titular, ante la infracción de alguno de ellos, no puede obtener de los Tribunales una sentencia que constriña a su sujeto destinatario, el Estado, a su más estricta observancia.

Si esta constatación se realiza, lo es porque las Dictaduras, para perpetuarse en el tiempo, necesitan renovar la fachada y, a tal efecto, proceden a proclamar los derechos públicos en una Ley Fundamental (Fuero de los Españoles), simulan la existencia de una división de poderes, o mejor dicho, de funciones (Ley Orgánica del Estado) consagran los principios de la sumisión del Estado al Derecho y de jerarquía normativa (Ley de procedimiento Administrativo, LRJAE y LJCA) y, con todas estas declaraciones, los juristas e ideólogos, nacidos a la sombra del poder, se encargan de todo lo demás: pretender hacer creer a un pueblo que la Dictadura, aunque «Orgánica», es Democracia y que el Estado autocrático, que rige sus destinos, es un verdadero Estado de Derecho.

Pero de nada sirven las solemnes declaraciones de principios, si éstas no son aplicadas por los Tribunales, si el Poder Judicial en esa función que ostenta de control de la legalidad no puede garantizar la sumisión efectiva del Estado al Derecho que de él emana.

Que el Estado franquista no fue excesivamente celoso a la hora de proteger los derechos fundamentales es algo que hoy no se le oculta a nadie. Pero lo que quizá no lo sea ya tanto y lo que convendría recordar (pues algunos de tales procedimientos permanecen todavía vigentes o se puede caer en la tentación de recurrir a ellos) es a través de qué instrumentos se negó en la práctica el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Sin ningún ánimo exhaustivo pueden resumirse en los siguientes:

1.º—*Vulneración del principio de jerarquía normativa constitucional:*

En realidad no fue éste un procedimiento ideado por los juristas del franquismo. Con anterioridad a ellos, en tiempos del nacionalsocialismo, el Tribunal Supremo 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, siempre y cuando hubiera sido debidamente promulgada. Pues bien, invocando similares principios nuestros Tribunales aplicaban la Ley de Prensa e Imprenta de 1.966 antes que el derecho a la libertad de expresión consagrado por el art. 12 del F.E., la Ley de Orden Público antes que la inviolabilidad del domicilio (art. 15 F.E.) o el derecho a la libertad de movimientos (art. 18 F.E.), la Ley de Asociaciones de 1.964 antes que el de asociación (art. 16 F.E.), etc. Y si al legislador ordinario o reglamentario no le daba tiempo a promulgar la correspondiente norma que ciñera el ejercicio de los derechos fundamentales a sus únicos titulares, esto es, a los integrantes del Movimiento Nacional, el T.S. venía a colmar tan importante laguna por la vía de reputar naturaleza meramente «programática» a la norma fundamental, tal y como ocurrió, por ejemplo, con la invocación del principio de legalidad, entonces sancionado por el art. 19 F.E.

Por el contrario, cuando la regulación de un derecho fundamental era más restrictiva en una norma «constitucional» que en la correspondiente ordinaria, nuestros poderes públicos no sentían el menor rubor a la hora de invocar el principio de jerarquía normativa constitucional. Ello fue lo que sucedió con el plazo de la detención policial o gubernativa, en el que frente al de 24 horas consagrado desde siempre por la LECRIM (art. 496) o el C.P. (el art. 186 anterior a la reforma de 1.963), se reclamó la vigencia del de 72 horas inaugurado por el F.E.

2.º—*Creación de jurisdicciones especiales y de tribunales de excepción:*

Al régimen político surgido de la sublevación militar de 1.936 no le bastó con someter a los Tribunales a los mismos mecanismos de depuración política que al resto de los funcionarios de la Administración Pública, reservando el 50 % de las plazas a los excombatientes o en asegurar su fidelidad al Ejecutivo a través de diversos sutiles resortes de control político, tales como el famoso «certificado de buena conducta» o al de «especial idoneidad» exigible para el acceso del aspirante al oficio judicial y necesario para poder ocupar un «puesto de confianza», sino que fue con exceso prolija en la creación de jurisdicciones especiales. La independencia de nuestra Magistratura se intentó preservar descargándola de toda una serie de enojosos asuntos, cuyo conocimiento fue trasladado a especiales órganos creados por el Ejecutivo y dotados de los funcionarios más sumisos. Y así, el pueblo podía presenciar con asombro cómo el delincuente común era juzgado por un Tribunal imparcial y mediante un proceso con todas las garantías y el «político» lo era en la oscuridad del consejo de guerra o bajo la arbitrariedad del Tribunal de Orden Público.

Pero las violaciones al derecho que todo ciudadano tiene a ser juzgado por un tribunal imparcial predeterminado por la Ley no lo fue sólo por razón de la materia, sino también por el de las personas. La necesidad de que las fuerzas represivas del Estado franquista y demás guardianes del Movimiento Nacional cometieran su labor sin excesivas trabas judiciales, llevaron al legislador a crear los correspondientes «aforamientos» que habrían de impedir al Juez legal el conocimiento de los hechos punibles cometidos por aquéllos y motivados por un excesivo celo en su función. De esta manera, se establecen fueros como el de las «Jerarquías de Falange Española Tradicionalista de las J.O.N.S.», el de la Guardia Civil o Policía Armada a la Jurisdicción Militar o el de los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía (Brigada Político-Social incluida) que habían de poner en entredicho al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

3.º—*Ausencia de una fiscalización judicial efectiva de los actos del Ejecutivo limitativos de los derechos fundamentales:*

Uno de los mayores éxitos obtenidos por los tecnócratas del régimen anterior lo constituyó, sin duda alguna, la reinstauración (ya estuvo vigente en la 1.ª República) del sistema judicialista con la promulgación LJCA de 1.956, la cual posibilita la revisión por los Tribunales de lo contencioso de los actos u disposiciones emanados de la Administración Pública. Ahora bien, si resulta cierto que la actuación de tales Tribunales merece los mayores elogios por cuanto su sólida formación iusadministrativa ha permitido una jurisprudencia progresista y garante de los derechos subjetivos del administrado, no lo es menos que se ha visto impedida de obtener la

sumisión efectiva del Estado al Derecho en la materia que nos ocupa. Y así, sin olvidar que la infracción de los derechos fundamentales suele hacerse más por la simple vía de hecho que por la del acto administrativo o que existen actos como los «políticos» no susceptibles de ser impugnados ante los Tribunales, a nadie se le oculta la existencia de privilegios de la Administración y corruptelas de sus funcionarios que en la práctica habrían de hacer frustrar aquel principio. De entre los primeros cabría recordar la vigencia de la máxima «Solve et repete» en la impugnación de las multas habidas en orden público, la facultad que tiene la Administración de suspender la ejecución de las sentencias administrativas o el no menor privilegio de practicar ella misma la ejecución (con clara infracción, por cierto, del entonces vigente art. 31 LOE) y, de entre las segundas, cabría mencionar la inercia administrativa (vgr.: el retardo en la remisión del expediente), la reproducción del acto declarado judicialmente nulo o la posibilidad de suscitar un conflicto jurisdiccional en sede de ejecución de sentencias (conflicto que habría de ser solucionado por el Ejecutivo).

4.º—*Inexistencia del recurso de amparo y de un Tribunal Constitucional:*

Si la protección jurisdiccional difusa de los derechos fundamentales fue en el anterior régimen, por las limitaciones que acabamos de examinar, una quimera, lo mismo habría de suceder con la concentrada en el Tribunal Constitucional. Como es sabido el nuevo Estado de 1.936 suprimió el Tribunal de garantías y, con él, el recurso constitucional de amparo. Pero las posteriores necesidades aperturistas del Régimen obligaron a crear un simulacro de procedimiento de impugnación constitucional: el «recurso de contrafuero» creado por la L.O.E. de 1.967, cuya pretendida finalidad fue la de garantizar la vigencia de las Leyes Fundamentales amén de los principios del Movimiento Nacional. La vida del mencionado «recurso» fue, sin embargo, en la práctica, exigua, ello debido, no tanto a la ausencia de promulgación de normas inconstitucionales, cuanto a su verdadera finalidad, la cual no era otra sino la de colocar en la cúspide del ordenamiento jurídico, por encima de la voluntad de la Ley, la de quien había de resolverlo: el Jefe del Estado.

II) EN LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

Frente al carácter programático de las normas que regulaban los derechos cívicos-constitucionales en las Leyes Fundamentales del Estado Franquista, la vigente Constitución ha proclamado su obligatoriedad al establecer que los tales «derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos (art. 53). En la redacción de tales preceptos se intentó rehuir, además, de cláusulas generales abiertas que pudieran fomentar el arbitrio en cuanto a su interpretación por los Tribunales, o de normas en blanco que pudieran permitir el vacío de su contenido por parte del legislador ordina-

ño o reglamentario. La necesidad, en suma, de que el desarrollo normativo de tales derechos se realice por la vía de la Ley orgánica, con su sistema reforzado de mayorías, permite augurar que los valores democráticos que dieron vida a nuestra Constitución serán en un futuro respetados. Y esto es lo que en la práctica ya ha sucedido con la promulgación de Leyes Orgánicas tales como la abolición de la pena de muerte, de Partidos Políticos, legislación electoral, de libertad de expresión y reunión, etc....

Pero, de otro lado, tampoco es menos conocido que el mejor Derecho material de poco sirve si no tiene un buen proceso, si no puede ser eficazmente aplicado por los Tribunales. En el caso de la protección de los derechos fundamentales, esta afirmación comporta tres tipos de exigencias: en primer lugar, que el conocimiento de los conflictos surgidos con ocasión de la violación de un derecho fundamental sea conferido con exclusividad a un único cuerpo de Jueces y Magistrados institucionalmente independientes; en segundo, que el ciudadano titular de ese derecho subjetivo vulnerado, pueda acceder a ellos sin ningún tipo de obstáculos materiales o formales; y, en tercero, que el procedimiento destinado para restablecer o reparar la infracción de ese derecho sea lo suficientemente eficaz y expeditivo para obtener dicha finalidad. Veamos si cada uno de estos postulados concurren en la materia que nos ocupa.

A) *El Poder Judicial y la protección de los derechos fundamentales:*

El principal presupuesto que ha de instaurar todo Estado de Derecho para que en la práctica sean respetados los derechos y libertades públicas consiste en atribuir con exclusividad al Poder Judicial el conocimiento de los conflictos surgidos con ocasión de su violación o puesta en peligro, o, lo que es lo mismo, es preciso reestablecer los principios de *unidad y monopolio de la Jurisdicción*.

El primero de los enunciados principios, ha sido hasta la fecha parcialmente cumplido. Se ha llevado a la práctica al suprimir Jurisdicciones especiales tales como la de orden público y la de delitos monetarios o al ceñir a sus justos límites la jurisdicción eclesiástica tras la promulgación de los acuerdos de 1.979 con la Santa Sede y la Ley de Divorcio. Más dudoso resulta aprovechar la supresión del T.O.P. para crear, por la simple vía de un Decreto-Ley, ese extraño órgano jurisdiccional que es la Audiencia Nacional, a la que tuvieron las puertas abiertas en la provisión de sus vacantes los Magistrados del T.O.P. (del mismo modo que no pocos miembros de la B.P.S. pudieron entrar en la actual Brigada de Información). Pero lo que ya parece rayano con la inconstitucionalidad es la tímida reforma del Código de Justicia Militar realizada el 6 de Noviembre de 1.980, la cual, si bien ha tenido el mérito de producir una desmilitarización de ciertas materias sobre las que extendía su competencia, principalmente en todo lo referente al ejercicio de la libertad de expresión, ha sido

conservadora con el mantenimiento del «fuero militar» a los propios militares, olvidando que si, conforme a nuestra Constitución la soberanía reside en el pueblo (art. 12) y que, si la única justicia que de él emana es la impartida por el Poder Judicial (art. 117-1.º), la *Jurisdicción militar ha de quedar ceñida al «ámbito estrictamente castrense»* (art. 117-5.º), por lo que el conocimiento de cualesquiera delito, sea militar o no su autor, que no afecte a la unidad de los Ejércitos o al mantenimiento de su disciplina o que, aún relacionándose con estos valores, haya producido la lesión de otros bienes, debe ser atribuido a la jurisdicción ordinaria.

Algo similar ha ocurrido también con la Ley de 4 de Diciembre de 1.978 de la Policía, la cual, si bien ha extraído del ámbito de la jurisdicción militar a determinados delitos que puedan cometer los miembros de la Guardia Civil, sigue otorgándole a este cuerpo «fuero militar», con lo que la Guardia Civil, aparece concebida como un órgano proteiforme: en su función de policía está sometida a la Jurisdicción Ordinaria y, en cualquier otra, a la militar. Como también parece criticable que, tanto este cuerpo, como el superior de Policía y el de Policía Nacional (y ¿para qué tanto cuerpo distinto de policía?) aparezcan aforados dentro de la Jurisdicción Ordinaria de las Audiencias Provinciales. Este privilegio procesal, creado por la Ley de 1.974, como el de muchos otros funcionarios de la Administración, tampoco hoy se justifica, toda vez que viene a conculcar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y el del Juez legal (art. 24, 2.ª) convirtiéndose además en un obstáculo notable para la creación de la anhelada *policía judicial*, pues ¿cómo ha de depender efectivamente la policía de los jueces (art. 126 C.) si al Juez de instrucción se le priva de su obligación de dictar auto de procesamiento cuando en el curso de una investigación sumarial un funcionario de policía pueda incumplir sus resoluciones?.

B) *El libre acceso del ciudadano a la Administración de Justicia:*

Junto a la necesidad de remover los obstáculos orgánicos que acabamos de mencionar, una eficaz protección de los derechos fundamentales requiere, en segundo lugar, que el titular del derecho público vulnerado pueda sin ningún género de trabas acceder a los Tribunales. Ahora bien, ¿ha de hacerlo él mismo o puede actuar algún órgano en su nombre?.

Por una respuesta afirmativa abogaría el recientemente promulgado Estatuto del *Ministerio Fiscal* que, consecuente con la Constitución, le atribuye la función de «interponer el recurso de amparo constitucional». Lo que no dice el mencionado Estatuto es que, para que el Ministerio Fiscal pueda interponer dicho recurso ante el Tribunal Constitucional, se necesita previamente (si la lesión procede del Ejecutivo) suscitar y agotar el oportuno proceso contencioso-administrativo, cuya iniciación se le ha prohibido por la O.C. 2/1.979. De todas maneras en esta materia no cabe llamarse

a engaño, pues, siendo el Ministerio Fiscal *un órgano dependiente del Ejecutivo*, ¿a quién se le ocurre, por citar sólo un hipotético ejemplo, que hoy el Ministerio Fiscal pueda solicitar el cierre provisional de una empresa periodística, conforme a la denominada Ley de «defensa de la democracia» y mañana vaya a formular su protesta por la violación del derecho a la libertad de expresión?...

Mejor suerte puede obtener el ciudadano si, para obtener la reparación de su derecho, decidiera acudir al *Defensor del Pueblo*, puesto que, en su calidad de alto comisionado de las Cortes Generales, está designado precisamente para la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, no cabe desconocer que, aún cuando esté legitimado para interponer el recurso de amparo o para pedir responsabilidad al funcionario causante de la violación, la actuación privada y pública ha de suceder en un plano más moral, el de la mera recomendación o informe, (y de aquí la conveniencia de designar a una persona con «auctoritas», sin directa dependencia con el partido del Gobierno), que en el estrictamente jurídico.

De lo que acabamos de exponer fácilmente se deduce que, en la práctica, habrá de ser el ciudadano-titular del derecho infringido quien haya de impetrar el auxilio de los Tribunales. Y aquí han de surgir los problemas. El primero de ellos estriba en que, si el acto que ha producido la lesión del derecho es constitutivo de delito y el particular no es directamente su ofendido, habrá de satisfacer *fianza* lo suficientemente elevada en ciertos casos para hacerle desistir de su derecho. Pero es que, además, en otras ocasiones, tendrá que trasladarse a Madrid, ciudad en donde el legislador gubernamental de 1.977 ubicó un órgano especial, la Audiencia Nacional, para que entienda de no pocos de estos «especiales asuntos», los cuales podrán verse incrementados de constituirse las nuevas Salas de Civil y de lo Social, anunciadas por el PLOPJ. Si a todo ello se le añade la circunstancia de que no esté prevista en tales casos la defensa gratuita, es fácil de colegir qué clase de recurrente podrán llegar no ya a la Comisión Europea de Derechos Humanos, ni al Tribunal Constitucional, sino siquiera a los Tribunales ordinarios.

C) *El Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales:*

Sabido es que la regulación de un derecho fundamental comporta dos tipos de protecciones, la tutela de su uso y la protección del Estado y de la sociedad frente a su «abuso». Pues bien, en esta materia podría afirmarse que los procedimientos arbitrarios para garantizar estas dos manifestaciones de los derechos públicos se encuentran, en cuanto a su eficacia, en relación inversa: en tanto que el ciudadano ha de superar una inmensa carrera de obstáculos para obtener la reparación de su derecho vulnerado, el Estado goza de amplios instrumentos jurídicos para hacer cumplir la conocida máxima, conforme a la cual la «libertad del ciudadano finaliza donde la de los demás».

Varias son las manifestaciones de esta afirmación en nuestro ordenamiento, de entre las que cabría citar las facultades de la autoridad gubernamental en materias como las de prensa, reunión o asociación política, pero en donde más se ha acrecentado el poder del Estado (en detrimento quizás de los derechos del ciudadano) es en el ámbito de la *Ley Antiterrorista*, la cual, por no contemplar una efectiva «intervención judicial» (sino más bien una «homologación» de los actos de la policía por los Juzgados Centrales) y, por no contar con un «adecuado control parlamentario», (sino una mera información «a posteriori» del Gobierno a Parlamento), viene a conculcar precisamente el precepto cuyo desarrollo pretende: el art. 55.2.º de la Constitución.

Sin embargo, cuando es el ciudadano quien ha de acudir a los Tribunales, para que se le reinstaure o repare su derecho público vulnerado, la situación es muy distinta. Aunque la violación de los derechos fundamentales pueden cometerla directa o indirectamente tanto el Poder Legislativo (vgr.: la Ley de 22 de Abril de 1.980 de reforma de la prisión provisional, amén de utilizar conceptos como el de «alarma social» provenientes de la reforma nazi de 1.935, en la práctica puede poner en entredicho la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, tal y como lo demuestra el crecimiento desmesurado de la población reclusa, que ha pasado de 13.627 en 1.979 a 18.253 presos en 1.980, de los que el 59'15 % son preventivos), como el Judicial, (vgr.: la excesiva duración de los sumarios frente al derecho a un «proceso público *sin dilaciones indebidas*» del art. 24.2.º C), también en esta materia hay que concluir que el Poder Ejecutivo suele ser el más emprendedor, sin que frente a tales violaciones el ciudadano obtenga una protección jurisdiccional rápida y adecuada. En efecto, el perjudicado si desea que su pretensión de amparo pueda ser en última instancia conocida por el Tribunal Constitucional, habrá de acudir a los Tribunales de lo contencioso-administrativo (es decir, a las Sedes de las Audiencias Territoriales, capitales de Provincia o a la Sede de la Audiencia Nacional en Madrid), comparecer con Abogado y Procurador, presentar el recurso en el plazo de diez días (¿y cómo la violación a normas constitucionales de orden público pueden estar sometidas a caducidad?), seguir los avatares del procedimiento y una posible segunda instancia hasta el T.S., todo ello como requisito imprescindible para poder acceder ante el Tribunal Constitucional. Nos encontramos, pues, ante una protección jurisdiccional «burocratizada» que ha de producir en la práctica una satisfacción más platónica que real, pues, a lo sumo, el particular obtendrá la pertinente indemnización de daños y perjuicios, pero no impedirá la práctica o dilatación de su detención ilegal, la prohibición de su derecho de reunión, etc. por parte de la Administración. De aquí la conveniencia de arbitrar procedimientos más rápidos y eficaces (¿por qué no se desarrolla el del «habeas corpus» del art. 17.4.º C.?) accesibles al ciudadano justiciable (es decir, ante su juez legal o natural), a través de los cuales obtenga, antes que la reparación, que no se consume o prolongue la violación de su derecho fundamental.

PROYECTO DE CONVENIO SOBRE FUSION INTERNACIONAL DE SOCIEDADES ANONIMAS EN LA C. E. E.

Por José Luis IGLESIAS BUHIGUES
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Introducción.

Las consideraciones que fundamentan la celebración del Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, que hemos visto en otro lugar y que constituye una etapa previa pero necesaria al tema de la fusión de las sociedades, son igualmente válidas para justificar este último⁽¹⁾. Pero a ellas hay que añadir otras propias y específicas surgidas en el seno de la CEE y ante los problemas que podían detener u obstaculizar su desarrollo, en el que las empresas juegan un papel de primer plano. Tales razones se exponen sucinta y claramente por la Comisión comunitaria, ya desde 1.965: El Mercado común exige empresas de talla europea, con el fin de que las ventajas de la producción en masa y de la investigación científica y técnica beneficien, sin restricciones, a muchos millones de consumidores. Así, para la Comisión, un gran número de empresas de los países miembros deberán

«adaptarse, por su crecimiento interno o por la fusión con otras empresas, a este mercado más vasto. El refuerzo de su capacidad competitiva les será igualmente beneficiosa en la competición internacional con las grandes empresas de los países terceros»⁽²⁾.

Queda claro que un mercado que busca un desarrollo acelerado y que engloba a varios Estados, requiere ineludiblemente entidades comerciales capaces, por su envergadura, de responder a las demandas de un elevadísimo número de consumidores, agrandado sin cesar por nuevas incorporaciones, y a la competencia que representan otras sociedades de países terceros pero sumamente poderosos. La vía que se ha juzgado idónea para responder a tal reto ha sido la de facilitar la concentración de las empresas por su fusión, esto es, la sustitución de dos o varias de ellas por una resultante, que unifica lo jurídico y lo económico de las anteriores, con una unidad de dirección y de gestión, lo que no puede redundar más que en una mejor racionalización de la producción en las diversas unidades industriales que la componen⁽³⁾.

El camino recorrido hasta la total elaboración del Convenio no ha sido nada fácil. Si por una parte se apreciaba cada vez más la necesidad de contar con empresas de gran talla, y, por lo tanto, la urgencia de proceder a facilitar la fusión internacional de las empresas comunitarias, la normatividad vigente en cada uno de los países miembros, cuando existía, se planteaba y resolvía el problema de forma muy personal, acusándose así las diferencias entre ellos; tampoco la existencia de un tratado internacional en la materia podía paliar las consecuencias de la divergencia de legislaciones, a no ser en muy escasa medida: el de La Haya de 1 de Junio de 1.956 (no entrado en vigor) sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, cuyo art. 4, apartado 2 contempla la fusión de las empresas de los Estados partes, ordenando en éstos su reconocimiento si previamente ha sido admitida en los Estados interesados⁽⁴⁾.

Esta situación explicaba sobradamente la utilización del art. 220 del Tratado de Roma para proceder a la adopción de las medidas necesarias que cumplieran lo prevenido en su apartado 4.º *in fine*:

«...la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones diferentes».

El texto del proyecto de Convenio fue elaborado por prácticamente los mismos expertos gubernamentales que confeccionaron el Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, que se vio asistido, como en aquél, por representantes de la Comisión comunitaria y por las observaciones del Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Los primeros contactos se iniciaron en Marzo de 1.965, cuando aún se debatía el Convenio sobre el reconocimiento, y el texto definitivo no se presentó por quien había sido elponente, el Profesor Berthold Goldman, a los órganos comunitarios (Consejo y Comisión) y a los representantes de los Estados miembros, hasta la segunda mitad de 1.972, que mostraron su aprobación por los resultados conseguidos.

Al mismo tiempo, los expertos han estado en contacto permanente con los técnicos de la Comisión que elaboraba una directiva sobre las fusiones internas y otra sobre coordinación de las legislaciones fiscales de los Estados miembros en esta materia, problema éste de gran envergadura e incidencia en la fusión, que ha sido también abordado por el proyecto de Convenio⁽⁶⁾ aunque de pasada, a través de la «Declaración común», n.º 3, que se limita a expresar el compromiso de los Estados en la adopción rápida, en el marco de la Comunidad, de las medidas adecuadas.

I. *El marco del Convenio.*

El proyecto de Convenio consta de un Preámbulo y 69 artículos, repartidos en seis capítulos, seguidos de tres «Declaraciones comunes», que veremos en el lugar oportuno.

Junto a las tradicionales previsiones sobre la *ratificación*, que deberá efectuarse por los Estados miembros y cuyos instrumentos serán depositados en la Secretaría General del Consejo de las Comunidades (art. 63), la *entrada en vigor*, que se efectuará el día primero del tercer mes siguiente a la fecha del depósito de la última ratificación (art. 64), la *duración* del Convenio, que es ilimitada (art. 67), la posibilidad de su *revisión*, que puede solicitarse por cualquier Estado contratante y decidida por una Conferencia al efecto convocada por el Presidente del Consejo comunitario (art. 68), las *lenguas auténticas* (francés, alemán, italiano y neerlandés) y el *depósito* del Convenio en los archivos de la Secretaría del Consejo (art. 69), los dos puntos más interesantes de esta parte son los relativos a la relación que se organiza entre el Convenio, por un lado, y otros convenios o las reglas de derecho interno, por otro, y a la interpretación del Convenio confiada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, a diferencia de otros textos convencionales comunitarios, se halla incluido en el propio Convenio formando su Capítulo V.

La primera cuestión se aborda en el art. 61. En su virtud, en las relaciones entre los Estados contratantes, el Convenio prevalece sobre cualquier disposición contraria relativa a la fusión internacional de sociedades anónimas provenientes de legislaciones nacionales distintas y que se hallen contenidas en otros convenios en los que los Estados contratantes sean o puedan ser parte. Sin embargo, todo ello es sin perjuicio de las reglas internas o convencionales, presentes o futuras que, en otros casos, prevean la posibilidad de fusiones internacionales, siempre que en ambos supuestos esas reglas sean compatibles con el Tratado CEE. Dicho de otra forma, los Estados contratantes pueden adoptar una reglamentación interna o internacional más amplia que la del Convenio, pero conciliable con el Tratado de Roma, que en todo caso prevalece, por ejemplo, en las

disposiciones de su art. 7, que preserva de una posible discriminación entre las personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados miembros.

En cuanto a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia comunitario, la solución aquí adoptada es más compleja que la que existe en el Convenio sobre el reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas, y en el relativo a la competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras⁽⁶⁾. En efecto, al igual que el primero de los citados, el art. 57 de este Convenio declara la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad para decidir a título prejudicial sobre la interpretación, y, el 58 distingue entre las jurisdicciones *obligadas* a solicitar tal interpretación y las que *pueden* hacerlo:

«1. Cuando una cuestión relativa a la interpretación del presente convenio se plantea ante la jurisdicción de uno de los Estados contratantes, esta jurisdicción, si estima que una decisión sobre este punto es necesaria para dictar su fallo, puede pedir al Tribunal de justicia el decidir sobre la cuestión.

2. Cuando una tal cuestión se plantea en un asunto pendiente ante una jurisdicción nacional cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso jurisdiccional de derecho interno, esta jurisdicción se halla obligada a dirigirse al Tribunal de justicia».

El art. 59, por su parte, declara la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del Tratado CEE y del Estatuto del Tribunal de Justicia en materia de recurso prejudicial, al procedimiento de interpretación del Convenio, siempre que éste no disponga otra cosa; la excepción se explica porque, en realidad, la fuente del recurso prejudicial no es, aquí, el art. 177 del Tratado de Roma, sino el 57 del propio Convenio, que establece un procedimiento idéntico a aquél, y que se contiene en el art. 60⁽⁷⁾. Habida cuenta de estas diferencias, el 2.º párrafo del art. 59 decide que el reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia sea adaptado y completado, si fuera preciso, de conformidad con el art. 188 del Tratado CEE⁽⁸⁾.

Pero, por otra parte, el art. 60, siguiendo en este caso a lo establecido en el Convenio sobre la competencia judicial (art. 4 del Protocolo anexo) introduce la posibilidad de otra vía para este recurso:

«1. La autoridad competente de un Estado contratante tiene la facultad de solicitar del Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente convenio, si alguna decisión dictada por las jurisdicciones de este Estado está en contradicción con la interpretación dada, ya sea por el Tribunal de justicia, ya por una decisión de una jurisdicción de otro Estado contratante (de las contempladas en el artículo 58, párrafo 2, o que ha decidido en apelación).

Las disposiciones del presente párrafo sólo se aplican a las decisiones con fuerza de cosa juzgada».

Esta solicitud de decisión interpretativa es competencia, aclara el párrafo 3.º del artículo, de los fiscales generales («procureurs généraux») de los Tribunales Supremos de los Estados contratantes, o de cualquier otra autoridad que éstos designen, pero la interpretación dictada por el Tribunal de Justicia es sin efecto sobre las decisiones que motivaron la solicitud de interpretación (párrafo 2.º). De tal forma, esta especie de recurso «en interés de la Ley» intenta evitar que queden cristalizadas las posibles interpretaciones divergentes y deberá interponerse sólo cuando estas últimas posean el valor de cosa juzgada, porque, de lo contrario, la jurisdicción ante la que se presentara un recurso interno contra una de estas decisiones estaría obligada, o podría, según los casos, solicitar la interpretación prejudicial⁽⁹⁾.

El secretario del Tribunal de Justicia debe notificar la solicitud de decisión interpretativa a los Estados contratantes, a la Comisión y al Consejo de las Comunidades, que cuentan con un plazo de dos meses, a partir de la fecha de notificación, para presentar ante el Tribunal, si lo estiman conveniente, alegatos u observaciones escritas; el procedimiento descrito no da lugar ni a la percepción ni al reembolso de costas (párrafos 4 y 5).

Las disposiciones que acabamos de ver han sido todas aceptadas por los Estados interesados, con excepción de la que, precisamente por eso, se halla entre paréntesis en el texto del art. 60,1. Son favorables a ella las delegaciones alemana, belga e italiana; prefieren suprimirla los franceses, los luxemburgueses (que sin embargo postulan la elaboración de un Convenio general que dé competencia amplia al Tribunal de Justicia para la interpretación de todos los convenios que se celebren en aplicación del art. 220 del Tratado de Roma) y los holandeses (que, no obstante, declaran aceptar lo que decida la mayoría); los alemanes han formulado dos reservas, una, por la que se guardan el derecho de volver a discutir en el momento de los debates en el Consejo, y, otra, por la que han indicado que la solución que al final se adopte no debería prejuzgar otras posibilidades en futuros convenios⁽¹⁰⁾.

Este evidente deseo de los Estados contratantes de llegar a una interpretación uniforme del Convenio, podría verse frustrado, en ocasiones, si los tribunales supremos de cada uno de ellos dictasen sentencia sin solicitar la decisión interpretativa, sea porque entendieran, que el texto es suficientemente claro, sea porque ya se dictó una interpretación que basta ahora con aplicar al caso, sea porque, aún solicitada, la decisión del Tribunal de Justicia es a su vez objeto de deducciones distintas por una u otra jurisdicción. Para evitar en lo posible esta situación, los Estados contratantes han insertado en el Convenio la «Declaración n.º 2», por la cual tras

manifestar el deseo de garantizar una aplicación lo más eficaz y uniforme posible de las disposiciones convencionales,

«Se declaran dispuestos a organizar, en combinación con el Tribunal de justicia, un intercambio de información sobre las decisiones dictadas en aplicación del presente Convenio por las jurisdicciones mencionadas en el artículo 58, párrafo 2».

II. *Campo de aplicación del Convenio.*

El ámbito del Convenio queda delimitado de dos formas: por razón del territorio y por razón de las sociedades y operaciones a que se aplica.

a) Como ocurre con otros convenios comunitarios, el presente se aplica al

«territorio europeo de los Estados contratantes, a los departamentos franceses de ultramar así como a los territorios franceses de ultramar. El Reino de los Países Bajos puede declarar, en el momento de la firma o de la ratificación del presente convenio, o en cualquier momento posterior, por vía de notificación al secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas, que el presente Convenio es aplicable al Surinam y a las Antillas neerlandesas». (art. 62)⁽¹¹⁾.

b) El Capítulo I del Convenio delimita, en tres artículos, su campo de aplicación. Las sociedades que contempla pueden localizarse por su *conexión con un Estado contratante* o por su *forma jurídica*. Las operaciones posibles son dos: la fusión por absorción y por constitución de una nueva sociedad. Veremos pues a continuación estos puntos.

A. *El problema de la conexión de la sociedad con un Estado contratante.*

De sobra son conocidas las a veces graves dificultades que surgen en materia de «nacionalidad» de las sociedades, sobre todo cuando el vínculo que las relaciona con un Estado debe ser tomado en cuenta para atribuirles determinadas posibilidades de acción o ciertos beneficios en otro Estado, en el marco de un Convenio suscrito en el desarrollo de unos objetivos inmediatamente económicos como los que persigue el Tratado CEE. Criterios estrictamente jurídicos se ven interferidos por condicionantes económicos e, incluso, políticos. Estas dificultades ya se manifestaron de forma evidente en el momento de la elaboración del Convenio de 29 de Febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, que no lograron solución más que a través de un compromiso que diera satisfacción a los Estados contratantes. Llegados al tema de la fusión internacional, o más exactamente, intracomunitaria, de las sociedades, el problema tenía que resurgir con mayor acuidad, puesto que se trataba ahora de proceder a una concentración económica de ciertas entida

des a las que, por su especial importancia, el criterio estrictamente jurídico de vinculación con un Estado podía ser considerado como insuficiente, al margen de la dificultad de su propia estimación por el distinto tratamiento que, a nivel del reconocimiento mutuo, podía producirse por el juego de los art. 3 y 9 del citado Convenio de febrero de 1.968 (que permiten el rechazo del reconocimiento de ciertas sociedades y personas jurídicas sin una vinculación seria con la economía de un Estado contratante o por razones de orden público, respectivamente).

Así, los redactores del Convenio se vieron obligados, tras largos debates, a resolver todo un conjunto de problemas por la vía de la proposición de un texto *mínimo*, que reunió la unanimidad de los expertos, en donde se determina la conexión jurídica de las sociedades que van a beneficiarse de la posibilidad de fusión, y la propuesta de dos variantes o alternativas, que deberían ser discutidas por los Estados, en las que se da entrada al ligamen económico, de una u otra forma.

El acuerdo mínimo conseguido se refiere al punto de partida para la determinación del factor jurídico de conexión, y se contiene en el art. 1, párr. 1 del Convenio:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la Ley de Estados contratantes diferentes podrán fusionarse según las disposiciones del presente Convenio si son reconocidas en los Estados contratantes en virtud del Convenio de 29 de Febrero de 1.968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas».

De esta forma queda delimitado el alcance del Convenio por las sociedades que contempla. Si recordamos las disposiciones del art. 61, que en cierta manera perfilan este ámbito con relación a otros convenios o a reglas de derecho interno, es claro que caben perfectamente otras posibilidades, que las reglas convencionales no impiden, de fusión internacional de sociedades bajo fórmulas distintas. Por otro lado, las fusiones aquí previstas son las realizadas entre sociedades constituidas de acuerdo con la Ley de Estados contratantes distintos (y recuerdese que la ley de constitución es el criterio principal para el reconocimiento en el marco del Convenio de Febrero de 1.968) por lo que la fusión entre sociedades constituidas en un mismo Estado queda fuera evidentemente del alcance del Convenio. Por último, la fusión a que se refieren estas disposiciones es la de aquellas sociedades que pueden ser reconocidas por aplicación de las reglas del Convenio pertinente de 1.968, lo que significa que los motivos en él recogidos para fundamentar la negativa de reconocimiento vendrán a completar el perfil del ámbito cubierto por el Convenio sobre la fusión. Precisamente este último punto es el que ha originado las posturas encontradas de las delegaciones negociadoras, que ha conducido a la propuesta de

dos variantes, a elegir por los Estados, y que debe acompañar como párrafo 2 y 3, según los casos, al art. 1.

La primera variante dice así:

«2. Si una de las sociedades que se fusionan no es reconocida en un Estado contratante en virtud del artículo 3 o del artículo 9 del Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, el presente Convenio no es aplicable si una de las sociedades que se fusionan o la nueva sociedad tiene su sede en el territorio de dicho Estado.

3. Si ninguna de las sociedades que se fusionan, ni la nueva sociedad, tiene su sede en el Estado que, en virtud del artículo 3 o del artículo 9 del Convenio de 29 de Febrero de 1.968, no reconoce a una de estas sociedades, la fusión no produce efecto con relación a este Estado».

La segunda variante propuesta es literalmente idéntica a la primera parte de la anterior. El problema está, pues en que unos Estados se hallan dispuestos a aceptar la primera parte de la primera variante, pero sólo si a ella se acompaña la precisión que se inserta en el párrafo 3.º (Alemania, Francia e Italia), mientras que otros únicamente aceptan la primera parte y descartan la segunda (Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. La delegación alemana podría también sumarse eventualmente a esta postura).

La primera variante previene, por un lado, la inaplicabilidad del Convenio cuando cualquiera de las sociedades fusionadas, o la resultante de la fusión, se ve oponer una negativa de reconocimiento en virtud de las disposiciones del Convenio pertinente, por parte del Estado de sede de cualquiera de ellas. Aceptar lo contrario hubiera significado privar completamente de efectos a la negativa de reconocimiento permitida por el Convenio de 1.968. La solución es radical por dos motivos: la disposición jugaría incluso en el supuesto de que una de las sociedades fusionadas estuvieran reconocidas por el Estado en cuestión, a lo que habría que añadir que el efecto de la fusión queda excluido de forma general, esto es, también frente a los Estados que reconocen a la sociedad no reconocida por el otro. Sin embargo, cuando ninguna de las sociedades tuviera su sede en el Estado que deniega el reconocimiento de una de ellas, el Convenio resultaría plenamente aplicable⁽¹²⁾. Estas dos vertientes que, en definitiva, limitan los efectos de un no reconocimiento en su relación con la fusión, son las que, aceptadas por unos, no lo son por los otros más que bajo una condición: que aunque el Convenio resulte aplicable a la fusión de dos sociedades ninguna de ellas domiciliada en el Estado que niega el reconocimiento a una u otra, sus efectos no sean oponibles a este Estado. Sería esta la precisión contenida en la segunda parte de la primera variante. En conclusión, aceptar que, tras el párrafo 1 del art. 1. figure sólo un párrafo

2.º, es decir, la primera variante sin condición alguna (o la segunda, que sería lo mismo) es conceder al Estado que deniega el reconocimiento de una de las sociedades la imposibilidad de la fusión, si cualquiera de ellas tiene su sede en su territorio; pero nada más; fuera de este supuesto, la fusión produciría efectos frente a todos los países, incluido el que negó el reconocimiento. Si se incluye un párrafo 3.º, este último Estado aún tiene la posibilidad de que los efectos de la fusión así realizada le sean inoponibles. Estas son las dos alternativas sobre las que deben pronunciarse los Gobiernos respectivos⁽¹³⁾.

B. *La forma jurídica de las sociedades.*

El art. 2 del Convenio declara su aplicación a una sola forma de sociedades, *la sociedad anónima*, excluyendo por consiguiente todas las demás. Las dudas que se plantearon en el seno del comité de expertos sobre la posible inclusión de las sociedades limitadas, fue resuelta en el sentido de dejar el tema como objeto de un nuevo convenio, una vez que el presente hubiera proporcionado un cierto caudal de experiencias en cuanto a su funcionamiento.

Así, dice el art. 2:

«Las sociedades en el sentido del artículo primero son:
—la société anonyme—de naanzole vennootschap—del derecho belga,
—die Aktiengesellschaft del derecho alemán,
—la société anonyme del derecho francés,
—la società per azioni del derecho italiano,
—la société anonyme del derecho luxemburgués,
—de naamloze vennootschap del derecho neerlandés».

C. *Las operaciones posibles para la fusión.*

Son estas las dos que previene el art. 3:

«La fusión puede realizarse bien por la absorción de una (o varias sociedad(es) por otra, de conformidad con el Capítulo II, bien por la constitución de una nueva sociedad de conformidad con el Capítulo III del presente Convenio»⁽¹⁴⁾.

Al margen de las definiciones de estas dos operaciones de fusión, que el Convenio contiene, es evidente que quedan excluidas de su ámbito cualquier otro tipo que pudiera originar el mismo resultado u otro económica o jurídicamente similar. Esta es una de las numerosas reglas materiales del Convenio, que se impone sin más, cualquiera que sea el tenor de los ordenamientos internos de los países contratantes.

LA FUSION POR ABSORCION

De ella se ocupa la mayor parte del Convenio, que le dedica como dice la disposición anterior, su Capítulo II, a lo largo de 8 secciones. La primera de ellas contiene, en tres artículos, la definición de la fusión por absorción.

1. *Definición.*

En sentido estricto, al art. 4 define el concepto de la forma siguiente:

«La fusión por absorción es la operación por la cual una sociedad transfiere a otra, por causa de una disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo mediante la atribución, a los accionistas de la sociedad absorbida, de acciones de la sociedad absorbente, y, eventualmente, de una compensación en efectivo («soulte en espèce») que no sobrepase el diez por ciento del valor nominal de las acciones atribuidas, o, en defecto de valor nominal, de su par contable»⁽¹⁵⁾.

La definición uniforme recoge, desde luego, los rasgos comunes de esta operación en los distintos Estados contratantes: disolución pero no liquidación de la sociedad; transmisión del conjunto del patrimonio, generalmente de pleno derecho, de una sociedad a otra; atribución a los accionistas de la sociedad absorbida de acciones de la sociedad absorbente, puesto que si eliminara a éstos no habría una auténtica fusión ni posiblemente pudiera transmitirse el pasivo de la sociedad absorbida sin el acuerdo de sus acreedores; posibilidad de prever una compensación en efectivo si el intercambio de acciones no es exacto, pero limitado al porcentaje que conocemos del valor nominal de las acciones atribuidas, o, en su defecto, de su par contable⁽¹⁶⁾.

Pero la definición debe ser completada con las matizaciones que aportan los arts. 5 y 6. En virtud del primero de ellos,

«1. Las disposiciones del presente capítulo son igualmente aplicables cuando una de las sociedades es titular de todo o parte de las acciones de la otra.

2. Sin embargo, si la sociedad absorbente es titular de todas las acciones de la sociedad absorbida, las disposiciones del artículo 8, párrafo 1, b) y c) no son aplicables. En tal caso:

a) El informe previsto en el artículo 11 sólo se establece por la sociedad absorbente;

b) cada uno de los informes previstos en el artículo 12 se establecerá de acuerdo con ese texto, pero sólo será sometido a los accionistas de la sociedad absorbente».

El artículo distingue, como puede observarse, el supuesto de control de una sociedad por la otra o sólo el caso de participación minoritaria en el que no puede existir tal control. En ambos casos, el Convenio se aplica puesto que las operaciones que describe, sea que la sociedad absorbida detente acciones de la absorbente, sea lo contrario, se considerarán integrantes de una misma operación de fusión. Lo que ocurra con esas acciones deberá decidirlo, lógicamente, la ley aplicable a la sociedad absorbente, y no la absorbida, que desaparece. Ahora bien, cuando la sociedad absorbente sea la titular de todas las acciones, se producirán ciertas excepciones del régimen general, que veremos al estudiar las disposiciones aludidas en este artículo.

Por su parte, el art. 6 dispone que

«La fusión por absorción puede igualmente tener lugar con una sociedad absorbida en liquidación, si la ley aplicable a esta sociedad lo permite y siempre que la sociedad absorbida no haya todavía comenzado el reparto de su activo entre sus accionistas».

Así, también es aquí posible la fusión si concurren las dos condiciones que se señalan: que las disposiciones en materia de fusión de la ley aplicable a la sociedad absorbida lo permitan⁽¹⁷⁾ y que tal sociedad no haya comenzado ya el reparto de su activo, puesto que de otro modo, podría existir una contradicción con el art. 5 cuando exige que se trate de una disolución sin liquidación; de la misma forma, que se haya pagado una parte del pasivo no se opone a la realización de la operación, puesto que ello no tendrá más alcance que el ajustar la relación de cambio de las acciones.

2. Preparación de la fusión.

Todo el conjunto de cuestiones relativas a la fusión proyectada, necesarias para que ésta llegue a buen fin, se hallan minuciosamente detalladas y reglamentadas en los arts. 7 a 15, que componen la sección 2.ª de este capítulo.

El art. 7 inicia los pasos en orden a la preparación de la fusión, exigiendo, por medio de una regla de conflicto, un «proyecto de fusión»:

«1. Los órganos de las sociedades que se fusionan, competentes a este efecto en materia de fusión según la ley aplicable a cada una de las sociedades, establecen por escrito un proyecto de fusión.

2. Este se hará en forma auténtica si la ley de una de las sociedades que se fusionan lo exige.

3. Si, en virtud de la ley de una de las sociedades, debe celebrarse un contrato anteriormente a las decisiones de las

asambleas generales, ese contrato constituye el proyecto de fusión en el sentido del presente Convenio».

Con estas disposiciones, se ha dado satisfacción a los distintos matices que actualmente diferencian las reglas internas de los Estados contratantes, diferencias que, en todo caso, tendrán que desaparecer con el juego de la Directiva sobre las fusiones internas ya citada. Lo que el art. 7 exige como fondo común es que se presente un proyecto de fusión por escrito, que puede ser un contrato y revestir la forma auténtica (generalmente la notarial), cuando la ley que regula a una de las sociedades que piensan fusionarse entre sí lo prescribe (el derecho alemán). Los órganos competentes para redactar el proyecto serán los determinados por la ley de cada una de las sociedades, aunque, más adelante, cuando se apruebe la Directiva en la materia, serán éstos los órganos de administración de las sociedades.

El contenido del proyecto de fusión «debe mencionar, al menos», según el art. 8:

a) la denominación, la forma jurídica y la sede social de las sociedades que se fusionan;

b) La relación de cambio de acciones, y, llegado el caso, el montante de la compensación;

c) las modalidades de la entrega de acciones de la sociedad absorbente y la fecha a partir de la cual las acciones dan derecho a participar en los beneficios;

d) la fecha a partir de la cual se consideran como realizadas por cuenta de la sociedad absorbente las operaciones de la sociedad absorbida;

e) los derechos que se garantizan por la sociedad absorbente a los accionistas con derechos especiales y a los portadores de títulos distintos a las acciones, o las medidas propuestas en relación con ellos.

2. El proyecto de fusión debe mencionar, además, que la fusión se halla subordinada a la aprobación del proyecto de fusión por los órganos competentes definidos en el artículo 16».

No cabe duda de que el art. 8 es una regla material en su conjunto que impone un contenido mínimo al proyecto de fusión (contenido idéntico, salvo en su párrafo 2, al de la Directiva sobre fusiones internas) por lo que no es necesario comentario alguno. Baste con indicar, como hace el «Rapport», que las menciones b) y a) no tienen por qué figurar en el proyecto cuando la sociedad absorbente es titular de la totalidad de las acciones de la absorbida, ya que, en tal caso, no existen accionistas exteriores a la pri-

mera de ellas que deban ser protegidos por medio de esas informaciones⁽¹⁸⁾. La mención e) es lo suficientemente amplia para que en ella quepan todos aquellos títulos diferentes de las acciones ordinarias y el tratamiento que se piensa dar a los poseedores de derechos especiales. Por último, en el párrafo 2, se pretende proteger, con la obligada mención que allí se impone, a los terceros que, desconocedores del tenor de una ley extranjera, pudieran creer que con el proyecto de fusión es suficiente para que ésta se consuma.

Pero al proyecto de fusión deben acompañarle, todavía, determinados elementos enumerados en el art. 9, que son:

- a) los estatutos puestos al día de las sociedades que se fusionan;
- b) los balances, cuentas de pérdidas y beneficios, e informes anuales de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionan;
- c) una situación contable, establecida el primer día del segundo mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, en el caso de que el último balance se refiera a un ejercicio cerrado más de seis meses antes de dicha fecha;
- d) los informes («rapports») de los órganos competentes de las sociedades que se fusionan previstos en el artículo 11;
- e) los informes de expertos previstos en el art. 12».

De todos estos documentos que deben ir anejos al proyecto de fusión, los tres primeros deben hallarse a disposición de cualquier interesado, en especial los acreedores sociales, mientras que los dos restantes serán lógicamente reservados a los accionistas. Esta es la distinción que se desprenderá, como veremos, de los arts. 14 y 15 del Convenio. Debe observarse, por otro lado, que entre estos documentos cobra una especial importancia el señalado en la letra c), previsor de una información actualizada, para todo interesado, de la situación contable de la sociedad. Precisamente a ella se refiere el art. 10, para cuando sea necesario, en los siguientes términos:

«La situación contable prevista en el artículo 9, c, se establecerá según los mismos métodos y siguiendo la misma presentación que el último balance anual».

Ahora bien, como sería notablemente molesto o costoso preparar un documento como este, que, en realidad, es ni más ni menos que un nuevo balance puesto al día, el segundo apartado de este artículo añade que,

«Sin embargo,

- a) no se procederá a un nuevo inventario real,

b) las evaluaciones que figuran en el último balance sólo serán modificadas en función del movimiento de escrituras; no obstante, se tendrá en cuenta:

- las amortizaciones y provisiones interinas,
- los cambios importantes de valor real que no aparezcan en las escrituras».

Es evidente que con todas estas informaciones y precisiones, de obligada observancia para una proyectada fusión de determinadas sociedades, los derechos y expectativas de todos los interesados quedan racionalmente a cubierto, los que, en definitiva, se hallarán documentados sobre la real situación contable de las entidades a fusionar, en una fecha lo suficientemente actualizada para que no hayan sorpresas⁽¹⁹⁾.

El art. 11 se ocupa de uno de los documentos que, conforme al art. 9, deben acompañar al proyecto de fusión:

«Los órganos de cada una de las sociedades que se fusionan, competentes según la ley respectivamente aplicable a éstas, establecerán un informe («rapport») detallado explicando y justificando, desde el punto de vista jurídico y económico, el proyecto de fusión, y, en particular, la relación de cambio de las acciones».

La disposición coincide plenamente con la del art. 5 de la Directiva sobre las fusiones internas; en ésta se señala como competentes para elaborar el informe los órganos de administración de las sociedades; así que, una vez aprobada la Directiva, estos órganos serán los que previene el art. 11 del Convenio, con lo que, a pesar de la norma de conflicto, habrá uniformidad de los mismos en todos los Estados contratantes.

También como en la Directiva, el informe que exige el Convenio debe ser minucioso, detallado y tendrá que fundamentar la base jurídico-económica del proyecto de fusión, todo ello dirigido naturalmente a proporcionar una información completa y amplia a los accionistas, pero no accesible a los terceros. En el citado informe figurará lo que sus redactores-estimen más conveniente, pero, al menos, debe quedar perfectamente clara la relación de cambio de las acciones; en este último punto, la disposición es imperativa, puesto que no en balde aquella relación constituye la finalidad esencial del informe. Este, recuérdese, sólo se establecerá por la sociedad absorbente cuando sea ella la titular de todas las acciones de la sociedad absorbida (art. 5,2,a) puesto que en tal supuesto es lógico que no haya disparidad de intereses entre los accionistas de una y otra.

Siguiendo en la tónica de reunir una información completa en torno a la fusión que se proyecta como garantía para los interesados, el art. 12 del Convenio, en términos muy próximos a la Directiva sobre las fusiones internas, preceptúa la confección de un informe técnico y las personas

aptas para ello. El texto de la disposición se sirve tanto de reglas materiales como de la utilización de normas de conflicto. Este informe es de los que deben acompañar al proyecto de fusión, según ordena el art. 9, e).

a) *El informe técnico* se impone en el párrafo 4:

«Los expertos examinan el proyecto de fusión y establecen un informe destinado a los accionistas. El objeto y el contenido de este informe se determinan, para cada sociedad, por la ley que le es aplicable, pero los expertos, en cualquier caso, deben declarar si, en su opinión, la relación de cambio es o no justificada».

Tenemos pues, como puntos esenciales, que el informe de los expertos, destinado a los accionistas, debe ajustarse, en cuanto a su objeto y contenido, a la ley relativa a la fusión aplicable a cada sociedad, pero imperativamente deberá contener la opinión de los expertos sobre la justificación que proceda sobre la relación de cambio de acciones. Esta opinión, dice el párrafo 5, «deberá ser motivada al menos por las indicaciones siguientes:

a) la relación de los activos netos de las sociedades sobre la base de los valores reales;

b) la relación de los valores de rendimiento de las sociedades, habida cuenta de las perspectivas de futuro;

c) los criterios de evaluación de los activos netos y de los valores de rendimiento.

Pero como en esta evaluación de los activos y de los rendimientos previsibles pueden quedar condicionados por factores aleatorios o variables, el apartado 6 impone la obligación de su constancia en el informe:

«El informe indicará, además, las dificultades particulares de evaluación, si existen».

mientras que el 7 faculta a los expertos—y obliga a las sociedades—para recabar todo lo que estime necesario para llevar a buen término su misión:

«Cada experto tiene derecho a obtener de las sociedades que se fusionen, toda la información y documentos que estime útiles y de proceder a todas las comprobaciones necesarias».

Debe recordarse, de nuevo, que estos informes sólo serán presentados a los accionistas de la sociedad absorbente cuando ésta posea todas las acciones de la sociedad absorbida (art. 5, pár. 2, b).

b) Los tres primeros párrafos contemplan, respectivamente, *la designación de los expertos*, su condición y calificaciones, y las modalidades de su designación:

«1. Un experto al menos será designado para cada una de las sociedades que se fusionan. La misma persona no podrá ser designada más que para una sola sociedad.

2. Estos expertos deberán ser independientes y calificados, según la ley aplicable a la sociedad para la que han sido designados, para proceder al control legalmente prescrito de las cuentas anuales de esta sociedad».

Significa ello que, en todo caso, los expertos deben ser independientes de la sociedad para la que han de ser designados, lo que excluye, evidentemente, a sus dirigentes o, incluso, empleados normales. Sus cualidades y calificación en la misión a cumplir, por el contrario, deberán apreciarse por la ley aplicable a la sociedad en cuestión⁽²⁰⁾. Esta ley es la que, igualmente determinará las modalidades de designación del o de los expertos:

«3. El modo de designación de los expertos será determinado por la ley de la sociedad para la que son nombrados. Podrán ser las personas encargadas del control de las cuentas anuales si reúnen las condiciones del párrafo 2 del presente artículo».

Así, cuando la ley aplicable a la sociedad lo permita, los expertos podrán ser nombrados por los órganos de esa misma sociedad, o, en su caso, por autoridades judiciales o administrativas⁽²¹⁾.

Debe indicarse, por último, que la delegación belga, a instancia de la comisión bancaria de su país, ha manifestado una reserva al texto del art. 12, concretamente a su párrafo 4 y 5⁽²²⁾.

A partir de este momento, puede considerarse debidamente completado el proyecto de fusión. Sólo resta, para que finalice la etapa de la preparación, paso previo a la adopción de una postura favorable o no de la fusión proyectada y la pertinente decisión, que aquél sea conocido por quienes corresponda (accionistas portadores de títulos con derechos especiales, acreedores sociales o poseedores de títulos distintos, y, en general, toda persona legítimamente interesada, según los casos). La información a que se alude se hace posible por medio de la *publicidad* del proyecto de fusión, regulada en los arts. 13, 14 y 15 del Convenio.

Según el primero de ellos—que contempla la publicidad propiamente dicha—el anuncio del proyecto de fusión se publicará en cada uno de los Estados contratantes de las sociedades que van a fusionarse,

«al menos un mes antes de la fecha para la que se convoca la asamblea general, en el boletín nacional designado para la publicación de las modificaciones de los estatutos. La publicación del anuncio tendrá lugar de acuerdo con las disposiciones de la ley que rige a cada una de las sociedades.

Tenemos así una nueva regla material, acompañada de una regla de conflicto. Por la primera, se impone a los proponentes de la fusión la publicidad del proyecto en cada uno de los Estados, el plazo mínimo y el lugar en que debe insertarse. Por la segunda, se confía a la ley de cada uno de aquellos Estados el trámite o circunstancias de la publicación. Ahora bien, la Directiva sobre la fusión interna se remite, en este primer punto, a la primera Directiva del Consejo, de 9 de Marzo de 1.968⁽²³⁾ sobre la coordinación, para hacerlas equivalentes, de las garantías que son exigidas, en cada Estado miembro, a las sociedades en el sentido del art. 58,2 del Tratado CEE, para proteger los intereses de los socios y terceros, que, a partir de su art. 2, coordina la materia objeto de publicidad, las formas de ésta y las sanciones en caso de incumplimiento. De ahí que la regla conflictual tenga un alcance limitado a la designación del boletín y a la determinación de las personas habilitadas para proceder a la publicación.

Sin embargo, con la publicidad del anuncio no es suficiente. El Convenio, que persigue en esta fase la protección de todo interesado, en especial de los acreedores sociales, ordena acompañar el anuncio de toda una serie de indicaciones. Es lo que dispone el párrafo 2 de este art. 13:

«Este anuncio debe contener las menciones que figuran en el art. 8. Debe mencionar, además, las medidas de publicidad previstas en los artículos 14 y 15, el derecho de consulta y el de obtención de copias que conceden estas disposiciones, así como el derecho de los acreedores a requerir la constitución de una garantía («sûreté») según los artículos 18 a 21».

Si las menciones del art. 8, que constituyen el contenido mínimo del proyecto, ya las conocemos, veremos inmediatamente las disposiciones referidas en el párrafo anterior.

La primera de ellas, el art. 14, previene el depósito del proyecto de fusión, con ciertos de sus anexos, para que pueda ser accesible sin restricciones, así como la obtención de copias:

«1. El proyecto de fusión, así como los anexos contemplados en el artículo 9, a, b y c, serán depositados el día de la convocatoria de la asamblea general llamada a deliberar sobre aquél, y, en todo caso, un mes al menos antes de la fecha de la reunión, en el expediente («dossier») abierto, a nombre de cada una de las sociedades que se fusionan, de conformidad con la ley que le es aplicable.

2. Una copia literal o parcial de los documentos mencionados en el párrafo 1 podrá ser obtenida con su simple solicitud, sin que el coste de esta copia pueda superar el coste administrativo».

Significa la disposición, en su primera parte, que el depósito del proyecto debe ser público y perfectamente accesible a cualquiera; que deberá efectuarse un mes antes de la fecha fijada para la reunión de la asamblea general que sobre aquél debe deliberar o en la fecha de la reunión si ésta se produce antes de dicho plazo; el lugar del depósito es el expediente abierto en el Registro mercantil o central para cada empresa y que debe ya funcionar en cada Estado en virtud de la Directiva de coordinación de 9 de Marzo de 1.968, ya citada (art. 3, párr. 1 y 2 de la Directiva).

La segunda parte no tiene problema alguno y se dirige a facilitar a cualquier persona que lo solicite, una copia íntegra o parcial del proyecto de fusión y de los documentos que le deben acompañar, a un precio nunca superior al del coste administrativo. La disposición es, de esta manera, de carácter material, con lo que se impondrá cualquiera que sea el tenor de los derechos internos de los Estados contratantes.

Por último, la información reservada a los accionistas y el derecho a obtener copias de los diversos documentos se previene en el art. 15:

«1. A contar desde la convocatoria de la asamblea general llamada a deliberar sobre el proyecto de fusión, y, en todo caso, durante el plazo de un mes antes de la fecha de la reunión, cualquier accionista tiene derecho a conocer, en la sede social, el proyecto de fusión y los anexos mencionados en el artículo 9.

2. Una copia literal o parcial de los documentos mencionados en el párrafo 1 podrá ser obtenida por todo accionista, sin gastos y por simple solicitud».

De esta forma, queda diferenciado lo que es o debe ser de dominio público y lo lícitamente reservado para conocimiento de los solos accionistas, esto es, los informes de los órganos sociales y de los expertos previstos en los arts. 11 y 12; este derecho de información comienza en la misma fecha y dispone del mismo plazo que en el supuesto de la información pública del artículo anterior, y, como en éste, se reconoce el derecho a obtener copia, por simple demanda, aunque aquí, del conjunto de los documentos, por cualquiera, pero sólo el accionista, y gratuitamente.

3. *Decisión de fusión.*

Se ocupan de ella los arts. 16 y 17, que componen la sección 3.^a de este Capítulo. Se trata en ellos del órgano competente para decidir, con determinadas matizaciones impuestas por los derechos de los Estados miembros, y de las condiciones de reunión y deliberación de aquéllas. Ambos artículos organizan el tratamiento de este punto por medio de reglas materiales y de conflicto.

En virtud del párrafo 1 del art. 16,

«La fusión requiere la aprobación de la asamblea general de cada una de las sociedades que se fusionan».

Regla material, literalmente idéntica a la del art. 4, párr. 1 de la proposición de Directiva sobre las fusiones internas, el juego de ambas hará que sea uniforme el órgano competente para decidir la fusión de los países contratantes, ya se trate de fusiones internas o de las comunitarias previstas en el Convenio. La regla es, por otro lado, perfectamente coherente con la importancia que reviste, para los accionistas, una decisión de fusión de sus respectivas empresas.

Sin embargo, si la intervención de la asamblea general es ineludible, puede no ser suficiente. En efecto, explica el «rapporteur» del proyecto de Convenio que la sociedad puede comprender accionistas poseedores de derechos especiales o hallarse vinculada con portadores de títulos diferentes de las acciones. Con independencia de otras medidas, como la de la letra e) del párrafo 1 del art. 8, la protección de los derechos de estas personas se halla generalmente organizada por las legislaciones nacionales por medio de la facultad que a aquéllas se concede para intervenir en la decisión, si bien las modalidades de tal intervención son distintas y variables en cada país contratante⁽²⁴⁾. De ahí la necesidad de una regla de conflicto que reenviara, en definitiva, a la ley de estos países en el punto citado; este es el contenido del párrafo 3.º de este mismo artículo.

«Son aplicables las disposiciones de la ley que rige a cada una de las sociedades relativas a la intervención en la decisión de fusión de los accionistas con derechos especiales o de los portadores de títulos diferentes de las acciones».

Esta suerte de compromiso se refleja igualmente en su párrafo 2.º, por el cual,

«Si, según las disposiciones de la ley del Estado que rige a una de las sociedades, debe celebrarse un contrato de fusión con posterioridad a las decisiones de las asambleas generales, estas disposiciones son aplicables».

El compromiso es, esta vez, con el derecho italiano, que como ya dijimos, exige un «*atto di fusione*», acto de naturaleza contractual y posterior a la decisión de las asambleas generales, para consumir jurídicamente la fusión. En este derecho, las decisiones de las asambleas sólo vinculan a los órganos sociales y a los accionistas, pero no establecen una relación jurídica con los terceros, y, para la transmisión del patrimonio de una sociedad a otra, es necesario un acto posterior de ejecución de las decisiones celebrado entre ambas⁽²⁵⁾.

En virtud del art. 17, párr. 1,

«La convocatoria, la composición, la celebración de las asambleas generales, así como las condiciones de quorum y de mayoría, serán reguladas, para cada una de las sociedades que se fusionan, por las disposiciones de su propia ley aplicable a las fusiones, o, en su defecto, a las modificaciones de estatutos».

La utilización de una regla de conflicto en este caso obedece a las divergencias de tratamiento de las cuestiones recogidas en la disposición por parte de los diferentes Estados contratantes⁽²⁶⁾. Así, las reglas de la ley aplicable a la sociedad en materia de fusión regularán todas aquellas cuestiones que constituyen un tanto materia de procedimiento de las asambleas de las sociedades; si nada se hubiera previsto en el país, cuya ley resulta aplicable, en lo relativo a la fusión, resultarán entonces pertinentes las disposiciones reguladoras de las modificaciones de estatutos⁽²⁷⁾.

La regla de conflicto convencional lleva, en el estado actual de los derechos de los contratantes, a la aplicación de sus normas sobre las fusiones internas, puesto que en ninguno de ellos existe previsión legislativa sobre las fusiones internacionales. Por ello, sería muy posible que llegara el momento en que la fusión fuera impracticable por el juego de estas reglas internas, sobre todo en lo que respecta a la sociedad que va a ser absorbida. La forma de paliar este peligro era, sin prejuzgar las facilidades legislativas que pudieran arbitrarse en los Estados contratantes, dar cabida a las disposiciones estatutarias de la sociedad en este punto, pero limitando las soluciones legislativas o estatutarias por una regla material que impusiera unos máximos infranqueables. De ahí el párrafo 2.º del art. 17:

«La ley de la sociedad absorbida, o los estatutos de ésta, pueden fijar las condiciones de mayoría o de quorum particulares para las fusiones regidas por el presente convenio. Sin embargo, en ningún caso podrán exigir:

—sea una mayoría superior a los 3/4 de los votos expresados en la asamblea general y un quorum que sobrepase la mitad de las acciones con derecho a voto en primera convocatoria y el cuarto de estas acciones en segunda convocatoria;

—sea, si la ley no prevé quorum, una mayoría superior a los 3/4 de los votos expresados y a los 4/5 del capital social representado en la decisión».

De esta forma queda descartada la imposibilidad de una fusión comunitaria por el hecho de la exigencia, en la ley del Estado de una de las sociedades, de la aprobación unánime de los accionistas para las fusiones internas. La regla material del art. 17 así lo decide a través del señalamiento de los porcentajes indicados.

4. Protección de los acreedores.

Hasta ahora el Convenio ha ido arbitrando una normatividad protectora de accionistas, y, en lo que respecta a las medidas de publicidad, de los acreedores de las sociedades que piensan fusionarse, muy particularmente en ambos casos, de los de la sociedad que deberá ser absorbida. Sin embargo, en lo que concierne a estos últimos, que en definitiva van a verse imponer un nuevo deudor y que generalmente se hallará vinculado a la ley de un Estado diferente del que lo era originariamente, esto es, del Estado de la sociedad absorbida, la protección no parecía suficiente. El objeto de los arts. 18 a 21, que componen la sección 4 de este Capítulo, es el de procurar la salvaguarda de los derechos de estos acreedores, en especial de los no obligacionistas, pero sin olvidar a los otros. De nuevo, las disposiciones que vamos a ver obedecen a un compromiso entre las soluciones que en esta materia protectora existen en los Estados contratantes, haciéndose extensibles, por otro lado, a los acreedores de la sociedad absorbente. La última disposición contemplará, por su parte, la protección de los accionistas con derechos especiales y a los portadores de títulos distintos a las acciones.

Los arts. 18 y 19 contemplan la protección *a priori* y *a posteriori* de los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida.

En virtud del art. 18,

«1. Los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida cuyo crédito es anterior a la publicación del anuncio del proyecto de fusión concerniente a esta sociedad, podrán exigir, en los treinta días de esta publicación, la constitución de una garantía («sûreté»).

2. A falta de acuerdo en los ocho días siguientes al de la recepción por la sociedad de la petición del acreedor, el tribunal aplazará la iniciación de los efectos de la fusión hasta la constitución de la garantía que él ordenase o hasta el rechazo de la petición. El tribunal rechazará la petición si el acreedor dispone ya de una garantía suficiente o si una de las sociedades que se fusionan prueba que la sociedad absorbente es de manifiesta solvencia.

3. La sociedad será dispensada de constituir una garantía si la deuda, incluso no vencida, es reembolsada ya sea antes de la decisión del tribunal, ya, a más tardar, en el plazo de un mes desde esta decisión».

La disposición plantea diferentes cuestiones. En primer lugar, todos los problemas pueden ser resueltos con el cumplimiento, por parte de la sociedad absorbente o de la absorbida, de la deuda contraída por ésta últi-

ma. El párrafo 3.º, regla material, así lo previene, incluso en el supuesto de que la deuda no haya llegado a la fecha de vencimiento. Si de todas formas tuviera que recurrirse a un tribunal, todavía podría cancelarse la cuestión durante el procedimiento o en el plazo de treinta días a contar de la decisión pertinente, si ésta es desfavorable a la sociedad.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta, como veremos, que el art. 21 del Convenio permite a los Estados excluir la aplicación del art. 18. De no ser así, los acreedores podrán *exigir* de la sociedad que va a ser absorbida la constitución de una garantía. Ahora bien, esta exigencia se produce a través de una «petición» («demande» según el texto francés) sobre cuya forma nada dice el Convenio, por lo que habrá que remitirse a lo que disponga el derecho interno de los diferentes Estados contratantes; un plazo de ocho días se imparte para llegar a un acuerdo entre las partes, que, por el juego del párrafo 3.º, tendrá que desembocar, en definitiva, o en la renuncia del acreedor a su pretensión, o en la constitución de la garantía. A falta de ello, la cuestión más vidriosa es la interpretación del significado del término «petición» que por dos veces figurará en el párrafo 2.º. En efecto, la «petición» se dirige a la sociedad pero, si no se atiende y debe llegarse a un tribunal, la «petición» puede ser rechazada por éste. El problema consiste en saber si se trata de un acto único, con una doble vertiente, o de dos actos distintos, esto es, si la «petición» es, a la vez, una solicitud dirigida a la sociedad (a la que el acreedor tiene derecho a «exigir») y un acto introductivo de una instancia ante el tribunal, para el caso de que no se le dé satisfacción, o, por el contrario, la actuación procesal requiere de un segundo paso, de una nueva «petición» de iniciación del proceso, que es la que podría ser rechazada. En opinión del «rapporteur», y su argumento parece en principio pertinente, a falta de disposición interna que se haya pronunciado sobre el particular, la «petición» debe reunir el doble carácter de solicitud y de pieza introductiva de instancia, pues, de otro modo, la solución se dilataría innecesariamente en el tiempo, ya que la disposición ordena imperativamente el aplazamiento de los efectos de la fusión en tanto no se haya rechazado por el tribunal la «petición» o, si es aceptada, hasta la ejecución efectiva de la garantía que él haya dispuesto⁽²⁸⁾.

A nuestro juicio, aún reconociendo el valor del argumento indicado, debe no obstante observarse, al margen de que el art. 18 da pie en igual medida a una u otra de las interpretaciones apuntadas, que resulta un tanto forzado apreciar en la «petición» del acreedor, que en definitiva se dirige fundamentalmente a la sociedad, una naturaleza suficiente para iniciar un proceso contradictorio; a no ser que en el Estado en cuestión se haya previsto específicamente tal carácter, lo lógico es pensar que la actuación de sus tribunales no puede iniciarse más que por las reglas procesales concretas que la regulan, sobre todo cuando en el Convenio no se ha arbitrado, de forma clara, una regla particular sobre este punto.

Por último, se dispone, con una regla material, que el tribunal debe rechazar la «petición» (o «la demanda») cuando el acreedor cuente ya con una garantía «suficiente» o cuando una de las sociedades pruebe la «manifiesta solvencia de la absorbente. Será naturalmente el tribunal quien aprecie la existencia de estos dos conceptos determinantes de su decisión por medio de las alegaciones y pruebas de las partes, que, en lo que respecta a las sociedades, podrá ser cualquiera de ellas, o ambas, puesto que la disposición deja claro que la prueba de la solvencia (y en su caso, de que la garantía ya fue constituida, aunque se discuta su carácter suficiente) puede ser establecida por «una de las sociedades que se fusionan».

La protección a *posteriori* del acreedor es objeto del art. 19:

«1. Los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida cuyo crédito sea anterior al cumplimiento de las formalidades de publicidad dispuestas en el artículo 27, podrán exigir, en los tres meses siguientes al cumplimiento de estas formalidades, la constitución de una garantía por la sociedad absorbente. No obstante, los acreedores que poseían el derecho de pedir una garantía a la sociedad absorbida, de conformidad con el artículo 18, no podrán prevalerse de las disposiciones del presente artículo.

2. A falta de acuerdo en los ocho días siguientes al de la recepción por la sociedad de la petición del acreedor, el tribunal puede ordenar la constitución de una garantía. A falta de que ésta se constituya por la sociedad en el mes siguiente a la decisión del tribunal, el crédito se convierte en inmediatamente exigible. El tribunal rechazará la petición si el acreedor dispone ya de una garantía suficiente o si se prueba que la sociedad absorbente es de manifiesta solvencia.

3. La sociedad será dispensada de constituir una garantía si la deuda, incluso no vencida, es reembolsada, ya sea antes de la decisión del tribunal, ya, a más tardar, en el plazo de un mes desde esta decisión.

4. La aplicación del presente artículo no puede, en ningún caso, detener los efectos de la fusión («porter atteinte aux effets de la fusion»).

Como puede observarse, la protección que dispensa el art. 19 se refiere a los acreedores cuyo crédito es anterior a las formalidades de publicidad indicadas, pero posterior al anuncio del proyecto de fusión, por imperativo de la segunda parte del primer párrafo. Por otro lado, la protección aquí organizada es, *mutatis mutandis*, la misma que en el caso precedente, por lo que debe entenderse aplicable lo allí dicho en relación con los problemas planteados. La diferencia substancial entre ambas disposi-

ciones radica, no obstante, en primer lugar, en el plazo más largo concedido para la exigencia de constitución de garantía, que se explica, y ésta sería la segunda diferencia, porque ese derecho, ni ningún otro, puede retrasar la consumación y efectos de la fusión. En tercer lugar, el art. 19 sólo dice, en materia de solvencia, o de suficiencia, de la garantía, que la petición será rechazada «si se prueba...» aquellos conceptos, sin especificar, como hace el anterior, quiénes pueden aportarla; sin embargo, como el procedimiento no puede esta vez detener la fusión, es lógico pensar que la sociedad absorbida puede ya haber desaparecido, con lo que sólo cabría la actuación de la sociedad absorbente; de todas formas, la fórmula empleada no excluye que, en caso contrario, pueda la sociedad absorbida presentar las pruebas fundamentadoras de su pretensión. Por último, debe observarse que, de todas estas disposiciones materiales, el párrafo 2.º declara la automática exigibilidad del crédito cuando la sociedad no ha constituido la garantía en el plazo de un mes a partir de la decisión del tribunal ordenándola. La regla resulta aplicable a las solas deudas a término. Si ésta fuera condicional, el acreedor no se vería privado del derecho a invocar el art. 19, pero la ausencia de constitución de la garantía por la sociedad no produciría la exigibilidad de la deuda; en este caso, el deudor favorecido por la decisión del tribunal, tendría que pedir su ejecución de acuerdo con las reglas procesales del foro⁽²⁹⁾.

El art. 20 previene la protección de los acreedores obligacionistas, mientras que el 21 faculta a los Estados, como última parte del compromiso en la organización de la normativa aplicable a estos temas, para formular determinadas declaraciones que exceptúan el régimen descrito.

Con el fin de no impedir la fusión de las sociedades cubiertas por el Convenio que podría originar los derechos de aquellos titulares de empréstitos de la sociedad y que constituyen siempre un elemento de importancia de su pasivo, el art. 20 dispone que,

«Sin perjuicio de las reglas relativas al ejercicio colectivo de sus derechos, serán aplicables con relación a los obligacionistas de la sociedad absorbida, los artículos 18 y 19, salvo si la fusión ha sido aprobada por una asamblea general de obligacionistas o, si la ley de la sociedad absorbida no conoce tal asamblea o no le concede competencia para aprobar la fusión, por los obligacionistas individualmente».

La exégesis de la disposición descubre los elementos y soluciones siguientes: en primer lugar, la ley aplicable a la sociedad tendrá que ser consultada al objeto de conocer, si es que lo previene, el ejercicio colectivo de los derechos de los obligacionistas, que, en tal caso, deberá ser respetada.

De no ser así, los acreedores podrán invocar el beneficio de los

artículos 18 y 19, siempre en la medida en que el Estado no haya hecho uso de la facultad del artículo siguiente, y si su ley no prevé que la fusión debe ser aprobada por una asamblea general de aquéllos. En este último caso, el o los acreedores que consientan en la fusión, perderán también su derecho a invocar aquellas disposiciones. Dicho de otro modo, *sólo* podrán beneficiarse de ellas los acreedores que no hayan aprobado la fusión, si la ley de la sociedad absorbida no conoce la institución de las asambleas generales de obligacionistas o, conociéndolas, no les concede competencia para aprobar la fusión.

Todo el régimen anterior queda supeditado al art. 21, por el cual,

«todo Estado contratante puede declarar:

- a) que sólo aplicará a los acreedores, obligacionistas o no, el artículo 19;
- b) que aplicará a los acreedores, obligacionistas o no, de la sociedad absorbente, cuando ésta se halle sometida a su legislación, las mismas disposiciones que a los acreedores de la sociedad absorbida».

Lo más importante del entramado de esta disposición es que el efecto de ambas declaraciones se produce sólo frente a los acreedores, sean o no obligacionistas (lo que significa que el Estado no puede declarar que a unos les aplicará el art. 19 y a otros éste y el anterior) de la sociedad regida por la ley del Estado que las formule. La regla b) del artículo es clara con respecto de la sociedad absorbente; la regla a) no lo dice, pero el art. 19, al cual se refiere la declaración, sólo concierne a los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida; por otro lado, como ningún Estado podría inmiscuirse en el tratamiento de las relaciones entre los acreedores y una sociedad no sometida a sus leyes, es obvio que la declaración únicamente procede frente a los acreedores de la sociedad absorbida sujeta a sus leyes⁽³⁰⁾.

Las citadas declaraciones pueden formularse por el Estado desde el momento de la firma del Convenio, o, después, incluso tras su entrada en vigor. Las hechas hasta el momento del depósito de la ratificación por cada Estado, surten efecto con la entrada en vigor del Convenio, y, las posteriores a tal depósito, el primer día del tercer mes siguiente a la recepción de su notificación por el Secretario General del Consejo comunitario. De la misma forma, la retirada de las declaraciones puede efectuarse en cualquier instante, una de ellas o ambas. El efecto de la retirada comienza el primer día del tercer mes siguiente a la recepción de la notificación por el Secretario General. En tal caso, la retirada es definitiva, y la declaración no puede volver a formularse. De cualquier modo, tanto la formulación de las declaraciones como su retirada, no produce efecto alguno sobre las fusiones cuyo proyecto haya sido anteriormente publicado, de conformidad

con el art. 13. Todas estas reglas procesales forman el contenido del art. 65, añadiendo el siguiente en sus letras c y d la obligación del Secretario General de notificar a todos los Estados firmantes el contenido de las declaraciones o su retirada y la fecha en que comienzan sus efectos.

Por último el art. 22 declara la protección de las personas que aún no lo han sido, por medio de una regla de conflicto:

«Son aplicables las disposiciones de la ley de cada una de las sociedades que se fusionan, relativas a la protección de los accionistas poseedores de derechos especiales o de los portadores de títulos distintos de las acciones».

Aunque la disposición no lo diga, de la generalidad de sus términos puede deducirse su extensión a los obligacionistas, aunque, como éstos ya disponen de los derechos que posibilita el art. 20, la referencia a la ley de la sociedad que hace el art. 22 debe entenderse a las medidas protectoras que pudieran existir distintas de aquellos derechos.

5. *La cogestión.*

La sección 5 de este Capítulo II del Convenio deberá integrar en su día las disposiciones relativas a la cogestión, esto es, la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad, o en algunos de ellos, que desde luego puede quedar profundamente afectado por una medida de fusión con sociedades sujetas a otro derecho. Los expertos del Comité que elaboró el Convenio no llegaron a acuerdo alguno sobre el tratamiento a dar al problema, por lo que se dejó para debate y discusión de los Estados en el seno del Consejo. La delegación italiana es la que se opone radicalmente a que el problema de la cogestión se incluya en un convenio de los celebrados en virtud del art. 220 del Tratado de Roma, sosteniendo que la única solución es la de la coordinación de las legislaciones nacionales a través de las Directivas del Consejo comunitario. Por el contrario, Alemania, gran partidaria de la cogestión, ha defendido vivamente la inclusión de una normativa en el Convenio, tanto para evitar que la fusión internacional no se aproveche para burlar la cogestión de ciertas empresas, como porque permite una concentración internacional capaz de desarrollar en gran escala esta institución, que consideran un instrumento de progreso y paz social. Las demás delegaciones han estimado que el problema debe discutirse por los representantes de los Estados, reunidos «en el seno del Consejo».

Todas las vicisitudes, debates y propuestas formuladas, así como las soluciones conciliadoras y los textos de los artículos que se han ido elaborando para su estudio, conforman una documentación con la que se redactó un «Rapport especial sobre la cuestión de la cogestión», que figura como anexo 2 al «Rapport» general⁽³¹⁾.

6. *Control y publicidad de la fusión.*

El control de la fusión, así como su publicidad, constituye el contenido de las disposiciones de los arts. 23 a 28 del Convenio, que se agrupan en la sección 6.^a de este mismo Capítulo II.

a) El art. 23 contempla la institución del control preventivo de la fusión, de la forma siguiente:

«1. Si la ley de una de las sociedades que se fusionan prevé, para las fusiones, un control preventivo de la legalidad, judicial o administrativo, las disposiciones relativas a este control se aplicarán a esta sociedad, según la ley a la que se halla sujeta.

2. En el caso en que la ley no prevea un control preventivo, así como en aquellos en los que ese control no alcanza a todos los actos necesarios para la fusión, las actas («procès verbaux») de las asambleas generales que deciden la fusión, y llegado el caso, el contrato de fusión posterior a esas asambleas generales, se formalizarán por acta auténtica».

El texto de este artículo recoge el diferente tratamiento que del tema existe en los países contratantes. En Alemania, Francia e Italia, la fusión se somete a un control preventivo de legalidad, mientras que en Bélgica y Luxemburgo la decisión de las asambleas generales sobre la fusión debe reflejarse obligatoriamente en un documento público. En los Países Bajos existe un control administrativo en razón de la modificación de los estatutos originados por la fusión⁽³²⁾.

Consagrando esta dualidad de tratamiento, la disposición convencional remite, por una regla de conflicto, a la legislación de cada sociedad en materia de fusión en cuanto a la existencia, autoridad competente y procedimiento del control, y, por una disposición material, exige, a falta de control judicial o administrativo, el documento público tanto para las actas que recojan la decisión de fusión de las asambleas generales (que sería el caso de Bélgica y Luxemburgo) como para el contrato de fusión posterior (que sería el caso de Italia).

Ahora bien, el control preventivo, o el documento público, se refieren a la legalidad de los actos y formalidades de la fusión, por lo que podrá darse en ella una concurrencia de las medidas de control y de varias leyes o de estas con la intervención del funcionario autorizante del documento público (normalmente el notario). De ahí que haya sido necesario precisar el objeto de control y las formalidades equivalentes. Este es el contenido del art. 24.

b) El párrafo 1 del art. 24 dice así:

«Si el control mencionado en el artículo 23, párrafo 1, se

halla previsto para cada una de las sociedades que se fusionan, alcanzará únicamente:

a) para cada sociedad, a los actos y formalidades que les incumban y a la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18;

b) además, para la sociedad absorbente, al proyecto de fusión en el sentido del artículo 7».

De esta forma, el control previsto se referirá, para cada sociedad, a los actos que preceptivamente debe realizar tendentes a la fusión, esto es, el informe de los órganos sociales, el de los expertos, la publicidad del anuncio del proyecto de fusión, de este mismo proyecto y el derecho de los accionistas a conocerlo, así como sus anexos, lo relativo a las asambleas generales que prescriben los arts. 16 y 17 y a la inexistencia de la decisión judicial sobre el aplazamiento de la fusión, de la que habla el art. 18, referida tanto a una como a otra, o las otras, de las sociedades fusionantes.

En virtud del párrafo 2 de este artículo,

«Si el control no se halla previsto para cada una de las sociedades que se fusionan, alcanzará únicamente a los actos y formalidades que incumben a la sociedad sometida (a las sociedades sometidas) al control y a la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18. Para la otra sociedad (las otras sociedades) el notario deberá comprobar y dar fe únicamente:

—de la existencia y legalidad de los actos y formalidades que incumben a la sociedad para la que documenta y del proyecto de fusión en el sentido del artículo 7;

—de la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18⁽³³⁾».

En este segundo conjunto de disposiciones se previene el caso de una fusión entre sociedades, de la que alguna se halla sujeta a la ley de un Estado que conoce el control preventivo y la otra, u otras, a la de Estados con sistema distinto (por ejemplo, la fusión entre una sociedad belga y otra alemana). En tal supuesto, es necesaria la intervención de notario para la sociedad no sujeta al control. La primera tendrá que soportar las medidas fiscalizadoras anteriormente indicadas; la segunda, en la práctica, sufrirá medidas equivalentes, puesto que el notario tendrá que verificar que se han realizado todos los actos y formalidades que incumben a la sociedad y que no se ha dictado decisión judicial de aplazamiento (aquí el notario tendrá que comprobar que la decisión no existe para ninguna de las decisiones), de cuya existencia y legalidad, así como de la del proyecto de fusión, tendrá que dar fe.

Por último, el párrafo 3 previene que,

«Si la ley de una de las sociedades que se fusionan prescribe la celebración de un contrato de fusión después de la aprobación de la fusión por las sociedades en cuestión, el control, o, si llegara el caso, la comprobación del notario prevista en el párrafo anterior, alcanzará únicamente:

- a) para la sociedad cuya ley exige este contrato, a los actos y formalidades que incumben a esta sociedad;
- b) para la otra sociedad, a los actos y formalidades que le incumben, y, además, si la ley a que se halla sujeta prevé un control posterior al contrato de fusión, a este contrato;
- c) para cada sociedad, a la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18.

En el caso previsto en el presente párrafo, el control o la comprobación del proyecto de fusión en el sentido del artículo 7 se hará en el Estado en el que las formalidades de control o de comprobación se realicen en primer lugar».

Tenemos ahora el supuesto de que la ley de una de las sociedades que piensan fusionarse exige la celebración de un contrato de fusión, posterior a la aprobación de ésta (por ejemplo, una fusión con una sociedad italiana). De nuevo, tanto el control como la actuación del notario se desarrollará como en los casos anteriores para cada una de las sociedades afectadas. Este control, o esta actuación notarial en orden al proyecto de fusión se realizará en el Estado en el que, *prior in temporis*, se efectúen las formalidades de fiscalización o de comprobación, orden cronológico que se halla determinado en el artículo siguiente⁽³⁴⁾.

c) El art. 25 establece el orden de realización de las operaciones de control y actuación notarial:

«1. Cuando se requiera un control, a la vez para la sociedad absorbente y para la absorbida, se procederá a él, primero para la sociedad absorbente, sin que pueda intervenir el control requerido para la sociedad absorbida más que cuando quede probado que las formalidades de control exigidas para la sociedad absorbente han sido cumplidas».

La disposición, que es perfectamente clara, se explica por el deseo de no originar la desaparición de la sociedad absorbida, que ocurre por efecto de la fusión, en tanto en cuanto no se hayan efectuado y controlado las operaciones que incumben a la sociedad absorbente.

Al igual que en el caso anterior, el que se contempla en el segundo párrafo del art. 25 coincide con el correspondiente del art. 24:

«2. Cuando el control se requiera, sea para la sociedad absorbida sea para la absorbente, sólo podrá efectuarse cuando se justifique el acto auténtico que da constancia de la resolución de la asamblea general de la otra sociedad aprobando la fusión».

Estamos así ante el caso de control para una sola de las sociedades, y, en consecuencia, de comprobación notarial para la otra. En él, el control, cualquiera que sea la sociedad sobre la que recaiga, no podrá realizarse más que tras la presentación del documento auténtico que da fe de la decisión aprobatoria de la fusión por parte de la asamblea general de la sociedad no sometida al control. Así, el notario no tendrá que comprobar la constitución de las formalidades judiciales o administrativas de un país distinto, pero las autoridades competentes en éste sí que deberán reclamar la presentación del documento auténtico otorgado en el primer país.

Finalmente, en virtud del párrafo 3.º de este artículo,

«Las disposiciones del párrafo 1 no serán aplicables en el supuesto en el que la ley de la sociedad absorbida prescriba la celebración de un contrato de fusión después de la aprobación de ésta por las sociedades en cuestión y en el que la ley de la sociedad absorbente exige un control de la fusión, posterior a la celebración de dicho contrato».

El supuesto recuerda ahora al tercero del artículo anterior. En efecto, se contempla aquí la exigencia, por la ley de la sociedad absorbida, de la celebración del contrato de fusión (en consecuencia por las dos sociedades) mientras que la ley de la sociedad absorbente impone el control posterior a la celebración de tal contrato (caso de la absorción de una sociedad italiana por otra alemana). De darse esta situación, el párrafo 1 de este artículo no podrá funcionar, porque de otra manera no se respetaría lo que previene la ley de la sociedad absorbente, ya que ésta requiere el control del contrato posterior que ordena la ley de la sociedad absorbida, pero que en todo caso se celebra luego de que se constituyan las formalidades de control previstas en esta última ley. Por el contrario, cuando la sociedad absorbida sea alemana y la absorbente italiana, no será necesario descartar la aplicación del párrafo 1, puesto que el control a realizar sobre la primera sólo se efectuará en segundo lugar, con lo que alcanzará también al contrato de fusión posterior a ésta, que es lo que exige la ley alemana.

Debe observarse, por otra parte, tal como previene el Rapport, que el art. 25 no define modo de prueba particular de las formalidades de control o de comprobación, por lo que la cuestión tendrá que resolverse por aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado del país en donde deba aportarse⁽³⁵⁾.

d) El art. 26 contiene la determinación de la fecha de producción de efectos de la fusión, esto es, dicho de otro modo, la fecha en que deberá producirse la transmisión universal del patrimonio de la empresa absorbida a la absorbente. Como esta fecha debe ser única para las sociedades fusionantes, el Convenio ha utilizado aquí dos reglas materiales al efecto. Ahora bien, si la fusión comenzara cuando se hayan acabado todos los actos que para ella se requieren, ya hemos visto los diferentes casos y las distintas formalidades que deben cumplirse según los supuestos. De ahí que el art. 26 contemple una fecha distinta, o más exactamente, una distinta forma de fijar la fecha, en función de los actos y formalidades a cumplir por las sociedades en cuestión.

El párrafo 1 prevé varias situaciones:

«Cuando la celebración de un contrato de fusión no se halla prescrita por la ley de una de las sociedades que se fusionan, o cuando el contrato de fusión prescrito por una de estas leyes ha sido celebrado antes de que las asambleas generales hayan deliberado, la fusión toma efecto en una de las fechas a continuación:

a) en la fecha del acto jurídico que da constancia de la resolución de la asamblea general, ya sea de la sociedad absorbida, ya de la absorbente, que aprueba la fusión en último lugar, si ninguna de estas sociedades se halla sujeta a un control;

b) en la fecha de cumplimiento, sobre la sociedad absorbida, de las formalidades de control cuando éste se requiere tanto para la sociedad absorbente como para la absorbida;

c) en la fecha de cumplimiento de las formalidades de control, ya sea sobre la sociedad absorbida, ya sobre la absorbente, cuando tal control sólo se requiere para una de estas sociedades».

Este primer párrafo excluye, como puede observarse, todos los casos de fusión en la que el contrato, de ser previsto por una de las leyes de las sociedades fusionantes, se celebra tras las deliberaciones de sus asambleas generales. Serían las hipótesis de fusión con sociedad italiana; podrían ser también con la alemana, cuando el contrato de fusión se celebrara en aquellas condiciones.

En todos los demás casos, la fecha de producción de efectos sería, de darse la situación a), la del documento público que da fe de la decisión de la asamblea general dada en último lugar, puesto que tras ella ya nada queda por realizar; este es el caso en el que el Convenio no fija un orden cronológico para las operaciones de fusión, de ahí que nada importe el que

la última decisión sea de la sociedad absorbente o de la absorbida (fusión de sociedades belgas y luxemburguesas). Si se produce la situación b), que es el caso contrario del anterior, los efectos se producirán a partir del cumplimiento de las formalidades de control sobre la sociedad absorbida, porque es el que tiene que realizarse en último lugar. Sería el caso de fusión con sociedades alemanas, cuando el contrato se celebre antes de las asambleas generales, y con sociedades francesas. Cuando se produce la situación c), esto es, el caso de fusión entre sociedad alemana, en el mismo supuesto anterior, o francesa, con belga o luxemburguesa, la fecha de iniciación de efectos es la del cumplimiento del control sobre cualquiera de las sociedades, absorbente o absorbida, porque sólo puede practicarse con posterioridad a la justificación, por documento auténtico, de la resolución aprobatoria de la fusión, emitida por la asamblea general de la otra sociedad.

Por el 2.º párrafo del art. 26,

«Cuando el contrato de fusión prescrito por la ley de una de las sociedades fusionantes se ha celebrado después de la aprobación de la fusión por aquéllas, la fusión toma efecto en la fecha de celebración de dicho contrato; no obstante, si la fusión requiere un control sobre una de las sociedades fusionantes y si éste se efectúa sólo después de la celebración del contrato de fusión, esta fusión toma efecto solamente en la fecha de cumplimiento de las formalidades de control sobre la sociedad absorbida, o, si no se requiere control alguno sobre ella, en la fecha de cumplimiento de las formalidades de control sobre la sociedad absorbente».

La disposición recoge lo que excluía la primera; la celebración a *posteriori* del contrato de fusión. Ya se ordene por la ley aplicable a cualquiera de las sociedades fusionantes, como la ley italiana, ya se permita por una de ellas, como la ley alemana, la fecha de producción de efectos de la fusión es la de la celebración del contrato que, precisamente, es el último acto para ella. Pero si una de las leyes de las sociedades que van a fusionarse establece un control posterior al contrato, como lo hace la ley alemana, la fusión inicia sus efectos en la fecha del cumplimiento de las formalidades de dicho control, ya sea la sociedad absorbente o la absorbida, porque la última formalidad de control es el último acto necesario para que se produzca la fusión.

e) La publicidad de la que habla el art. 19 en el caso de la sociedad absorbida, y, eventualmente, para la sociedad absorbente por el juego del art. 21 21, b se determina, en cuanto a sus modalidades, por la regla de conflicto del párrafo 1 del art. 27, a cuyo tenor,

«Las modalidades de la publicidad de la fusión se determi-

narán para cada una de las sociedades fusionantes por la ley que le es aplicable».

La disposición conflictual se explica por el hecho de que la Directiva de 9 de Marzo de 1.968, como ya hemos indicado, coordina las modalidades de la publicidad de constitución y disolución de sociedades anónimas, las de modificación de sus estatutos y las condiciones de oponibilidad a terceros de los actos e indicaciones sujetas a publicidad. Por su lado, el proyecto de Directiva sobre las fusiones internas reenvía a la anterior en cuanto a las modalidades de publicidad de la fusión. De ello se desprende que este conjunto de medidas será prácticamente uniforme en los Estados contratantes, a no ser que estos legislen específicamente para la fusión internacional modalidades distintas, lo que es poco verosímil. Así que la remisión hecha por el Convenio a los derechos internos se justifica sobradamente.

Por el contrario, los dos párrafos restantes del art. 27 regulan directamente dos aspectos importantes:

«2. Además de las indicaciones prescritas, para cada una de las sociedades, por la ley que les sea aplicable, la publicidad mencionará el lugar y la fecha en que se han efectuado las formalidades de publicidad previstas en los artículos 13 y 14».

3. La sociedad absorbente puede cumplimentar por sí misma las modalidades de publicidad relativas a la sociedad absorbida».

De esta forma, cualquier interesado podrá conocer, muy particularmente, no sólo el anuncio del proyecto de fusión y este mismo documento, sino los importantes anexos que le acompañan, concretamente los del art. 9, a, b y c, es decir, los estatutos de las sociedades actualizados, los balances, cuentas de pérdidas y ganancias, los informes anuales de los tres últimos ejercicios y la situación contable, igualmente actualizada. Por otro lado, se impide el que los órganos competentes de la sociedad absorbida, que va a desaparecer sin liquidación, olviden maliciosamente el proceder al cumplimiento de las modalidades de publicidad que les incumben.

f) Por último, el art. 28, por medio de una regla de conflicto, establece la oponibilidad de la fusión frente a terceros:

«A reserva de la aplicación del artículo 31, la fusión es oponible a terceros en las condiciones previstas por las disposiciones de la ley de cada una de las sociedades, relativas a la oponibilidad a terceros de las fusiones, o, en su defecto, de las modificaciones de los estatutos».

Explica el «Rapport» de Goldman que la adopción de una regla de

conflicto, y no de una material que hubiera fijado uniformemente la fecha de la oponibilidad, se debe a los graves inconvenientes que hubiera originado esta última solución por las dificultades que tendrían los terceros de saber con seguridad si la publicidad de la que tienen noticia es o no la última practicada, mientras que la dualidad de fechas que provoca la disposición anterior no presenta inconvenientes estimables.

Las condiciones a que ella se refiere comprenden, naturalmente, la facultad para la sociedad de probar que los terceros conocían la fusión no publicada, el plazo de gracia que podría concederse, tras la publicación, a quienes prueben que se vieron en la imposibilidad de conocerla y, en fin, el derecho de los terceros de oponerse a la fusión no publicada, todo ello según lo prevenido en la ley aplicable a la sociedad, para lo que deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en la Directiva de 9 de Marzo de 1.968 y, llegado el caso, de la relativa a las fusiones internas⁽³⁶⁾.

7. Efectos de la fusión.

Los efectos generales de la fusión quedan delimitados en la sección 7 del Capítulo segundo, compuesta de cuatro artículos. El principio se declara en el primero de ellos, el 29; los restantes abordan cuestiones particulares.

a) El principio de la transmisión universal del patrimonio de una sociedad a otra queda proclamado en el art. 29 de la siguiente forma:

«A reserva de las disposiciones del artículo 31, la fusión conlleva de pleno derecho la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como frente a terceros del conjunto del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente».

Es sin duda este el efecto fundamental de la fusión de sociedades. Los accionistas de la sociedad absorbida participarán en la absorbente, en los términos y en la medida que se haya acordado, a cambio de la transmisión universal del patrimonio de la primera a favor de la segunda⁽³⁷⁾. Es también ésta la regla general con la que el art. 4 del Convenio define la fusión y determina sus efectos. Considerado como una universalidad jurídica, el patrimonio se transmite por el sólo acto y efecto de la fusión, incluido el pasivo, sin consentimiento de los acreedores, tal como ya habíamos señalado, y de pleno derecho, es decir, sin necesidad de acto jurídico posterior alguno. La fusión de los patrimonios se opera frente a todos y sus efectos son oponibles a los terceros desde el momento en que se formalicen las exigencias de publicidad que ya conocemos.

b) Ahora bien, como la transmisión del activo y del pasivo de una sociedad a otra, con desaparición de la que resultaba absorbida, conlleva la aparición de la absorbente como parte en los contratos suscritos por la pri-

mera, pueden plantearse delicados problemas en aquellos cuya ejecución resulta particularmente difícil o muy onerosa o en los que fueron celebrados *intuitu personae*. Dada la ausencia de normativa interna en los Estados contratantes sobre este problema, que tendrán que aplicar los principios del derecho común respectivo, los redactores del Convenio estimaron poco oportuno el incluirlos en él, precisando que la solución tendría que ser encontrada, como hasta ahora, en la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado del foro⁽³⁸⁾.

Pero uno de los contratos que podrían quedar más afectados por la fusión es, sin duda, el contrato de trabajo. A él, y a otras medidas sociales o de protección particular de los asalariados, se dirige el art. 30. Se contempla, en primer lugar, el contrato de trabajo, en la primera disposición del párrafo 1 de este artículo:

«Los contratos de trabajo celebrados por la sociedad absorbida se transmiten de pleno derecho a la sociedad absorbente».

Declarado este principio general de carácter social, el art. 30 no ha querido regular, sin embargo, otras muchas cuestiones que plantea la transmisión de un contrato de trabajo, en particular los efectos sobre la ley que lo regula. La cuestión escapaba, evidentemente, de los objetivos y límites asignados a este Convenio; así que será el Derecho Internacional Privado del foro el que continuará regulando el tratamiento de las obligaciones que de él dimanen. Pero, al margen de este problema, otras situaciones de especial importancia pueden quedar modificadas, para el asalariado, por los efectos de la desaparición de la empresa en donde prestaba sus servicios. La mayoría de estas situaciones han sido reguladas por el art. 30. Así, el resto de su párrafo 1.º dice:

«En sus relaciones con la sociedad absorbente, el asalariado conserva la antigüedad adquirida al servicio de la sociedad absorbida; los efectos jurídicos de esta antigüedad se determinan por el contrato de trabajo y por la ley aplicable a este contrato».

La antigüedad en el trabajo, como se sabe, tiene unas consecuencias para el trabajador de nada desdeñable importancia, que van desde la posibilidad del incremento de su sueldo hasta la indemnización a percibir en caso de rescisión del contrato. La disposición, haciéndose eco de esta importancia, declara la permanencia de la antigüedad y se remite al propio contrato, si éste lo ha previsto, y a la ley que lo regula, bien para el caso contrario, bien para colmar sus lagunas, en la regulación de todos aquellos aspectos.

Una de las repercusiones socialmente más graves de la fusión, sobre todo de la de naturaleza internacional, es el desplazamiento que puede

conflicto, y no de una material que hubiera fijado uniformemente la fecha de la oponibilidad, se debe a los graves inconvenientes que hubiera originado esta última solución por las dificultades que tendrían los terceros de saber con seguridad si la publicidad de la que tienen noticia es o no la última practicada, mientras que la dualidad de fechas que provoca la disposición anterior no presenta inconvenientes estimables.

Las condiciones a que ella se refiere comprenden, naturalmente, la facultad para la sociedad de probar que los terceros conocían la fusión no publicada, el plazo de gracia que podría concederse, tras la publicación, a quienes prueben que se vieron en la imposibilidad de conocerla y, en fin, el derecho de los terceros de oponerse a la fusión no publicada, todo ello según lo prevenido en la ley aplicable a la sociedad, para lo que deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en la Directiva de 9 de Marzo de 1.968 y, llegado el caso, de la relativa a las fusiones internas⁽³⁶⁾.

7. Efectos de la fusión.

Los efectos generales de la fusión quedan delimitados en la sección 7 del Capítulo segundo, compuesta de cuatro artículos. El principio se declara en el primero de ellos, el 29; los restantes abordan cuestiones particulares.

a) El principio de la transmisión universal del patrimonio de una sociedad a otra queda proclamado en el art. 29 de la siguiente forma:

«A reserva de las disposiciones del artículo 31, la fusión conlleva de pleno derecho la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como frente a terceros del conjunto del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente».

Es sin duda este el efecto fundamental de la fusión de sociedades. Los accionistas de la sociedad absorbida participarán en la absorbente, en los términos y en la medida que se haya acordado, a cambio de la transmisión universal del patrimonio de la primera a favor de la segunda⁽³⁷⁾. Es también ésta la regla general con la que el art. 4 del Convenio define la fusión y determina sus efectos. Considerado como una universalidad jurídica, el patrimonio se transmite por el sólo acto y efecto de la fusión, incluido el pasivo, sin consentimiento de los acreedores, tal como ya habíamos señalado, y de pleno derecho, es decir, sin necesidad de acto jurídico posterior alguno. La fusión de los patrimonios se opera frente a todos y sus efectos son oponibles a los terceros desde el momento en que se formalicen las exigencias de publicidad que ya conocemos.

b) Ahora bien, como la transmisión del activo y del pasivo de una sociedad a otra, con desaparición de la que resultaba absorbida, conlleva la aparición de la absorbente como parte en los contratos suscritos por la pri-

párrafo 2 recobra su vigencia, por disposición del 4 de este artículo:

«El párrafo 2 es igualmente aplicable cuando la fusión origina otra modificación substancial del contrato de trabajo».

Nada dice esta regla sobre cuáles pudieran ser estas modificaciones (cambio de actividad del trabajador, reducción de su sueldo o aumento de su jornada de trabajo, etc.). Habrá que remitirse, pues, de nuevo, a la ley aplicable al contrato para calificar de substanciales las modificaciones que puedan producirse.

Debe advertirse que, aceptado el principio por todos, el texto del art. 31 no ha satisfecho a ciertos países, que se oponen a su inclusión, tal cual, en el Convenio. Y ello, precisamente (este es el caso de Bélgica y Luxemburgo) porque han estimado insuficiente la protección de los trabajadores que él arbitra, postulando una normatividad más amplia. A este propósito, la Comisión comunitaria ha ordenado ya la iniciación de los trabajos y estudios oportunos sobre la materia, de lo que se han hecho eco los Estados, por medio de la Declaración n.º 1 aneja al Convenio, en la que se manifiestan satisfechos de la decisión de la Comisión de constituir un grupo de trabajo encargado del estudio de las cuestiones que plantean en materia de protección de los trabajadores, «las operaciones internacionales de concentración, con el objeto de elaborar un instrumento jurídico destinado a regular tales cuestiones». A su vez, el texto de esta Declaración común ha encontrado la oposición de Alemania y los Países Bajos⁽⁴⁰⁾.

c) Una nueva disposición perfiladora del principio de la transmisión universal es la contenida en el art. 31. Se dice en su párrafo 1 que

«Si la ley aplicable a ciertos bienes aportados por la sociedad absorbida requiere, en caso de fusión, formalidades particulares para la oponibilidad de su transmisión a terceros, estas formalidades serán cumplidas, y sus efectos y sus sanciones serán determinados por la ley».

Queda claro que la exigencia de las formalidades que prevea la ley del Estado en cuestión sólo puede referirse a la oponibilidad de la transmisión de ciertos bienes, lo que nada afecta al hecho mismo de la transmisión, tal como se contempla en el art. 29, del conjunto del patrimonio, en el que se incluyen, por supuesto, esos bienes. Por otro lado, la regla de conflicto del art. 31 ha renunciado a enumerar los bienes de los que habla (inmuebles, arrendamientos, derechos de propiedad industrial) dejando esa misión a la ley que los regula, por la razón de que, al igual que en el caso de las formalidades, de sus efectos y sanciones, los derechos de los Estados contiene matizaciones muy variadas.

Para evitar, por otro lado, que la negligencia o la malicia de los órganos gestores de la sociedad absorbida pueda afectar el principio de la oponibilidad a terceros de los bienes en cuestión, el párrafo 2 de este artículo dispone que

«La sociedad absorbente puede cumplimentar por sí misma estas formalidades».

d) En fin, por una regla de conflicto, el art. 32 regula la distribución de las acciones y, si llegara el caso, de la compensación pertinente:

«El reparto de las acciones de la sociedad absorbente y de los certificados emitidos en representación de estas acciones, así como, llegado el caso, de la compensación, se practicará de conformidad con la ley aplicable a la sociedad absorbida en caso de fusión, o siguiendo las disposiciones del proyecto de fusión en la medida en que sean compatibles con dicha ley».

8. *Responsabilidad y nulidad.*

Como en cualquier institución jurídica, la consumación de una fusión internacional requiere la realización de un conjunto de actos jurídicos cuyo determinado grado de importancia hemos ido viendo en páginas anteriores. Estos actos pueden formalizarse correctamente, lo que sería lo normal, o de forma irregular, esto es, en general, afectados por algún vicio. De la importancia del acto en cuestión, o de la gravedad del vicio o irregularidad, depende, en muchas ocasiones, la naturaleza de la sanción que debe acompañarle. Esta puede hacer surgir a cargo del autor una responsabilidad o puede declarar la nulidad del acto; en este último caso, que es la sanción más grave, los resultados pueden ser irreversibles. De ahí que, en materia de fusión internacional de sociedades, que pone en juego un muy importante complejo de intereses y que afecta a un elevado número de personas, la dosificación de las sanciones—responsabilidad o nulidad—deba contar con una normativa clara que delimite perfectamente aquellos supuestos en donde quepa una u otra. En el marco del Mercado común, una medida de nulidad en el tema de las sociedades puede revestir una importancia de primer orden. En este sentido, el Consejo comunitario había procedido ya a coordinar sus causas y efectos en la Directiva de 9 de Marzo de 1.968 por medio de la adopción de medidas referentes a los actos de constitución o de modificación de las sociedades, o de sus estatutos. Estas medidas deben ser tomadas por los Estados pero la Directiva señala los límites en los que éstos deben moverse indicando las causas de nulidad (art. 11) el procedimiento a seguir, y sus efectos. Por otro lado, también el proyecto de Directiva sobre la fusión interna contiene normas sobre la responsabilidad civil y sobre la nulidad (art. 16 y 17, y 9 y 18 respectivamente) que, junto con las anteriores, han sido tomadas en cuenta por los redactores del Convenio en el momento de elaborar sus propias reglas. Estas constituyen el objeto de la sección 8 del Título II, que comprende ocho artículos. La normatividad resultante es la combinación de reglas de conflicto con otras directas y materiales.

a) La responsabilidad civil de los órganos sociales se contempla en el primer artículo de esta sección, el 33:

«Las responsabilidades que puedan originarse por el hecho de la realización de las operaciones de fusión, serán reguladas, para cada una de las sociedades fusionantes, por la ley que les sea aplicable en caso de fusión».

En pura técnica conflictual, el art. 33 remite el tratamiento global de la responsabilidad que pudiera originarse en relación con el cumplimiento de los actos que conforman las operaciones de fusión, a las disposiciones internas del derecho sobre fusiones que resulta aplicable a cada sociedad. Naturalmente, los problemas que sin duda surgirán de la dualidad de legislaciones aplicables, sobre todo en la determinación de los litigios sobre responsabilidad en una sociedad como en la otra, tendrán que ser resueltos por el sistema de reglas de conflicto del foro.

b) Los siguientes artículos de esta sección distinguen entre nulidad de los actos u operaciones de la fusión, de la que se ocupa el primero de ellos, y nulidad de la fusión propiamente dicha. Las veremos sucesivamente.

Según el art. 34,

«Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 35, las condiciones y los efectos de la nulidad de los actos que concurren en la fusión, se regula, para cada una de las sociedades fusionantes, por la ley que les sea aplicable en caso de fusión».

Con otra norma de conflicto, el Convenio provee a la *nulidad de todos los actos encaminados a realizar la fusión*, a las condiciones y a sus efectos, señalando la competencia de la ley que resulte aplicable a cada sociedad para los actos por ella realizados. La amplitud de la fórmula empleada hace entrar en ella al conjunto de actos que hemos ido viendo, sean preparatorios o decisivos. Por otra parte, la nulidad declarada por una ley es, por sí misma, suficiente para impedir la fusión. Si el acto es unitario, por ejemplo el contrato de fusión, el juez competente podría declarar la nulidad de acuerdo con la ley que, para cada sociedad, resultara aplicable por el juego de las reglas de conflicto de foro. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 35, que es el primero en contemplar la *nulidad de la propia fusión*.

Así,

«Después de la fecha fijada en el artículo 26, la nulidad de la fusión ya no puede declararse («constatée») ni es pronunciada más que por falta de control judicial o administrativo o ausencia de acto auténtico. No obstante, si en uno de estos casos la ley de la sociedad absorbente excluye la nulidad de la

fusión o la subordina a condiciones particulares, esta ley es aplicable».

Como puede observarse, el art. 35 produce un efecto restrictivo de las causas de nulidad de la fusión, puesto que, después de la fecha de comienzo de sus efectos (art. 26), sólo dos de aquéllas pueden, en principio, ser apreciadas: la falta de control o de documento público. Pero aún más allá de la irregularidad de estos actos, la disposición utiliza una regla de conflicto que pudiera subsanar la nulidad de principio: la falta de control o de acto auténtico no puede provocarla si la ley de la sociedad absorbente, que sin duda puede ser la más afectada y la que corre mayores riesgos, no sanciona tales ausencias con tal efecto o si no los considera suficientes, por sí solos, sin el concurso de otras condiciones, para provocarla. La disposición no sólo impide el pronunciamiento de la nulidad, sino también el hecho de que pueda ser declarada cuando proviene directamente de la ley⁽⁴¹⁾.

Y esto no es todo. Aún dándose las previsiones que en el art. 35 llegarían a dar pie para la apreciación de nulidad, ésta puede evitarse si, en tiempo útil, se subsana la causa que la origina: es el art. 37, por el cual,

«La nulidad de la fusión prevista en el artículo 35 no puede ya ser declarada («constatée») ni pronunciada cuando es todavía posible eliminar la causa y que la regularización se produce en el plazo fijado por el tribunal».

En definitiva, cuando el tribunal debe entender de una pretensión de nulidad conforme al Convenio, tendrá que conceder, antes de apreciarla, un plazo, que él mismo fijará, para que se intente regularizar el acto, o más exactamente, para subsanar la causa. Pasado el plazo, el tribunal no tiene más alternativa que hacer constar la nulidad o pronunciarla, según los casos,

En esta línea de delimitación estricta de la nulidad, el art. 38 adopta otra regla material de procedimiento con el fin de prevenir que la amenaza de la pretensión de nulidad penda constantemente sobre la fusión ya consumada. Así, en su virtud,

«La acción de nulidad no podrá ser ya intentada después de la expiración de un plazo de seis meses a contar desde la fecha en que la fusión resulta oponible a quien invoca la nulidad».

El comienzo del plazo variará, por el juego del art. 28, que declara la competencia de la ley de cada una de las sociedades para decidir en qué condiciones puede oponerse la fusión a terceros, según la causa que se alega para fundamentar la nulidad.

Si de todas formas ésta se produjera, habrá que hacerla conocer a to-

do interesado, arbitrar los medios para ello y regular sus efectos, impartiendo un plazo para que resulte inatacable por terceros. Es lo que disponen los tres párrafos del art. 39:

«1. La decisión que declara («constatant») o que pronuncia la nulidad de la fusión será publicada en los Estados en donde se encontraba la sede social de las sociedades fusionadas.

2. Las modalidades y los efectos de esta publicidad serán regidos por las disposiciones de la ley de cada una de las sociedades, relativas a la oponibilidad a terceros de las modificaciones de los estatutos.

3. La oposición de terceros, cuando la ley del Estado en donde se ha dictado la decisión la provea, no será ya admisible después de la expiración de un plazo de seis meses a contar desde el cumplimiento de las formalidades de publicidad previstas en los párrafos precedentes».

Pero la fusión puede haber producido efectos más o menos amplios, en particular, determinadas obligaciones a cargo de la sociedad absorbente. Para proteger a los terceros, es necesario garantizar esas eventuales obligaciones. En este sentido, el art. 40 establece que

«1. La decisión que declara o que pronuncia la nulidad de la fusión no menoscaba, por sí misma, la validez de los compromisos adoptados por la sociedad absorbente, o de los contraídos a su favor, con anterioridad a la publicidad establecida en el artículo 39.

2. Las sociedades que han participado en la fusión responden solidariamente de los compromisos de la sociedad absorbente señalados en el párrafo precedente».

Aclara el «Rapport» que, por «compromisos», debe entenderse todo tipo de obligaciones, cualquiera que sea su fuente, nacidas después de la fecha en que la fusión comienza a producir efectos, fijada en el art. 26, incluidas las que pudieran surgir entre esta fecha y la de oponibilidad de la fusión a los acreedores (art. 28), al menos si, según la ley aplicable, los terceros pueden prevalerse de la fusión antes de que ella les sea oponible⁽⁴²⁾. El segundo párrafo, que refuerza la protección de los acreedores, sólo podría jugar, como es lógico, en el supuesto de que la sociedad absorbente no fuera disuelta y liquidada por efecto de la nulidad de la fusión porque, de otro modo, el patrimonio fusionado respondería de aquellas obligaciones. Únicamente si las sociedades que se habían fusionado, tras la nulidad de ésta, alcanzan a reconstituirse, podrán responder solidariamente de los compromisos señalados.

c) Regulada por una regla de conflicto la eventual responsabilidad de los órganos sociales (art. 33), y que juega con independencia de una posible declaración de nulidad, la ley que resulta aplicable podría prever, junto o fuera de la misma responsabilidad, medidas de sanción o de reparación de un tipo distinto, de naturaleza civil, como por ejemplo, una modificación de la relación de cambio de las acciones o la readquisición obligatoria, por parte de la mayoría, de las acciones de la minoría. La oportunidad de estas medidas se halla reconocida en el art. 36 del Convenio, cuando dice:

«Las sanciones civiles, distintas a la nulidad de la fusión que puedan originarse cuando ésta no puede declararse ni pronunciarse por aplicación del presente convenio, serán determinadas por la ley aplicable a la sociedad absorbente en caso de fusión. No obstante, cuando la acción en demanda de tales sanciones es intentada por los accionistas, los acreedores o los contratantes de la sociedad absorbida, estas sanciones se determinarán por la ley de la sociedad absorbida aplicable en caso de fusión».

Tenemos en la disposición, como elementos, los siguientes: por una parte, se trata de medidas sancionadoras civiles distintas de la nulidad de la fusión, pero que deben jugar cuando ésta ya no es posible⁽⁴³⁾; por otra, su determinación es de la competencia de la ley aplicable a la sociedad absorbente relativa a la fusión (es decir, las disposiciones internas que, sobre este punto, se hayan implantado en el Estado) porque, precisamente por el hecho de que la nulidad ya no puede darse, será la sociedad absorbente la que queda y la única a la que podrían aplicarse aquellas medidas; ahora bien, los accionistas, los acreedores o cocontratantes de la sociedad absorbida no tienen porqué prever ni contar con la protección de otra ley fuera de la que ha sido la reguladora de la sociedad. De ahí que se reserve el derecho de estas personas a pedir que las sanciones indicadas se aprecien de conformidad con la ley en la que legítimamente han confiado.

IV. *Fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Esta segunda modalidad de fusión internacional de sociedades se contempla en el Capítulo III del Convenio, dividido en tres secciones respectivamente dedicadas a la definición, a las disposiciones del Capítulo II que resultan aplicables a esta segunda modalidad de fusión y a ciertas reglas particulares.

1. *Definición de la fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Es la misma que se contiene en el art. 4 para la fusión por absorción,

con la diferencia lógica de que, ahora, son las al menos dos sociedades las que transfieren su patrimonio a la nueva sociedad por ellas constituida. También es prácticamente idéntica esta definición a la que se contiene, para la misma modalidad, en el proyecto de Directiva sobre la fusión interna (art. 2, párr. 3). Por ello, basta con transcribir el texto del art. 41 del Convenio, que es el que la contiene, reenviando para su análisis al ya hecho al art. 4:

«La fusión por constitución de una nueva sociedad es la operación por la cual varias sociedades transfieren a una sociedad que ellas constituyen, por causa de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo mediando la atribución, a sus accionistas, de acciones de la nueva sociedad, y, eventualmente, de una compensación en efectivo que no sobrepase el diez por ciento del valor nominal de las acciones atribuidas, o, en defecto de valor nominal, de su par contable».

Como en el supuesto de fusión por absorción, otras disposiciones vienen aquí a perfilar el exacto alcance de la definición anterior. Así, el art. 42 establece que

«1. Las disposiciones del presente capítulo son igualmente aplicables cuando una de las sociedades es titular de todo o parte de las acciones de la otra.

2. No obstante, si una de las sociedades fusionantes es titular de todas las acciones de la otra, el informe previsto en el artículo 11 sólo se establece por la primera de ellas. En el mismo caso, cada uno de los informes previstos en el artículo 12 se establecerá de acuerdo con ese texto, pero sólo será sometido a los accionistas de la sociedad que es titular de todas las acciones de la otra».

Se habrá observado que el art. 42 es el paralelo del art. 5, cuyas disposiciones utiliza literalmente, adaptando la expresión a este tipo de fusiones. El paralelismo obedece a las posibilidades que lícitamente puede proporcionar la fusión por constitución de una nueva sociedad en el plano internacional, y que no son posibles con la fusión por absorción. Así por ejemplo, si una sociedad quiere fusionarse con una de sus filiales, con sede en otro país, para, por motivos fiscales por ejemplo, trasladar su domicilio a un Estado distinto de una y otra, podrá hacerlo fácilmente por medio de la creación de una nueva sociedad, por fusión de las anteriores, en el Estado apetecido, pero le resultará súmamente complicado, cuando no imposible, por medio de la fusión por absorción, porque sería necesario proceder a la transferencia internacional de sede social, lo que, en el estado actual de las legislaciones comunitarias, es poco menos que imposible.

Por otra parte, el paralelismo de las disposiciones se rompe en la apreciación del art. 8 párr. 1, b y c, que el 5 excluye expresamente pero que el 42 incorpora al no mencionar la exclusión. Se trata de la mención obligatoria que debe hacerse en el proyecto de fusión de la relación de cambio de acciones, y, llegado el caso, del monto de la compensación, las modalidades de la entrega de acciones de la sociedad absorbente y la fecha en que ellas dan ya derecho a participar en los beneficios. En la fusión por constitución de una nueva sociedad, serán las acciones de ésta las que se remitan a los accionistas de las sociedades disueltas, por lo que, lógicamente, todos ellos deberán recibir la documentación prevista en el art. 8, párr. 1, letra b y c.

El mismo paralelismo se aprecia entre los art. 6 y 43, esta vez, *mutatis mutandis*, sin excepciones. Así, esta última disposición dice que

«La fusión por constitución de una nueva sociedad puede igualmente tener lugar cuando las sociedades que desaparecen se hallan en liquidación, si las leyes aplicables respectivamente a estas sociedades lo permiten y siempre que no hayan todavía comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas».

En este tipo de fusión las dos sociedades pueden encontrarse en estado de liquidación, por lo que es necesario que la regla se refiera a ambas. Pero puede que sólo una de las sociedades se halle en liquidación; en tal caso, únicamente esta ley es la que se tomará en cuenta para decidir si la fusión es, o no, posible, cualquiera que sea lo que al respecto diga la ley de la otra sociedad.

2. *Disposiciones de la fusión por absorción que resultan aplicables a la fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Como los arts. 1 y 2 del Convenio son comunes a las dos modalidades de fusión que se contemplan en el art. 3, las disposiciones que van a resultar aplicables a ambas son algunas de las que integran el Capítulo II del Convenio, específico de la fusión por absorción.

En efecto, el art. 44, único que compone la sección 2 del Capítulo III, enumera las distintas reglas ambivalentes y las a veces necesarias adaptaciones.

Así, las expresiones «sociedades fusionantes» o «sociedad absorbida», designan a las sociedades que desaparecen, mientras que la de «sociedad absorbente» designa a la nueva sociedad, para lo relativo a la aplicación de los arts. 7 a 20, 21 a 22, 23, 24 (con excepción de su párrafo 1, letra b), 29, 30 (cuando se resuelva el problema de la regulación de la co-gestión) y 31 y 32, a la fusión por constitución de una nueva sociedad. De entre todas las disposiciones enumeradas, algunas son objeto de una lógi-

ca adaptación: se declara aplicable a la nueva sociedad el art. 8, párr. 1, letra a, por lo que el proyecto de fusión deberá mencionar la denominación, la forma jurídica y el domicilio social de las sociedades fusionantes y de la por ellas creada; para la aplicación de los arts. 9, letra a (que entre los anexos que obligatoriamente deben acompañar al proyecto de fusión menciona a los estatutos de las sociedades fusionantes), 14 y 15 (que ordenan el depósito de los estatutos junto con el proyecto de fusión y su notificación a todos los accionistas), el proyecto de estatutos de la nueva sociedad debe unirse a los de las sociedades que desaparecen; por último, para la aplicación del art. 19 (que contempla la protección *a posteriori* del acreedor no obligacionista) la referencia que en él se contiene al art. 27 queda sustituida por la del art. 48, que, como veremos, establece la disposición específica de publicidad para este segundo tipo de fusión.

3. *Disposiciones particulares de la fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Constituyen estas disposiciones el contenido de la sección 3 que comprende los arts. 45 a 52.

a) El hecho de la aparición de una nueva sociedad, en este tipo de fusión internacional, obliga a establecer algunas diferencias, o, más exactamente, a completar con ciertas disposiciones, todas aquellas que lógicamente tienen un carácter común o necesario para la fusión. Así, en relación con el proyecto de ésta o de estatutos de la nueva sociedad, se dispone en el art. 45 que en uno o en otro, deberán indicarse

«los nombres de los miembros de los órganos de la nueva sociedad cuyo nombramiento, según la ley del país de la sede social de esta sociedad, es de la competencia, ya de la asamblea general, ya de las sociedades que desaparecen».

Es decir, que los nombres indicados son aquellos que, en virtud de la ley del domicilio social de la nueva sociedad, deben ser designados bien por la asamblea general de esta misma, bien por las sociedades que desaparecen. Pero estos nombramientos estarán sometidos, de cualquier modo, a la aprobación de las asambleas generales de estas últimas, por la vía del párrafo 2 de este artículo, que dispone,

«El proyecto de fusión y el proyecto de estatutos de la nueva sociedad serán aprobados por las asambleas generales de cada una de las sociedades que desaparecen».

b) Por su parte, el art. 46 establece una regla de conflicto, por la cual, en todo lo concerniente a la constitución de la nueva sociedad y a su publicidad, se atribuye competencia a las disposiciones de

«la ley del país de su sede social relativas a la constitución de

las sociedades por causa de una fusión o, en su defecto, al derecho común de la constitución de sociedades».

La regla pretende cubrir la posible inexistencia en la normatividad sobre las sociedades de cualquier país, de disposiciones específicamente aplicables a la constitución de una nueva sociedad por fusión de otras.

c) La fecha de la *toma de efectos de la fusión*, y la publicidad de ésta, se regulan en los arts 47 y 48. El primero de ellos, lacónicamente, establece, por una regla uniforme, que

«La fusión toma efecto en la fecha en la cual la nueva sociedad adquiere la personalidad jurídica».

En realidad, en esta modalidad de fusión, como en la anterior, la fecha a tomar como punto de referencia en la misma: el día en que se cumplimenta el último acto requerido para la fusión. Cuando ésta crea una nueva sociedad, su personalidad jurídica comienza el mismo día de su constitución, que es el que marca la consumación de la fusión.

En cuanto a la *publicidad*, las soluciones que aquí se aportan recuerdan en gran manera las dedicadas a la fusión por absorción (art. 27 y 28). En efecto, según el art. 48, pár. 1,

«Las modalidades de la publicidad de la fusión se determinan para cada una de las sociedades que desaparecen por la ley que les es aplicable».

Esta regla de conflicto que remite a la ley de cada sociedad fusionante se completa con una disposición material, contenida en el pár. 2:

«Además de las indicaciones prescritas para cada una de las sociedades que desaparecen y para la nueva sociedad por la ley que les es aplicable, la publicidad mencionará el lugar y la fecha en donde han sido efectuadas las formalidades de publicidad previstas en los artículos 13 y 14».

De esta forma, cualquier interesado sabrá en donde hallar la suficiente información sobre todas aquellas cuestiones. Para evitar la negligencia de los órganos de las sociedades que van a desaparecer, el párrafo 3 de este artículo dispone, en fin, que

«La nueva sociedad puede cumplimentar por sí misma las formalidades de publicidad relativas a las sociedades que desaparece».

d) Al igual que en la fusión por absorción, el art. 49, con la debida matización, dispone en materia de *oponibilidad* que,

«A reserva de la aplicación del artículo 31, la fusión es oponible a terceros en las condiciones previstas por las dispo-

siciones de la ley de cada una de las sociedades que desaparecen y de la nueva sociedad, relativas a la oponibilidad a terceros de las fusiones, o, en su defecto, de las modificaciones de los estatutos».

e) El resto de las disposiciones de la presente sección se ocupa, respectivamente, de la responsabilidad y de la nulidad de los actos y de la nueva sociedad.

En todos ello, la normativa aplicable es paralela a la que rige en caso de fusión por absorción. Así, de los tres artículos dedicados, que contienen tres reglas de conflicto, el primero de ellos, el 50 (prácticamente igual al 33), regula las *responsabilidades* que pueden originarse en la realización de las operaciones de fusión, y para cada una de las sociedades que desaparecen,

«por la ley que le es aplicable en caso de fusión»

y, para la nueva sociedad,

«por la ley aplicable en caso de constitución de sociedad en el país de su sede social».

En materia de *nulidad*, hay que distinguir la relativa a los «actos que concurren en la fusión» de la que concierne a la nueva sociedad y a la propia fusión.

En el primer caso, el art. 51 (paralelo al 34) rige las *condiciones* y los *efectos* de la nulidad de tales actos, para cada una de las sociedades que desaparecen,

«por la ley que le es aplicable en caso de fusión».

Ahora bien, el art. 51 no menciona la reserva, como hace el 34, del art. 35 que, como se recordará, tiene como misión el limitar en lo posible las causas de nulidad de la fusión después de que ésta haya sido declarada. La razón obedece a la íntima correlación entre nulidad de la nueva sociedad y nulidad de la misma fusión, que precisamente contempla el art. 52. En éste, en efecto, la *nulidad de la nueva sociedad* queda regida

«por la ley aplicable en caso de constitución de sociedad en el país de su sede social»

mientras que, según su párrafo 2,

«La nulidad de la fusión no puede producirse más que si hay nulidad de la nueva sociedad».

En conclusión, la ley que, para caso de fusión, se aplica a cada una de las sociedades que van a desaparecer, determina la responsabilidad de éstas y todo lo relativo a las condiciones y efectos de la nulidad de los actos encaminados a conseguir la fusión. Por su parte, la ley aplicable en el país

de sede de la nueva sociedad en materia de constitución de sociedades, es la que determinará la responsabilidad de ésta y las causas de su nulidad, modos de pronunciarla, oponibilidad frente a terceros y efectos de la misma⁽⁴⁴⁾.

V. *Disposiciones generales.*

Componen el Capítulo IV del Convenio cuatro artículos dedicados respectivamente al reconocimiento de las decisiones judiciales o administrativas, a las actas auténticas, a la legalización de aquéllas y éstas y al control de la fusión distinto del preventivo.

1. *Decisiones judiciales y administrativas.*

A ellas se aplicará el tratamiento de un Convenio comunitario ya en vigor. En efecto, de acuerdo con el art. 53,

«Las decisiones dictadas por las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante en el ejercicio del control preventivo de legalidad previsto en los artículos 23 y 24, serán reconocidas en los demás Estados contratantes según las disposiciones del convenio de 27 de septiembre de 1.968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil».

En Convenio a que se alude, uno de los más importantes de los celebrados en el marco del art. 220 del Tratado de Roma, y cuyo título no coincide exactamente con el utilizado en el art. 53, ha sido objeto de estudio y análisis (ver nota 6 de este trabajo), a cuyo lugar nos remitimos. Baste decir por el momento que los redactores del dedicado a la fusión internacional han temido que surgieran dudas sobre la inclusión de las decisiones judiciales, más aún en lo tocante a las administrativas, en materia de fusión, en el ámbito del Convenio procesal o en la definición que él mismo da de lo que debe entenderse por «decisión». De ahí que se previera expresamente su aplicación en el art. 53.

2. *Actas auténticas y legalización.*

El art. 54 recoge, en materia de competencia internacional para autorizar documentos públicos, tres reglas que son otros tres principios clásicos ya en Derecho Internacional Privado. Se trata de determinar las personas competentes para cumplimentar los documentos públicos que se exigen en el Convenio, es decir, aquel que debe contener las actas de las asambleas generales que deciden la fusión, el contrato posterior a ellas, cuando se dé tal exigencia, o el mismo proyecto de fusión cuando así lo requiera la ley de una de las sociedades fusionantes. Recordemos que estos actos jurídicos son, en algunos casos, indivisibles, es decir, que se conec-

tan o valen para ambas sociedades, como, por ejemplo, el contrato de fusión. A todos estos extremos responde el art. 54, que en su párrafo 1 declara la competencia para autorizar tales documentos públicos a las personas que lo son

«en el territorio del Estado del que depende la sociedad a la cual se refieren».

Así, las personas que, según la ley francesa, se hallan habilitadas en este país para autorizar documentos públicos (notaires) serán competentes para los relativos a la fusión de sociedades francesas, lo mismo que los notarios belgas, etc.

Si los actos conciernen indivisiblemente a varias sociedades, dice el párrafo 2 que

«podrán ser indiferentemente autorizados por las personas competentes en uno de los Estados de los que respectivamente dependen estas sociedades».

Así, cuando el contrato de fusión deba celebrarse en documento público, podrá ser autorizado por un notario, indistintamente, de cualquiera de los Estados de los que depende una u otra sociedad.

En definitiva, designado el país, la ley del mismo designará el notario definitivamente autorizante. Es lo que dispone el pár. 3, puesto que en él se dejan a salvo

«las disposiciones nacionales relativas a la competencia territorial de las personas encargadas de autorizar las actas auténticas».

Todos estos documentos públicos, y los actos de una autoridad judicial o administrativa que deban emitirse en ocasión de una fusión, gozan de la absoluta dispensa de legalización y de cualquier otra formalidad de análogo carácter (art. 55).

Nada se dice sobre la ley que debe apreciar la fuerza probatoria de todos estos actos, a pesar de que los redactores pensarán en ello. La exclusión obedece a que el principio tradicional de la *lex loci actus*, es común a todos los Estados contratantes, por lo que se estimó supérflua su inserción.

3. *Control distinto del preventivo.*

Sabemos que el Convenio instituye un control preventivo de legalidad de la fusión, ejercido por la autoridad judicial o administrativa o, en ciertos países, por el notario. Sin embargo, los Estados poseen establecidos, y podrían establecerse otros, determinados medios fiscalizadores distintos de los anteriormente citados⁽⁴⁵⁾.

Para que no hubiera duda sobre su aplicación, el Convenio la declara

expresamente en su art. 56, aunque dentro de ciertos límites, al establecer que las reglas convencionales no afectan

«a las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a un control de la fusión distinto al preventivo de legalidad previsto en los artículos 23 y 24. No obstante, la nulidad de la fusión, incluso si es prevista por la ley en cuya virtud el control interviene, no puede declararse o pronunciarse más que de acuerdo con los artículos 35 y 52, párrafo 2».

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el control puede hallarse previsto tanto en la legislación nacional como en la comunitaria, y, en este sentido, podría practicarse por la Comisión, en el marco de la CECA o de la CEE⁽⁴⁶⁾.

Los límites que la segunda parte de la disposición establece son los que ya conocemos⁽⁴⁷⁾.

En fin, para terminar, sólo resta hacer notar la ausencia en este Convenio de lo que es prácticamente obligatorio en los otros: la excepción de *orden público*. El Profesor Goldman explica en su «rapport» que, si bien es cierto que durante los trabajos de elaboración del texto se pensó insertar una disposición idéntica a la que figura en el art. 9, párr. 1 y 10 del Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, se expresó la idea de que tal disposición sería insólita en las relaciones entre Estados cuyas concepciones morales y principios fundamentales del derecho son semejantes, y cuyas legislaciones en materia de sociedades deben ser, por si fueran insuficientes las razones, progresivamente coordinadas. Por ello, y porque se había hecho observar que cualquiera de las variantes que se aceptaran del párrafo 2 del art. 1 serviría para deducir un efecto parecido, se decidió excluir del Convenio la mención del «orden público»⁽⁴⁸⁾.

NOTAS:

(1) Antes de que acabara de redactarse el proyecto de Convenio sobre el reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas, ya habían comenzado los expertos de los distintos países a los primeros debates sobre el tema de las fusiones internacionales. Vid. mi trabajo *Reconocimiento de las Sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho Español*, Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos. Esc. Social de Granada. 1.977. (Vol. VI) p. 131 y 133.

(2) Mémorandum de la Commission du 1.^{er} décembre 1.965 sur la concentration dans le Maniché Commun. Neuvième Rapport Général. Juin 1.966. n.º 70 y ss. También puede verse el texto en Rev. Tr. D. E. 1.966. p. 651. Posteriormente, la Comisión ha insistido sobre el tema, como en su 4^{ème} Rapport général, 4 febrero de 1.971. n.º 205 y ss.

(3) Vid. le Colloque de Paris, 26-28 octobre 1.967 sur la fusion, coopération, concentration

d'entreprises. Rev. M. C. 1.968. p. 1 y ss. Anteriormente ya se había ocupado del tema de la fusión internacional, el coloquio celebrado en Bruselas sobre derecho europeo, en 1.961. Vid. *Colloque international de droit européen*. Bruxelles 1.961. (Centre Inter-Universitaire de droit comparé. 1.962).

(4) La disparidad legislativa de los distintos Estados miembros y las dificultades por ello originadas, vid. B. Goldman: *Rapport concernant le projet de Conversion sur la fusion internationale des sociétés anonymes*. Rev. Tr. D. E. 1.968. p. 466 y ss. El texto articulado del proyecto en la misma publicación y año. p. 635 y ss. También en Bulletin des Communautés Européennes. Supplément 13/73.

(5) La primera directiva propuesta por la Comisión al Consejo, el 16 de junio de 1.970, contempla la coordinación de las garantías exigidas en los distintos Estados miembros para proteger los intereses de los socios y terceros en las operaciones de fusión. Journal Off. C. E. 14 juillet 1.970. C. 89. p. 20. La segunda directiva, en materia fiscal, fue propuesta el 18 de marzo de 1.969. Journal Off. C. E. 22 mars 1.969. C. 39. Un estudio de ambas Directivas puede verse en V. Abellán: *Normas comunitarias europeas y legislación española sobre establecimiento de personas físicas y sociedades*. Inst. Est. Administrativos. n.º 1. Madrid 1.974. p. 133 y ss. y 117 y ss.

(6) Vid. mi monografía: *Competencia Judicial, REconocimiento y Ejecución de decisiones en la CEE y en Derecho Español*. Inst. Est. Administrativos. Madrid 1.977.

(8) Art. 188: «El estatuto del Tribunal de Justicia se aprueba en Protocolo separado. El Tribunal de Justicia establecerá sus normas de procedimiento. Dichas normas se someterán a la aprobación por voto unánime del Consejo».

(9) Rapport cit. p. 542. n.º 160, b.

(10) Estas posturas se hallan mencionadas en el texto del Convenio como nota al art. 60. Se recogen en el Rapport de Goldman, más ampliamente, en p. 542-543, n.º 162.

(11) Con ello, el Convenio resultaría aplicable, en lo que respecta a los Países Bajos, sólo a las Antillas Holandesas puesto que el Surinam es hoy un Estado independiente.

(12) Así por ejemplo, una sociedad holandesa con sede real en los EE. UU. y por ello no reconocida por Francia, nunca podría fusionarse con una sociedad con sede en este país, imposibilidad que existiría frente a todos los países contratantes, incluida Holanda. Sin embargo, la sociedad holandesa podría fusionarse perfectamente con una de Luxemburgo, si en éste no hay motivo para denegarle el reconocimiento. Rapport cit. p. 475. Este resultado es posible por el juego del art. 3 o 9 del Convenio sobre el reconocimiento, de 1.968.

(13) El art. 1 del Convenio ha sido, por otra parte, objeto de dos reservas generales, una, de Bélgica, frente al conjunto del problema planteado por la definición del campo de aplicación del Convenio, y, otra, de Francia en el sentido de proponer un texto limitativo del alcance del convenio en la hipótesis en la que el centro de decisión de una de las sociedades se halla situado fuera de la Comunidad. Estimando que todo ello conllevaba un problema de política económica, las delegaciones consideraron que su debate debía realizarse en el marco del Consejo comunitario. Estas cuestiones, y los debates que provocaron, fueron objeto de un «Rapport» general, y que puede consultarse en la Rev. Tr. D. E. 1.974. p. 552 y ss. Lo más importante es la propuesta francesa, que parte de la idea de que las ventajas de la fusión sólo deben concederse a las empresas auténticamente comunitarias, y éstas no lo serían si no estuvieran relacionadas con cualquiera de los Estados contratantes por un lazo económico serio. En este sentido, el art. 1 que propone Francia dice así: «Serán reconocidas por los Estados contratantes las fusiones realizadas, de acuerdo con las disposiciones luego enumeradas, entre sociedades constituidas de conformidad con la ley de uno de estos Estados y que tengan su sede estatutaria en los territorios a los que se aplica el presente convenio. Sin embargo, las disposiciones del apartado anterior no se aplican cuando una de las sociedades que se fusiona pertenece a un grupo internacional de sociedades y si las decisiones que conciernen a su política industrial, mercantil, financiera o social se toman de acuerdo con instrucciones o recomendaciones de una sociedad cuya sede real se encuentra fuera de los territorios a los que se aplica el presente convenio».

(14) Las palabras entre paréntesis han sido propuestas por la delegación italiana, sin que hayan sido aceptadas por las restantes delegaciones.

(15) La «soulte» en derecho francés es el pago que realiza un heredero a los otros para igualar la parte que a cada uno corresponde en la herencia. En nuestro derecho es equiparable a lo que disponen los arts. 1.056, pár. 2 y, sobre todo, 1.062 del Código Civil.

(16) Esta última disposición se incluyó por la existencia en Bélgica y Luxemburgo de acciones sin valor nominal. Por «par contable» debe entenderse, según se precisó en los debates, el valor resultante de dividir el capital por el número de acciones emitidas. Rapport. cit. p. 480. n.º 25, d. Por otro lado, existen sin duda matizaciones y diferencias entre los derechos de los Estados contratantes en torno al concepto y rasgos de la fusión. Vid. G. Beitzke: *Les conflits de lois en matière de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, Rev. Crit. D. I. Privé. 1.967. p. 13.

(17) Aclara el Rapport cit. que, por el momento, nada hay en las leyes de los Estados Contratantes a este respecto en materia de fusión internacional, pero se ha preferido prever el caso de que, en el futuro, uno o varios de los Estados legislara al respecto. Por otro lado, una vez aprobada la citada Directiva propuesta al Consejo en Junio de 1.970 sobre las fusiones internas, la solución en este punto sería uniforme para los Estados contratantes (art. 2, pár. 4 de la Directiva). Rapport cit. p. 483.

(18) Rapport cit. p. 484.

(19) Señala el Rapport cit. que en el Convenio se entiende por «amortizaciones y provisiones», las correcciones de valor realizadas sea por deducción del activo, sea por inscripción en el pasivo (por ejemplo, sobre gastos de establecimiento, sobre inmobilizaciones, sobre créditos del activo en circulación, etc.) junto con las provisiones por riesgos y cargas (como las relativas a impuestos o para pensiones u obligaciones similares) p. 485, n.º 34.

(20) Pueden ser, por ejemplo, aclara el Rapport cit., el «Wirtschaftsprüfer» alemán, los «commissaires aux comptes» franceses, los «réviseurs d'entreprise» belgas, etc. p. 487. n.º 37 a.

(21) Podrán ser, pues, las personas indicadas en la nota anterior, si reúnen las condiciones de independencia y calificación exigidas.

(22) La reserva constituye el anexo 3 del Rapport, que puede leerse en Rev. Tr. D. E. 1.974. p. 569-570. Fundamentalmente, Bélgica se halla preocupada por las dificultades que origina la impresión de ciertos conceptos, particularmente los de «activo neto sobre base de los valores reales» y «valor de rendimiento, habida cuenta de las perspectivas de futuro», que figuran en el apartado 5. Después de argumentar su postura, afirma que no puede aceptar que sus «revisores» tengan que dar aplicación a nociones imprecisas, para lo que propone una nueva redacción en la que el pár. 4, *in fine* diría: «...en su opinión, la relación de cambio de los títulos y de los métodos seguidos para establecer este informe son o no justificados»; el pár. 5 impondría la motivación de la declaración de los expertos, incluyendo, especialmente, las indicaciones siguientes: a) la mención precisa y la justificación en el caso del o de los criterios utilizados para la determinación de la relación de cambio propuesta; b) si se utilizan varios criterios, la relación de cambio que resulta de la aplicación de cada uno de ellos y la justificación de la ponderación concedida a uno y otros; c) la relación de cambio que resulta de la confrontación respectivamente del activo social neto y de la rentabilidad de las sociedades fusionantes, corregido por la aplicación de métodos contables y de reglas de evaluación y de restablecimiento («redressement», es decir, enderezamiento de una situación o de algo torcido o que funciona mal) idénticas. Si estas relaciones no son estimadas, deberá justificarse. El informe menciona además las dificultades particulares surgidas en la determinación de la relación de cambio».

(23) Journal Off. C. E. du 4 marz 1.968. L. 65. Ver un comentario sobre la misma en V. Abellán: *Op. cit.* p. 97 y ss.

(24) Rapport cit. p. 492. n.º 46. Si la ley del Estado llegara a exigir la intervención de los obligacionistas como ocurre en Francia y Luxemburgo, esta exigencia tendría que ser igualmente observada.

(25) Rapport cit. p. 492. n.º 6, b.

(26) En Alemania, la ley no exige quorum porque la representación de los accionistas se halla garantizada por los bancos depositarios de los títulos. En Italia, el quorum se impone indirectamente, a través de la fijación de una mayoría en función del capital social. En los demás países, si se prevé el quorum y la mayoría mínima, la importancia de uno y otra es muy variable. Rapport. cit. p. 493. n.º 47.

(27) La disposición tiene en cuenta el hecho de la ausencia, en los Países Bajos, de normatividad sobre las fusiones. En todo caso, aclara el Rapport, quedó admitido que si este país adoptaba una legislación sobre el particular antes de la entrada en vigor del Convenio, la disposición podría ser suprimida. Rapport cit. p. 493. n.º 48.

(28) Rapport cit. p. 497. n.º 55.

(29) Rapport cit. p. 500. n.º 60.

(30) Rapport cit. p. 502. n.º 64, c.

(31) Vid. Rev. Tr. D. E. 1974. p. 555 y ss.

(32) Por su parte, el art. 10 de la Directiva de coordinación de las legislaciones sobre sociedades, de 9 de marzo de 1968, mantiene este doble tratamiento en materia de constitución y modificación estatutaria de las sociedades, y lo mismo hace el proyecto de Directiva de Junio de 1970, en materia de fusiones internas. Vid. Rapport cit. p. 504, n.º 69-70.

(33) Las palabras entre paréntesis se hallan en relación con la reserva italiana al art. 3 del Convenio.

(34) El texto de la disposición no exige el control del contrato de fusión, que es un acto indivisible, celebrado tras la aprobación de ésta, en relación con la ley que lo prescribe (la ley italiana) mientras que sí lo prevé para la otra sociedad, si la ley a la que se halla sujeta establece un control posterior al contrato de fusión. Así, en una fusión de sociedad italiana con otra alemana, el contrato no será controlado para la primera pero sí para la segunda. La solución ha sido adoptada por las explicaciones de la delegación italiana en el sentido de que el contrato *a posteriori* debe ser obligatoriamente autenticado por un notario, que controla al mismo tiempo la regularidad de las asambleas generales y la concordancia de sus decisiones. La delegación alemana, cuyo derecho exige un control posterior a la celebración del contrato, deseaba que tal exigencia fuera respetada, a lo que no se opuso Italia.

Por otro lado, el art. 24 nada dice del supuesto en el que ningún control, judicial o administrativo, se haya previsto para cualquiera de las sociedades (por ejemplo, fusión de una sociedad belga y otra luxemburguesa; ello se debe a que las delegaciones de estos países declararon que tal disposición no era necesaria, porque la aplicación de sus respectivos derechos sobre la fusión no originaba problema alguno, siendo suficiente la previsión en ellas contenida de las comprobaciones necesarias. Tampoco se dice nada sobre la fusión con una sociedad neerlandesa, siendo así que la ley de este país no contiene disposiciones particulares en materia de fusión. Sin embargo, la delegación holandesa ha estimado que este silencio del Convenio no sería un inconveniente, dado que se prevé una pronta entrada en vigor en su patria de una normatividad al efecto. Rapport cit. p. 507. n.º 75 y 505. n.º 72.

(35) Rapport cit. p. 508. n.º 80.

(36) Rapport cit. p. 512. n.º 90.

(37) Vid. Beitzke: *Art. cit.* p. 12 y ss., en donde puede hallarse útiles reglas de derecho comparado.

(38) Rapport cit. p. 512. n.º 91.

(39) Rapport cit. p. 512. n.º 98, b.

(40) En lo que concierne al art. 30, Bélgica explica su postura en el hecho de que las cuestiones sociales deberían ser reguladas en su conjunto, por lo que las soluciones del texto con-

vencional podrían prejuzgar otras más idóneas posiblemente alcanzables por los trabajos encargados por la Comisión. A esta postura se ha sumado Luxemburgo, mientras que Italia entiende que el artículo 30 debería ser completado por dos disposiciones que previeran, la primera, una indemnización especial para los trabajadores afectados por el desplazamiento de su lugar de trabajo, y la segunda, un plazo de reflexión, suplementario al de preaviso, para los trabajadores a los que se les propone una modificación substancial de su contrato de trabajo. Pero esta postura italiana no ha sido compartida por los restantes países. Vid. la cita adjunta al art. 30 en el mismo Convenio.

(41) Rapport cit. p. 522. n.º 112, a.

(42) Rapport cit. p. 524. n.º 118.

(43) Ello no quiere decir, desde luego, que el Estado cuya ley es aplicable no pueda sancionar las irregularidades cometidas por medio de medidas penales o administrativas, y, esto, se declare, o no, la nulidad de la fusión.

(44) Estos efectos serán en la práctica uniformes en virtud de la Directiva coordinatoria de 9 de Marzo de 1.968.

(45) El Rapport cita, como ejemplos, los siguientes: en Bélgica, el control ejercido por la Comisión bancaria sobre la información dada al público en el momento de la admisión a cotización de los títulos creados por causa de la fusión; en Alemania, el ejercido por las autoridades de «cartels» sobre la fusión, vista en su aspecto económico como concentración de empresas; en Francia podría darse el mismo ante ciertas fusiones que podrían ser el resultado de un abuso de posición dominante, o el ejercido por la Comisión de operaciones de Bolsa, cuando la fusión afecta a una sociedad con acciones o títulos cotizados en bolsa; en Italia, el control económico de la fusión a que da pie la exigencia de autorización ministerial para la ampliación de capital de la sociedad absorbente; en Luxemburgo, el ejercido por la Comisión de control de bancos, cuando hay oferta o venta de títulos; en los Países Bajos, la inobservancia del llamado «código de las fusiones», que permite a la Asociación para el comercio de valores mobiliarios, que hace funcionar a la Bolsa de Amsterdam, el rechazo de negociación de títulos. Rapport cit. p. 537. n.º 149.

(46) Art. 66 del Tratado CECA que, aunque para las fusiones internas, se someten a la Comisión que deberá aplicarse también a las fusiones internacionales. En la CEE, la Comisión ejerce un control de las concentraciones que afectan a los intercambios entre los Estados miembros cuando las juzga como abuso de posición dominante. Rapport cit. p. 537. n.º 149.

(47) Vid. p. de este trabajo.

(48) Rapport. cit. p. 539 n.º 157.

«LOS MORISCOS DE LA DIOCESIS DE ORIHUELA A FINALES DEL SIGLO XVI Y LEGISLACION PARTICULAR CANONICA SOBRE LOS MISMOS»

Por JOAQUIN MARTINEZ VALLS

Adjunto Numerario de Derecho Canónico

SUMARIO :

- I. 1.—Introducción.
2.—Demografía de la Diócesis de Orihuela hacia el año 1.600.
- II. 1.—La problemática morisca en la Diócesis de Orihuela.
2.—Erección de Curatos en los lugares de moriscos del Obispado de Orihuela. El expediente inédito de 1.597.
3.—Censo e índice demográfico que se debe aplicar en los fuegos o casas de moriscos de esta Diócesis.
4.—El Sínodo de 1.600 y los moriscos.
5.—La problemática morisca a través de las relaciones «ad limina» del Obispo Esteve.
6.—La opinión del Obispo Esteve sobre los moriscos en su obra «De Unica Religione».
7.—La opinión de Joan Fuster sobre el Obispo Esteve.

I. 1.—*Introducción.*

La Diócesis de Orihuela se crea el 14 de Julio de 1.564 por Bula de Pío IV, desmembrándola de la de Cartagena. Con esto se pone fin a los innumerables litigios que durante casi doscientos años enzarzaron a Orihuela y Murcia⁽¹⁾. Entre las razones más importantes que justificaron esta creación cabe destacar el hecho de que políticamente el territorio de la nueva Diócesis pertenecía al Reino de Valencia, Corona de Aragón, mientras que en lo religioso dependía de un Obispo de Castilla; la diversidad de lenguas y leyes⁽²⁾, y el problema de los moriscos, que el Obispo de Cartagena no podía atender con la atención que merecía, dada la enorme amplitud de su territorio⁽³⁾. Pero también resulta curioso constatar que la creación de la nueva Diócesis tiene lugar precisamente cuando la unidad política de España realizada bajo los Reyes Católicos, se había consolidado con el Emperador y más todavía con el Rey Prudente, Felipe II. Sin duda la creación de la Diócesis entonces no fomentaba ya rivalidades políticas, sino que contribuía a una mejor integración nacional.

El Rey Felipe II había comisionado al Dean de Gandía Don Francisco Roca para que hiciese una relación del territorio que había de asignarse a la nueva Diócesis. Se hizo el 23 de Diciembre de 1.563 y el Rey remitió la relación al Papa por medio de su Embajador en Roma. Fundamentalmente estaba constituido por el territorio de la Diócesis de Cartagena que civilmente pertenecía al Reino de Valencia, es decir la llamada «Governació d'Oriola»; o sea desde donde comienza el linde de Castilla y Valencia, al sur cerca de Orihuela, hasta Busot y Aguas por el este; Elda y Petrel por el norte y por el oeste hasta el término de Abanilla exclusive; además Caudete y Ayora, que no pertenecían a la Governació d'Oriola, pero formaban parte del Reino de Valencia, aunque pertenecían en lo religioso a la Diócesis de Cartagena.

Nos limitamos en este trabajo a pergeñar la situación de los moriscos a finales del siglo XVI, concretamente durante el Pontificado del Obispo de Orihuela Don José Esteve Juan⁽⁴⁾ y su labor pastoral, y legislación particular sobre los mismos⁽⁵⁾, realizada por este gran Obispo que gobernó la Diócesis desde el 3 de marzo de 1.594, en que toma posesión del Obispado, hasta que muere en Ayora el 2 de noviembre de 1.603.

Para comprender mejor la situación de esta comunidad morisca, debemos adelantar algunos datos demográficos de toda la Diócesis sacados precisamente de la relación «ad limina» que el Obispo envía, por medio de su Procurador, a Roma en el año 1.601 y que hemos publicado íntegra, transcribiéndola del Archivo Secreto Vaticano, donde se conserva⁽⁶⁾.

2.—*Demografía general de la Diócesis de Orihuela hacia el 1.600.*

Cuando se fundó la Diócesis había en el nuevo territorio unos 10.000

fuegos, de los que 3.760 eran de cristianos nuevos o moriscos⁷⁾. En total suponía unos cincuenta a sesenta mil habitantes. La cifra no la consideramos exagerada, a pesar del interés que tenían los de Orihuela por conseguir la creación de la Diócesis. De todas formas, es significativa la gran proporción de moriscos, casi un tercio de la población total. Sobre este tema, volveremos más adelante.

Tenemos datos estadísticos que publicó el Presbítero Don Pascual Boronat en su conocida obra⁸⁾. Este autor publica una «Relación de las casas de christianos viejos y nuevos que hay en las ciudades, villas y lugares deste Reyno de Valencia de la parte de poniente y quienes son los señores dellas»⁹⁾. Según indica el mismo autor, aunque empezó a hacerse en 1.520, fue perfeccionada en el segundo tercio del siglo XVI; es de la colección del señor Danvila¹⁰⁾.

Hemos comprobado que faltan casas en la relación de cristianos viejos, e incluso en algunos de los lugares de cristianos nuevos se han sumado también los cristianos viejos, aunque ciertamente en esos lugares eran minoría.

Sin embargo, ésta es la relación principal que se ha venido utilizando hasta ahora por diversos autores.

Sabemos que en el siglo XVI se hicieron unos censos generales (de cristianos viejos y moriscos) hacia 1.565-1.572, otro en 1.585-1.587 y otro en 1.609, además de los específicos sobre moriscos de 1.527. (¿Es el que usa Boronat?) en 1.563 y en 1.602 y que son los utilizados por Henri Lapeyre en su conocida obra¹¹⁾. Pero como muy bien apunta Ricardo García Cárcel: «P. Ferrer Naranjo, en un trabajo todavía inédito (X), ha sometido a un riguroso análisis crítico estos censos deduciendo que sólo pueden ser considerados fiables los de 1.563 y 1.602»¹²⁾. Si esto es cierto, resulta que esos dos censos fiables se refieren sólo a los moriscos. No hay por tanto, censos fiables para la población.

Nosotros estamos en condiciones de dar una relación estadística general de primera mano, en base a los datos que el mismo Obispo Don José Esteve envía a Roma en la visita ad limina del 1 de octubre de 1.601 y que se conserva en el Archivo Secreto Vaticano¹³⁾. Naturalmente, aunque lleva fecha de 1 de Octubre de 1.601, los datos son anteriores y están muy cuidados, por el interés que tenía el Obispo en causar buena impresión en Roma. Queremos dejar constancia del enorme valor de esta «relatio», no sólo desde el punto de vista espiritual o religioso, sino también por los aspectos jurídicos que contiene, así como las descripciones geográficas, económicas, de producción y, sobre todo, demográficas, con detalle de las casas de cada lugar descrito.

Puede servir de elemento valioso de trabajo para los estudiosos del tema que andan bastante a tientas, haciendo conjeturas más o menos afor-

tunadas, en base sobre todo a los registros parroquiales; pero muchos de ellos se han perdido o destruido durante la Guerra Civil o por otras causas⁽¹⁴⁾.

Estos son los datos de la relación del Obispo Esteve:

LUGARES	CASAS CRISTIANOS VIEJOS
Orihuela	más de 3.000
Callosa del Segura	400
Catral	160
Almoradí	más de 200
La Daya	80
Rojales	30
Guardamar	130
Otros lugares	más de 20
Alicante	2.000
Muchamiel	350
San Juan	150
Benimagrell	80
Busot	70
Agost	50
Monforte	180
Elche	1.050
Ayora	800
Caudete	500
Salinas	30
En lugares de moriscos hay un total aproximado de.....	200
Hay un total de 9.480 casas de cristianos viejos.	

Lugares de moriscos

LUGARES	CASAS
Redován	70
Coix	150
La Granja	50
Albatera	200
Arrabal de Elche	500
Crevillente	más de 400
Aspe	casi 500
Monóvar	280
Petrel	200
Novelda	350
Elda	450
El número de casas de moriscos suman un total de más de 3.150.	

Según estos datos la proporción de moriscos con respecto a la población cristiana vieja, en el año 1.600 sería aproximadamente de un 32,23 %. Algo inferior a la media general del Reino de Valencia, y que Juan Reglá la coloca, para finales del siglo XVI en un 34 %⁽¹⁵⁾.

Y no ha de extrañar que el número de fuegos moriscos sea ahora inferior al número dado por el famoso memorial realizado por los de Orihuela antes de la creación de la Diócesis, y que los cifraba en 3.760. Tengamos en cuenta que, entre 1.520 y 1.570, los moriscos se van alejando de la costa, obligados por la Corona, y se les prohíbe ejercer profesiones en el litoral, como la pesca, salinas, etc., por seguridad. Muchos de ellos tuvieron que trasladarse más al interior, especialmente, en la mitad norte de la provincia alicantina, que no pertenecía a la Diócesis de Orihuela.

El total de fuegos o casas en toda la Diócesis en 1.600, que es la época que nos interesa, en cuanto que en ese año se celebró el Sínodo Diocesano, es de un total de 12.630. Sin duda podemos añadir algunos fuegos más, diseminados. El mismo Obispo, en su Relación, habla de Villafranzeza y no señala datos. De todas formas, aplicando el coeficiente 5, que creemos es el correcto por término medio⁽¹⁶⁾, nos dará un total aproximado de más de 63.150 habitantes.

II. 1.—*La problemática morisca en la Diócesis de Orihuela.*

Existía un gran recelo entre la mayoría católica y la minoría morisca, pues eran comunidades antagónicas por sus usos y costumbres, lengua y religión, sintiéndose molestos y, a veces, molestados, los cristianos viejos en los núcleos de mayoría morisca y viceversa⁽¹⁷⁾.

No vamos a hacer aquí un estudio sobre los moriscos, entre otros motivos porque ya lo han realizado otros autores⁽¹⁸⁾ y, sobre todo, porque sería salirnos del tema propuesto en nuestro trabajo. Veremos brevemente los datos y hechos que nos dan los tratadistas del tema y sólo utilizamos algunos como punto de partida para poderlo relacionar con la actividad pastoral y reformadora del Obispo Esteve. Añadiremos aquellos apuntes que, por ser inéditos y fruto de nuestra investigación, no han podido ser utilizados hasta ahora.

No nos ha de extrañar que el morisco, convertido en su mayoría a la fuerza⁽¹⁹⁾ continuara siendo islámico y practicando, en la medida de lo posible, las ceremonias del culto islámico. Y así lo enseñaron a sus descendientes, que eran los moriscos que poblaban estas tierras en la época que nos ocupa. Esta facilidad para externamente cumplir, a veces, como cristianos y privadamente seguir con los ritos musulmanes, exasperaba a las autoridades religiosas cristianas.

Sin embargo, tenía su fundamento en el mismo Islam, que sostiene que el creyente no debe exponer su vida por la práctica religiosa. La «taqiyya»⁽²⁰⁾ le permite aceptar externamente una religión impuesta, siempre que en su interior permanezca fiel al Islam. Así el musulmán, sin que esto suponga apostasía de su fe, podrá realizar las prácticas cristianas y, en secreto y cuando pueda, cumplir con sus obligaciones islámicas. Esta es una actitud aceptada como mal menor.

Con esta postura mental, es comprensible que durante lustros los moriscos continuaran siendo islámicos, y lo difícil que resultaba la predicación cristiana entre ellos y los deseos de su auténtica conversión.

El dogma que más les repugnaba era el de la Santísima Trinidad, por el principio básico de que Dios es uno y único; y los polemistas moriscos recurrieron incluso a los Evangelios para rechazar dicho misterio. Este tema enlaza directamente con el de la naturaleza de Cristo, negando su divinidad. Es un profeta, como Mahoma. Y los milagros no son argumentos, pues también otros profetas, entre ellos Mahoma, los hicieron.

Al negar la divinidad de Jesús, quitaron todo valor redentor a la Crucifixión, que es fuente de escándalo para los moriscos. Por otra parte, la salvación es algo particular y la idea de una redención universal es contraria a esa responsabilidad individual, sin ninguna mediación⁽²¹⁾.

Así, un dogma fundamental para el cristiano como la Resurrección, se convierte en mera anécdota y sólo aceptan que Jesús subió a los cielos para volver al final para oponerse al anticristo e inaugurar una era de paz.

La Iglesia es una institución humana y sus mandatos sólo son preceptos humanos, sin que constituya pecado la transgresión de los mismos⁽²²⁾.

Los moriscos rechazaban los Sacramentos, especialmente Bautismo, Penitencia y Eucaristía. No daban gran importancia al hecho de recibir el Bautismo, lo que no impide que buscaran estrategias para evitarlo. Y cuando no lo podían evitar, se lavaban secretamente con agua caliente «les roen la chrisma y ponen nombres moros»⁽²³⁾ y eran circuncidados.

Respecto a los demás Sacramentos y el rechazo de los sacerdotes, a través de los cuales, les llega en la mayoría de los casos, su única visión de la Iglesia, era enorme. Puede verse ampliamente en el artículo de Rafael Benítez y Eugenio Ciscar⁽²⁴⁾.

Complejo es el problema del matrimonio; había moriscos que no se casaban por la Iglesia y, por tanto, ante ésta estaban amancebados. Otro problema es el de los matrimonios en grados de consanguinidad prohibidos. La costumbre de casarse, incluso entre primos hermanos, la mantienen, y veían en las dispensas canónicas un modo de sacar dinero, y procuraban evitarlas.

Aunque se casaran por la Iglesia, también celebraban la boda según sus ritos. El comienzo de la cohabitación debía tener gran notoriedad. Se celebraba un convite con bailes y zambras y las abluciones, baños, danzas y cantos eran corrientes cuando la novia era llevada a casa del novio⁽²⁵⁾.

Con motivo de la muerte, antes de avisar al Cura, realizaban sus propias ceremonias⁽²⁶⁾ y, normalmente, cuando llegaba el sacerdote, ya había muerto o estaba inconsciente. El morisco fallecía haciendo la «çala», es decir, reafirmandose en su fe islámica. Después de la muerte, se le lavaba—el «guadoc»—de forma ritual, se le aplicaban unguentos y se le amortajaba con lo mejor. Evitaban ser enterrados en las Iglesias y se hacían profundas tumbas en tierra virgen, enterrándole a veces con comida y joyas, y siempre de cara a la «alquibla», cubierto con losas o tablas y luego tierra.

Sin embargo, no podemos generalizar y los investigadores se preguntan si el rechazo del cristianismo, el incumplimiento de sus preceptos y las prácticas musulmanas eran algo común a todas las comunidades moriscas. Benítez y Ciscar contestan a esta pregunta⁽²⁷⁾:

«Las respuestas a estas cuestiones sólo empiezan a vislumbrarse al compás de las nuevas investigaciones. Existen moriscos cuya fe cristiana es firme; clérigos moriscos provenientes de una capa social media y para los que la Iglesia supondría una forma de ascenso social; casos de moriscos cuya ortodoxia cristiana motiva el rechazo, incluso violento de sus congéneres; una nobleza morisca captada por la clase dirigente cristiana vieja. En el extremo contrario se encuentran aquellos que no pueden soportar la tensión constante que la práctica de la «taqiyya» implica, que se rebelan ante la presión de todo tipo a que los cristianos viejos les someten y que optan por la emigración clandestina o por el bandolerismo y la piratería, íntimamente ligados a ellas»⁽²⁸⁾.

No obstante, parece ser que la mayoría de los moriscos siguen con sus ritos y prácticas, sobre todo allí donde eran más numerosos, como ocurría en algunos lugares de nuestra Diócesis. Y aunque en el aspecto cultural estaban lógicamente empobrecidos, puesto que tenían que practicar su religión de forma subterránea, los moriscos de este reino conservan su forma dialectal árabe, mientras que los castellanos y posiblemente los de Aragón ya no la entendían.

Esto era una seria dificultad para su catequización. Ya en la Junta de Prelados de Valencia de 1.561 se ordenó que:

«se les quite el leer y escribir árabe y se les dé orden de cómo aprender la lengua vulgar del Reyno»⁽²⁹⁾.

Y más tarde, en otra Junta de Prelados de Diciembre de 1.564, el Arzobispo Martín de Ayala y los demás Prelados insistían en que los Predicadores:

«Sepan la algarabía y si no los hubiese buscarlos en otras partes, para que éstos los enseñen y adoctrinen»⁽³⁰⁾.

Esta será una de las grandes preocupaciones del Obispo Esteve, como veremos más adelante.

La instrucción musulmana estaba en manos de los alfaquies, que siguen existiendo en Valencia y Aragón, aunque han desaparecido en Castilla. Por eso la represión es especialmente dura con ellos.

La instrucción religiosa cristiana también era muy deficiente y estaba llena de prejuicios y de supersticiones. Refiere Ricardo García Carcel que:

«la mayoría de los moriscos procesados por la Inquisición ignoraban la doctrina cristiana, no sabiendo ni siquiera santiguarse. Muy pocos habían llegado a aprender el Padre Nuestro y el Ave María. A cuatro procesados se les encuentran oraciones cristianas en aljamiado, pero de ellos sólo Francisco Azán supo decir el Padre Nuestro, el Ave María y el Credo en romance; los demás no pasaron del Padre Nuestro y el Ave María»⁽³¹⁾.

Queremos dejar constancia, que el reparto geográfico de los moriscos era bien claro. Los cristianos viejos ocupaban—en nuestra diócesis y en toda la provincia—las ciudades y las huertas. Los pocos moriscos que había en estos sitios estaban confinados a los suburbios, como en Elche. Los moriscos predominaban en las tierras de secano, en las sierras. Por tanto, la huerta de Valencia era enteramente cristiana, como la plana de Castellón, la ribera del Júcar y las huertas de Alicante, Elche y Orihuela y, como dice Reglá⁽³²⁾, los moriscos escaseaban también en los lugares de jurisdicción real y eran poco numerosos en los de jurisdicción eclesiástica; abundaban en las tierras de barones y señores, concretamente, en nuestra Diócesis, en las del Conde de Elda, el Marqués de Elche o el Conde de Centaina.

Otra preocupación que tenían las autoridades de la época era el crecimiento demográfico. Henry Lapeyre, en su conocida obra⁽³³⁾ dice lo siguiente:

«Cette période (de 1.563 à 1.609) offre un contraste violente avec la précédente. Elle correspond à une formidable poussée démographique. Le royaume passe⁽³¹⁾ de 64.075 feux à 96.731, soit une augmentation de 50'9 %... Or, le rythme d'accroissement des Morisques est beaucoup plus rapide que celui des vieux chrétiens. Ils passent de 18.683 feux à 31.715, soit une augmentation de 69 %, tandis que le reste de la population passe de 44.894 feux à 65.015, soit une augmentation de 44 %».

Apunta dicho autor que este fenómeno general, no sólo en España, sino en Europa, es debido en parte a que han sido mejores las cosechas y ha habido menos epidemias.

Pero el problema sigue en pie. ¿Porqué aumentan mucho más los moriscos que los cristianos viejos?. Y el mencionado autor responde:

«L'une des causes de l'accroissement rapide des morisques avait déjà été remarquée par les contemporains: c'était l'absence du célibat ecclésiastique dans la religion musulmane. Tous se mariaient⁽³⁵⁾, du contraire, parmi les Chrétiens, l'effectif du clergé était si élevé que le nombre des mariages en était notablement diminué...⁽³⁶⁾.

y añade que en Valencia, sobre una población de 50.000 almas había más de 1.500 eclesiásticos, es decir, de cada ocho varones, uno era célibe. Prácticamente la misma proporción que en Orihuela.

Pero creemos que no sólo sería esa la causa. También podríamos añadir el hecho de que al ser más libres en el aspecto sexual⁽³⁷⁾, se casaban incluso por la Iglesia en tiempos prohibidos—mintiendo en cuanto a las causas—y además más jóvenes, pues las mujeres se solían casar a los 18 años, y los cristianos más tarde. Además:

«el morisco valenciano no tuvo hacia el matrimonio los prejuicios morales y sociológicos del cristiano. No existe el fracaso matrimonial entre los moriscos... Quizá la razón sea la ausencia de tabúes hacia conceptos como el incesto o la promiscuidad sexual, perfectamente asumidos y justificados en un contexto endogámico y que, desde luego, provocaron críticas acerbas por parte de los Obispos del frente cristiano... Diversos memoriales de las ceremonias moriscas hacen constar «que se casan sin dispensación con sus primas hermanas y las dexan cuando quieren y se casan con otras con toda cerimonia de moros»... El mito del amor libre se vería reforzado lógicamente por la endogamia familiar de los mismos. Hay muy pocos casos de matrimonios mixtos...»⁽³⁸⁾.

Sin embargo, los moriscos no constituían una clase social específica; había entre ellos una minoría aristocrática, una burguesía enriquecida, un artesanado activo y una sufrida masa de labradores y jornaleros⁽³⁹⁾ que en nuestra Diócesis, eran la gran mayoría.

Todo lo que acabamos de decir creaba una serie de problemas diferentes y no sólo de tipo religioso. Juan Reglá comenta:

«En la España del siglo XVI, una minoría nacional perfectamente diferenciada, la de los moriscos, planteó al Estado graves problemas de índole interior e internacional. Disidente

en materia religiosa, y por tanto, en tipo de civilización, los moriscos constituyeron siempre la «quinta columna» en potencia—en algunas ocasiones incluso en acto—vinculada a cualquier eventualidad de la lucha mediterránea entre los imperios hispánico y otomano. Además, cuando las crisis religiosas del Quinientos abrieron un abismo entre España y los países protestantes, la cuestión morisca se involucró también en los problemas planteados por la nueva coyuntura. Con un alzamiento morisco especularon Antonio Pérez y los hugonotes franceses. Ello pone de relieve tanto la gran complejidad de la cuestión cuanto la necesidad de que ésta sea planteada, si se quiere percibir su verdadera esencia en el ámbito de la problemática general de la época...»⁽⁴⁰⁾.

Podemos decir con Braudel⁽⁴¹⁾, que:

«No hay un solo problema morisco, sino varios, y cada uno de los grandes grupos moriscos—castellanos, aragoneses, valencianos—dentro de una problemática común, tienen una diversa actuación, fruto de su diferente evolución histórica».

La del grupo de nuestra Diócesis tiene sus particularidades y, por tanto, también serán peculiares las diversas actuaciones de los Prelados, concretamente la del Obispo Esteve, para lograr en lo posible su conversión sincera y asimilación. Y como las normas y disposiciones se dan en función de unas personas y casos concretos, nos hemos permitido hacer este «status quaestionis» para así poder comprender mejor la labor reformadora de Esteve y el porqué de sus visitas, sermones, actuaciones con unos y con otros, y disposiciones referentes a los moriscos.

No hemos de olvidar que una de las razones más importantes de la creación de esta Diócesis, según se hace constar en las Bulas de creación, era precisamente:

«formar mejor a los indígenas mahometanos que Jaime, Rey de Aragón, dejó quedasen aquí».

2.—*Erección de Curatos en los lugares de moriscos del Obispado de Orihuela.*

El expediente inédito de 1.597.

En el verano de 1.978 tuvimos la suerte de encontrar en el Archivo de la Catedral de Orihuela⁽⁴²⁾ el expediente traducido al castellano⁽⁴³⁾ de la erección de Curatos en los lugares de moriscos del Obispado, realizado durante el Pontificado de Don José Esteve Juan.

Comienza el expediente con un Breve de Clemente VIII en el que se re-

cuerda que, ya a petición de Felipe II, Gregorio XIII había enviado sendos Breves el 16 de Julio de 1.576 y el 30 de Agosto de 1.577 para que en el Reino de Valencia se creasen parroquias y vicarías. Pero que ahora:

«para la mejor y más cómoda educación e instrucción de estos moriscos nuevamente convertidos y sus descendientes en la católica fe y doctrina, convenía erigir de nuevo otras Iglesias parroquiales o vicarías en los Obispos de Valencia, Tortosa, Segorbe y Orihuela...».

El Papa, a ruegos del dicho Rey Felipe II⁽⁴⁴⁾ encarga a los respectivos Obispos que en dichos lugares de moriscos puedan erigir nuevas Parroquias, o dividirlas, o las ya erigidas dotarlas convenientemente y una vez hecho esto, que pueden realizar conjuntamente todos los Obispos, o por separado, den cuenta a la Sede Apostólica:

«para que desta suerte podamos establecer, determinar y ordenar lo que más pueda conducir para mayor gloria de Dios... utilidad de los moriscos...».

Concediendo a los dichos Arzobispos y Obispos toda la autoridad que fuera necesaria por otro Breve de 27 de Febrero de 1.597:

«Habiendo dicho Joseph Obispo visitado todos los lugares en su Obispado de Orihuela... cumpliendo de esta suerte con la obligación de su oficio pastoral y considerando que en dicho su Obispado había onze Lugares de Neofitos (como se verá) que conbenía instruir en la fe catholica y sus preceptos... por tanto hizo varias erecciones, fundaciones, divisiones y distribuciones de Iglesias parroquiales...».

Y se expone a continuación la carta que el Obispo Esteve envía a Clemente VIII, dándole cuenta de su gestión, como resultas del Breve recibido del Papa que lleva fecha de 27 de Febrero de 1.597 (y que copia íntegro). El Breve está reducido a «público instrumento» por Notario el 2 de Marzo de 1.597.

El Obispo continua:

«cuyo Breve encendió en el pecho de Phelipe II tal cuidado y ardiente celo para que los nuevos christianos y descendientes destos fuesen instruidos en la verdadera fe y religión; que como a heredero y sucesor de tal Padre, Phelipe III⁽⁴⁵⁾ (no sólo en el Reyno, sino también en el zelo de desterrar la secta mahometana de sus reinos) luego que tomó las riendas del Gobierno, no tuvo otra mira que ver como hacer que todos los Obispos de sus Reynos pensasen en lo mismo...».

El Obispo prosigue diciendo que, deseando cumplir los deseos del Papa, de Felipe II y Felipe III empezó a encargarse de este negocio y se

nombraron el Lcdo. Feliciano Figueroa, Deán y Canónigo de la Catedral de Valencia por el Rey Felipe II⁽⁴⁶⁾ y Don Juan Bautista Forner, canónigo de Orihuela y Vicario General por el Obispo Don José Esteve, que examinaron atentamente las rentas, emolumentos y frutos necesarios para dotar a dichas parroquias; y todo lo había enviado al Papa, afirmando que está realizado:

«con tal orden, que ni se pudo hacer ni desear mejor»,
por lo que lo envía a Roma para que el Papa lo apruebe y confirme.

Los dos representantes y delegados visitaron uno a uno todos los lugares de moriscos de la Diócesis. Se afirma que se han dotado hasta 100 libras de moneda valenciana cada parroquia, «a voluntad, zelo y dirección de Phelipe II Rey de las Españas. El tenor de lo trabajado es como sigue» y aquí el Obispo copia literalmente el informe de los comisionados y que nosotros vamos a intentar resumir, constatando únicamente los datos que consideremos más interesantes, como son los estadísticos ya que son datos nuevos; y lo que se va a realizar en cada lugar y que refleja la labor reformativa del Obispo Esteve.

ORIHUELA

3.000 casas de cristianos viejos y 40 casas de moriscos.

Los moriscos no tienen Iglesia parroquial ni párroco; se acuerda que en el Oratorio que hay cerca de Santa Justa con la invocación de Pablo Apóstol, que no tiene ningún destino, sea para que los moriscos oigan Misa, debiendo los tres sacerdotes de Santa Justa, por turno, celebrar Misa en dicho Oratorio y explicar la doctrina cristiana. Se nombrará un alguacil para que les obligue a oír Misa, multándoles en caso necesario.

REDOVAN

32 casas de cristianos viejos y 34 de nuevamente convertidos.

Hay parroquia bajo la invocación de San Miguel Arcángel. La cura de almas se cumple regularmente por un sacerdote mercenario⁽⁴⁷⁾, quien para su mantenimiento tiene las primicias de dicho lugar y otras cinco libras que le da el Obispo y Cabildo de Orihuela. Se disponen los medios para que sea dotado y dice:

«Y por cuanto es muy natural que las obejas tengan Pastor propio de quien conozcan, e igualmente el a ellas, quien no haga como criado pagado, que al ver venir el lobo huye, antes bien deva dar su vida y cuenta de ellas, y debiendo ser instruidos dichos moriscos en la fe catholica; por tanto en dicha Parrochial iglesia de... debe constituirse un Rector y parrocho propio, quien exerse el Cura de Almas, quien obtenga

la rectoría o parroquial Iglesia por concurso según el Decreto de la Sda. Congregación al qual se le señale...».

Esta fórmula se repite sustancialmente en cada uno de los lugares visitados y por esto la hemos puesto ahora completa.

Termina con el total de rentas con que dota la parroquia para el honesto sustentamiento del párroco⁽⁴⁸⁾.

COX Y GRANJA

170 casas de cristianos nuevos.

Hay Iglesia parroquial de San Juan Bautista. Su cura de almas por sacerdote mercenario puesto por el Ordinario, que celebra los domingos dos misas, una en Cox y otra en la Granja, en donde hay 70 casas y está anexo a Cox.

Se propone que sea nombrado párroco por concurso, como en el caso anterior. Y se pide que el lugar de la Granja se desmembre y separe de Cox y se erija otra nueva parroquia, con párroco propio.

Se ordena que las tierras que antes pertenecían a la Mezquita pasen a la parroquia, siendo a cargo del Cura y jurados del pueblo la administración de dichas tierras y sus rentas.

LA GRANJA

70 casas de moriscos, anexo a Cox⁽⁴⁹⁾.

Está atendida por el mercenario de Cox, pero como en tiempo de lluvia se hace dificultoso que uno mismo atienda a los dos, y celebre dos Misas y explique la doctrina cristiana, se pide la desmembración y se cree la parroquia bajo la advocación de San Pedro Apóstol y se ordene que paguen el Cabildo y los sacerdotes beneficiados de Santa Justa y de Santiago de Orihuela, que cobraban los diezmos y que complemente Don Juan Rocamora, su dueño temporal.

ALBATERA

Tiene 233 casas de cristianos nuevos y viejos.

Hay parroquia de San Jaime, con sacerdote mercenario, nombrado por el Ordinario, a quien se le dan 76 libras, 16 sueldos con 6 libras más que daba la Universidad para que cuidara de la instrucción de los niños⁽⁵⁰⁾.

Se pide que se nombre un párroco, con la misma fórmula ya dicha.

Se pide que se acabe la Iglesia, cuyos cimientos están hechos, y la casa del Cura y que las tierras de la mezquita pasen a la parroquia.

CREVILLENTE

Tiene 422 casas de cristianos nuevos. Pertenece al Marquesado de Elche.

Desde que los moros se convirtieron tiene Iglesia parroquial, con sacerdote mercenario, a quien paga el señor temporal cincuenta libras, pues cobraba los diezmos con la obligación de mantener a un sacerdote. Los diezmos ascendían a 600 libras⁽⁵¹⁾.

Con la misma fórmula ya dicha, se pide que se nombre un Cura propio y darle hasta 100 libras y se dice «que el dueño temporal debería pagar otras 25, por el mismo motivo que antes pagaba 50 solamente» y otras 25 la Universidad de dicho lugar, pudiendo con estas 100 libras y demás emolumentos de pie de altar, mantenerse con decoro. Se pide que se edifique la casa del Cura.

ELCHE

El arrabal está separado y se compone de 380 casas de cristianos nuevos,

«y circundados de murallas y para entrar en ellas sólo hay una puerta».

La Iglesia parroquial de San Juan Bautista es la que antes fue mezquita.

Tiene un sacerdote mercenario que celebra Misa todos los domingos y fiestas. Su dueño temporal es el Duque de Maqueda⁽⁵²⁾ y acostumbra a dar 17 libras, 12 sueldos y la Universidad de dicho arrabal daba 18 libras y 9 sueldos. Cobraba el Duque de Maqueda 1.500 libras por los diezmos.

Y con la fórmula acostumbrada pide que se nombre párroco que resida y se determina quiénes han de pagar hasta las 100 libras. Las rentas que antes fueron de la mezquita pasan al párroco y se pide que la Iglesia empezada se remate y:

«una vez rematada la obra, la que antes era mezquita y en donde en el día se dice Misa, destrúyase totalmente, sin dejar memoria de ella».

ASPE

Tiene 386 casas de cristianos nuevos y 70 de viejos, sumando un total de 456.

«Hay Iglesia parroquial con la invocación de Santa María, que es la misma que antes era mezquita. Su cura de almas se realiza por dos sacerdotes mercenarios, a quienes el Duque de Maqueda acostumbra dar 69 libras valencianas, por todos los

diezmos que percibe de dicho pueblo que ascienden a 1.400 libras».

Se hace constar que el mencionado Duque de Maqueda y Marqués de Elche cobraba los diezmos en base a una concordia celebrada entre el Obispo y Cabildo de Cartagena de una parte, y Don Juan Ruiz de Corella, dueño de los lugares de Novelda, Aspe, Petrel y Salinas de otra, sobre los diezmos; dicha concordia se celebró el 30 de Agosto de 1.494 en la villa de Aspe y se obligó el dueño a cambio de sostener un sacerdote⁽⁵³⁾.

Y con la misma fórmula se pide que se nombre párroco y además se dote para tener un Vicario para tan crecido pueblo.

Como la Iglesia es la antigua mezquita y amenaza ruina por su antigüedad, se pide que se edifique otra nueva y una vez concluída se derribe la antigua mezquita pasando sus bienes a la parroquia nueva, y la administración a cargo del Ecónomo y Rector.

NOVELDA

400 casas de cristianos nuevos y 100 de viejos, con un total de 500.

Hay Iglesia parroquial, bajo la invocación del Nacimiento de la Virgen, que es (como demuestra el edificio y señales) la antigua mezquita de los moros.

Tiene dos sacerdotes mercenarios nombrados por el Ordinario, a los que el Marqués da 100 libras por todos los diezmos que percibe y que ascienden a 990 libras, 8 sueldos, en virtud de una concordia entre el Obispo y Cabildo de Cartagena y Don Pedro Masa de Visona, dueño temporal, firmada el 20 de julio de 1.498.

Y con la fórmula de siempre, pide que se nombre un Cura propio y perpetuo y que tenga Vicario. También determina cómo han de ser dotados.

Como se empezó la Iglesia nueva y está para terminarse, una vez que se coloque en ella el Smo. Sacramento, se derribará la antigua mezquita, aplicándose a la nueva Iglesia sus rentas.

MONOVAR

Se compone de 250 casas de moriscos y 30 de cristianos viejos, con un total de 280.

Hay Iglesia parroquial de San Juan Bautista desde la conversión de los moros.

Su cura de almas está a cargo de un sacerdote mercenario nombrado por el Ordinario, a quien daba su dueño temporal 60 libras, por todos los diezmos que cobraba y que ascendían a 1.644 libras⁽⁵⁴⁾. Esto por la concordia antes mencionada en relación a Novelda.

Se pide que se nombre párroco propio y perpétuo, determinando su dotación. Se hace constar que los vecinos del lugar:

«no han acostumbrado pagar Primicias, por más que sean debidas al propio párroco por derecho divino».

Cuando se nombre párroco deberán pagar dichas primicias; se pide que se edifique casa abadía y se apliquen a la Iglesia las rentas de la antigua mezquita.

ELDA

Tiene 360 casas de nuevos convertidos y 80 de cristianos viejos, sumando un total de 440.

Hay una antigua parroquia con el título de Santa Ana. Ha estado atendida por dos sacerdotes mercenarios, a los que el Conde de Elda entrega 100 libras por los diezmos que percibe que ascienden a 107 libras, en razón a una concordia celebrada el 30 de Agosto de 1.494 entre el Obispo y Cabil-do de Cartagena y Don Juan Ruiz de Corella, Conde de Concentaina.

Y con la fórmula acostumbrada se pide que tenga párroco propio y un coadjutor. Se pide que se edifique la casa abadía y se acabe la tercera parte de la obra de la Iglesia que falta terminar y se derribe la antigua mezquita que está ahora bajo la advocación de Santa Catalina mártir y que las rentas pasen a la nueva Iglesia.

PETREL

240 casas de cristianos nuevos y 7 de cristianos viejos. Hay una Iglesia parroquial muy antigua dedicada a San Bartolomé.

Tiene presbítero mercenario a quien el Conde de Elda da anualmente 35 libras, en razón de los frutos que percibe de dicho pueblo y que ascienden a 700 libras⁽⁵⁵⁾. Los vecinos se habían comprometido a pagar otras 15 libras a cuenta de las primicias, pero no acostumbraban a pagarlas.

Se pide que se nombre párroco y se provea a que llegue a las 100 libras.

Se deberá edificar sacristía y casa abadía y las rentas de la antigua mezquita se aplicarán a la nueva Iglesia.

Termina la relación haciendo constar que ambos comisionados, para estudiar bien las cosas, han estado:

«en todos los lugares de moriscos de dicho Obispado de Orihuela, que son once, a más de la ciudad de Orihuela a saber, Redován, Coix, La Granja, Albaterra, Crevillent, Arrabal de Elche, Aspe, Novelda, Monóvar, Elda y Petrel».

y han indagado el valor de los frutos, así de primicias como de diezmos.

Todo se ha hecho a semejanza de lo realizado en el Reino de Valencia, por encargo del Señor Juan de Ribera, Arzobispo de Valencia, que también aprobó la Santa Sede. Y da fe Jaime Pallarés, Pbro. Beneficiado de la S. Iglesia de Valencia, y Notario Apostólico que dice haber intervenido en todo, juntamente con el Lcdo. D. Feliciano de Figueroa, Decano y Canónigo de Valencia y con Juan Bautista Forner, oficial y Vicario General de Orihuela, habiendo otorgado escritura de todo lo expresado.

Se hace relación de la forma de dotación antigua, por personas o entidades y lo que tendrán que contribuir ahora. El Obispo examina todo y lo aprueba y manda expedir estas letras en Orihuela a 14 de Abril de 1597. Poco más de un mes habían tardado los comisionados en visitar los lugares y hacer el informe.

El Obispo, al parecer, piensa y madura todo muy bien—sin duda confirmando algunos extremos y resolviendo personalmente dificultades—porque dice que lo hecho por los comisionados:

«me ha parecido muy excelso y digno de aprobación y confirmación de Vuestra Santidad, conteniendo en sí quanto puede conducir para el mayor provecho y utilidad de las referidas Iglesias parroquiales, y salud de las almas y utilidad de los christianos nuevamente convertidos».

Lo envía todo al Papa, firmando en Caudete a 15 de Febrero de 1599⁽⁵⁶⁾.

El Papa, atendiendo las súplicas del Rey Felipe II y del Obispo Esteve «que con tanto zelo nos lo han pedido» aprueba y confirma las erecciones, desmembraciones y dotaciones de dichas Iglesias Parroquiales, hechos con autoridad apostólica por José Obispo, supliendo cualquier defecto que de derecho o hecho pudiera haber en la ejecución:

«Y según lo dispuesto prudentemente considerado y pensado sobre este particular por el mismo Joseph Obispo determinamos... e imponemos a la Mesa Episcopal de Orihuela, Fábrica, Mesa Capitular de la mesma Iglesia de Orihuela, a las Dignidades, Canónigos, Rectores y Beneficiados y a los demás arriva dichos de la Ciudad y Obispado de Orihuela, todas las cargas y pagas que se devan hacer por los modernos y quales quiera que por tiempo existieren...».

Y les obliga para siempre a cumplir con esta obligación bajo pena, si es Obispo de no poder entrar en la Iglesia y los inferiores la excomunión. Sin que puedan ser absueltos si no pagan:

«excepto en el caso de estar alguno en el artículo de la muerte».

Se deberán contar seis meses desde la fecha en que debían pagar, y si pasaran otros seis meses, el Obispo quedaría suspenso del Gobierno de su Diócesis y los demás privados para siempre de sus beneficios, sin que estas letras puedan ser revocadas y deben tener su pleno cumplimiento y que todos las hagan cumplir⁽⁵⁷⁾.

Y si alguno incurriera en entredicho⁽⁵⁸⁾ o excomunión se publique en las Iglesias los Domingos y fiestas cuando hay más concurso:

«para que corriendo la noticia, todos los eviten como a tales...» pudiendo servirse los Colectores nombrados de la justicia secular, sin que valgan otras normas, ni la del Concilio Lateranense que prohíbe dicha pensión sobre rentas de cualesquiera Mesas Episcopales o Iglesias Metropolitanas⁽⁵⁹⁾ declarando nulas todo lo dicho o mandado anteriormente en contra.

La Bula está firmada en Roma el 20 de Mayo de 1.602 y firmada por Clemente VIII.

El Notario hace copia auténtica de dicho Breve secreto, en la misma fecha.

Esto es resumido el contenido de todo el expediente que demuestra el gran interés del Obispo por la conversión de los moriscos, llevando a efecto todo lo que está al alcance de sus facultades.

3.—Censo e índice demográfico que se debe aplicar en los fuegos o casas de moriscos de esta Diócesis.

Estudiado el expediente para la creación de nuevas parroquias de moriscos, séanos ahora permitido hacer una comparación con los datos demográficos de las visitas ad limina de 1.601, y luego estudiaremos el índice que consideramos se debe aplicar, sólo respecto a los moriscos.

Lugares	N.º de casas según el expediente de 1.597	N.º de casas según visita de 1.601
Orihuela	40	—
Redován	34	70 ⁽⁶⁰⁾
Cox	170	150
La Granja	70	50
Albatera	233 ⁽⁶¹⁾	200
Crevillente	422	más de 400
Elche	380	500
Aspe	386	500
Novelda	400	350
Monóvar	250	280
Elda	360	450
Petre ⁽⁶²⁾	240	200
TOTALES	2.985	3.150

La diferencia no es notable ya que sólo ha habido un aumento de 165 fuegos en 1.601.

El problema estriba ahora en calcular la población total de estos fuegos o casas. Juan Reglá⁽⁶³⁾ dice que Lapeyre había adoptado el índice 4'5, pero que él adopta el de 5 por que fue el que se empleó en 1.609 para confeccionar la relación total de los moriscos expulsados en el Reino de Aragón.

Ricardo García Cárcel⁽⁶⁴⁾ escribe:

«Así pues el coeficiente demográfico (número de habitantes por fuego), tan debatido, quizás haya que rebajarlo. En Cuenca, el coeficiente propuesto por M. García Arenal es del 3'6; para Granada, tanto Ruiz Martín como Vicent aportan el coeficiente 4. Para Valencia, nos inclinamos por esta cifra, desde luego por debajo de las establecidas por H. Lapeyre (4'5) y J. Reglá (5). El mayor diferencialismo del régimen demográfico morisco respecto al cristiano radicó evidentemente en la trascendencia dada al linaje y en la concepción mucho más libre y desprejuiciada del matrimonio.»

Con todo el respeto que nos merece el señor García Cárcel, hemos de manifestar nuestra completa y más absoluta disconformidad con su opinión. No sólo no hay que rebajar el índice demográfico, sino que, para los habitantes moriscos de esta Diócesis, hay que aumentarlo. Incluso nos parece bajo el índice aceptado por Reglá y que tiene un fundamento histórico. Creemos que no se puede adoptar un índice para grandes extensiones, como el Reino de Aragón, cuando las condiciones de vida, ambientales e incluso climatológicas son tan diversas; y esto aún teniendo en cuenta la elevada tasa de mortalidad infantil de la época.

Basamos nuestra postura precisamente en el testimonio del Obispo Don José Esteve. Así, en la «relatio ad limina» del 1 de Octubre de 1.601⁽⁶⁵⁾ dice que sumados las casas de los lugares de moriscos pasan de tres mil⁽⁶⁶⁾ y añade algo muy importante:

«est enim moris huius gentis plerosque de familia et genere eadem in domo habitare».

Si esto lo resalta el Obispo es porque le llama la atención y es algo distinto de lo que ocurre entre los cristianos viejos. Viven por tanto, juntos la familia y parientes y linaje. Y por si esto fuera poco, cuando habla del número de los que comulgan, dice que son más de doce mil. Es decir, que él ya está aplicando el índice 4, sólo para los que comulgan. Y hemos de recordar que, en aquel tiempo, se empezaba a recibir la Eucaristía hacia los catorce años. Contemos además los que no comulgan, por diversas razones.

Por tanto, y en base a lo afirmado por el Obispo Esteve en su «relatio», llegamos a la conclusión que para los moriscos de esta Diócesis, el índice demográfico por cada fuego o casa, debemos fijarlo en un 6 o quizás más⁶⁷⁾.

Por tanto, aplicando en esta Diócesis el coeficiente 6—y repito que quizás nos quedemos cortos—tenemos para los 2.985 fuegos que aparecen en el expediente de nuevas parroquias de 1.597, un total de 17.910 habitantes; y para las 3.150 casas de la visita ad limina de 1.601, un total de 18.900 personas.

Coincidimos, por tanto, plenamente con los resultados de la valiosa comunicación de Barceló M. al Congreso de Historia del País Valenciano; Barceló utiliza fuentes totalmente distintas, y que nosotros asumimos también, y que confirman las conclusiones a que hemos llegado con nuestras fuentes inéditas y argumentos antes relatados⁶⁸⁾.

4.—*El Sínodo de 1.600 y los moriscos*

El gran Sínodo de 1.600 que convocara y presidiese Don José Esteve también trató aspectos referentes a los moriscos. No podía ser de otro modo, dada la problemática que la comunidad morisca planteaba en la Diócesis y la visión pastoral y reformadora del Obispo.

Empecemos afirmando que, en principio, todo el articulado del Sínodo se ha de aplicar también a los nuevos convertidos, pues al menos en teoría, Don José Esteve era su Obispo y Pastor. Pero veamos los puntos específicos del Sínodo sobre los moriscos, que en el articulado van intercalados, generalmente, en los capítulos ordinarios.

Se constata que los moriscos, debido a sus errores, están impedidos para aprender nuestra religión; y por tanto, hay que tratarlos con mayor diligencia. Por tanto, para que, con motivo de las bodas, aprendan la doctrina cristiana, los párrocos que vean que los novios ignoran los rudimentos de nuestra fe, no los casarán sin consultar al Ordinario⁶⁹⁾.

El Capítulo IV está totalmente dedicado a los moriscos—y es el único que encontramos así en todo el Sínodo—. Lo titula «Los párrocos de moriscos pongan su diligente esfuerzo en la conversión de los mismos».

Empieza afirmando que el mismo Obispo les ha predicado y se ha conseguido que muchos dejaran sus vestidos y han confesado sus pecados y detestado sus errores con lágrimas. Exhorta por tanto a los Rectores a que los traten con mayor interés y solicitud pastoral, que no los angustien con molestias ni los cansen, sino con entrañas de caridad, paciencia y piedad y sólo se preocupen del bien de sus almas⁷⁰⁾.

Al hablar del Bautismo⁽⁷¹⁾ ordena que los moriscos elijan como padrinos a aquellos que luego vayan a enseñarles la piedad y religión y que parezca que tendrán interés por adscribir a sus hijos en el número de cristianos.

En el Capítulo XXV⁽⁷²⁾, que es el primero de la segunda sesión y trata de que los clérigos no tengan conversaciones ociosas en la Sacristía o en la Iglesia, dice que se dé a los moriscos el pan bendito los domingos y festivos y que se lo coman enseguida, como acto piadoso⁽⁷³⁾.

En el largo Capítulo XXX⁽⁷⁴⁾, dedicado a las pías voluntades de los difuntos, al final exhorta a los Notarios a que no accedan a hacer los testamentos de moriscos, a no ser que antes, llamado el Rector, se disponga lo que sea mejor para la salvación de su alma y tranquilidad de su conciencia. Quiere que los moriscos dejen al menos seis Misas por sus almas, en el testamento y otras obras pías.

A continuación, trata el Sínodo en el Capítulo XXXI de que los párrocos residan dentro de los límites de sus parroquias y, entre otras cosas, se dice que procuren los nuevos cristianos construir lo antes posible viviendas próximas a las Iglesias para sus Rectores y Vicario, para que puedan vivir decentemente. De lo contrario, según lo mandado por el Rey, invocará el auxilio del brazo secular y procederá contra ellos⁽⁷⁵⁾.

En el Capítulo L trata de la veneración que deben manifestar los señores temporales hacia los sacerdotes⁽⁷⁶⁾ y dicen que si quieren promover la conversión de aquellos que no son adultos en la fe, y de los moriscos, deben manifestar el honor debido a las personas eclesiásticas. Por tanto, por las entrañas de Cristo, ruega a los señores temporales de cualquier dignidad, y los amonesta para que a los párrocos de moriscos y a los otros sacerdotes no los traten contumeliosamente, ni los critiquen en corros ni los difamen en los convites, sino que honren a los presentes y respeten a los ausentes. Que no permitan que en su presencia estén descubiertos. Y más adelante añade que promuevan con su ejemplo y autoridad a sus vasallos moriscos en la fe católica y les amonesten para que se aparten de la secta mahometana.

Una vez más el Obispo refleja su preocupación de que los señores temporales han de colaborar más y mejor en la conversión de los moriscos y que, gran parte de culpa de su obstinación, la tenían precisamente los señores.

Ya el Obispo Esteve había expuesto al Rey Felipe II, con toda valentía la gravedad del problema en el discurso o exposición que le dirigió el 17 de Mayo de 1.595 y que publicó Boronat⁽⁷⁷⁾

Por lo visto, el problema continuaba quizás más agudizado ante el proyecto de creación de parroquias en lugares de moriscos de 1.597, pues

los señores preveían que disminuirían sus rentas, y el Obispo en el Sínodo vuelve otra vez a señalar este mal e intenta poner remedio.

Esto es todo lo que aparece en el Sínodo de 1.600 referente de modo concreto y específico a los moriscos. Por supuesto que todas las normas generales dadas en el Sínodo, obligaban también a los moriscos y a sus párrocos o Rectores.

5.—*La problemática morisca a través de las relaciones de «ad limina» del Obispo Esteve.*

La primera visita ad limina que aparece en el Archivo Secreto Vaticano del Obispado de Orihuela es la del Obispo Don José Esteve del 6 de Abril de 1.595. Fue una relación muy breve y sobre los moriscos no dice nada más que hay diez lugares de nuevos convertidos.

La segunda relación del 1 de Octubre de 1.601 es muchísimo más amplia y de un enorme interés documental⁽⁷⁸⁾.

Hace una descripción demográfica de los lugares de moriscos—que ya hemos expuesto antes—y afirma que hay varios lugares de gran riqueza de frutos, en donde los nuevos convertidos profesan secretamente su religión.

El Obispo no recibe los diezmos, con gran perjuicio de su mensa, y los cobran los señores temporales, unos:

«sex millia aureorum redditus ex decimis singulorum annorum colligant»

y al Obispo le dan para la administración de Sacramentos sólo 160 libras. Apunta que sobre este asunto hubo pleito en la Rota Romana y a punto de dictar sentencia se sobreseyó la causa, como consecuencia de la carta del Rey del 2 de Marzo de 1.594⁽⁷⁹⁾.

Y apunta que sobre la conversión y catequesis de los moriscos y su estado y las cosas que se han hecho lo expone en otra carta que se adjunta⁽⁸⁰⁾.

Efectivamente, en esta parte o carta se trata de los problemas de toda índole que existen en la Diócesis y lleva fecha también de 1 de Octubre; fue entregada en Roma junto con la relación anterior que contiene más bien los aspectos temporales.

Después de exponer las dificultades del Sínodo y de los conjuces, habla de los moriscos y les dedica varios títulos, el primero trata «De la visita de los moriscos y de los diezmos que no entregan a la Iglesia». Empieza el Obispo afirmando que, desde que se hizo cargo de esta Diócesis, se preocupó de la catequesis y conversión de los moriscos «quorum in-

gens est multitudo». Visitó por sí mismo sus pueblos, sus costumbres y modos de vida y procuró poner remedio con todas sus fuerzas. Pues nunca sus predecesores habían visitado a los pueblos de moriscos, ocupados en otros graves negocios del comienzo de la Diócesis y también por los gastos que suponen las visitas de los moriscos, de los cuales no se reciben los diezmos de Elda, Novelda, Petrel, Monóvar, Aspe y Crevillente, cobrándolos los señores temporales, así como las primicias, por acuerdos que se hicieron con el Obispo de Cartagena: vuelve a hablar del pleito suscitado ante la Rota Romana y cómo se sobreseyó, como hemos referido poco antes.

A continuación expone el Obispo que en los lugares de moriscos sólo había sacerdotes mercenarios, con un exiguo estipendio de 50 libras anuales, a los que ayudaba el Obispo con limosnas para Misas, para que pudieran continuar con su misión; lo cual era calamitoso, pues además eran nombrados y depuestos al arbitrio de los señores temporales. Para corregir este mal, el obispo había instituído Rectorías a sus expensas, «estando pendiente de la aprobación de Vuestra Santidad la erección de las parroquias», «quod ut fiat etiam atque etiam postulat»⁽⁸¹⁾.

Sobre la catequesis entre los moriscos de esta Diócesis, dice que el Rey Felipe II lo promovió con mucho interés para todo el Reino, y en la misma actitud sigue su hijo Felipe III, dignísimo heredero de la piedad y celo paternos, procurando la educación cristiana de los moriscos.

Por esto el Obispo de Orihuela envió a predicadores piadosos y probos a estos lugares durante año y medio, a sus expensas, para que todos los días instruyeran en los rudimentos de la fe, predicaran los domingos y festivos y en Cuaresma.

No contento con esto—prosigue el Prelado—personalmente visitó todos los lugares de moriscos y, frecuentemente les ha predicado las verdades de la fe y les ha socorrido con limosnas y les mostró la falsedad de la religión mahometana y les persuadió para que no vistieran trajes de moros.

En otro apartado que titula «De fructu huius praedicationis», dice que se ha conseguido mucho, de modo que casi todos los moriscos han aprendido los rudimentos de nuestra fe y casi un centenar pública y privadamente han detestado los errores islámicos; gran parte ya confiesan y asisten a Misa, oyen los sermones y hacen testamento dejando limosnas para sufragios.

Termina diciendo—entre otras cosas—que como no se admiten al matrimonio si no saben los rudimentos de la fe y las oraciones, procuran aprenderlo.

Este es el resumen de los asuntos más importantes que Don José

Esteve expone al Papa, con motivo de la «relatio» de la visita ad limina de 1.601.

De todo ello se deduce el gran celo pastoral de este Obispo, que puso en práctica todos los medios a su alcance para la conversión de los nuevos convertidos.

6.—*La opinión del Obispo Esteve sobre los moriscos a través de su obra «De Unica Religione».*

El Obispo Esteve escribió en «De Unica Religione», dedicada a Felipe III y que fue publicada en el año 1.603, junto con la obra «De bello Sacro religionis causa suscepto sive ad libros Macabeorum commentarii» dedicada a Clemente VIII⁽⁸²⁾. Esta tiene 281 folios y la otra 82 folios (el doble en páginas). Son las últimas obras publicadas por Don José Esteve de marcado interés jurídico y tológico.

Pues en el Tratado «De Unica Religione» en los ff. 360 y 361 habla de los moriscos y narra también la labor paciente del Obispo en los lugares de moriscos de su Obispado, cuenta que envió a once predicadores a sus expensas, para que los evangelizaran y de los muchos frutos obtenidos. Antes transcribe la carta del Rey Felipe III, firmada en Denia el 6 de Agosto de 1.599 sobre el edicto de gracia que se ha de conceder a los moriscos del Reino de Valencia, y enviada a todos los Obispos.

Comenta que Don Pedro Portocarrero, Obispo de Cuenca y Supremo Censor de la fe en España había enviado otra carta el 12 de junio de 1.599, concediendo la inmunidad a los moriscos que, en el plazo de un año, adjurasen sus errores y aceptaran la fe cristiana; y que más tarde el Cardenal Fernando de Guevara, Arzobispo de Sevilla, movido de caridad, amplió el plazo por otros seis meses.

El Obispo, en esta obra, pretende excusar a los moriscos su obstinación en continuar con las prácticas islámicas y comenta la labor y fruto de esos predicadores que él les envió, y cómo dejaron los vestidos moriscos y los niños y las niñas sobre todo, aprendieron los rudimentos de la fe y muchos se convirtieron y públicamente detestaron sus errores.

Y continuaba el Obispo, añadiendo a todo lo dicho, que los moriscos habitan en pequeños pueblos y viven en casas humildes, no son admitidos a ningún oficio público, no hacen tumultos, pues si los hicieren fácilmente podían ser exterminados; además frecuentan las Iglesias, se abstienen de las comidas prohibidas⁽⁸³⁾, guardan los días festivos y hacen las otras cosas que los cristianos realizan por su piedad.

En el fondo todo esto es una justificación, sino defensa, de los moriscos.

6.—*La opinión de Joan Fuster sobre el Obispo Esteve.*

Séanos permitido hacer un inciso de gran actualidad.

Después de todo lo que hemos dicho sobre la gran labor reformadora del Obispo Esteve y sobre sus trabajos y escritos sobre los moriscos, a los que siempre trata de ayudar y de lograr su conversión sincera (no podemos dejar de tener en cuenta todas las circunstancias e idiosincrasia de la época, para comprender mejor la gran figura de Don José Esteve), nos sorprendió enormemente lo que Joan Fuster escribe sobre dicho Obispo.

Efectivamente, en su obra «Poetes, moriscos i Capellans»⁽⁸⁴⁾ tiene un Capítulo dedicado a «Les opinions del doctor Estevan». Como quiera que también existe edición castellana de dicha obra⁽⁸⁵⁾, vamos a utilizarla. Intentaremos dar un resumen de su pensamiento, utilizando sus mismas palabras pero dejando las frecuentes notas. En la página 138 empieza escribiendo lo siguiente:

«Las opiniones del Doctor Estevan».

Después de hacer una breve biografía del doctor Esteve, hace unas referencias al problema de las lenguas, citando a autores clásicos, utilizados por el Obispo Esteve y sigue:

«El no era de aquellos «prelados españoles eminentísimos», reportados por el P. Bleda, que «escusaron a los moriscos» de no haber sacado fruto de la predicación «porque ellos (los moriscos) ignoraban la lengua española, y sus curas y predicadores la habla algaravía»⁽⁸⁶⁾.

«Esteve prescinde de esta posible objeción. Según él, la utilización del idioma de los catecúmenos sólo era recomendable cuando se tratara de «gentes que son de diferentes reynos y para la comunicación y comercio importa mucho tener esta noticia de lenguas». Cuando la minoría lingüística y religiosa disidente pertenece al propio Estado, la conducta del misionero tenía que ser distinta».

Creemos que no se puede afirmar esto del Obispo Esteve.

Existe edición castellana⁽⁸⁷⁾, que hemos leído y precisamente Bleda hace esta afirmación y la aplica nada menos que al mismo Obispo Don José Esteve.

Jaime Bleda, después de afirmar que algunos doctores pensaban que los moriscos no pecaban por malicia, sino por ignorancia afirma lo siguiente:

«De la corriente desta opinion se dexaron llevar algunos prelados españoles eminentísimos que tambien escusaron a

los moriscos, porque ellos ignoraban la lengua española, y sus curas y predicadores la habla algaravía. *Esto lo escribió don Joseph Estevan, Obispo de Orihuela*⁽⁸⁸⁾ (en su Trat. «De Unica Religione», cap. 22) no tanto por hazer aplauso á los defensores de la conservación de los moriscos, como se verá, quanto por responder a las naciones exterás (sic) en las quales muchos se yvan de lengua contra nuestros Reyes piissimos: porque intitulandose catolicos, permitian que los moriscos viviessen en España entre los fieles con falso titulo de christianos no siendolo sino peores hereges que los de Alemaña y Francia».

Y lo curioso es que este texto está recogido por Boronat en su conocida obra, que el erudito Fuster cita tantas veces. Precisamente en la p. 361 Boronat⁽⁸⁹⁾ refiere las palabras de Bleda completas, tal y como nosotros las hemos transcrito.

Que en la Diócesis de aquella época en los poblados valenciano parlantes los curas hablaban y escribían valenciano era cosa patente. No hay más que ver los pocos libros parroquiales que quedan. Y en la misma Orihuela, los actos del Cabildo de aquella época, así como los del Municipio, están en valenciano. Y el mismo Obispo escribió al Cabildo sobre su nombramiento y precisamente en valenciano⁽⁹⁰⁾.

Pedimos disculpas por este largo trabajo. Muchas cosas quedan todavía por elaborar y no resistimos la tentación de publicarlas en su día. Hemos omitido aspectos ya publicados como el largo informe del Obispo Esteve al Rey Felipe II del 17 de Mayo de 1.595, de gran importancia, pero que publicó íntegro Boronat. Nosotros preferimos seguir nuestra labor de investigación sobre el tema, y aportar, en la medida de lo posible, datos y consideraciones nuevas. El tema de los moriscos, tan amplio, confuso y casi todavía virgen, lo merece.

NOTAS:

(1) Con razón Rufino Gea pudo escribir hace años un documentado trabajo que tituló precisamente «El pleito del Obispado 1.383-1.564», Orihuela 1.900.

(2) Efectivamente en el territorio de la Governació d'Oriola, que es el que prácticamente va a constituir el de la nueva Diócesis, se habla valenciano y las leyes eran las propias de los «Furs de València» de 1.552.

(3) Sobre este particular tenemos preparado un artículo, que publicaremos próximamente, en el que añadimos algunos datos inéditos a los ya publicados por autores tan ilustres como D. Mansilla, G. Vidal Tur, J. B. Vilar y otros. Un resumen de la creación del Obispado puede leerse en Diccionario de la Historia Eclesiástica de España, Vol. III, pp. 1.836-1.839, de V. López Martínez. También el Manuscrito de J. Alenda de 1.626, que se conserva en el Archivo de la Catedral de Orihuela, titulado *Grandezas y Antigüedades de la Ciudad de Orihuela y su fundación*, Arm. IX, Leg. 1.091, y el Manuscrito de Cival J., Leg. 1.102, etc.

(4) Véase la biografía de este Obispo en nuestro trabajo *Semblanza biográfica del Obispo de Orihuela Don José Esteve Juan (1.551-1.603), y sus relaciones «ad limina»*, en ANTHOLOGICA ANNUA, Numros. 26-27, Roma 1.980, pp. 555-612).

(5) Sobre la importancia del Derecho particular en el Derecho canónico baste leer el volumen *El Concilio de Braga y la función de la legislación particular en la Iglesia*, Salamanca 1.975, que recoge los documentados y valiosos trabajos de la XIV Semana Internacional de Derecho Canónico, celebrada en Braga del 18 al 24 de Septiembre de 1.972. También la ponencia de L. Echeverría en el III Congreso Internacional de Derecho Canónico, celebrada en Pamplona del 10 al 15 de Octubre de 1.976, titulada *El Derecho particular* y publicada en *La Norma en el Derecho Canónico*, vol. II, Pamplona 1.979, pp. 185-218.

(6) Véase *Semblanza biográfica del Obispo...* o.c. pp. 595 y ss.

(7) Cifra muy superior a la de varias Diócesis de la época.

(8) Boronat Barrachina, P.: *Los moriscos españoles y su expulsión*, 2 vols. Valencia 1.901.

(9) Antes pone la relación de los de la parte de Levante. Todo está en op. cit. Vol. I, ap. 6, pp. 428-443.

(10) Ibidem, pag. 443.

(11) Lapeyre, H.: *Géographie de l'Espagne morisque*, París 1.959.

(X) Ferrer Naranjo, P.: *Los moriscos en la Corona de Aragón a través de las listas de embarque*. Tesis de Licenciatura inédita. Universidad Autónoma de Barcelona, 1.973-74.

(12) García Cárcel: *Herejía y Sociedad en el siglo XVI. La Inquisición en Valencia 1.530-1.609*. Barcelona, 1.980, pp. 224-225.

(13) A. S. V. Congr. Concilii. Relationes ad limina Oriola... Dada su gran importancia en todos los aspectos, la trascribimos y publicamos íntegra en nuestro trabajo *Semblanza biográfica...* p. 595 y ss.

(14) V. González Pérez en *Notas sobre Demografía de la provincia de Alicante*, en SAITABI, Rev. de la Fac. de Filosofía y Letras de Valencia, XXII (1.972) pp. 111 y ss. Ha de partir del censo que se hizo en 1.609, poco antes de la expulsión de los moriscos.

(15) Reglá, J.: *Estudios sobre los moriscos*. Barcelona, 1.974, p. 63.

(16) Hablaremos ampliamente del coeficiente demográfico en el II, 3, sobre todo en relación con los moriscos.

(17) Unos 200 fuegos de cristianos viejos en lugares de mayoría morisca, según la «relatio» mencionada.

(18) Véase el profundo estudio y la amplia bibliografía, sobre todo moderna, en *La Iglesia ante la conversión y expulsión de los moriscos*, de Rafael Benítez y Eugenio Ciscar, publicada en «Historia de la Iglesia en España», dirigida por R. García Villoslada, Madrid 1.979, vol IV, p. 253.

(19) En la Corona de Aragón en 1.525, ante la disyuntiva de hacerse cristianos o abandonar el país. En Castilla, como es sabido, en 1.501.

(20) Quiere decir «precaución».

(21) Cfr. todas estas ideas ampliamente en Cardaillac, L.: *Morisques et chrétiens. Un affrontement polemique (1.492-1.640)*. París, 1.977, pp. 257-285.

(22) Cardaillac, op. cit. pp. 285-287.

(23) Ampliamente en Longas, P.: *Vida religiosa de los moriscos*. Madrid, 1.915 y Cardaillac, op. cit. pp. 314-315.

(24) Op. cit. pp. 287-289.

(25) Benítez y Ciscar, op. cit. p. 291.

(26) No extrañe, por tanto, el cuidado de las disposiciones sinodales para que los médicos avisen a los curas.

(27) Op. cit. p. 292.

(28) Amplio estudio sobre estos temas puede verse en Domínguez Ortiz, A. y Vicent, B.: *Historia de los moriscos. Vida y tragedia de una minoría*. Madrid, 1.978, pp. 128-155.

(29) Boronat y Barrachina, F.: *Los moriscos españoles y su expulsión*. Valencia 1.901, Tomo I, p. 525.

(30) Ibidem p. 538.

(31) García Cárcel, R.: *Herejía y Sociedad en el siglo XVI. La Inquisición en Valencia 1.530-1.609*. Barcelona, 1.980, pp. 234-235.

(32) En *Historia del País Valencià*. Barcelona, 1.975, Vol. III, pp. 49-50.

(33) Lapeyre, H.: *Geographie de l'Espagne morisque*. París, 1.959, pp. 30-31.

(34) Está refiriéndose al reino de Valencia.

(35) Y cita a Bleda en su famosa Defensio Fidei p. 126: «multiplicantur enim numerummodum propter parcataten cibi, et potus qua utuntur, et quia omnes vacant matrimonis».

(36) Lapeyre, op. cit. p. 31.

(37) Recordemos que los cristianos no se casaban en Adviento y Cuaresma, a no ser que hubiera necesidad y previa dispensa.

(38) García Cárcel, op. cit. pp. 228-229.

(39) Reglá, J.: *La época de los tres primeros Austrias* en «Historia de España y América, social y económica» dirigida por Vicens Vives, Barcelona, 1.977, P. 109.

(40) Reglá, J.: *La cuestión morisca y la coyuntura internacional en tiempos de Felipe II*, en Estudios de Historia Moderna, III, p. 219.

(41) Braudel, F.: *El Mediterráneo y el mundo Mediterráneo en la época de Felipe II*. 2 vol. Madrid, 1.976, p. 622.

(42) A. C. O. Arm. IX, leg. XIX, n.º 15.

(43) No hemos encontrado el original latino; por el lugar en que se encuentra esta traducción debió hacerse en el año 1.770.

(44) Es importante constatar la preocupación e interés del Rey Prudente por todos los problemas espirituales de sus reinos.

(45) Recordemos que Felipe II muere el 13 de Septiembre de 1.598, luego ya ha pasado más de un año desde el Breve de Clemente VIII.

- (46) Que sea por Felipe II se dice más adelante, en el f. 47.
- (47) El problema de los párrocos mercenarios y el interés del Obispo por reformar esta institución fue enorme. No residían y sólo acudían a celebrar Misa.
- (48) Por razones de brevedad omitimos el detalle de las cantidades y quiénes las han de aportar. Normalmente tenía que colaborar la mensa de Orihuela, a cuenta de los diezmos, y otras entidades.
- (49) Está muy cerca de Cox, sólo a un cuarto de hora a pie, como dice la misma información.
- (50) Otro estudio interesante sería ver el aspecto económico y las rentas recaudadas por el Obispado en diezmos, cuyos totales se suelen indicar. Nosotros no lo hacemos, porque nos saldríamos de nuestro tema.
- (51) Nótese el abuso de estos señores temporales que se aprovechaban de los diezmos que, en teoría, debía percibir la Iglesia. Este aspecto económico explica ciertas actitudes de los señores temporales, con respecto a los moriscos.
- (52) Era al mismo tiempo Marqués de Eliche.
- (53) Un cálculo sencillo de las enormes cantidades que los señores temporales se embolsaban a cuenta de los diezmos de los lugares de moriscos, la cantidad irrisoria que pagaban a los curas mercenarios, a todas luces insuficientes para su sustento, explica la no residencia de los mismos.
- (54) El señor temporal era también el sucesor de Don Pedro de Mesa.
- (55) También por la concordia firmada el 30 de Agosto de 1.494, entre Don Juan Ruiz de Corella y el Obispado de Cartagena, pues entonces el Conde de Concentaina era el señor temporal de Petrel.
- (56) Como se ve, han pasado casi dos años desde que se redactó el informe y fue aprobado en principio por el Prelado.
- (57) Es un texto muy largo, con todas las precauciones jurídicas de la época, que nos vemos obligados a omitir.
- (58) Sería sólo el Obispo.
- (59) Este era uno de los motivos por el que se necesitaba la aprobación del Papa para ejecutar la erección de nuevas parroquias.
- (60) Redován está muy cerca de Orihuela. ¿No estarán los 40 moriscos de Orihuela sumados a Redován?. Aparte de los que se hubieran integrado plenamente, pues la situación de éstos era bastante difícil, o habían emigrado a lugares de mayoría morisca.
- (61) Están mezclados los fuegos de cristianos viejos y nuevos. Seguramente por esto hay una diferencia con la visita de 1.601.
- (62) Recordemos la proximidad de Elda con Petrel. Seguramente algunos se bajaron a Elda, a orillas del Vinalopó, donde había más trabajo agrícola y ganadero. Por esto aumentan tanto los fuegos en 1.601 en Elda, con relación a 1.597.
- (63) Reglá, J.: *Estudios sobre los moriscos* en Anales de la Universidad de Valencia, curso 1.963-64, vol. XXXVII, cuaderno II, p. 162. Después fue editado aparte, completado en Barcelona en 1.974.
- (64) Op. cit. p. 227.
- (65) Véase nuestro trabajo *Semblanza biográfica...* ó.c. p. 606.
- (66) Exactamente, según sus datos, 3.150 fuegos.
- (67) Antonio José Cavanillas en su libro *Observaciones sobre la historia natural*,

geografía, agricultura, población y frutos del Reyno de Valencia, Madrid, 1.977, p. 268, n.º 188, al hablar de Aspe, Elda, Monforte, etc., dice: «Nótase en estos pueblos y en los de la comarca hasta el mar y confines del Reino de Murcia, una fecundidad en las mujeres, concibiendo alguna y pariendo con felicidad antes de haber cumplido los 11 años. Los hombres, en general, se distinguen entre los españoles por su talla, pasando muchísimos de dos varas valencianas; son robustos, infatigables, amantes del trabajo, sobrios y prolongan su vida largo tiempo, sin más enfermedades que las inseparables de la edad, y muchos mueren sin haberlas conocido hasta los últimos días de su vida». Ya sabemos que Cavanillas es muy posterior a la época que nos ocupa, pero lo que describe no es sólo una cualidad de una raza, sino también una consecuencia del clima, ambiente, tierra, alimentación, etc. ¿No se puede aplicar esto a los que vivieron antes?

(68) Barceló, M.: *Els nins moriscos*, en Primer Congreso de Historia del País Valenciano, celebrado en Valencia del 14 al 18 de Abril de 1.971. Valencia, 1.976, vol. III, pp. 327-332.

(69) Synodus Oriolana secunda. cap. III, en donde se trata de quiénes deben enseñar la doctrina y qué hay que aprender. p. 27. Existe una bellísima edición de los tres sínodos celebrados en Orihuela, el de 1.569, el de 1.600 y el de 1.663 (este último en castellano), editada en Murcia, s.a. y que calculamos se imprimió hacia 1.668. Es la que hemos utilizado en nuestro trabajo.

(70) Op. cit. p. 28-30.

(71) Op. cit. Cap. VI, p. 33.

(72) Op. cit. p. 81.

(73) Como se puede ver, a veces se mezclan en un mismo artículo cosas muy dispares, por lo que resulta difícil una sistematización.

(74) P. 91 a 97.

(75) Se recordará que en el expediente de creación de parroquias de moriscos ya se insistía varias veces sobre este particular.

(76) Pp. 142-144.

(77) Boronat, P.: o. c. tomo 1, p. 638 y ss.

(78) Las publicamos íntegras transcritas del A.S.V. Congr. Concilii. Relationes ad limina. Oriolen. en nuestro trabajo *Semblanza biográfica...*, o.c. pp. 589-612.

(79) Es de suponer las enormes presiones que los señores temporales ejercieron en todas partes para lograr que se archivara la causa.

(80) Véase *Semblanza biográfica...*, p. 611.

(81) Clemente VIII confirmó la erección de las nuevas parroquias por Bula de 20 de Mayo de 1.602, como expusimos antes.

(82) Editadas en Orihuela por Diego de la Torre.

(83) Se refiere a los días de abstinencia.

(84) Valencia, 1.962, pp. 106-109.

(85) Fuster J.: *Poetas, moriscos y curas*. Madrid, 1.969. Por cierto que no es traducción del mismo autor, sino de Josep Palacios.

(86) Citado por Boronat: *Moriscos I*, p. 361.

(87) Bleda, J.: *Crónica de los moros de España*. Valencia, 1.618, pp. 885-888.

(88) El subrayado es nuestro.

(89) Boronat, P.: O. c., VI, p. 361.

(90) Archivo Catedral Orihuela, Arm. IX, leg. 20, p. 1 n.º 131, donde se conserva dicha carta.

LA IDEA DE AMPARO Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Por Ricardo MEDINA RUBIO
Profesor Adjunto de Derecho Político

SUMARIO :

- I. La tradición aragonesa.
- II. La idea de amparo.
- III. El amparo y la Constitución de 1.978.
- IV. El recurso de amparo constitucional (RAC) y el principio de subsidiariedad.
- V. Conclusión.

Publicado en «Trib. Const.» vol. II. Dir. G. de lo Contencioso del Estado. Madrid.
Jornadas de Estudio (Mayo 1.980).

I. LA TRADICION ARAGONESA

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) de 5 de Octubre de 1.979, es uno de los elementos que más eficazmente pueden contribuir a la recuperación para el constitucionalismo español del lugar que ocupaba antes del régimen autoritario del general Franco. Supone el reencuentro con una *tradición*⁽¹⁾, entrevista en períodos más o menos largos y sofocada por los avatares políticos, que se remonta a tiempos incluso anteriores a lo que se considera el comienzo del constitucionalismo inglés, en el siglo XIII; y tan versátil que su influencia se deja notar en los diversos sistemas de protección jurisdiccional de los derechos y libertades.

Dicha tradición no es el resultado de planteamientos teóricos y abstractos, a pesar de la indudable trascendencia de la secularización del Derecho Natural, debida a la Escolástica española del Siglo de Oro, sino más bien de una práctica y un sentir jurisprudenciales, una de cuyas fuentes hay que buscarla en épocas muy tempranas del Derecho histórico aragonés.

Los privilegios y fueros que gozaba la nobleza medieval pueden ser considerados como los precedentes directos de las modernas libertades y derechos humanos no, ciertamente, por el contenido de los mismos que, en realidad se reducían a hacer efectivas las relaciones de vasallaje, con frecuencia harto crueles e inhumanas, sino por su aspecto formal y funcional ya que, en el equilibrio de los poderes propio de la Edad Media —Cortes/Rey—, las actitudes y comportamientos generados por las relaciones sociales de la época eran sancionados por el monarca que se comprometía a respetarlos y la costumbre contribuía a consagrarlos a través del tiempo. Ya entonces se observa que no bastaba el compromiso formal y de ahí la necesidad de crear unos medios que garantizaran el cumplimiento de lo formulado. También de entonces es la idea de confiar esta misión a un «tercer poder», una especie de poder arbitral al que quedarían sometidos los otros dos; desde el primer momento esta misión pareció estar dedicada a la Justicia que, en sus diferentes formas, según los países, consigue arbitrar procedimientos de garantías para los privilegios feudales. Así, las Cortes aragonesas reunían entre sus funciones la de resolver los recursos por agravios. Así, también, el Tribunal de Westminster o el Justiciazgo de Aragón; a pesar de que en el origen, estos órganos no tienen autonomía y no son sino los sustitutos de la Corona en una función privativa de ésta: la Justicia. Pero los reyes de entonces, más preocupados por la guerra y por otros asuntos políticos, van delegando progresivamente en esos órganos *aula regis* dicha función que va adquiriendo poco a poco su autonomía.

Precisamente en Aragón, su particular régimen político en el que la soberanía parece, desde el principio, como si estuviera compartida entre el

poder real y la nobleza, se hace propicio el desarrollo de las instituciones de garantía y también, quizá como consecuencia de ello, la necesidad de un tercer poder, de naturaleza arbitral, que es el Justicia, al que quedan sometidos, como si de un Tribunal Constitucional contemporáneo se tratara, el Rey y las Cortes.

El sistema histórico aragonés de protección jurisdiccional, integrado por los procesos de Firma, Aprehensión, Inventario y Manifestación, resulta no sólo un sistema complejo, muy utilizado en la práctica, sino también, en ocasiones, más completo que los sistemas actuales⁽²⁾; ello es debido al elevado sentido jurídico del Reino de Aragón en donde se dan ideas y procedimientos jurídicos de plena vigencia actual o, al menos, de cierta repercusión como esa especie de *soberanía compartida* dada en la relación Corte/Rey/Justicia que recuerda a la moderna división de poderes. Aunque las tres instituciones no coincidan plenamente con las funciones actuales (legislativa, ejecutiva y judicial) su finalidad viene a ser la misma: limitar el poder, buscar el equilibrio y el control mutuo. De ahí la importancia del Justicia en su función de árbitro y garante de los privilegios feudales⁽³⁾.

La tradición parece verse continuada modernamente por diversas instituciones del Derecho de Indias (recurso de fuerza, juicio de residencia, amparo colonial) cuya influencia en el juicio de amparo mexicano es ampliamente reconocida⁽⁴⁾. A su vez, el desarrollo de la idea de amparo en Latinoamérica sirvió curiosamente durante la II República para reencontrar la tradición de la que se había visto nutrida, en un conjunto de instituciones (Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunales de urgencia y juicio de amparo) que ya incluyen elementos de los sistemas continentales de protección jurisdiccional.

En este sentido, el sistema español de protección jurisdiccional, establecido por la Constitución de 1.978, puede considerarse como la culminación del intento omnicompreensivo, ya manifestado en la II República, de aunar la tradición española, cercana en su espíritu a la anglosajona, con los logros contemporáneos de la llamada Justicia constitucional de la Libertad (JCL)⁽⁵⁾. A esta unión entre la tradición revivida y la racionalización contemporánea de los procedimientos de protección jurisdiccional muy bien puede denominarse «amparo» o «derecho de amparo» no sólo por emplear un término tributario de la primera manifestación moderna, de origen en parte hispánico, de dichos procedimientos—amparo mexicano—sino también porque tal término expresa perfectamente la significación de lo que todo sistema de protección jurisdiccional quiere realizar respecto de los derechos y libertades. De esta manera, la idea de amparo se acerca al criterio básico que La Pérgola define con las siguientes palabras: «L'organo delle garanzie costituzionali dovrebbe essere, insomma, fin dove possibile, il giudice dell'annualamento (come il giudice costituzionale continentale) e al tempo stesso il giudice del diritto soggettivo (come il giudice anglosassone)»⁽⁶⁾.

II. LA IDEA DE AMPARO

El amparo no ha de entenderse como referido a una institución concreta—Recurso de Amparo Constitucional (RAC)—sino como el conjunto de instituciones y funciones que en la tradición española y latinoamericana consiste en la actuación jurisdiccional tendente a evitar o a interrumpir el acto supuestamente lesivo de un derecho fundamental. La indemnización, el resarcimiento, la nulidad del acto de los poderes públicos, aunque sean muchas veces los únicos resultados de la protección jurisdiccional, no constituyen de suyo la finalidad específica del amparo sino más bien valores añadidos a su verdadero sentido. «Lo importante en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales, sea tutela ordinaria o tutela constitucional, es que la ejecución del acto no prive del disfrute del derecho. Por tal razón las leyes deben establecer, claramente, los modos de suspender la ejecución del acto lesivo, tanto en una vía como en otra, o los medios de paralizar la continuación de los actos ejecutivos»⁽⁷⁾. De lo que se trata, pues, es de dar una protección «especial» por la cualidad de los derechos que se protegen de ser *inherentes* a la persona⁽⁸⁾, lo que determina que de no existir efectivamente dichos derechos en su ejercicio, la existencia de aquélla está también en peligro. De esta manera la finalidad del amparo consistiría en *impedir*, en lo posible, la ejecución del acto lesivo; de ahí que se considere que no procede el amparo «contra actos cuyos efectos hayan cesado con anterioridad a la petición de amparo»⁽⁹⁾ que irá encaminada a evitar la consumación del acto o al menos su interrupción. Parece esencial, por tanto que los procedimientos de protección jurisdiccional de los derechos y las libertades garantizados constitucionalmente deban reunir como características:

La *inmediatez* en la admisión de la demanda por la autoridad jurisdiccional correspondiente.

La *sumariedad* en el procedimiento.

La *preferencia* respecto de otros asuntos que no traten de los derechos garantizados por la Constitución.

Notas, estas dos últimas, que se hallan establecidas en el artículo 53 de la constitución y que deberán realizarse en procedimientos directivos y expeditivos cuya ejecución represente el principal obstáculo al acto lesivo y cuya puesta en marcha no suponga ningún problema o dificultad al sujeto agraviado. Por otra parte, los requisitos de sumariedad y preferencia, según ALMAGRO NOSETE, no son más que matizaciones del derecho fundamental a la justicialidad establecido en el artículo 24 de la constitución, es decir, el derecho de toda persona a acudir a los jueces para la tutela de sus derechos e intereses; lo que no hace sino reforzar la sustancia de ambos requisitos tenidos en cuenta ya por TOCQUEVILLE cuando afirmaba en «La Democracia en América» que «con pequeños procesos puestos al al-

cance de todos los ciudadanos, se lograba garantizar la libertad mejor que con grandes procedimientos judiciales a los que nunca se recurre o se emplean demasiado tarde»⁽¹⁰⁾. así mismo, FIX-ZAMUDIO señala que «el problema de la impartición de una justicia pronta, expedita y adecuada constituye una de las exigencias fundamentales de todo régimen democrático, pero al mismo tiempo una aspiración que ha resultado muy difícil de alcanzar»⁽¹¹⁾.

La necesidad de tales procedimientos sencillos, directos y expeditivos viene aumentada por el hecho de que los actos de los poderes públicos casi siempre se presentan con la presunción de la legalidad «que dificulta su enjuiciamiento ordinario si no se establecen medios específicos de tutela»⁽¹²⁾, y utilizando medios coercitivos y disponibilidades que aseguran el acto y lo hacen más eficiente en su realización, factores ambos que propician una indefensión mayor del agraviado y evidencian la desproporción existente entre el poder del Estado y el del individuo, desproporción peligrosa para el segundo por cuanto el poder del Estado se manifiesta normalmente en actos de las personas físicas que lo representan o que figuran como agentes del mismo, con todos los errores e imperfecciones que las conductas personales pueden llevar consigo, pero también, con las consecuencias y la contundencia que un acto estatal supone. Por ello, es de agradecer a la L. O. T. C. la especificación y descripción de los actos susceptibles de ser impugnados: «Disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (artículo 41, L. O. T. C.). De esta manera, parece continuarse el criterio establecido ya en la II República en la que, según ALMAGRO NOSETE, el recurso de amparo se refería a «acto concreto de autoridades»⁽¹³⁾.

III. EL AMPARO ESPAÑOL

En España, la idea de amparo se caracteriza actualmente por concretarse en un sistema de protección jurisdiccional, establecido por la Constitución de 1.978 y desarrollado—incompletamente—por la reciente L. O. T. C. y por otras normas⁽¹⁴⁾, con dos finalidades: el control de la constitucionalidad de los actos sin valor de ley de los poderes públicos⁽¹⁵⁾, y la salvaguarda del ejercicio efectivo de los derechos garantizados por la Constitución frente a los mismos actos. El amparo considerado como conjunto de instituciones encargadas de proporcionar una protección jurisdiccional de los derechos y libertades, no puede agotarse naturalmente en la R. A. C. sino que habrá que buscarlo también en otros lugares de la Constitución como son el artículo 17, que establece el procedimiento de *habeas corpus* y el artículo 53-2 que recoge lo que podría denominarse «amparo ordinario».

Al extenderse el amparo español de esta manera desde la jurisdicción ordinaria (poder judicial) a la constitucional (Tribunal Constitucional) no puede identificarse plenamente ni con el amparo mexicano, que no implica una jurisdicción constitucional en sentido estricto, ni con la J. C. L. que sólo se refiere a los poderes y actuaciones del juez constitucional; si bien, tanto en México como en España es evidente la coincidencia en considerar el amparo como un conjunto de instituciones cuyo objetivo primordial consiste en la evitación o interrupción del agravio⁽¹⁶⁾.

El amparo español, con las características esbozadas más arriba, es decir, sistema de protección jurisdiccional tendente a evitar o interrumpir el acto lesivo de un derecho garantizado por la Constitución (artículo 14-30) mediante procedimientos especiales (sumariedad y preferencia), que se concreta en las tres instituciones citadas, parece realizarse, sobre todo, en el *habeas corpus* del artículo 17 de la Constitución cuyos antecedentes directos pueden ser reencontrados indistintamente por dos vías, la del amparo mexicano, de tanta influencia en la Constitución de la II República española, que proporciona elementos de *habeas corpus* anglosajón, y la del Derecho histórico aragonés, y particularmente el *derecho de manifestación de personas*, muy similar al anterior.

Según MILTON GREENBERG⁽¹⁷⁾, el *habeas corpus* es considerado en Norteamérica como una orden judicial a *court order* que obliga al funcionario *official* que tiene la custodia de una persona a llevarla ante el Tribunal y mostrar la causa de su detención. Esta institución está tan arraigada en el sistema judicial estadounidense que aunque el Presidente LINCOLN suspendió el *writ of habeas corpus* por propia iniciativa, dentro de los poderes exorbitantes que caracterizan la Presidencia de los Estados Unidos, el Congreso anuló tal suspensión. Así mismo, varias constituciones estatales prohíben absolutamente toda suspensión del *habeas corpus* que sólo puede ser llevada a cabo por el Congreso en caso de rebelión o invasión. Todo esto da idea de que el *habeas corpus* es considerado generalmente como la más importante garantía de la libertad individual que previene las detenciones y encarcelamientos arbitrarios cuyo paradigma se expresa en la ya clásica imagen de la «terrorífica llamada nocturna a la puerta» y la consiguiente desaparición de la persona. De esta manera, el *habeas corpus* parece ser el procedimiento que mejor responde al sentido esencial del amparo de evitar o interrumpir la violación del derecho, porque consiste en *traer* el cuerpo del detenido a la presencia del juez (*manifestar*, en el Derecho histórico aragonés), cuando éste, de oficio o a instancia de parte, así lo requiere porque sospecha que en la detención se ha podido violar un derecho garantizado por la Constitución, es decir, cuando aún no ha cesado el acto lesivo y puede quedar interrumpido.

En la actualidad del Derecho español, el *habeas corpus* no está todavía desarrollado por la preceptiva Ley Orgánica lo que significa que

continúa la indefensión frente a las detenciones arbitrarias de los poderes públicos de una de las libertades fundamentales, así consideradas por la doctrina francesa porque sin ellas no es posible el ejercicio de las otras⁽¹⁸⁾. Esta laguna legal, de tan negativas consecuencias para el sentido del amparo, sólo puede verse soslayada—indefiniidamente—por el principio establecido en el artículo 9 de la Constitución, que exige a los poderes públicos y, por tanto, a los jueces la promoción de las condiciones necesarias para que la libertad sea real y efectiva. Por otra parte, tampoco parece adecuada la fórmula del artículo 17 de la Constitución, que establece el procedimiento de *habeas corpus* en favor de la persona «detenida ilegalmente», lo que parece indicar que en toda detención ilegal habrá que demostrar, en *primer lugar*, la ilegalidad del acto de los poderes públicos, lo cual obstaculizaría el procedimiento y desnaturalizaría enormemente el sentido del amparo contenido en la institución.

Por la cualidad del derecho que se protege con el *habeas corpus* no sólo basta la sumariedad y preferencia de los trámites sino también el que la mera sospecha de la violación ponga en marcha el procedimiento. En ocasiones, el mandamiento de *habeas corpus* dará como resultado que el juez confirme la detención o el encarcelamiento del supuesto agraviado. No es, pues, un recurso dedicado a verificar que una detención se ha llevado a cabo ilegalmente sino a evitar que, en todo caso, ésta se produzca.

El resto de los derechos garantizados por la Constitución se halla protegido por el llamado «amparo ordinario» del artículo 53-2 de la Constitución, que establece un procedimiento de carácter sumario y preferente que se actúa ante el juez ordinario. Desde el punto de vista teórico, el amparo ordinario puede ser considerado una institución «puente» por su carácter de procedimiento previo al RAC y porque se trata de una institución híbrida, a caballo entre ambas jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional; parece cumplir así aquel criterio de LA PERGOLA, expresado más arriba de reunir en una sola institución elementos de los sistemas continentales de protección jurisdiccional (J. C. L.) y de los sistemas anglosajones⁽¹⁹⁾.

Por el momento, con el amparo ordinario ocurre lo mismo que con el *habeas corpus*: todavía no ha sido adecuadamente desarrollado, como se desprende de la Disposición transitoria 2.ª-2, L. O. T. C., que «provisionalmente» reconoce a la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (L. P. J.), de 26 de Diciembre de 1.978, como ley de desarrollo del amparo ordinario. Dicha ley no sólo puede ser un caso claro de inconstitucionalidad por ser una ley ordinaria que desarrolla una materia—la protección jurisdiccional de los derechos garantizados constitucionalmente—que la Constitución exige lo que sea por ley orgánica⁽²⁰⁾ sino también, porque la dificultad y duración de los trámites no parece respetar la finalidad del amparo, como ya se verá más adelante en este trabajo.

El tercer instituto que configura el amparo español es el R. A. C. establecido en el Título III de la L. O. T. C., que viene a cumplir respecto de los actos de los poderes públicos el mismo papel que la citada ley atribuye a la declaración de inconstitucionalidad (Título II) respecto de las disposiciones normativas y actos con fuerza de ley.

El antecedente más directo del R. A. C. hay que buscarlo en el *recurso constitucional* propio de sistemas de jurisdicción constitucional como el alemán, el suizo y el austríaco, y más concretamente en el llamado *recurso directo* por la regulación de su procedimiento de admisión. Pero es, sobre todo el *Verfassungsbeschwerde* alemán, creado por una ley ordinaria de 1.951 y elevado a la categoría constitucional en 1.969, la institución más semejante al R. A. C. en el Derecho comparado, lo que le hace distanciarse del amparo mexicano que, como ya se ha indicado, no presupone una jurisdicción constitucional. Muy cercano está, por el contrario, del recurso de amparo de garantías individuales, establecido por el artículo 121 de la Constitución de la II República del que recibe el nombre y parece reproducir su misma génesis, la Constitución austríaca de 1.920, de inspiración kelseniana y, en cierta medida, el juicio de amparo mexicano, a lo que hay que añadir, para el R. C. A., los logros de la J. C. L. de la postguerra.

La denominación de «recurso», según ALMAGRO NOSETÉ⁶²¹ no parece ser la más adecuada puesto que, al configurarse el Tribunal Constitucional como una jurisdicción independiente, y a pesar de ser preceptivo el agotamiento de otras vías previas, el R. A. C. no supone la culminación de una vía jurisdiccional única, sino un proceso que se inicia y se acaba en una sola instancia; estaría justificada, no obstante, la denominación de recurso por el hecho de ser los mismos bienes jurídicos protegidos los que se dan en ambas vías, ordinaria y constitucional.

La finalidad de la R. A. C. viene a ser la misma que se ha señalado para el amparo en general, y viene expresada en el artículo 41-3, L. O. T. C.: «restablecer o preservar los derechos o libertades»; sin embargo, cabe cuestionarse si esta finalidad puede ser cumplida en un proceso que exige el agotamiento de la vía judicial previa, la misma denominación de recurso, como ya se ha visto, inapropiada, hace pensar en un acto lesivo ya consumado y, por tanto, irreversible que determina la imposibilidad de su interrupción y el consecuente restablecimiento del derecho violado.

La L. O. T. C. establece cuatro tipos de actos susceptibles de ser impugnados por el R. A. C.:

Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas y de sus órganos.

- Actos del gobierno central y de los gobiernos autónomos.
- Actos del poder judicial.

—Actos de la autoridad militar que violen el derecho a la objeción de conciencia.

En el primer caso, actos de los órganos legislativos centrales y autónomos, el R. A. C. funciona como un medio de protección estrictamente directo, no se exige recurso previo y el acto supuestamente lesivo puede ser impugnado directamente ante el Tribunal Constitucional, pasados tres meses desde su ejecución.

En el segundo caso, actos de los gobiernos central y autónomos, es quizá donde el R. A. C. presenta sus características propias. Aquí el agraviado podrá dirigirse al Tribunal Constitucional, mediante el R. A. C., una vez producido el fallo del juez ordinario en un proceso que habrá debido ser preferente y sumario; el plazo para la interposición del R. A. C. se acorta, veinte días, con respecto al supuesto anterior y por ello la idea de amparo queda reforzada.

Por otra parte, el artículo 43, L. O. T. C. es quizá el único caso en que habla de amparo sin referirse exclusivamente al R. A. C. sino a ambos procedimientos, el R. A. C. y el amparo ordinario del artículo 53 de la Constitución. Según el mencionado artículo de la L. O. T. C.: «el recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo». Aunque no pueda concluirse con plena seguridad que la intención del legislador al redactar este precepto era la de plasmar la idea omnicomprensiva del amparo, ésta queda reflejada de alguna manera y, al menos, da pie para considerar teóricamente un sistema de protección en el que quedan incluidas ambas instituciones al considerarlas protectoras de los mismos derechos y libertades.

La distinción que la ley hace respecto de los actos susceptibles de ser impugnados «actos jurídicos o simple vía de hecho», es de la máxima importancia pues en el primer caso el acto viene avalado por su carácter de acto administrativo, que puede estar viciado pero que lo distingue claramente de los actos meramente fácticos que o han desbordado los límites de la disposición administrativa que les ha dado origen o carecen en absoluto de todo fundamento jurídico lo que agrava su condición de acto ilegítimo.

En el tercer caso, actos u omisiones del poder judicial que vulneran de forma directa e inmediata algún derecho garantizado, el R. A. C. queda convertido en un simple *ricorso di annullamento*, por emplear la expresión de LA PERGOLA⁽²²⁾, que tiene también semejanza con el llamado «amparo judicial»⁽²³⁾, y cuyo procedimiento obliga a agotar previamente la vía judicial ordinaria.

El que, a diferencia de los dos casos anteriores, impugnaciones por actos de los poderes legislativo y ejecutivo, la impugnación de los actos

del poder judicial incluya expresamente (artículo 44-b) L. O. T. C.) las omisiones parece querer equilibrar de alguna manera el trato más favorable que recibe la institución judicial por parte de la jurisdicción constitucional. Trato favorable que se reafirma en el artículo 54, L. O. C. T., («Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales *limitará* su función...») y que debe estar en relación con el carácter de mayor independencia que le es propio a la citada institución y con el papel que cumple de «amparador» natural del individuo. El poder judicial, desde antiguo, ha tenido su instalación propia entre el Estado y la Sociedad, con un sentido de independencia que ha determinado su cualidad de árbitro, lo cual, por otra parte, parece realizarse mejor en los sistemas judiciales de influencia anglosajona y particularmente en el norteamericano cuyos jueces son tan independientes del resto de los poderes que, a pesar de la rigidez característica en la separación de poderes, pueden llevar a cabo el control sobre los actos del legislativo (control de la constitucionalidad de las leyes federales y de las de los estados) no estando permitido lo contrario⁽²⁴⁾.

Por otra parte, la consideración especial hacia el poder judicial vuela a reafirmarse en el artículo 46-1-b) L. O. T. C. cuando se limita la legitimación para interponer el R. A. C., además de al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo «a la persona directamente afectada», o sea, a quien ha sido parte en el proceso, quedando excluidos, por tanto, los terceros intervinientes o no en dicho proceso. ALMAGRO NOSETE critica esta «limitación» consagrada por la Jurisprudencia anterior a la Constitución, recomendando que «debe a toda costa evitarse una interpretación excesivamente formalista de los preceptos reguladores que prácticamente convierten al amparo, justo en lo que no es; una carrera de obstáculos para conseguir, al cabo de un tiempo perdido, una sentencia del Tribunal Constitucional que pueda ser un flamante «papel mojado». Los terceros al proceso tienen que ser sujetos también legitimados para acudir al recurso de amparo si una resolución judicial les perjudica en sus derechos fundamentales»⁽²⁵⁾.

Por último, el cuarto tipo de actos susceptibles de ser impugnados mediante R. A. C. son aquéllos que suponen una violación del derecho a la objeción de conciencia y que, al igual que en el caso de la impugnación de los actos del poder legislativo, pueden ser recurridos directamente una vez producida la resolución de las autoridades militares lesiva del citado derecho.

El hecho de que tales actos constituyan un tipo específico dentro del R. A. C. y, por tanto, el interés del legislador de dar una protección especial—a pesar de que el derecho a la objeción de conciencia pertenece en pura lógica a la esfera de la libertad religiosa, ideológica y de culto, reconocida en el artículo 16 de la Constitución, y de que, también en pura

lógica, la autoridad causante del agravio pertenece a la organización del poder ejecutivo—hace pensar que el constitucionalismo español se hace eco de la preocupación que por los ejércitos permanentes se ha mantenido, más o menos vivamente, desde los presupuestos liberales; si bien, como se deduce de la práctica de los acontecimientos históricos, el liberalismo y el constitucionalismo han variado notablemente sus posturas respecto a la consideración del «poder militar», como puede verse en la comparación del punto 13 de la Declaración de derechos de Virginia del 12 de Junio de 1.776 que aconseja «deberían evitarse en tiempos de paz, como peligrosos para la libertad, los ejércitos permanentes», y del artículo 8-1 de la Constitución española de 1.978 que atribuye a las Fuerzas Armadas la defensa del Ordenamiento constitucional.

IV. EL R. A. C. Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Se ha señalado frecuentemente la necesidad de que la interposición del recurso constitucional se vea atemperada por determinado *filtros*⁽²⁶⁾ que eviten un número excesivo de recursos sobre asuntos de escasa importancia. Este criterio es aceptado por el propio Tribunal Constitucional Federal con el argumento de que «por razones de seguridad jurídica sólo excepcionalmente pueden ser cuestionadas las decisiones formalmente válidas o firmes de otros tribunales o autoridades»⁽²⁷⁾. Esta misma necesidad, considerada como un logro de la seguridad jurídica se ve reconocida también por los amparistas mexicanos que, no obstante, tratarse el amparo mexicano y el recurso constitucional de instituciones formalmente distintas, consideran favorable la oportunidad de establecer filtros a la iniciativa del amparo que eviten el supuesto caótico de que todas las situaciones subjetivas puedan ser susceptibles de protegerse por procedimientos extraordinarios, lo que, además del despecho al principio de economía procesal, puede producir una desnaturalización del amparo al convertirse en una especie de «superrevisión», con lo que perdería su condición de procedimiento especial y extraordinario para la defensa de intereses jurídicos claramente cualificados.

En principio, hay que señalar que el establecimiento de filtros que impidan un funcionamiento irregular del recurso se ha convertido en una nota sustantiva de los sistemas de protección que implican una jurisdicción constitucional como última instancia en la protección de los derechos garantizados. Sin embargo, la regulación de estos filtros se presenta particularmente delicada porque de prevenir la eficacia del amparo pueden pasar a ser un obstáculo a su finalidad si dicha regulación no es lo suficientemente flexible.

Entre las diversas soluciones que existen para configurar dichos filtros destaca, por ejemplo, el examen del recurso en vía preventiva por

una comisión de tres jueces «Dreier Ausschuss» para constatar la procedencia de aquél.

Otra posible solución, cercana a la anterior, es la estadounidense que se concreta en la «petition for a writ of certiorari» que siguiendo la caracterización que de ella hace CASCAJO, se trata de «Uno de los más conocidos remedios del Derecho anglosajón para la tutela jurisdiccional del ciudadano, que se emplea para someter delante de una Corte Suprema la decisión de cualquier Tribunal inferior, a fin de que sea controlada su validez. Y así, por ejemplo, en el caso americano, a través de una *petition for a writ of certiorari*, en la que se exponen las razones por las que se estima que la cuestión puede ser examinada por la Corte, corresponde a la misma Corté, según su discrecional apreciación, emanar o no el llamado *writ* y, consecuentemente, pronunciarse o no sobre la controversia»⁽²⁸⁾. Solución, por otra parte, recomendada por FIX-ZAMUDIO⁽²⁹⁾ para ser tenida en cuenta en el futuro funcionamiento del Tribunal Constitucional.

Aunque no se trate expresamente de un filtro de esta naturaleza establecido por la Constitución, la determinación expresa de cuáles son los derechos susceptibles de ser protegidos por el recurso constitucional, que es el caso español, puede contribuir a evitar que todas las situaciones subjetivas den lugar al amparo y éste se convierta, como se indicaba más arriba en una «superrevisión».

De entre todas estas posibles soluciones tributarias de la economía procesal, destaca el llamado *principio de subsidiariedad* que sin duda se presenta no sólo como el medio más eficaz de filtrar las demandas de amparo sino también, en ocasiones, como un elemento esencial del mismo.

Por el principio de subsidiariedad, se exige que en la reclamación se agoten las vías jurisdiccionales ordinarias antes de interponer el recurso constitucional. Este criterio está fuertemente asentado en la doctrina y jurisprudencia alemanas como se desprende del párrafo 90, apartado 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal al establecer que «cuando la lesión pueda ser reparada por la vía jurídica normal, el recurso de amparo no puede ser interpuesto sino después de haberse agotado dicha vía jurídica». Sin embargo, la rigidez que caracteriza una tal aplicación del principio se ve flexibilizada por dos excepciones de carácter muy amplio: «El Tribunal Constitucional Federal puede «decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando, de no hacerlo así, se le irrogue al recurrente un perjuicio grave e inevitable» (párrafo 90, apartado 2, L. T. C. F.); además dicho Tribunal puede expedir un mandato provisional «*einstweilige Anordnung*» «cuando ello sea de imperiosa urgencia para evitar graves perjuicios, para prevenir una violencia inminente o por alguna otra razón de importancia para el bien común» (párrafo 43, apartado 1, L. T. C. F.).

Se ve, por tanto, que el principio de subsidiariedad, cuya estricta aplicación podría mermar la capacidad de amparo, puede ser soslayado no con mucha dificultad. Piénsese que de la naturaleza de los derechos protegidos pueden derivarse perjuicios «considerables e inevitables» si la reclamación no se desarrolla con la sumariedad propia de todo sistema de protección jurisdiccional. No parece muy difícil hacer valer dichas excepciones del sistema alemán, «la sala admite el recurso de amparo, «cuando por lo menos dos de sus miembros consideran que la decisión implicará el esclarecimiento de una cuestión jurídica de índole constitucional, o cuando la falta de esa decisión puede irrogar al recurrente un perjuicio grave e inevitable» (parágrafo 93-a), apartado 4, párrafo 2, L. T. C. F.)»⁽³⁰⁾.

En España, la Constitución establece esos filtros a través del principio de subsidiariedad y en la determinación taxativa de los derechos garantizados. Respecto a esto último, quedan fuera del amparo, para extranjeros, la igualdad ante la ley (artículo 14); la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (artículo 19); el derecho al sufragio activo y pasivo y a participar en los asuntos públicos (artículo 23); y el derecho de petición individual y colectiva (artículo 29). Y tampoco son susceptibles de amparo para los ciudadanos españoles los derechos reconocidos en la Sección 2.^a, capítulo 2.^o, Título I. Hay que destacar, no obstante, que la inclusión dentro de los derechos garantizados jurisdiccionalmente del derecho a la educación y el de huelga, así como la exclusión del derecho de propiedad privada, garantizado en otros Ordenamientos, constituye un serio avance en la constitucionalización de los derechos llamados sociales, en el sentido de considerarlos fundamentales y procurarles la adecuada protección.

- Respecto al principio de subsidiariedad, reconocido en artículo 53-2 de la Constitución y regulado en la L. O. T. C., hay que señalar que ofrece características distintas del caso alemán. Aquí, la subsidiariedad no puede entenderse como un principio general con excepciones sino que se manifiesta de manera diferente, con mayor o menor intensidad, según sea la procedencia del acto lesivo. Por una parte, no parece que pueda hablar-

se de subsidiariedad en la impugnación de los actos del poder legislativo y de la autoridad militar. En estos dos casos, como ya se ha indicado más arriba, el R. A. C. funciona como un recurso directo que se interpone inmediatamente de producida la resolución lesiva; si bien, son los plazos, tres meses en el caso de los actos del legislativo y veinte días en el de los actos de la autoridad militar, y especialmente en el primero, los que pueden obstaculizar la finalidad del amparo por ser plazos que permiten que la lesión pueda causar todos sus efectos y el derecho no pueda ser restituido. El R. A. C. puede perder su finalidad por la cuantía de los plazos.

La subsidiariedad aparece, por el contrario, en los otros dos supuestos de actos recurribles: los del poder ejecutivo y los del judicial. Actos que, con seguridad, serán los más frecuentemente revisables ante el Tribunal Constitucional. Aquí no se sigue la regla general del Derecho alemán que implica, según VON MUNCH⁽³¹⁾ «que los actos administrativos deben ser atacados en primera instancia ante el Tribunal Administrativo y que allí deben haber sido interpuestos *todos* los medios jurídicos admisibles (apelación, revisión), antes de que sea posible entablar el recurso de amparo. Cuando alguien se considere lesionado en sus derechos fundamentales o en los derechos equiparables a éstos por un fallo judicial, debe igualmente haber interpuesto todos los remedios jurídicos previstos para atacar ese fallo en el curso «normal» de las instituciones judiciales, antes de que pueda valerse del recurso de amparo».

En el caso de actos del poder ejecutivo será un procedimiento extraordinario, dentro del órgano judicial, la única vía previa al R. A. C. Sin embargo, es necesario detenerse en la observación de tal vía previa que, por el momento, no parece responder a la idea que de ella se establece en la Constitución.

En principio, la vía previa a la interposición del R. A. C. por actos lesivos de los gobiernos central y autónomos se halla enunciado en el artículo 53-2: «...ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de sumariedad y preferencia». No se trata, pues, de agotar la vía ordinaria, como en el caso alemán, sino de un procedimiento especial dado dentro de la jurisdicción ordinaria, especialidad cuya razón de ser está en la intención de evitar el *periculum in mora* que tan dañino puede ser para la cualidad de los derechos que se protegen. El amparo ordinario del artículo 53-2 es tan especial que ALMAGRO NOSETE habla de un «recurso de amparo ante la jurisdicción ordinaria» y de un «recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional»⁽³²⁾, equiparando ambas instituciones en su finalidad y abundando, por otra parte, en la idea que considera al amparo como un sistema autónomo de protección jurisdiccional, recogido en diversas instituciones.

Sin embargo, esto sería, en todo caso, lo constitucional ideal por cuanto el amparo ordinario no está debidamente desarrollado y se ve sus-

tiuido por otro procedimiento que, por la complejidad de sus trámites y la dilación de los plazos, más que un filtro, supone un obstáculo al amparo. Por ahora, y en tanto no se cumplan debidamente las previsiones del artículo 52-2 de la Constitución, la vía previa a la impugnación mediante el R. A. C. de los actos lesivos del poder ejecutivo es la que se establece en la Disposición transitoria 2.ª-2 L. O. T. C.: «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley sesenta y dos/mil novecientos setenta y ocho, de veintiseis de Diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución».

La provisionalidad de esta disposición no se ve limitada por término alguno lo que puede suponer que, incluso formado definitivamente el Tribunal Constitucional, tales procedimientos sustitutorios de los procedimientos establecidos por la Constitución—*habeas corpus* y el amparo ordinario—permanezcan *sine die*, sobre todo si se tiene en cuenta que no depende del citado Tribunal sino de las Cortes el desarrollo legal de dichos procedimientos. Hasta el momento, los sustitutorios recogidos en la Disposición transitoria 2.ª-2, L. O. T. C. y en la L. P. J. D. F. agravan los inconvenientes de la subsidiariedad; ello, al margen de la posible inconstitucionalidad de dicha ley, a la que ya se ha aludido⁽³³⁾.

La agravación de la subsidiariedad en el caso citado se ve, no obstante, atemperada por la propia L. O. T. C. que establece la cautela del «incidente de suspensión», del artículo 56, por el cual: «La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». Esta disposición, encaminada, sin duda, a prevenir el *periculum in mora*, se ve compensada, de alguna manera, por una contracautela, de aplicación discrecional por el Tribunal Constitucional, que consiste en la prestación de una caución por posibles daños y perjuicios a terceros.

Respecto a la vía previa al R. A. C. en el caso de la impugnación de actos provenientes del poder judicial, sí puede afirmarse que se está ante un caso claro de aplicación del principio de subsidiariedad en el sentido de que este se entiende por la doctrina y el Ordenamiento alemán. La L. O. T. C. es suficientemente explícita en el artículo 44: «Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial»⁽³⁴⁾.

La particular configuración del principio de subsidiariedad en el Derecho español ha de entenderse como el interés de la Constitución de evitar al máximo los inconvenientes del mismo que, en realidad y cuando se desarrollen definitivamente los procedimientos constitucionales, sólo juega su papel en el caso de actos lesivos del poder judicial. La vía previa al R. A. C. que se establece para el resto de los casos queda, en el momento actual del desarrollo legislativo, reforzada en detrimento de la idea de amparo, pero tanto ese desarrollo legislativo como la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional pueden convertir a la subsidiariedad en un obstáculo mínimo en la protección de los derechos garantizados. Tan puede ser así que si bien en el Ordenamiento alemán el principio de subsidiariedad es un requisito necesario del *Verfassungsbeschwerde*, en el español se trata de una excepción en consideración del poder judicial como «amparador natural» de los derechos fundamentales, e, incluso, puede significar que la vía previa no es una exigencia de la Constitución⁽³⁵⁾ y, por tanto, puede llegar a desaparecer en el desarrollo del sistema de garantías jurisdiccionales del Derecho español.

V. CONCLUSION

En todos los ordenamientos jurídicos de carácter democrático se dan históricamente sistemas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; en el Derecho histórico español, destacan los llamados «procesos forales» del Derecho aragonés que muy bien pueden considerarse continuados por el sistema establecido en la Constitución de 1.978.

Por amparo se entiende, tanto en aquéllos como en el actual Derecho español, la actuación jurisdiccional tendente a evitar o interrumpir el acto de los poderes públicos lesivo de un derecho fundamental; actuación que, por la cualidad especial de los derechos que se protegen, es extraordinaria y requiere determinadas cautelas.

La Constitución de 1.978 establece un conjunto de instituciones llamadas a cumplir esa función en dos jurisdicciones: la ordinaria (*habeas corpus*, amparo ordinario del artículo 53-2 de la Constitución, y la constitucional). Dentro de la Constitución, al amparo se configura en el R. A. C. que presenta semejanzas notables con el *Verfassungsbeschwerde* alemán, sin que dejen de ser notables también las diferencias, entre las que destaca el desarrollo del principio de subsidiariedad, más mitigado en el R. A. C., y que consiste en el establecimiento de una vía judicial previa al recurso constitucional que cumple la función de filtro en los trámites de admisión de la demanda para evitar una superabundancia de asuntos que determinaría un funcionamiento irregular del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la regulación de este principio se presenta delicada porque

puede convertirse en un obstáculo a la finalidad del amparo que, no debe olvidarse, consiste primordialmente el evitar o interrumpir el acto lesivo.

En el estado actual de la legislación española y en espera sobre todo de la definitiva formación del Tribunal Constitucional, de la reforma del poder judicial y del desarrollo orgánico de los artículos 17-4 y 53-2 de la Constitución, no puede afirmarse que exista un sistema de garantías jurisdiccionales propio de un Estado democrático, en el sentido que aquí se ha querido dar al amparo. Sólo el criterio de los jueces ordinarios, vagamente determinado por el artículo 9 de la Constitución, puede soslayar esta deficiencia que parece circunstancial. Ello sin entrar en consideraciones sociológicas sobre el poder judicial en España que desbordan los límites del presente trabajo pero que, posiblemente, son las más determinantes en el funcionamiento de un sistema jurisdiccional de protección de los derechos garantizados por la Constitución.

NOTAS:

(1) El proyecto de ley del Tribunal de Garantías Constitucionales aludía a la falta de tradición nacional que pudiera orientar el rumbo de la institución. Apéndice número 1 del *Diario de Sesiones* de 23 de Diciembre de 1.932, citado por José Luis GARCIA RUIZ, «El recurso de amparo en el Serecho español», Ed. Nacional, Madrid, 1.980, p. 45.

(2) Una de las formas de la Manifestación de personas a *posse privatorum* o Manifestación de aquellas personas que se ahullan retenidas por particulares hace pensar en un supuesto de hecho que no se halla regulado en los sistemas actuales y que puede ser una violación de la seguridad y libertad personales por el acto de una «autoridad», si bien no se trata de una autoridad pública: La *retención de menores* por parte de los padres, tutores u otras personas encargadas de su custodia. El menor goza naturalmente de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y puede verse sometido a situaciones de tratos infamantes, retenciones temporales, torturas y demás vejaciones por parte de quien ostenta su tutela jurídica que, si bien no se trata de un poder público en sentido estricto, sí cumple respecto del menor un papel similar de *autoridad*.

(3) Sobre Derecho histórico aragonés: Víctor FAIREN GUILLEN, «Los procesos medievales aragoneses y los derechos del hombre», *Anuario de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1.968-69; «Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo», México, 1.971; «El proceso aragonés de Manifestación y el británico de *habeas corpus*», en *Temas del Ordenamiento procesal*, Tomo I, Madrid, 1.969. También Francisco SAENZ DE TEJADA Y DE OLOZAGA, «El Derecho de Manifestación aragonés y el *Habeas corpus* inglés», Madrid.

(4) Vid. Héctor FIX-ZAMUDIO, «El derecho de amparo en México y España», *Revista de Estudios Políticos (REP)*, número 7, Madrid, 1.979, p. 228; en donde se recoge una interesante bibliografía sobre la influencia del Derecho español en el juicio de amparo mexicano.

(5) La *Giurisdizione Costituzionale delle libertà (Grundrechtsgerichtsbarkeit)*, expresión debida a Mauro CAPPLETI, recogida en México por FIX-ZAMUDIO y en España por José Luis

CASCAJO como «Jurisdicción constitucional de la libertad», es considerada por el autor italiano como la expresión *piu raffinata* de la renovación jurídica de la postguerra y una de las grandes directrices de la evolución del Derecho contemporáneo. Para un conocimiento amplio y profundo de la materia, en lo sustantivo y en lo biográfico, es imprescindible la consulta del excelente y temprano artículo de José Luis CASCAJO, «La Jurisdicción constitucional de la libertad», *R. E. P.*, número 199, Madrid, 1.975, pp. 149-98.

(6) Citado por José Luis CASCAJO, ob. cit., p. 164.

(7) José ALMAGRO NOSETE, «Justicia Constitucional», Madrid, 1.980, P. 199.

(8) Artículo 10 de la Constitución española de 1.978: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son *inherentes*, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentales del orden político y de la paz social».

(9) José Luis GARCIA RUIZ, ob. cit., p. 30

(10) F. C. E. México, 2.^a ed., 1.963, p. 111.

(11) «El organismo judicial en México y España», *R. E. P.*, número 10, 1.979, p. 26.

(12) José AMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 198.

(13) Idem., p. 207.

(14) La adhesión española (24-11-77) a la Convención europea para la protección de los Derechos Humanos (roma, 4-11-50) no supone, por el momento, el enriquecimiento del sistema español de protección de los derechos al no haberse ratificado, por el correspondiente protocolo, el artículo 25 de la Convención por el que ésta admite las demandas individuales.

(15) Sin embargo, cabe que del amparo se derive una cuestión de inconstitucionalidad porque el acto impugnado se haya realizado en atención a una ley inconstitucional; en tal supuesto, la cuestión se eleva al Pleno por si procede declarar la inconstitucionalidad de dicha ley (artículo 55 L. O. T. C.7).

(16) Según FIX-ZAMUDIO, el amparo mexicano encierra las siguientes instituciones: *Habeas corpus*, control de la constitucionalidad de las leyes, una especie de casación contencioso-administrativo y un procedimiento de otorgamiento de privilegios procesales (igualdad de compensación) a los campesinos afectados por la Reforma agraria. «El Derecho de amparo en México y España», *R. E. P.*, número 7, Madrid, 1.979, pp. 236-39.

(17) *The American Political Dictionary*, 3.^a ed., *The Dryden Press. Inc.* Hinsdale, Illinois, p. 12.

(18) Las libertades que, según la doctrina francesa (Jacques ROBERT, «Libertés publiques», París, 1.971; Georges BURDEAU, «Les libertés publiques», París, 1.972; Jean ROCHE, «Libertés publiques», París, 1.971), condicionan el ejercicio de las demás, son: la igualdad, la seguridad y el derecho de propiedad privada, entendido por seguridad la libertad física (*liberté d'aller et venir*) y el derecho a la intimidad. En la actual Constitución española parece ser que se prescinde de establecer categorías dentro de las libertades fundamentales, y todas las recogidas en los artículos 14-30 tienen esa misma consideración, de lo que da idea los artículos 10 y 53 de la Constitución. Por otra parte, el derecho de propiedad privada no se incluye en el catálogo de derechos generalizados, lo que hace suponer que no tiene la consideración de derecho fundamental, ello acentúa el carácter más progresivo de la Constitución de 1.978 respecto de otros ordenamientos contemporáneos.

(19) Hay que hacer notar que no existen modelos de sistemas de protección sino tipos específicos que se influyen mutuamente y, por tanto, no resulta del todo exacto hablar de un sistema anglosajón y otro continental sobre los que se basen todos los existentes, sino que cada país ha elaborado su sistema partiendo de elementos propios tradicionales que se conjugan con otros resultados del constitucionalismo contemporáneo y la *racionalización del poder* que él mismo implica, el cual «pone i fondamenti sostantivi e procedurali di tutto il sistema del

diritto politico», A. LA PERGOLA, «Le garanzie giurisdizionali della Costituzione», en *La Costituzione Spagnola*, Bologna, 1.978, p. 33-4.

(20) Parece haber una contradicción entre el artículo 81 de la Constitución, que al definir qué son leyes orgánicas señala en primer lugar aquéllas «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», y el artículo 53-1 cuando establece que «sólo por ley—sin especificar *orgánica*—podrá regularse el ejercicio de tales derechos». De la solución a esta contradicción dependerá en gran parte la constitucionalidad de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 26 de Diciembre de 1.978 (L. P. J. D. F.).

(21) Ob. cit. p. 191.

(22) Ob. cit. p. 47.

(23) FIX-ZAMUDIO, ob. cit. p. 230-231.

(24) Jacques ROBERT, ob. cit., p. 123. También, Francisco RUBIO LLORENTE, «La Defensa de la igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema nortamericana», Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho de Caracas, 1.966.

(25) Ob. cit., p. 223.

(26) José Luis CASCAJO, ob. cit., p. 172, J. ALMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 225.

(27) Igo VON MÜNCH, «El recurso de amparo constitucional», *R. E. P.*, número 7, Madrid, 1.980, p. 277.

(28) José Luis CASCAJO, ob. cit., p. 178-79.

(29) Ob. cit., p. 262.

(30) Ingo VON MÜNCH, ob. cit., p. 283.

(31) *Idem.*, p. 277.

(32) ALMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 225.

(33) Vide supra nota 20. La posible inconstitucionalidad de la L. P. J. D. F. puede ser un ejemplo de la llamada *inconstitucionalidad sobrevenida*, (Vid. ALMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 426); con la curiosa particularidad de que se trata de una ley del 26 de Diciembre, anterior a la Constitución, que se publica en el *B. O. E.* EL 3 de Enero de 1.979, o sea, después de promulgada la Constitución.

(34) ALMAGRO NOSETE entiende que la «vía judicial» a la que se refiere el artículo 44-a) de la L. O. T. C. es la misma que establece la Disposición transitoria 2.ª-2 (ob. cit., p. 226), es decir, el recurso contencioso-administrativo y los procedimientos establecidos en la L. P. J. D. F. Sin embargo, quizá quepa otra interpretación del precepto si se piensa en la especial consideración que el Tribunal Constitucional mantiene respecto del órgano judicial al que parece conceder que sea dentro de su propia jurisdicción, y por los procedimientos ordinarios, donde se intenta subsanar la lesión; ello sólo se puede afirmar pensando en un órgano judicial independiente, con un elevado sentido democrático y comprometido en la salvaguarda de los derechos fundamentales, como le atribuye la Constitución en los artículos 9-1, 24 y 53-3.

(35) ALMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 226.

UN ANTECEDENTE HISTORICO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: LAS SOCIEDADES AGRARIAS DE CATON

Por Alberto PÉREZ VIVÓ
Profesor de Derecho Romano

Al abordar el estudio de la personalidad y de la obra de Catón (M. Porcius Cato Censorius), R. GOUJARD resume en una fórmula sintética los resultados de los análisis y reflexiones de los expertos: «*Pour Cato, vivre, c'est agir*»⁽¹⁾. Su actividad política, su obra oratoria, su trabajo de escritor, su esfuerzo permanente por combatir la corrupción pública y mantenerse fiel al *mos maiorum*, son las expresiones visibles e inmediatas de una personalidad que ha sido considerada por los escritores latinos posteriores como una encarnación viviente de las antiguas virtudes romanas.

Su tratado *De agricultura*, que es la única obra de Catón que nos ha llegado completa⁽²⁾ y que hace de él el más antiguo escritor romano de esta importante temática, es una prueba evidente de su sentido práctico y de su preocupación por abrir nuevos caminos. Aunque no puede ser considerado como un maestro, en el sentido pleno de la palabra, es indudable que en él aparecen todos los rasgos de un precursor y de un pionero⁽³⁾.

Cuando aparece este tratado, a finales del siglo II a. C., se había ya ido consolidando en Roma el sistema de explotación esclavista, ya que las conquistas habían posibilitado el empleo a gran escala de la mano de obra servil, instrumento adecuado para conseguir que la economía rural diera un notable paso hacia adelante⁽⁴⁾.

El hecho de que su obra no sea un trabajo orgánico ni se presente como un ordenamiento sistemático de la materia, es explicado por G. TOZZI como una manifestación de su animadversión hacia lo helénico, de su actitud antiintelectualista, que le condujo a preferir los datos empíricos, a centrarse en problemas concretos y ofrecer orientaciones o consejos de utilidad inmediata⁽⁵⁾.

En el prólogo que antepuso a su tratado recuerda que los antepasados de Roma, cuando querían hacer el elogio de un hombre de bien, decían de él que era «*bonus agricola bonusque colonus*»⁽⁶⁾. Evidentemente, en su época ese *bonus agricola* ya no era el modesto campesino sino el propietario que administra y explota decenas de hectáreas y busca la máxima rentabilidad de su empresa. La agricultura es considerada como el modo más seguro de enriquecerse, al mismo tiempo que una forma honesta de vida. Catón invita a explotar los recursos de forma racional, a utilizar convenientemente el suelo de que se dispone, los instrumentos de trabajo y la mano de obra, dando preferencia a los cultivos más rentables⁽⁷⁾.

Catón no se muestra severo, como hará después Columela, al juzgar la actividad comercial. Se limita a llamar la atención sobre los riesgos que le amenazan y a manifestar su mayor aprecio del valor de la agricultura⁽⁸⁾. Tampoco aparece fundada la interpretación de quienes quieren ver en su obra una invitación a retornar al campo y poner fin a la deserción de muchas personas, seducidas por los atractivos de la vida urbana. Finalmente, como explica R. MARTIN, es inexacto afirmar que la obra de Catón tuviera el propósito de ofrecer una solución posible a una crisis de la agricultura italiana. Cuando se habla de crisis, refiriéndose a aquella época, hay que pensar en la crisis de la pequeña propiedad, del campesinado modesto⁽⁹⁾; pero esto no significa en absoluto crisis de la economía rural, ya que en aquellos momentos hay una importante expansión de la viticultura, una atención intensa a las grandes explotaciones rurales, que administradas racionalmente son una fuente de beneficios para sus propietarios, y en fin, crece la clase de empresarios de cultivos que, como ocurre en el propio Catón, va enriqueciéndose y prosperando paulatinamente⁽¹⁰⁾.

Así pues, su tratado, que no es una investigación teórica sobre las técnicas agrícolas, sino una guía práctica, está dirigido a los propietarios de dominios rurales, no a quienes cultivaban la tierra con sus manos. Hablaba con la autoridad que le daba su experiencia de campesino, al mismo tiempo que manifestaba una disposición evidente para adaptarse a la nueva situación, a las nuevas necesidades, a las nuevas posibilidades de explotación de los recursos y de comercialización de los productos.

Dentro del campo jurídico, el tratado de Catón ofrece un interés singular en cuanto que nos proporciona datos que permiten una aproximación a las fuentes de conocimiento del derecho de una época republicana relativamente no muy tardía. En efecto, contiene una serie de formularios

contractuales⁽¹¹⁾, alguno de los cuales puede considerarse como un antecedente del contrato de sociedad.

El examen del *De agricultura* nos permite distinguir tres tipos de *leges*: a) los capítulos 14-16; b) los capítulos 136-137 y c) los capítulos 144-150. Los tres grupos difieren entre sí por su estilo, por su contenido y por su composición⁽¹²⁾.

El tercer grupo contiene formularios reproducidos ampliamente. Sería suficiente una ligera adaptación para acomodarlos al caso concreto. La unidad de este tercer grupo es evidente. Las *leges* contienen referencias y revelan una composición de conjunto⁽¹³⁾.

Cada uno de los siete capítulos (144-150) constituye una *lex*, en el sentido originario de la palabra, o mejor, una *lex contractus*: es decir, un conjunto de pactos para regular una determinada relación jurídica⁽¹⁴⁾.

Estas leyes, tan íntimamente ligadas, reflejan nítidamente su procedencia de una fuente común⁽¹⁵⁾.

Según afirma GEORGESCO⁽¹⁶⁾ el carácter de las *leges* catonianas ha sido objeto de controversia entre los romanistas más antiguos, cuando se ha intentado ver en la *actio ex stipulatu* el prototipo de la *actio empti*.

BEKKER consideraba las *leges* de CATON y de VARRON como formularios de *stipulationes*⁽¹⁷⁾. Sin embargo, la misma forma de estas *leges* prueba lo contrario: *cogito - ne stringito - ita reddito - ne deportato - iurent omnes socii*. La palabra *lex* sirve también para oponerse a la teoría bekkiana⁽¹⁸⁾.

Ciñéndonos a la temática de nuestro artículo, vamos a tratar de dos de los contratos agrarios propiamente dichos, que regulaban las relaciones entre propietarios y trabajadores: el contrato con el *politor* (c. 136) y el contrato para la recolección de la aceituna, al cual añadiremos el contrato entre el propietario y el pastor, que constituyen un precedente histórico del contrato de sociedad⁽¹⁹⁾.

1.—El capítulo 136 del tratado *De agricultura* de CATON⁽²⁰⁾ y un verso de ENNIO⁽²¹⁾ son los únicos testimonios escritos que nos permiten vislumbrar lo que sería la *politio* en la primera mitad del siglo II a. C.

L. ZANINI, estudiando desde un punto de vista jurídico y práctico la situación del *politor* y la del colono parciario, sostiene que la *politio* no es un contrato jurídico sino una antiquísima práctica agrícola de Roma⁽²²⁾.

Un siglo antes, E. POGGI⁽²³⁾, sin darnos a conocer las fuentes de sus hipótesis, distinguía entre el colono parciario, aquel que vivía en el fundo con su familia, y el *politor*, obrero eventual llamado en determinadas épocas del año para realizar algunos trabajos: escardar, segar, trillar, recolectar. T. FRANCK, en 1.933, analizando el capítulo 136 del tratado *De agricultura*, intentó confirmar los puntos de vista de POGGI⁽²⁴⁾.

Parece ser que el *politor*, en tiempos de CATON, no era ni un empresario agrícola, ni un técnico en agricultura al que se contrata para mejorar el campo adaptándolo a nuevos cultivos y poder obtener así mayores rendimientos. R. GOJJARD afirma que «ni au point de vue juridique ni par sa situation et son rôle dans le domaine, il ne peut être assimilé au colon partiaire, bien qu'il soit, lui aussi, payé en nature»⁽²⁵⁾.

En la primera mitad del siglo II a. C., el *politor*, muy probablemente sería un labrador experto que, al haber tenido que vender la mayor parte de sus tierras después de la segunda guerra púnica⁽²⁶⁾, no podría subsistir, con los rendimientos de su pequeña hacienda, ni él ni su familia. Con el fin de remediar esta situación se dedicaría a realizar en otras fincas mayores todos los trabajos exigidos por determinados cultivos (trigo, cebada, etc.) como la sementera, la escardadera, la siega, la trilla y la bielda. Como retribución recibiría una participación en los frutos de la cosecha⁽²⁷⁾.

La *politio*, como afirma ARANGIO-RUIZ, debió de ser un contrato muy corriente en la época de CATON, ya que en este tiempo, la nobleza acaparaba los terrenos de los pequeños propietarios para adaptarlos a cultivos más productivos⁽²⁸⁾.

VARRON y COLUMELA no mencionan la *politio agrorum* ni en los distintos pasajes de sus obras dedicados a los distintos modos de hacer más productiva la tierra⁽²⁹⁾ ni en parte alguna de sus obras, pero ello no permite concluir, como acertadamente afirma H. DOHR⁽³⁰⁾ que esta forma de explotación hubiera desaparecido ya en el primer siglo a. C., sino que, por el contrario, como veremos a continuación, siguió desempeñando un gran papel en las explotaciones agrarias de los tiempos posteriores a CATON.

Estamos de acuerdo con FERRINI cuando afirma que la *politio* constituyó «una sociedad bilateral»⁽³¹⁾ y que muy pronto fue absorbida por la sociedad ordinaria.

A fines del siglo I d. C., CELSO, citado por ULPIANO (31 *ad edictum*) en D. 17, 2, 52, 2, atestigua que la *politio* es todavía una institución vigente⁽³²⁾ y tratando sobre el criterio subjetivo de la responsabilidad contractual, distinguía de entre los distintos tipos de sociedad, aquellos en los que uno de los asociados «*artem operamve pollicitus est*», mencionando a título de ejemplo la hipótesis en la que el «*agrum politori damus in commune quaerendi fructibus*»⁽³³⁾. Si la frase del *Digesto*, entrecomillada por U. VON LÜBTOW, es auténtica, prueba, sobre todo, que el *politor*, que repartía los productos con el propietario a partes iguales⁽³⁴⁾, debió desempeñar un papel distinto que en tiempos de CATON: «il est devenu l'égal du colon partiaire»⁽³⁵⁾. Como observa GOJJARD, la desproporción entre la parte de los frutos atribuida al *politor* en el *De agricultura* de CATON y en el comentario de CELSO prohíbe partir de éste para comprender lo que era la *politio* tres siglos antes⁽³⁶⁾.

2.—Otro contrato más antiguo que la *politio* y considerado también en épocas avanzadas como una especie de sociedad es el mencionado en D. 17, 2, 52, 2:

«...socios inter se dolum et culpam praestare oportet si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum...».

Se trata de un contrato celebrado entre el dueño de un rebaño y un pastor, con el fin de que éste se ocupe del pastoreo y de la cría del ganado y se distribuyan los beneficios⁽³⁷⁾.

Al mismo tipo de contrato se refiere el rescripto del emperador ALEJANDRO SEVERO del año 222 d. C.:

«Si pascenda pecora partiaria (id est ut fetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur» (C. 2, 3, 9 (8)).

Ciertamente que el rescripto no afirma que se trate de un caso de sociedad y como afirma ARANGIO-RUIZ, su colocación en el título *de pactis* (2,3) antes que el de *pro socio* (4,37) podría hacernos dudar sobre si en la época justiniana fue mantenida o no la opinión tan claramente manifestada por CELSO y ULPIANO⁽³⁸⁾. Pero en la época postclásica también consideraron este caso como un contrato de sociedad, como lo prueba el comentario escrito al pie del texto por el jurista TELELEO, contemporáneo de la compilación, y reproducido como escolio, en los manuscritos de los *Basilicos*⁽³⁹⁾.

3.—Merecen particular atención los cc. 144 y 145 del tratado *De agricultura* que contienen los formularios de los contratos de arrendamiento de la recolección y elaboración de la oliva. A ellos corresponde la mención más antigua que se conoce de la sociedad⁽⁴⁰⁾.

En el capítulo 144, CATON aconsejaba a los propietarios sobre las condiciones a que debían de someter la recolección de la oliva, con la posterior producción de aceite, y en el capítulo 145 solamente las relativas a la producción de aceite.

Entre las cláusulas del esquema que contiene el capítulo 144 encontramos la siguiente:

«4.—Omnem oleam puram metietur modio oleario. Adsi duos homines L praebeto, duas partes strictorum praebeto; ne quis concedat quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit; si quis aduersum ea fecerit, si dominus aut custos uolent, iurent omnes socii; 5. si non ita iurauerint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iurauerit».

Del capítulo 145 interesa a nuestro propósito el número 3:

«*qui eorum non ita iurauerit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debetur. Socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos*».

El carácter vago de alguna de las frases citadas y la difícil interpretación de alguna otra derivan, quizá, de los deterioros del único manuscrito del *De agricultura*, antiguamente en la Biblioteca de San Marcos de Venecia y hoy perdido, y, principalmente, del hecho de no conocer bien la vida jurídica de tiempos de CATON.

De las distintas interpretaciones y reconstrucciones jurídicas del capítulo 144,⁴⁴¹ merecen destacarse la propuesta por LASTIG⁴⁴² y la defendida por MOMMSEM⁴⁴³.

Exponiendo los orígenes de la sociedad consensual LASTIG habla de una forma de *societas*, que llama *sociedad unilateral de trabajo* y que para él es la más antigua⁴⁴⁴, en ella un capitalista se asocia a alguna persona, para que participe en las ganancias de la empresa y aporte su trabajo. La llama sociedad unilateral porque el trabajador es socio del empresario, no éste de aquél: ya que el fin al que se dirige el contrato no es común, sino particular del segundo⁴⁴⁵.

Según la interpretación de LASTIG, las personas a quienes se prohíbe retirarse (*concedere*) serían los trabajadores que el *redemptor* ha traído a la hacienda: su abstención del trabajo encarecería al propietario la recolección de las olivas, ya que la necesidad de buscar nuevos trabajadores retrasaría la cosecha y los nuevos, a lo mejor, pretenderían salarios más elevados. La frase *extra quam si quem socium impraesentiarum dixerit se traduciría de esta forma* «a menos que de alguno afirme (el *redemptor*) que fue contratado como trabajador por poco tiempo». Pero como afirma ARANGIO-RUIZ esta última interpretación es muy difícil de sostener, ya que aparte de cualquiera otra consideración, *impraesentiarum* equivale, en general, a en presencia de todos, públicamente y es arbitrario traducirlo por un «tiempo breve»⁴⁴⁶.

Añádase que el abandono intempestivo del trabajo por parte de cualquiera de los trabajadores solamente puede perjudicar al *redemptor*. Solamente él, como aparece en los mismos formularios, es el obligado a procurarse el número de *homines* convenido en el contrato, y él responde frente al *dominus* de su ausencia⁴⁴⁷. En el contrato se ha fijado la cantidad de dinero que el propietario debe de pagar al *redemptor* por la recolección, si ésta resulta más barata o más cara es algo que en absoluto preocupa al propietario.

Como sabemos, los formularios catonianos se destinaban al uso de los propietarios e intentaban velar por sus intereses; por lo tanto, cláusula

las que se refieran a las relaciones entre el empresario y los trabajadores estarían fuera de lugar⁽⁴⁸⁾.

Si examinamos todas las cláusulas análogas de los formularios catonianos, nos convenceremos fácilmente que el *non* o *neque debebitur* del n.º 5 del cap. 144 se refiere siempre a las relaciones inmediatas entre el dominus y el *redemptor* o los *socii redemptores*⁽⁴⁹⁾.

Según la interpretación dada por MOMMSEN⁽⁵⁰⁾, el número 4 del capítulo 144 del *De agricultura* contiene sugerencias relativas al modo en que el propietario de un fundo puede evitar que cualquiera de los concurrentes a la subasta, por él convocada con el fin de adjudicar el contrato de arrendamiento de la recolección de la aceituna, pueda frustrar, al retirarse, el fin de la misma subasta (*ne quis concedat quo olea legunda et faciunda carius locetur*). Es claro que, en estas circunstancias, la declaración pública que el cesante hiciera de estar ligado por una relación de sociedad con el concurrente favorecido excluiría la ilicitud de su retirada (*extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit*); y se comprende perfectamente por qué tal declaración, si el propietario así lo prefiere, debería hacerse bajo juramento (*si quis aduersum ea fecerit, si dominus aut custos uolent, iurent omnes socii*).

Para MOMMSEN, pues, *socius* no es «e non potrebbe lessicalmente mai essere, lavoratore, operaio» como han querido la mayoría de los intérpretes, sino aquello que la palabra indica: un socio del *redemptor*⁽⁵¹⁾. Es cierto que en esta interpretación existen algunas dificultades⁽⁵²⁾, pero, a pesar de todo, es la que más nos convence.

Si se admite la explicación que da MOMSEN del n.º 4 del capítulo 144 del *De agricultura* de CATON, tendríamos la prueba de que los empresarios de trabajos agrícolas solían constituir, entre el siglo III y el II a. C., verdaderas y propias sociedades; que por el modo como las vemos funcionar, tendían a dividir los riesgos inherentes a cada contrato de arrendamiento⁽⁵³⁾.

NOTAS:

(1) R. GOJJARD, en su introducción a la edición bilingüe del tratado *De agricultura*, Soc. d'édition «Les Belles Lettres», París, 1.975, p. XXIV; el autor completa esta afirmación diciendo inmediatamente: «agir en travaillant la terre, agir les armes à la main, agir par la parole, agir par l'écrit, et dans tous les cas, agir conformément au *mos maiorum*».

(2) El título de la obra no es siempre el mismo en los distintos manuscritos; en algunos, y en particular en la *editio princeps*, el título es *De re rustica*, Catón había escrito antes una breve guía práctica, un tratado muy breve que llevaba el título *De agricultura* y que formaba parte de sus *Libri and filium*, siendo éste, sin duda una de las fuentes de que se sirvió después para redactar la obra definitiva.

(3) Cf. R. MARTIN, *Recherches sur les agronomes latins*, París, 1.971, p. 93; este autor subraya con fuerza que el verdadero interés que despierta la figura de Catón reside en que vivió en un momento de transición, en el cual su obra era portadora de un espíritu nuevo. Si en otros aspectos era un conservador, en el campo económico significaba, por su orientación, el anuncio del porvenir.

(4) *ib.*, p. 85; cfr. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, I; Nápoles, 1.972, p. 378 ss.

(5) G. TOZZI, *Economistas griegos y romanos*, FCE, México, 1.968, p. 217.

(6) «*Et virum bonum quem laudabant ita laudabant: bonum agricolam bonumque colonum; amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur*» (*De agricultura*, Pr. 2).

(7) Este planteamiento muestra hasta qué punto el racionalismo romano difiere de las orientaciones teóricas o de las abstracciones alejadas de la vida real. En este sentido, Catón es un representante cualificado de la clase ascendente, la de los empresarios esclavistas, que irá progresivamente tomando conciencia de la necesidad de desarrollar la gran propiedad, organizar con criterios racionales la explotación agrícola y producir para el mercado (cf. R. MARTIN, *op. cit.*, p. 93).

(8) «*Mercatorem autem strenuum studiosumque rei quaerendae existimo, verum ut supra dixi, periculosum et calamitosum*» (*De agricultura*, Pr. 3).

(9) Cf. R. MARTIN, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

(10) R. MARTIN, *op. cit.*, p. 88-89; el autor observa que era históricamente necesario que desapareciera la pequeña explotación familiar y abriera paso a la gran empresa, cuyo desarrollo comienza precisamente en tiempos de Catón.

(11) Cf. sobre el particular el interesante estudio de GEORGESCO, *Essai d'une histoire des leges privatae*, París, 1.932 y también M. ARCANGELI, *I contratti agrari nel de Agri Cultura di Catone (Prolegomeni)*, en *St. Zanzuchi*, p. 65 y ss.

(12) Cf. GEORGESCO, *op. cit.*, p. 106; el autor, más adelante, añade: «*lex deus premiers groupes sont présentés en abrégé et n'a rien qui dénote chez auteur le métier de jurisconsulte. Les clauses des formulaires sont même présentées comme des conseils à un ami, en l'occurrence le lecteur du livre*» (*ib. ib.*).

(13) También los capítulos 136 y 137 constituirían *leges* o fragmentos de *leges*, El argumento del c. 136 podría probarlo (*Politionem quo pacto dari oporteat*), cfr. ARCANGELI, *op. cit.* p. 86, quien, además, afirma que «*così pure nell'argomento del C. 137 non è difficile scorgere una lacuna colmabile con una frase analoga al precedente argomento o al relativo sommario*» (*ib. ib.*).

(14) Sobre tal significado cf. BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 3.ª ed. I, p. 218; DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano*, I, 1.926, p. 334; GEORGESCO, *op. cit. passim*.

La palabra *lex* se encuentra en el *sumario* de los primeros capítulos («*Lex Oleae legundae, faciundae, pendentis...*»); no se encuentra en el del séptimo («*De fructivus ovium vendundis*»). En los argumentos se encuentra en los cc. 145, 146, 147, 149 y 150 («*Oleam faciundam hac lege oportet locare...*»); en el c. 144 y en el c. 148 se lee una fórmula menos técnica («*Oleam legendam hoc modo locare oportet*»).

(15) La fuente común de estos capítulos es casi seguramente una colección de *leges*. A este propósito conviene recordar que, en la época arcaica, cuando la actividad jurisprudencial

era un privilegio y un secreto del colegio pontifical, éste, probablemente, conservaría en sus libros las llamadas *actiones*, que, según el significado antiguo de la palabra, eran precisamente las fórmulas de los actos jurídicos (DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 342).

Una vez admitidos los plebeyos al pontificado, se comenzó a dar respuestas al público (254 a. C.) y cesaron el privilegio y el secreto de la jurisprudencia de los pontífices. Así comienza la obra de los juriconsultos laicos, que, poco a poco, suplantó a aquélla. La *leges* de CATON eran fórmulas jurídicas preparadas por los juriconsultos laicos, bajo el nombre de *cautiones*. Y puesto que en el siglo II a. C. fue la época de oro de esta actividad, fue en este período de tiempo cuando se compilaron las colecciones de tales *leges*, por obra de los más experimentados juristas. Los *monumenta* de M. Manilio (cónsul en el 149 a. C.) no debieron ser otra cosa, como ha demostrado BAVIERA, que una de estas colecciones, acaso la más importante y famosa. ARCANGELI afirma, consiguiente con su teoría sobre la autenticidad de la obra de CATON, que los capítulos 144-150 procederían de esta colección o de otra semejante del mismo siglo (*op. cit.*, p. 86). P. THIELSCHER, en su edic. del *De agricultura*, U. VON LÜBTON, en su *Catos leges*, etc. piensan, por el contrario, que las *leges* son de CATON.

Los siete capítulos (144: *lex oleae legendae*; 145: *lex oleae faciendae*; 146: *lex oleae pendentis*; 147: *lex vini pendentis*; 148: *lex vino in dolis*; 149: *lex pabulo*; 150: *fructus ovium qua lege veniat*) fueron incluidos por primera vez por MOMMSEN, en 1893, en la 6.ª edic. de las *Fontes iur. Rom. ant.* de BRUNS (vol. II: *Scriptores*), con alguna diferencia en el texto de la edic. de KEIL (1.884). En la 7.ª edic. de las mismas *Fontes*, bajo la dirección de GRADENWITZ, también se tiene presente la edic. (*minor*) de KEIL de 1.895).

(16) GEORGESCO, *op. cit.*, p. 111.

(17) *Röm. Gesch.* I, p. 253.

(18) GEORGESCO, *op. cit.*, p. 111; el autor, anteriormente había dedicado el capítulo cuarto de su monografía al estudio de la noción de *lex privata* y refiriéndose a los formularios catonianos dice que «nous montrét, à ne plus en douter, que la *lex*—acte unilateral—embrassait les droits et les devoirs des deux parties. Par conséquent, la *lex* est matériellement un acte bilatéral, avec cette distinction pourtant, que ce n'est qu'à partir de l'époque de Plaute et de Caton que des dispositions diverses rentrent dans le cadre du même, acte: la *lex contractus*» (*ib.*, p. 41).

(19) Cf. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, cit.: ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto Romano*, Nápoles, 1.965; CANCELLI, *Voz «Società»*, *Noviss. D. I.*, XVII, p. 495 ss.; DE MEDIO, *Contributo alla storia del contratto di società in Roma*, Messina, 1.901.

(20) Cap. 136.—«POLITIONEM QUO PACTO DARI OPORTEAT. *In agro Casinate et Venafro, in loco bono parti octava corbi dividat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio dividat, parti quinta; in Venafro ager optimus nona parti corbi dividat; si communiter pisunt, que ex parte politorum pars est, eam partem in pristinum politorum; hordeum quinta modio, fabam quinta modio dividat.*»

(21) NONIO 66, 18, después de definir la *politiones* como «*agrorum cultus diligentes, ut politia omnia dicimus excolta et ad nitorem deducta*», cita este verso de ENNIO:

Testes sunt

Lati campi quos gerit Africa terra politos (Sat., lib. III)

y

Rastros dentefabres capsit causa poliendi Agri (Ann., lib. IX).

(22) Alcune osservazioni sul politor e sul colonus partiaris, en *Atti del St. Veneto, Class. Lett.*, XCV, 2, 1.935-1.936, p. 65-74.

A. F. RUDORF define la *politio* como «*agrorum politiones veteribus erant cultus omnes diligentes, quibus et ante et post iacta semina suprema agro cultura adhibebatur*» (*Berliner Index lectionum*, 1.846). M. VOIGT y, posteriormente, F. GUMMERUS ven en la *politio* un trabajo de perfeccionamiento. Para KEIL, «*politor est cui post sementim factam cura agrorum usque ad mes-sim mandatur*» (*M. Porci Catonis De agri cultura liber*, vol II, fasc. 1: *Commentarius*, Leipzig, 1.894, p. 140).

(23) *Cenni storici delle leggi sull'agricoltura*, Florencia, 1.845, I, p. 225.

(24) *One Interpretation of Cato, Agr. 136*, en *American Journal of Philology*, LIV, (1.933), p. 162 ss. Según FRANCK las palabras «...*in loco bono octava corbi dividat...*» indica que la parte atribuida al *politor* no es solamente por haber escardado, sino también por haber segado, y la frase «*si granum modio diuidet, parti quinta...*» prueba que el *politor*, además, ha trillado y aventado.

Esta interpretación no ha convencido a todos los autores, por ejemplo VON LÜBTOV (*Catos leges venditioni et locationi dictae*, en *Eos*, XLVIII, 1.956, p. 254) sigue manteniendo la tesis de MOMMSEN (*Römische Geschichte*, I, p. 831) para quien el *politor* era el encargado de la siega.

(25) *Politio, Politor (Caton, Agr. 136)*, en *Rev. de Philol.*, 96 (1.970), p. 92. Posteriormente, el autor afirma: «il se chargerait ainsi des travaux qui n'exigent pas l'emploi d'animaux domestiques et qui, s'échelonnant tout au long de la saison, lui laissaient la possibilité de travailler pour lui-même; sa rémunération, toujours en nature, ce qui atteste que la *politio* existait déjà depuis longtemps, peut être mesurée de deux façons, selon la nature des céréales et les travaux qu'il a faits...» (*ib.* p. 92).

(26) PH. SALOMON, *Essai sur les structures agraires de l'Italie centrale au II siècle avant. J. C.*, en *Rech. hist. econ.*, 1.964, p. 1-68.

(27) Esta participación variaría conforme al cereal sembrado y a la calidad del terreno, Catón lo dice expresamente: «*In agro Casinate et Venafro, in loco bono parte octava corbi diuidat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio diuidet, parti quinta; in Venafro ager optimus nona parti corbi diuidat...; hordeum quinta modio, fabam quinta modio diuidat*» (*De agricultura*, 136). Por eso no estamos de acuerdo con la afirmación de ARANGIO-RUIZ: «dividendo i frutti (normalmente, a quel che sembra, in parti uguali) col proprietario» (*La società in Diritto Romano*, Nápoles, 1.965, p. 26). FERRINI afirma explícitamente que «si dividono poi i frutti secondo le quote prestabilite» y cita el texto de Catón mencionado en la nota anterior (*Opere III, Le origini del contratto di società in Roma*, Milán, 1.929, p. 47).

(28) *La società in Diritto Romano*, Nápoles, 1.965, p. 26; cf. también *Storia del Diritto Romano*, Nápoles, 1.967, p. 185; PH. SALOMON, *Essai sur les structures...*, op. cit. p. 1-68.

(29) VARRON, R. R. I, 17, 2; COLUMELA, I, 7, 16.

(30) *Die italischen Gutshöfe nach den Schriften Catos und Varros*, Colonia, 1.965, p. 146, el autor afirma que aunque VARRON no nos diga nada sobre los contratos celebrados con un *redemptor*, un *partarius*, un *politor*, no se puede concluir, en modo alguno, que estas formas de explotación agrícolas hubieran desaparecido.

(31) FERRINI, *Le origini del contratto di società...*, cit., p. 47 y a continuación escribe: «E se non possiamo ritenere che sia mera specie di questa e che abbia avuto l'origine stessa, gli è per chè qui troviamo già fino da un tempo notevolmente antico riconosciuta quella parificazione del capitale e del lavoro, che per la società ordinaria non troviamo proclamata che tardi, dopo un lento cammino» (*ib.*, p. 47).

(32) D. 17, 2, 52, 2: «*Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur, et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus...*».

(33) El pasaje es muy discutido por los romanistas al tratar el tema de la responsabilidad, cfr. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto Romano*, ed. cit. p. 188 y ss. Las frases reproducidas son aquellas sobre las que no existe duda alguna sobre su genuinidad.

(34) A no ser que se pretenda ver «*in commune quaerendis fructibus*» más que una fórmula vaga que no implique la división a medias.

(35) R: GOJJARD, *Politio, politor*, art. cit., p. 86.

(36) *ib. ib.* Ya anteriormente A. GEISS había señalado que la *politio* del Digesto era algo completamente distinto que la de CATÓN (*Die politio in der römischen Landwirtschaft, Freiburg im B., 1.º to, p. 35-36*).

(37) El beneficio neto que consistiría en las crías que quedan después de sustituir las ovejas muertas se lo repartirían por mitades: «*veluti cum pecus in commune pascendum*» (D. 17, 2, 52, 2).

(38) *La società in diritto romano*, ed. cit., p. 27.

(39) *Sch. 1 ad Bas. 11, 1, 70* (HEIMBACH, I, 649). FERRINI traduce el comentario de TALELEO del modo siguiente: «L'azione che ha luogo fra quelli, che così hanno pattuito, se avevamo l'animo di iniziare una società, sarà quella *pro socio*, como avrai appreso nel titolo *pro socio* dei Digesti intorno al caso medesimo (se alude a D. 17, 2, 52, 3). Se non v'era in loro tale intenzione, si intenterà l'*actio praescriptis verbis*, siccome in seguito a convenzione generica. Ma benchè non si faccia nel testo menzione di società, è il primo caso quello, a cui la costituzione si riferisce, dicendo esservi l'obbligo di eseguire le cose pattuite» (*Le origini del contratto di società in Roma*, ed. cit., p. 45).

(40) Cf. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto Romano*, ed. cit., p. 22; más adelante, el mismo autor precisa que Catón, en el tratado *De agricultura*, exponía el ordenamiento y el funcionamiento ideal de una heredad de 200 yugadas y que a los preceptos técnico-agrícolas añadió, a modo de apéndice, los esquemas de contratos de arrendamiento y los consejos a que debían atenerse los propietarios para formularlos rectamente (*ib.*, p. 22).

(41) Analizadas por FERRINI, *L'origine del contratto di società in Roma*, Opere, III, p. 36-44 y ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 23-27.

(42) «*Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht*», 24, 1.879, p. 409 ss.

(43) *Röm. Gesch.*, I, 862.

(44) 1. c. p. 427: «die älteste Societätsform im römischen Rechte sei die einseitige Arbeitsgesellschaft».

(45) LASTIG admite también el caso recíproco de una *sociedad unilátera de capital*, que sería aquella en la que el trabajador, queriendo alcanzar un determinado fin económico, busca al capitalista, al que promete una parte determinada de los beneficios, (*op. cit.*, p. 410).

(46) *La società in Diritto Romano*, *op. cit.*, p. 24.

(47) Entre las obligaciones que tiene el *redemptor* expresamente se dice en el formulario que se contiene en el cap. 144, que debe garantizar la presencia continua de 50 trabajadores (*adsiduus homines L praebeto*): expresión que, evidentemente, deja a la discreción del *redemptor* el modo de reclutar la mano de obra.

(48) FERRINI, *op. cit.*, p. 41; seguidamente el autor añade: «ora sarebbe esclusivamente il *manceps* interessato a ricevere il giuramento: il «*debebitur*» della formula non si può riferire che al *dominus*; e come dovrebbe il *dominus* al *legulus* o al *factor*, che come s'è visto tornato a vedere, non ha contratto con lui?» (*op. cit.*, p. 41).

(49) Ejemplos del cap. 144:

«oleam cogito recte omenm arbitrato domini aut quem custodem fecerit aut cui olea uenierit; oleam ne stringito neue uerberato iniussu domini aut custodis; si adversus ea quis fecerit, quod ipse hodie, pro eo nemo soluet neque debebitur». Se entiende al redemptor.

N.º 2: «Qui oleam legerint omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manlii; qui eorum non ita iurauerit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur (al manceps)...».

N.º 3: «...Legulos quot opus erunt praebeto et strictores (el manceps) si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit deducetur, tanto minus debebitur (es decir, que si el manceps no proporciona los suficientes trabajadores, cuanto haya costado el destajo o la nueva contrata de mano de obra le será deducido de su crédito).

Ejemplo del cap. 145:

«Factores qui oleum fecerint omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem sese de fundo L. Manlii neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse; qui eorum non ita iurauerit quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur» (n.º 2 y 3). Deducir toda la pars de un factor no tiene sentido a no ser refiriéndolo al pago que ha de hacerse al manceps. Si por consiguiente el «nemo dabit neque debebitur» no puede referirse más que al dominus, la frase «ei qui non ita iuraverit» no puede referirse más que al empresario o a quien con él esté asociado en la empresa no a los leguli o factores.

(50) *Röm. Gesch.* I, p. 850. La misma interpretación es sostenida por O. KARLOWA, *Röm. Rechtsgech.* II, p. 657; U. von LÜBTOW, *op. cit.*, p. 291 ss.; G. THIELMANN; *Berlin. jurist. Abhandl.*, 4, 1.961, p. 246 ss.. En contra de la interpretación dada por MOMMSEN puede citarse a BEKKER, en *Ztschr. f. RG.*, 3, p. 421 ss.; P. THIELSCHER, *Erläut.*, p. 349-351 y R. GOUJARD, *Caton...*, p. 295.

(51) Según afirma CANCELLI «al seguito del quale dovevano essere squadre, compagnie di lavoratori, «specializzate» nella raccolta e molitura delle olive: cfr. Svet., *Vesp.*, 6)» (*Società*, *Noviss. D. I.*, XVII, p. 498).

(52) Cfr. las que formula BEKKER en su *Röm. Gesch.*, I, 862; por su parte, GOUJARD, entre las objeciones que formula a MOMMSEN afirma que «l'existence d'associations d'entrepreneurs de ce genre n'est pas attestée par cette époque...» (*Caton*, p. 295).

(53) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto Romano*, ed. cit., p. 26.

LAS LITIS EXPENSAS: CONFIGURACION JURISPRUDENCIAL Y REGULACION LEGAL

Por Luis F. SAURA MARTINEZ

Profesor de Derecho Civil

La institución de las «litis expensas» no ha sido regulada normativamente de forma exacta y detallada hasta la Ley de 13 de Mayo de 1.981: su delimitación, configuración y precisión se ha realizado laboriosamente por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, hasta ser condensada en el artículo 1.318 del Código Civil en su actual redacción⁽¹⁾.

Inicialmente, esta obligación de satisfacer los gastos judiciales causados por el otro cónyuge, se hacía derivar de la existencia de la comunidad de bienes entre ellos, pareciendo lógico que si tales bienes estaban afectados a la satisfacción de las cargas de la familia, como tales cargas habían de tenerse, entonces, las «litis expensas». En esta concepción se inscriben las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1.886, 3 de Octubre de 1.883 y 6 de Abril de 1.878.

Promulgado el Código Civil, se replantea el problema con motivo de la no regulación expresa de la institución en su artículo 68. En base a tal omisión, por algún sector de la doctrina se mantuvo el parecer de que dicha exclusión implicaba la preterición de la institución, de forma que su petición habría de ser ya imposible para el beneficiario presumible de las expensas, o, en el mejor de los casos, la obligación de abonar «litis» debía de incluirse dentro del mismo título que la de prestar alimentos por uno de los

cónyuges al otro, interpretándose, entonces, ampliamente esta obligación alimenticia.

A idéntica conclusión preteritoria parecía conducir el hecho de que tampoco el artículo 1.408 del mismo cuerpo legal hiciera referencia alguna a la institución.

Manteniendo tesis contraria a la preterición, apuntaba Manresa: «...pero basta la mera lectura de las cinco previsiones que contiene—el artículo 68—para comprender que las disposiciones ordenadas en el mismo son esencialmente sustantivas, por contraerse a la seguridad, libertad y subsistencia del cónyuge que necesitare promover el juicio, al cuidado de los hijos del matrimonio y a la independencia que en esos casos debe tener la mujer en la administración de sus bienes...»⁽²⁾.

La omisión en el Código de la alusión a las «Litis expensas» la justifica Manresa en tanto, piensa, tiene esencial vertiente procesal y ha de ser en la ley de procedimientos donde debe ser contemplada. En este sentido, cita Manresa sentencia de la Sala 1.^a de la Audiencia de Madrid, estableciendo: «...no sólo porque éstos no pueden considerarse como uno de los efectos civiles de la demanda de divorcio, sino también porque dada la índole de la acción de «litis expensas», esencialmente formal, ni podía ni debía ser comprendida o enumerada en un Código puramente sustantivo»⁽³⁾.

Por otra parte y en abono de la pervivencia de la institución que nos ocupa, a pesar de su no regulación o enumeración por el Código Civil, se citaba el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este camino de concreción y delimitación de las «litis expensas» se inscribe la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1.897, manifestando: «Aunque el artículo 68 no señale expresamente la asignación de «litis expensas», es obvio que, pudiendo la mujer litigar con su marido, puede necesitar y exigir de éste que sufrague los gastos de su defensa cuando no disponga de bienes con qué hacerlo», y la sentencia de 22 de Enero de 1.910, disponiendo: «Pero este derecho no es tan absoluto que pueda la mujer pretender el abono de gastos judiciales injustificados y causados para producir perjuicios y vejaciones».

Pero ¿esta obligación es exigible en todo caso o únicamente cuando el régimen matrimonial estipulado entre cónyuges haya sido el de la sociedad de gananciales?. Perpleja y dubitativa se mostró, en un principio, sobre este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si la sentencia de 13 de Febrero de 1.915 entendía que «si no se celebró el matrimonio bajo el régimen de la sociedad de gananciales, no pueden pedirse los cónyuges «litis expensas» para los pleitos que entre sí mantengan», las de 26 de Enero de 1.897, 9 de Octubre de 1.907, 29 de Abril de 1.926 y 15 de Diciembre de 1.944 se pronunciaban por considerar que «lo dispuesto en este

artículo (el 1.408 del Código Civil) no quiere decir que la doctrina sobre «litis expensas» deje de ser aplicable si el régimen económico del matrimonio es distinto del de gananciales, incluso en las regiones forales en que éste no existe»⁽⁴⁾.

Otro problema resuelto por la jurisprudencia es el relativo a la aplicación de la obligación de abonar «litis expensas» en los territorios forales; a este propósito establecen las propias sentencias citadas en el párrafo anterior: «La obligación de satisfacer el marido «litis expensas» a su mujer en los litigios entre ambos cónyuges, es general en todo el Reino, antes y después de promulgado el Código Civil, cuando la mujer carezca de bienes propios».

Fundaméntase esta generalidad de aplicación en lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo «imperium» se extiende a todo el territorio nacional.

También suscitaron discrepancia doctrinal los aspectos de la cuestión referidos al «quantum» y al «tempus» de la prestación; y así, mientras algunas sentencias—4 de junio de 1.896; 22 de Enero de 1.910; 16 de Junio de 1.920; 18 de Diciembre de 1.944—se remiten a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, que deben apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarlo y graduarlo, la del 27 de Marzo de 1.914 se inclina por condenar «al pago de los gastos que se causen en lo sucesiva en las contiendas judiciales entre los cónyuges».

Por otra parte, de este derecho a percibir «litis expensas» se excluía a la mujer, jurisprudencialmente, en los siguientes supuestos: a) Si se defendía como pobre (Sentencias de 26 de Abril de 1.902; 8 de Marzo de 1.933). b) Si tenía bienes propios (Sentencias de 26 de Enero de 1.897; 9 de Febrero y 24 de Mayo de 1.915).

Pero con referencia al apartado b), es de capital importancia la sentencia de 22 de Octubre de 1.951, unos de cuyos Considerando dice: «...y si bien reconoce el recurrente que la mujer tiene derecho a percibir «litis expensas» del marido como administrador de la sociedad de gananciales, alega que este derecho sólo existe cuando la mujer carece de bienes, pero esta afirmación no puede admitirse de manera absoluta, sino en el sentido de que tal derecho existirá cuando la mujer aunque tenga bienes no tenga los suficientes para su vida... pues la jurisprudencia, al reconocer este derecho, se apoya en una razón de justicia y de equidad, cual es que si a la mujer, por la escasez de sus bienes propios, correspondiera litigar como pobre y no puede sin embargo obtener este beneficio por ser un obstáculo para ello la estimación de los bienes del marido, se produciría en ella un estado de indefensión que debe evitarse otorgándole las litis expensas con cargo a los bienes gananciales y aún a otros que no lo sean, pues con todos ha de atenderse al levantamiento de las cargas del matrimonio».

Mas la obligación de satisfacer «litis expensas» no se concreta a los pleitos sobre separación matrimonial, sino que se extiende también a todos aquellos «en que la mujer tenga que mantener sus derechos, sean las acciones civiles o criminales, como querrela por amancebamiento, sin otra limitación que la del juicio de los Tribunales relativo a la necesidad de su sostenimiento» (Sentencias de 12 de Noviembre de 1.910; 27 de Marzo de 1.914).

La configuración jurisprudencial de las «litis expensas» referida a este período, podría resumirse como sigue:

1.—Obligatoriedad de su prestación, antes y después de la publicación del Código Civil. a pesar de no figurar referida expresamente en su artículo 68.

2.—Obligación derivada o de la comunidad de bienes de los cónyuges, o de la afección de los bienes peculiares de cada uno al levantamiento de las cargas de la familia, aún en el caso de haberse contraído el matrimonio bajo régimen económico distinto al de la sociedad de gananciales.

3.—Aplicación de este sistema a todo el territorio nacional, al amparo del artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.—Extensión a toda clase de litigios en que la mujer haya de mantener sus derechos frente al marido, ya sean civiles o penales.

5.—Apreciación por los Tribunales de la procedencia o improcedencia de las «litis expensas» en atención a la necesidad o no del ejercicio de la acción, y fijación discrecional de su cuantía.

6.—Cese de la obligación de abono cuando la mujer litigue como pobre o tenga medios económicos suficientes.

LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1.958

Finalmente, la institución que nos ocupa será contemplada por el Código Civil—en su artículo 68 precisamente—tras la reforma del mismo por la Ley de 24 de Abril de 1.958.

Pero conviene adelantar dos aspectos de la cuestión: 1.º—La omisión de su referencia en el artículo 1.408 del Código, no casual, pensamos. 2.º—Su inclusión en el artículo 1.890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta doble observación permite deducir: a) El legislador de 1.958 supone la obligación de abonar las expensas, no sólo en el caso de existencia de la sociedad de gananciales, sino, también, en el de cualquier otro régimen económico matrimonial. b) Confirma el aspecto procesal de la cuestión, compatibilizándola, no obstante, con su necesaria inclusión en el Código.

Asimismo, llama poderosamente la atención el vuelco en su concepción que confiere a este asunto el artículo 68 del Código, ampliando la posibilidad del disfrute del derecho a las «litis expensas» a ambos cónyuges; y de esta suerte, dice, en efecto, dicho artículo: «Acordar, si procede, el abono de «litis expensas» determinando la cuantía y la persona obligada al pago».

Simultáneamente a la reforma del Código Civil, y asimismo por Ley de 24 de Abril de 1.958, se lleva a cabo la de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referido a las medidas provisionales en relación con las personas, introduciendo en meritado texto legal la referencia expresa a las «litis expensas», en el párrafo segundo del artículo 1.890: «El Juez fijará la cantidad que en concepto de «litis expensas» haya de satisfacerse cuando así proceda».

Con la inclusión expresa de la institución en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se resuelve, ciertamente, cualquier duda que hubiera podido suscitarse relacionada con su eficacia en los territorios de derecho foral.

LEYES DE 13 DE MAYO Y 7 DE JULIO DE 1.981

La radical reforma del Código en materia de familia llevada a efecto por las Leyes de 13 de Mayo y 7 de Julio de 1.981, incluye la regulación de la institución que nos ocupa, procediendo a recoger y plasmar en el cuerpo legal las directrices marcadas por la jurisprudencia, resolviendo así, definitivamente, las dudas y vacilaciones que la precariedad de sustancia, en su redacción anterior, planteaban.

En efecto, la Ley de 13 de Mayo de 1.981 redacta el artículo 1.318 del Código Civil, como sigue: «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficiente, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de pobreza gratuita».

Por su parte, la Ley de 7 de Julio de 1.981 establece en el núm. 3.º del artículo 103: «Fijar—el Juez—la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede, las «litis expensas»...».

A la vista de ambos artículos convendrá destacar:

1.º—La procedencia a que se refiere el núm. 3.º del artículo 103, está

sujeta a la concurrencia, en cada caso, de los requisitos exigidos en el artículo 1.318.

2.º—Que tales requisitos se pueden desglosar de la forma siguiente:

a) Carencia de bienes propios suficientes, por parte del peticionario de las expensas.

b) Existencia⁽⁵⁾ de un litigio contra el otro cónyuge sin que medie mala fe o temeridad en el que solicita las expensas (lo que, interpretado literalmente y llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a la anómala y antijurídica conclusión, de que el Juez habría de realizar un juicio apriorístico sobre el fondo del asunto para discernir la presencia o ausencia de mala fe o temeridad; habría, pues, de prejulgar la cuestión), o contra tercero si redundan en provecho de la familia.

c) Las expensas serán a cargo del caudal común y, cuando éste falte, a costa de los bienes propios del otro cónyuge. Declaración de responsabilidad que confirma la existencia de la obligación, cualquiera sea el régimen económico matrimonial.

d) Que la posición económica del cónyuge obligado al abono impida al solicitante de las expensas, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de la justicia gratuita.

e) Las expensas comprenden—y se concretan a—el abono de los gastos necesarios causados en los pleitos de referencia.

f) Relativamente al tiempo y cuantía del abono, y a pesar de que el artículo 1.318 parece dar a entender que la satisfacción de las expensas habrá de tener lugar finalizado ya el litigio—«los gastos necesarios causados», dice—la interpretación lógica dirige a la prevalencia del núm. 3.º del artículo 103, en cuanto faculta al Juez para, conociendo de las medidas provisionales o provisionalísimas: «fijar... las «litis expensas».

Este, pues, será el tiempo del pago, y la cuantía la que, en él, fije el Juez, que habrá de entenderse presupuestada, sin perjuicio de su ulterior concreción, mediante la oportuna tasación de las costas cuasadas, si alguna de las partes la pidiere.

NOTAS:

(1) No obstante esta figura está referida o invocada en algún texto legal, como en la Novísima Recopilación, cuya Ley 20, Título 1.º, Libro II, decía: «Los jueces eclesiásticos sólo deben entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, litis-expensas, o restitución de dote, como propias o privativas de los Magistrados seculares», y en la Ley de Divorcio de dos de Marzo de 1.932, en cuyo artículo 44 núm. 5.º pfo. 2.º se expresaba: «El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, vendrá obligado a abonar «litis expensas» a la mujer, salvo cuando ésta posea bienes propios suficientes y disponga de sus productos.

(2) José M.ª Manresa Navarro: *Comentarios al Código Civil español*. T. I., p. 653. Madrid, 1.924.

(3) Manresa: *Op. cit.*, p. 656.

(4) La citada Ley de Divorcio de 1.932, parece inclinarse a la exigencia de la obligación de abono de expensas sólo en el caso de la existencia del régimen ganacial, como se puede deducir de la frase inicial del párrafo: «El marido, como administrador de la sociedad de gananciales...».

Favorable a la extensión de la prestación, y fundamental en la materia, es la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1.946, uno de cuyos Considerando dice «Que el fundamento de la obligación que al marido incumbe para abonar a su mujer el subsidio preciso para sostener los litigios que le afecten, conocido con el nombre de «litis-expensas» y que la jurisprudencia ha reconocido como subsistente después de la vigencia del Código civil y como extensión de sus preceptos en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, arranca de la consideración especial que dentro del matrimonio deben merecer los productos de los bienes de aquéllos, no sólo por lo que manifiestamente corresponde a los reputados como gananciales, sino también a los demás que no revistan tal conceptualización jurídica, porque con todos ellos ha de atenderse al levantamiento de las cargas que el matrimonio impone y, entre éstas, se encuentra indudablemente el sostenimiento de los pleitos que la mujer haya de sostener con su marido, tanto si ejercita contra él las acciones que le competan, cuanto si es para defenderse de las que contra ella se intenten, si carece de medios propios para efectuarlo, porque sería notoriamente injusto y conduciría a su indefensión, el que no pudiera recabar el beneficio de pobreza por ser obstáculo para ello la estimación de los bienes propios del marido, y no pudiera ampararse en estos, o en sus productos, para subvenir a las exigencias del litigio o litigios que con él hubiera de mantener en defensa de su derecho.

(5) En aplicación del artículo 104 del Código Civil, no es necesaria la existencia actual del litigio—si entendemos su inicio en el momento de la presentación de la demanda—siendo suficiente el propósito de plantearlo para interesar la fijación de las expensas.

DEL DOCUMENTO PRIVADO AL DOCUMENTO PUBLICO. LA RECEPCION DEL NOTARIADO ITALIANO EN ESPAÑA (SIGLOS XIII-XV)*

*** Resumen de la tesis doctoral que bajo el mismo título, fue leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, el 25 de enero de 1.982. La misma ha sido dirigida por D. Agustín Bermúdez Aznar y juzgada por el tribunal compuesto por los profesores: D. José Luis Iglesias Buhigues, D. Alfonso García-Gallo de Diego, D. Joaquín Cerdá Ruiz-Funes, D. Juan García González y D. Agustín Bermúdez Aznar. Obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude.**

Por Carolina CARBONELL ARROYO
DOCTOR EN DERECHO

De entre los innumerables temas que la Historia del Derecho nos ofrece a todos aquellos que dedicamos nuestro esfuerzo a tratar de desentrañar el pasado jurídico, posiblemente pocos ha habido tan descuidados como el estudio del documento, que por lo general, se ha venido considerando por los historiadores del Derecho español como mera fuente de conocimiento de ese pasado.

Por otra parte, como ha puesto de relieve el profesor García-Gallo en un trabajo sobre «Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XI», la bibliografía sobre el documento español, con aportaciones muy positivas, se debe en gran parte a paleógrafos y diplomatistas

o notarios y en ella, con frecuencia de modo inevitable por la formación y perspectiva de sus autores, el aspecto jurídico del documento queda en un plano secundario, o por el contrario se considera en términos excesivamente dogmáticos; al mismo tiempo que el estudio se ciñe a épocas determinadas o ciertos grupos de fuentes, quedando esfumada la línea de su evolución histórica.

Ahora bien, dada la excesiva amplitud del tema al existir una diversidad de documentos jurídicos, se hacía imposible la realización de un estudio de conjunto mínimamente profundo. Por lo tanto, era necesario circunscribirlo a una especie documental que, dotada del suficiente interés intrínseco, tuviera también la necesaria entidad como para ser merecedora de un análisis minucioso y lo más pormenorizado posible. Así pues, hemos elegido como objeto primordial de nuestro trabajo el documento público relativo a los actos de Derecho privado y simultáneamente el del notario, al ser éste como persona que ejerce una función pública específica quien determina con su intervención que aquél adquiera dicho carácter.

También incluso desde esta perspectiva y, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos, donde la historia del notariado y del documento notarial, ha sido objeto de profusos y meritorios trabajos, la bibliografía española existente sobre ambos hasta casi los momentos actuales, pone con claridad de relieve en qué escasa medida han venido suscitando la atención de nuestros investigadores.

Dejando a salvo algunas obras de tiempos anteriores que ofrecían cierto material de utilidad, era preciso esperar hasta el presente siglo para que, coincidiendo con el florecimiento de los estudios plenamente científicos, pudieran encontrarse monografías dotadas del rigor necesario en el manejo de las fuentes y en la metodología empleada. Monografías, algunas de valor muy estimable y, en todo caso, de consulta imprescindible en orden a la construcción sintética, pero que al ceñirse al examen separado, bien del documento, bien de la institución notarial o ambos conjuntamente, pero limitado el análisis de su origen y desenvolvimiento a períodos cronológicos y espacios geográficos muy concretos, en modo alguno llegaban a suplir la falta de una exposición conjunta.

Hasta tiempos muy recientes faltaba pues en nuestro país una historia del notariado y del documento notarial, que constituyera un serio intento de abordar su estudio. Tal empresa ha sido en la actualidad emprendida por José Bono en su obra «Historia del Derecho Notarial Español», cuyo primer volumen constituye ya la más válida aproximación a la problemática general de uno y otro.

Dicha obra, no obstante, pese a aportar soluciones válidas sobre aspectos importantes del tema, tampoco llegaba a agotarlo. De aquí la conveniencia y oportunidad de tratarlo desde una perspectiva en parte nueva y

distinta, tendente, en definitiva, a lanzar un poco de luz despejando las múltiples incógnitas que plantea todo ese complejo proceso histórico, que condujo a la transformación o al paso del documento privado al documento notarial o público.

En realidad, todo ese dilatado proceso transformador al que acaba de hacerse referencia, se encuadra a su vez dentro de otro más amplio y general de asimilación que busca, en suma, atribuir a un documento que es privado—no ya sólo por la materia a que se refiere, sino también por la forma en que se realiza así como por la condición de sus otorgantes y su autor—el valor y los efectos de ese otro documento que por proceder de la autoridad pública goza de una autenticidad reconocida y, en consecuencia, de una absoluta fuerza probatoria.

A este respecto interesa destacar que, el hecho de que se trate de conferir al documento privado el carácter de documento público, a fin de garantizar derechos de un modo más eficaz y de atribuir una mayor seguridad a las relaciones jurídicas establecidas por los particulares, es algo que aparece en sociedades portadoras de un determinado grado de desarrollo, como lo prueba el que a lo largo de la historia aparezcan ciertos procedimientos arbitrados para conseguir tales fines.

Así pues, dentro de ese proceso general, el paso del documento privado al documento notarial o público, no se nos presenta en sí mismo como un fenómeno surgido en la Baja Edad Media sin precedentes anteriores, sino antes bien como un proceso particular o como la culminación de aquél hacia la determinación de un sistema que permita atribuir al documento privado, el carácter y la fuerza del documento público. Lo verdaderamente novedoso no fue más que el hallazgo o la concretización de ese sistema, consistente en la atribución de la facultad autenticadora a su autor lo que conllevaría el nacimiento de una institución específica, el notariado y por ende del documento notarial o público.

Tener en cuenta únicamente la culminación de tal proceso nos llevaría en rigor a iniciar el trabajo desde el momento en que el notario como persona que ejerce una función pública de autenticación y del documento notarial dotado de autenticidad, aparecen en el pasado como tales, es decir, con los rasgos que de manera fundamental los caracterizan y definen. Más ello supondría no sólo dar una visión parcial del tema, sino también dejar en el vacío las múltiples interrogantes que plantean sus orígenes, pues difícilmente éstos podrán ser bien comprendidos, si antes no se acomete la tarea de indagar en los fenómenos que determinaron su configuración definitiva y se vuelve la mirada a los antecedentes que condicionaron y prepararon su nacimiento.

Ante tal planteamiento, resulta obvia la necesidad de retroceder lo suficiente en el tiempo y dar respuesta a toda una serie de cuestiones referi-

das ante todo, a cómo y por quiénes se llenó la función documentadora en especial durante los siglos inmediatos a la instauración del notariado público en España. Sólo así era posible asistir al final del proceso, que dejaría conformado al notario y al documento notarial con sus rasgos definitorios y proceder después a su disección, emprendiendo el estudio de la institución notarial y de las modificaciones que se operan en el documento, ahora en cuanto escritura de un notario.

Como advierte García-Gallo en el trabajo anteriormente citado «Desde su aparición en España la escritura se pone al servicio del Derecho, tanto para dar forma escrita a las leyes tradicionales... como para dar expresión a actos o relaciones jurídicas, sin embargo, los documentos españoles conocidos y que pertenecen a la época prerromana o primitiva no son propiamente documentos relativos a actos de Derecho privado. El proceso evolutivo del documento español de este carácter hay que reconducirlo de manera necesaria al momento en que Hispania cae dentro de la órbita del Derecho Romano, hecho éste que tiene como consecuencia la penetración de su sistema documental y determina que el mismo adquiera su entidad. Se produce así un fenómeno análogo al que acontece en otros países europeos, lo que lleva también consigo que nuestro documento mantenga una indudable semejanza con el de aquéllos que trasciende incluso a los siglos posteriores.

A partir pues del instante en que Hispania se inserta en el mundo romano, la dinámica evolutiva del sistema documental en nuestro país corre aparejada a la operada en aquél. La gradual simplificación en la época clásica de los actos formales que en la Roma antigua se exigían para dar vida a un negocio jurídico sustituyéndolos por la mera expresión del consentimiento, da paso en la postclásica a la manifestación del mismo por actos verbales o por escrito, a la vez que la confluencia de variados factores, en especial el influjo de las concepciones helenísticas comportador de novedades tanto en lo que respecta al material y forma de las escrituras como en lo que concierne a su otorgamiento, eficacia y valor probatorio, contribuye a generalizar el uso del documento, que progresivamente adquiere una más precisa conformación.

El derrumbamiento del Imperio Romano de Occidente, que marcará en muchos aspectos el inicio de una situación nueva, no impide, sin embargo, que el documento siga siendo utilizado, ni dará lugar a que desaparezca bruscamente el sistema documental romano potclásico hasta entonces vigente en los territorios de las nuevas entidades políticas europeas y, por supuesto de la España goda. Antes bien y con referencia a esta última concretamente, de los documentos y fórmulas que han llegado hasta nuestros días así como de la propia legislación, se desprende de manera palpable que el pueblo invasor había adoptado la escrituralidad como forma primordial para los actos jurídicos, como también es palpable el hecho

de que el documento español de este período presenta características similares a las que tuvo en la etapa postclásica anterior y que trascienden a tiempos posteriores.

Siguiendo el curso de la historia, qué duda cabe y no puede desconocerse, que un suceso de tan trascendental importancia en nuestro pasado histórico como fue la conquista musulmana, tuvo de manera inmediata enormes repercusiones en todos los órdenes de la vida de la península.

A grandes rasgos consideremos en primer lugar que desde el punto de vista político, no sólo produjo su aislamiento con el mundo exterior apartándola del paralelismo que hasta entonces venía guardando con el resto de los países del Occidente europeo, sino lo que es incluso más importante, alteró rotundamente su estructura anterior, generando una fragmentación política interna que habría de perdurar durante mucho tiempo después.

Desde otro prisma distinto hay que tener en cuenta que, a partir del siglo VIII, la mayor parte de España quedó integrada en la esfera económica y cultural del Islam. Bajo él permanecieron las regiones más ricas, las más romanizadas y las únicas en las que existían núcleos urbanos de cierta importancia, zona en suma de grandes contrastes con aquella otra en la que a raíz de la rebelión de Pelayo se iniciaría la Reconquista.

Pero sobre todo atendiendo al aspecto jurídico tuvo una no menos singular incidencia. Por una parte y como producto de la fragmentación política a que antes aludimos, vino a potenciar una diversidad jurídica que iría de manera indudable acentuándose con el tiempo. Pero a su vez y por otra, dio origen a un fenómeno distinto, consistente en un profundo trasvase de influencias de unos lugares a otros, debido a los desplazamientos de grupos humanos y a la formación de comunidades cuyas diferencias de todo tipo incluso raciales eran muy acusadas.

A la vista pues de los singulares factores que configuraron esta etapa de la evolución de nuestro derecho, cabría presuponer una interrupción total o cuando menos pensar en el acontecer de cambios muy substanciales dentro del sistema documental español de este momento, sin embargo, lo cierto es que durante los primeros siglos de la Reconquista pervive el sistema documental visigodo de base romana, no de manera exclusiva en los territorios reconquistados, sino también en aquellos que pasaron al dominio franco, y en fin, en los restantes que permanecieron sometidos al Islam, puesto que se permitió a sus habitantes el que continuaran rigiéndose por sus propias normas.

No obstante, este hecho de pervivencia de la tradición anterior que señalamos y que resulta fácil detectar, reviste ciertas peculiaridades según las diferentes regiones, originadas no únicamente por las particulares circunstancias en que se desarrollaron cada una de las nacientes entida-

des políticas, sino porque en ellas es obvio que se partía de una realidad jurídica distinta, heredada inevitablemente del pasado. No hay que olvidar al respecto, que a pesar de los siglos de dominación romana y del carácter de la política y de la legislación visigoda, el derecho vigente en la práctica no había sido el mismo en todas partes, porque en definitiva tampoco había sido idéntica la situación en que se habían desenvuelto por ejemplo la zona Norte (habitada por gentes que en su aislamiento secular habían permanecido escasamente romanizadas y apenas también sufrido la influencia visigoda), que la del Sur, de cuya profunda romanización no cabe la menor duda, o la del Centro, sede del desaparecido reino, y la de Cataluña, que de la misma manera se había visto plenamente integrada en el contexto político, jurídico y cultural de aquél.

Pero, en todo caso lo que es indudable es la continuidad que en relación con los documentos de la etapa precedente presentan los de ésta y ello en regiones tan distantes y habida cuenta de las dificultades que implicaban las comunicaciones, sólo se explica por el uso de un material común: formularios y en general la legislación visigoda de vigencia más o menos efectiva, pero que junto con aquéllos constituían la fuente de inspiración de los escribas de la época.

Los documentos del primer período de la Reconquista son en general sencillos, aparecen redactados conforme a un estilo breve y conciso y se refieren a los actos jurídicos más frecuentes por no decir casi exclusivos del mismo como son : compraventas, donaciones, permutas y disposiciones de última voluntad.

Persiste la forma de redacción visigoda, aunque comienzan a introducirse cambios que la alejan de la clásica epístola romana, seguida con más fidelidad en la época anterior. Pero, desde luego, se mantiene la redacción subjetiva en la que el otorgante se expresa en primera persona. La redacción objetiva se utiliza sobre todo en documentos de carácter procesal, escritos en un estilo narrativo y también en los inventarios, que por su naturaleza descriptiva adoptan igualmente la forma de «noticia».

Al igual que en la etapa anterior, el documento se inicia con una invocación religiosa desprovista de alcance jurídico, que es casi siempre verbal o explícita más que monogramática. Esta última tiende a desaparecer, aunque en los primeros momentos todavía lo más frecuente es encontrar ambas juntas.

A la invocación sigue generalmente el nombre del otorgante. En las enajenaciones de bienes matrimoniales lo usual es que otorguen conjunta e indistintamente ambos esposos y ya en los confines del siglo X se introduce en algunas regiones la fórmula de mencionar también a los hijos, tal vez como un reflejo de la unidad familiar, o de la expectativa de éstos a su parte en los bienes de los padres pero sin mayor alcance jurídico.

Si inmediatamente después de la mención del otorgante no figura la calificación jurídica del acto, lo que a veces ocurre, se inserta el nombre del destinatario. Ello supone una alteración del orden en que normalmente se mencionaba a las partes en la práctica documental visigoda y dado el carácter de generalidad con que se encuentra, permite suponer su introducción ya en formularios quizá tardíos pero de la etapa anterior.

Con gran regularidad se inserta la cláusula por la que se manifiesta haber actuado libremente y no bajo presión o miedo. En los testamentos y donaciones, la capacidad se expresa con fórmulas tales como «sana mente integroque consilio» u otras del mismo tenor.

Durante los primeros siglos reconquistadores, es bastante frecuente que en la documentación, la calificación jurídica del acto adolezca de imprecisiones o se confundan los conceptos: «donatio vel venditio», «donatio, venditio vel permuta». Y, a veces tal vez por utilizar un formulario no adecuado se califica por ejemplo de «carta de arras» o de «perfilatio» al documento que recoge un acto bien distinto.

Después de la calificación se pasa a mencionar la relación jurídica que se establece o describir el objeto de que se dispone. Una cláusula nueva en los documentos altomedievales la constituye aquélla en la que se indica el título en virtud del cual se poseen los bienes objeto de disposición: compra, donación, herencia, etc.

Una vez constatados los extremos referentes a la mención de las partes, la naturaleza del acto y el objeto del mismo sigue la cláusula por la que el otorgante expresa su voluntad, especificándose que desde ese momento sus derechos sobre la cosa pasan a la otra parte o la relación que se establece entre ellas.

Las sanciones como en la época precedente, se mantienen para asegurar la ejecución del acto y garantizar su validez. Predominan las negativas y las penas a las que se recurren son espirituales o temporales, combiándose con frecuencia las de uno y otro carácter.

A las sanciones sigue la fecha, si bien en ocasiones ésta se omite. Cuando consta, expresa el año por el cómputo de la era hispánica. Antes del siglo XI la mención del día no puede ser considerada como constante. A continuación del año y desde el siglo XII se suele indicar el monarca que ocupa el trono.

El otorgante u otorgantes como autores del documento expresan en su suscripción su conformidad con el contenido del mismo, declarando de forma simultánea su intervención personal en el acto. En la documentación jurídica privada se reitera la expresión «manu mea» o «manu propria», con la que se anuncia la aposición autográfica del signo, no obstante el signo personal como marca de validación falta, pues los otorgantes por lo general no signan o lo hacen de una manera sumaria, sin una simple cruz.

Por último después de las subscripciones de éstos hallamos las de los confirmantes y testigos.

Respecto a los primeros, son personas que prestan su apoyo al hecho documentado, quizá como consecuencia de su adhesión a la persona otorgante, contribuyendo así a que tenga efectividad lo acordado, pero a diferencia de los testigos muchas veces están ausentes del acto y del hecho de la documentación misma.

Los testigos por el contrario han de estar presentes y su número es variable, ahora bien ni suscriben ni imponen un signo que permita identificarlos en el futuro, es el redactor del documento el que se limita a mencionar sus nombres y su condición de tales, trazando éstos a lo sumo una simple cruz. Ello conduce a suponer que probablemente con su intervención se busque tan sólo tratar de conferir al documento una cierta publicidad y no de asegurar la presencia de quienes en caso necesario pueden probar la realización del acto con su testimonio.

Por otra parte y según se desprende de la documentación conservada, la actividad del scriptor altomedieval se desenvolvía en un proceso en el que se advierten dos fases o momentos. Fases que corresponden a su vez a los dos aspectos que tenían que ser atendidos: de un lado, la estructuración del contenido del negocio concreto, y, de otro, la propia composición del texto. Para fijar el contenido, se recogía la declaración de voluntad del otorgante en una «nota»—en la que de forma sumaria se hacía mención de los intervinientes y de lo substancial del acto y más tarde con arreglo a ella y sirviéndose posiblemente de un formulario o de otro documento, aquél se redactaba por extenso inserándose las cláusulas habituales; parece que tempranamente se adoptó la costumbre de no destruirlas, conservándolas el autor en su poder para que cuando hubiera necesidad de expedir otro documento éste último coincidiera en lo substancial con el primero.

De estas notas, bien sueltas o bien escritas en el pergamino, algunas han llegado hasta nosotros, y el hecho de que cuando al copiarse en los libros o cartularios los documentos que acreditaban los derechos de una iglesia o monasterio, se reprodujeran indistintamente la nota o cualquiera de sus redacciones extensas, induce a pensar que con el tiempo jurídicamente adquirieron el mismo valor.

En lo que se refiere al problema de la eficacia jurídica del documento en esta etapa histórica, aunque por supuesto no es necesaria su redacción para formalizar el acto jurídico, lo que puede hacerse oralmente, y en aquél se realiza, como a menudo se dice, porque es conveniente, o para obtener una mayor seguridad, lo cierto es que el mismo no se elabora con fines exclusivamente probatorio, sino que tiene un valor constitutivo. Desde luego, el momento consensual no se separa del hecho de la escrituración, comenzando el acto a surtir efectos desde el instante mismo en que se for-

maliza documentalmente. De igual manera se declara que lo que se contiene en la carta y la carta misma tienen plena firmeza. Asimismo las sanciones se imponen a los que atenten contra el tenor de la misma.

Y, en fin, respecto al valor que al documento se le reconoce como medio de prueba ya desde los primeros tiempos de la Reconquista, lo pone de relieve la práctica procesal. Son diversos los plácitos que conocemos en los que se alega la prueba documental, que en términos generales es aceptada por los jueces y valorada libremente por ellos.

En relación a este punto es interesante destacar que, a medida que transcurre el tiempo y coincidiendo con el auge del documento, aunque se siga considerando la prueba de testigos como preferente y se recurra a otras como la de cojuradores y las ordallas, se aprecia un paulatino y cada vez mayor reconocimiento del valor probatorio de las escrituras. No obstante, el documento carece de autenticidad y ésta ha de ser probada por la declaración de testigos y del autor ante el juez, o recurriendo a otros procedimientos tales como la «contropatio» o cotejo con otros documentos del mismo scriptor que lo formalizó.

Si el análisis del fenómeno de la aparición y conformación del documento relativo a los actos de Derecho privado, nos parece presupuesto indispensable para enfrentarnos al problema fundamental que se plantea en este trabajo, esto es, el paso del documento privado al documento público, no es menos evidente la necesidad de acometer el de los orígenes del notariado, que al configurarse como institución depositaria de la fe pública determinó de modo preciso dicho paso.

Mas para conseguir dicho propósito, resulta imprescindible salir al encuentro de las diversas tipologías de scriptores que intervienen en la documentación jurídica privada a lo largo de tan dilatada fase evolutiva, seguir las incidencias de su desenvolvimiento y valorar en suma, el alcance de su intervención.

Pues bien, paralelamente a ese fenómeno ya destacado de su aparición y difusión, la exigencia de que el documento mismo se ajustara a los requisitos establecidos por el derecho para la validez de cada acto, hizo que surgiera pronto a los particulares la necesidad de tener que recurrir para redactar sus convenciones al concurso de determinadas personas, que además de saber escribir poseyeran ciertos conocimientos técnicos y ello determinó ya desde la época romana clásica la aparición de determinadas tipologías de escribas que se califican de «iuris periti», «iuris studiosi», «notarii», etc.

Pero de mayor importancia en el proceso evolutivo de la institución notarial, es la figura del tabellio que va a constituir una clase profesional especialmente cualificada en la redacción de documentos privados y que sobre todo en la etapa postclásica empieza a adquirir un mayor arraigo en la vida jurídica.

Ahora bien, a diferencia de lo ocurrido en el Imperio Romano de Oriente, donde el tabelionado en especial desde la etapa Justiniana adquiere unos perfiles bien precisos, en el Imperio de Occidente las noticias dejan entrever una institución de rasgos no bien definidos y, desde luego, no plenamente difundida.

En líneas generales, tal era la situación que encontraron los pueblos germanos al irrumpir en las provincias occidentales y por supuesto los visigodos al penetrar en las Galias y posteriormente en Hispania. Su asentamiento, a nuestro juicio, no produjo alteraciones fundamentales, sino más bien por el contrario la continuidad de un proceso ya preexistente en tiempos anteriores.

Realmente si no existe ninguna prueba de que los tabeliones llegaran a actuar en la península durante la dominación romana, ni siquiera en aquellas zonas que quedaron bajo el dominio de Bizancio, tampoco la hay, por supuesto, de que pudieran sobrevivir con posterioridad a las invasiones.

De otra parte, nuestra situación no se apartaba de la general que observamos en los restantes países europeos: en Francia, Portugal e incluso en la Italia del Norte, por poner algunos ejemplos, del tabelionado parece no quedar rastro en esta época.

Las únicas noticias que tenemos de su pervivencia, proceden de aquellas regiones italianas que permanecieron bajo la influencia bizantina, como Roma y Rávena.

No obstante, el hecho de que en la época visigoda no existieran tabeliones, no implica la inexistencia de otros escribas, cuya intervención en la vida jurídica es a todas luces evidente. Suponer que los particulares redactaran por sí mismos sus actos jurídicos, dado el analfabetismo generalizado y la necesidad siempre viva de que los documentos se ajustaran para su validez a los requisitos establecidos por el Derecho, nos parece imposible.

Las propias fórmulas de esta época que conocemos son un testimonio claro de su presencia en la vida jurídica, y los documentos en pizarra que también han llegado hasta nosotros, no sólo muestran, cuando se encuentran subscripciones o confirmaciones autógrafas, que éstas fueron hechas por mano distinta de la que realizó el texto, sino que también descubren que había toda una técnica de escritura, y unos verdaderos especialistas en su elaboración.

Claro está, que su tarea era únicamente de carácter material, y por tanto irrelevante a efectos jurídicos y de aquí el silencio que sobre ellos guardan las fuentes de este momento histórico. Tan sólo una ley recogida en el *Liber Iudiciorum* menciona a los notarios, pero la expresión «notarii publici» va referida a los notarios del rey, es decir a los de la Cancillería, contraponiéndolos a los simples «notarii».

Durante los primeros siglos de la Reconquista, quizá la nota más destacable, aunque no del todo novedosa, es que la función documentadora recae de modo primordial en manos de los eclesiásticos. Evidentemente, este predominio de la intervención de los escribas que pertenecen al ámbito de la Iglesia en la documentación jurídica privada, no puede resultar extraño si se tienen en cuenta sobre todo los presupuestos socio-económicos en un período en que aquellos distaban mucho de ser favorables al posible desenvolvimiento de cualquier tipología de scriptores. Además siendo la incultura el denominador común de la época, sólo en los claustros de los monasterios y a la sombra de las Iglesias, únicos refugios del saber jurídico, podían hallarse escribas hábiles y prácticos en la elaboración de documentos, conocedores del Derecho y de las fórmulas jurídicas celosamente conservadas desde antiguo. De aquí que no se limitaran a actuar en la documentación de los actos concernientes a las instituciones a las que servían, puesto que las personas de todo origen y condición encontraron igualmente en ellos el instrumento más adecuado para dejar constancia de la realización de sus actos y negocios.

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, de acuerdo con el nuevo ambiente y en íntima correspondencia con el auge del documento, a lo largo de los siglos XI y XII, los scriptores experimentan en su proceso de desenvolvimiento transformaciones de importancia. No ya su número aumenta de forma considerable a partir de estos momentos como es posible detectar a través de la documentación, sino que también ahora el predominio de los eclesiásticos que caracterizó aquellos primeros siglos reconquistadores decae de forma paulatina para dejar paso poco a poco a los laicos. Desde principios del mismo siglo XI aparecen scriptores profesionales no pertenecientes al ámbito de la iglesia que desarrollan su actividad entre los particulares, aunque es en la centuria siguiente cuando su incremento se hace más notable.

No obstante, su intervención en estos momentos no confiere al documento un valor especial. Por lo general el redactor del mismo se limita en su subscripción a indicar que lo escribió o notó, haciendo alusión a una actividad puramente material o técnica. En ocasiones se expresa que notó o confirmó, pero en este último aspecto como un confirmante más sin diferenciación de los otros, o se constata su papel de testigo que «vio y oyó».

Puesta de relieve la carencia de autoridad especial de los prácticos o expertos en redacción y, por consiguiente, de atribución por ellos de autenticidad al documento que realizan, es posible advertir, sin embargo, cómo durante este período se arbitran algunos procedimientos tendentes a conferir al documento privado el carácter de documento público, o se recurre a otros buscando, al menos, mediante la publicidad del acto escrito, que aquél adquiera mayor valor.

El procedimiento de la «insinuatio», fue el medio conocido y utilizado en Roma ya desde el siglo IV, para conferir «fe pública» a los documentos sobre actos o negocios privados. Por la vía consuetudinaria a través del mismo se introdujo en Occidente lo que en su origen fue una práctica helenística, la de presentar los documentos ante las autoridades dotadas de una facultad especial el «*ius actorum conficiendorum*», tratando de conseguir al ser reconocido por éstas, un refrendo de autenticidad. Así los documentos privados adquirían el valor de «*monumenta publica*» atribuyéndoseles plena firmeza y valor probatorio «*per se*», sin necesidad de acudir a testigos o a otros medios para su validación.

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, la posible subsistencia de la «insinuatio», se presenta muy problemática. Desde luego los textos legales visigodos, a excepción del Breviario de Alarico II no la mencionan y, parece evidente que como consecuencia de la paulatina despoblación de las curias—que era ya un hecho insoslayable en la época romana—y el progresivo declinar del municipio que llevó a su completa desaparición, se hiciera prácticamente imposible a los particulares acudir a ellas para registrar sus documentos, y de aquí que la legislación visigoda tardía adaptándose a la nueva situación, no exigiera el requisito de la insinuación para las donaciones, por ejemplo, o estableciera formas distintas de protocolización y de publicación para los testamentos y otras escrituras.

Desaparecido pues el mencionado procedimiento durante la época visigoda, tampoco en los siglos altomedievales sobrevive el requisito de la presentación de las escrituras establecido por la legislación gótica. Una excepción a lo que puede considerarse como algo generalizado, la constituye Cataluña, donde la ley de Ervigio exigiendo que todo testamento fuera presentado para su publicación ante el juez, sí parece haberse cumplido. Ahora bien, en estos territorios y en dicho momento, se observa una particularidad que implica un apartamiento de lo que prescribe la ley citada y que al mismo tiempo supone la determinación de un sistema que dota al documento privado de documento público. Así, aunque el testamento se haya redactado previamente con arreglo a las formalidades legales, los testigos comparecen ante el juez para declarar cuál es el contenido de las cláusulas testamentarias y en base a estas declaraciones se redacta un documento con las «*conditiones sacramentorum*». Estas actas de publicación son sin duda preferidas al testamento mismo como lo prueba el que sean éstas las que se copian en los cartularios, y ello muy probablemente porque el testamento privado se ha convertido en el acta de su publicación en un documento público confirmado en un acto procesal.

Por otra parte, ya desde el siglo XII, al tratarse de conferir mediante la publicidad una mayor fuerza y eficacia al acto jurídico escriturado, surgen modalidades como la roboración ante el «*concilium*» de todos los vecinos

o ante dos o más «concilia» distintos, o cuando a consecuencia del desarrollo de los grandes consejos, ante las colaciones en las que se delega esta responsabilidad. Esta publicidad atribuye al documento privado una firmeza colectiva y en cierto sentido lo convierte en público. La misma finalidad parece perseguirse cuando en el documento figuran junto a los testigos otras personas que confirman.

A la vez, la publicidad que da una mayor fuerza al documento se trata de conseguir de igual manera abandonando la forma epistolar en la que el otorgante se dirigía a la otra parte y sustituyéndola por una dirección al comienzo: «Notum sit omnibus tam presentis quam futuris» o un romance «Sepan cuantos esta carta vieren».

Ya en los confines del siglo XII en algunas zonas como Cataluña y en la primera mitad del XIII en las restantes, comienzan a detectarse los primeros indicios de un cambio que se aprecia en el campo de la documentación y sobre todo en el proceso evolutivo de los scriptores.

Así por ejemplo, en la primera de las regiones apuntadas, al considerarse muy tempranamente las escribanías como propiedad de las personas o entidades dotadas de poder jurisdiccional, sus propietarios podían usar de ellas en la forma que creyeran más conveniente a sus intereses. Ya desde la segunda mitad del siglo XII, encontramos las primeras concesiones de la exclusividad de la notaría o escribanía de un lugar por su señor jurisdiccional y en los territorios que a pesar de la desintegración feudal quedaron en poder del soberano, los condes de Barcelona primero, y los monarcas aragoneses después bien pronto aparecieron también las concesiones reales de notarías o escribanías a favor de una persona determinada y sus sucesores.

En todos estos casos, a nuestro juicio, puede verse no sólo la concesión del monopolio para ejercer la actividad documentadora en un lugar determinado, sino también un primer síntoma de que comienza a atribuirse al notario o scriptor una cierta autoridad delegada de quien ejerce funciones de gobierno, lo que repercute en el documento por él realizado atribuyéndosele pleno valor.

Por lo que se refiere al territorio aragonés, la documentación de los primeros decenios del siglo XIII muestra en gran medida la persistencia del sistema anterior, no sólo en lo que concierne al documento, sino también al scriptor. Son muchas las cartas en las que se afirma que N la escribió y puso un signo, sin embargo, de manera simultánea, aparecen otros documentos en los que el autor, añade a su nombre y a la mención de su oficio o profesión «scriptor» o «scriba», el calificativo de «publicus». También comienzan a ser empleados los términos «tabellio» o «notarius», y si bien las oscilaciones en torno a su utilización no permiten sentar en base a ellos afirmaciones más concluyentes, puede pensarse ya al menos en los

primeros indicios de unas influencias que están dejándose ya sentir en el ambiente.

Al propio tiempo, a nivel legislativo aparece, por ejemplo, en los ordenamientos de Teruel y Albarracín la figura del «notarius iuratus» como se le llama en las versiones latinas o «scriuano iurado» en las romanceadas, dedicándose algunas normas a regular el documento por ellos elaborado.

Toda esta normativa evidencia la decidida intervención del Concejo en el control de la documentación referente a los actos y negocios de los particulares. Ello se trata de garantizar no sólo recurriendo a un medio de validación externa como es la carta partida por alfabeto, o la intervención de testigos que eventualmente pueden ser llamados a confirmar el documento, sino además a la específica actuación del escribano, cuya credibilidad resulta avalada por el hecho de que ha prestado juramento y se refuerza en razón de las obligaciones que ha de observar en el cumplimiento de su función y las graves sanciones con las que puede ser castigado en caso de incumplimiento.

En definitiva, el establecimiento de este sistema, representa la existencia de una formulación diplomática dotada de una cierta autenticidad, si bien por el concurso de una serie de factores que acabamos de señalar, la intervención del escribano jurado, los testigos y una determinada forma documental, que atribuyen a la carta una completa eficacia y consiguiente fuerza probatoria.

Paralelamente en algunos textos jurídicos del alto Aragón, considerados como redacciones del Fuero de Jaca, se habla en ciertos preceptos de «carta pública», siendo probable que se aluda o se refiera a «carta conocida» o también que implique la existencia de una persona capaz de conferir a la misma dicho carácter. De la misma manera, aun cuando en otras normas no se hable de carta pública, es claro que si su autor es un «scriuan public et stablit» o un «scrivan autentich» como de manera explícita se dice, ésta se contrapone a la elaborada por cualquier otra persona que no goce de tal cualidad, aunque dicha cualidad puede referirse no ya a un depositario de la fe pública en su sentido propio, sino a alguien que está al servicio general, «público», o quizá con actitud o capacidad reconocida por la autoridad (posiblemente ha prestado juramento ante el Consejo).

También en Castilla a partir de este momento, se aprecian ciertos síntomas renovadores, constatados sobre todo por la presencia de escribas intervinientes en la documentación jurídica privada, que proliferan cada vez más, desenvolviéndose en un ambiente socio-económico y jurídico que da muestras de una profunda transformación, y que se intitulan ya, aunque de forma variable y muchas veces ocasional, «notarius iuratus», «notarius publicus» de tal o cual Concejo o de una determinada localidad.

Cual sea el exacto alcance que haya de atribuirse a estas denomina-

ciones es, desde luego, sumamente difícil de precisar, y si no nos atrevemos a considerarlas como las primeras menciones de notarios públicos propiamente dichos, sus intentos de situarse como notarios de oficio, probablemente «jurados» ante el Concejo (pero no del Concejo), pueden ser indicativos de que si dichos notarios no están formalmente investidos de fe pública intentan al menos que su testimonio tenga valor de tal.

Ahora bien, si como acabamos de poner de relieve, se inician ya las primeras manifestaciones de un cambio, en concreto el paso del documento privado al documento notarial o público se realizó en virtud de la penetración de los impulsos renovadores de la recepción del Derecho romano-canónico, merced a la cual se introdujo en España la doctrina notarial elaborada en Italia por los glosadores y secundada por los canonistas.

Dicha doctrina comenzó a fijarse con las opiniones de los cuatro discípulos de Irnerio y con los de la generación siguiente y quedó refundida en la glosa accursiana. En ella los glosadores, asumiendo los resultados a los que había conducido la evolución del sistema documental italiano y encuadrándolos en los textos justinianos, cuyos principios fueron sometidos a una hábil y en muchas ocasiones forzada interpretación, conformaron de manera definitiva la institución del notario y del documento notarial.

La vieja carta, cuya credibilidad estaba basada en las formalidades puestas en la tarea de expedir el documento, deja paso al nuevo documento, cuya credibilidad se confía ahora exclusivamente a la fe pública del notario, en definitiva, a un documento que es fehaciente «per se», que goza de autenticidad, en cuanto que es el resultado de la función de quien está especialmente investido para conferirla.

Consecuentemente con ello, la intervención de los testigos en el documento público es un requisito de solemnidad, pero el valor del mismo ya no se basa en la eventual confirmación a posteriori de aquéllos, sino en el hecho de la intervención del notario que lo autoriza, quedando así garante de su legalidad y autenticidad.

Puede decirse que el influjo de las nuevas concepciones comienza a dejarse sentir intensa y tempranamente en los diferentes reinos hispánicos, penetran a través de la obra de los juristas y se recogen asimismo con plenitud en los textos legales que se suceden desde la segunda mitad del siglo XIII a impulsos sobre todo desde la plataforma política, pues no cabe silenciarlo, de dos figuras de indudable relieve en el proceso configurador del notariado español, Alfonso X en Castilla y Jaime I en Aragón.

Sin embargo, es necesario dejar constancia que a la luz de las fuentes que conocemos, la proyección de las mismas y, en suma, el desarrollo del proceso configurador, revistió peculiaridades acusadas en cada uno de

los mencionados reinos, originadas por los condicionamientos políticos y en especial jurídicos que actuaron en ellos y podemos decir que paralelo a la evolución de sus respectivos ordenamientos.

En definitiva, la configuración resultante fue en esencia la misma dentro del contexto jurídico de aquéllos: el notariado como órgano depositario de la fe pública por delegación del poder, se conforma como un oficio y en cuanto tal se le dota de un estatuto concreto fijándose en consecuencia: los requisitos del aspirante al mismo, tanto de naturaleza física, moral, económica y jurídica, como los de naturaleza formal, determinándose el sistema de designación prerrogativa que corresponde al rey o a la persona e instituciones en quien delegue, al propio tiempo que se le exige el juramento y se le dota de un título acreditativo de su cualidad y un signo, símbolo de su autoridad personal. De forma simultánea se van especificando sus consecuencias en el ámbito espacial, a la vez que se concreta el número de notarios que constituye la plantilla autorizada para ejercer el oficio en una localidad específica y se delimita el contenido de las mismas en las esferas judicial, extrajudicial y administrativa.

De otro lado, se reconocen sus derechos: unos de contenido económico como la retribución para lo que se adopta el sistema arancelario; otros, como aquellos que les exigen de determinados deberes, o, en fin, otros como el muy importante derecho de asociación, permitiéndoseles constituirse en gremios o corporaciones para velar por el correcto desempeño de sus funciones y la defensa de sus intereses.

Por último se establecen los deberes que impone el ejercicio del oficio, que entraña fundamentalmente y de modo genérico la obligación de cumplir con diligencia las funciones inherentes al mismo. Obligación que se desdobra en otros tantos deberes tales como la prestación personal, residencia, fidelidad a las partes adecuando su voluntad a las exigencias del derecho, secreto profesional, fidelidad al rey y al Consejo, etc. Las trasgresiones de dichos deberes, hacen incurrir al infractor en la subsiguiente responsabilidad y le acarrea una serie de sanciones de la más diversa índole.

En lo que concierne al documento notarial, éste no sólo se caracteriza por su naturaleza de documento público, sino que se conforma también desde el punto de vista externo como en lo que concierne a sus requisitos internos, así como en lo referente a la mecánica de su redacción. Todo ello contrasta con la etapa precedente en la cual el documento relativo a los actos de Derecho privado, había obtenido su desenvolvimiento por el cauce de los usos tradicionales y podemos decir que en gran medida al margen de la ley. Y, de esta manera, el documento aunque mantiene rasgos de la etapa anterior, ahora en cuanto escritura de un notario y merced a la influencia de los nuevos principios, tiende a desprenderse paulatinamente de ellos. En este sentido por ejemplo, en cuanto a la forma de redac-

ción, si bien se mantiene la formulación subjetiva, tiende a ser sustituida por la objetiva, dejándose sentir en la documentación y formularios, el claro influjo de la escuela boloñesa, en la que el documento abandona la vieja forma subjetiva ligada a la clásica epístola romana y acaba por asumir la objetiva, más en consonancia con la nueva naturaleza del mismo, cuyo valor y fuerza probatoria radica en la sola intervención del notario.

Atendiendo al contexto del documento, desaparecen cláusulas documentales como aquéllas motivaciones de tipo moral o religioso tan frecuentes en la Alta Edad Media o la justificación del empleo de la escritura para asegurar la permanencia y validez del acto, que ahora son innecesarias. Pero, por contraste aparecen cláusulas nuevas, algunas de capital importancia como la compleción o cláusula de perfeccionamiento. Por ella, el notario que expresa su nombre, la autoridad por la que actúa como tal y el lugar donde ejerce sus funciones, deja constancia de que rogado por las partes estuvo presente en el otorgamiento del acto hecho ante testigos, que escribió o hizo escribir el documento y lo firma y pone en él su signo acostumbrado.

Y, en fin, por lo que concierne a la mecánica de la redacción, se impone la formalización de la nota primero y de la carta o documento definitivo después. Consagrado el principio de matricidad, la nota no es un simple apunte previo, sino la verdadera y propia matriz del documento a la que puede recurrirse en caso de dudas o discrepancias, o para rehacer el documento en los supuestos de pérdida o deterioro, y que debe ser conservada por el notario y transmitida a sus sucesores al desaparecer el titular que la formalizó.

Realizado así el bosquejo de esa configuración que se plasma de una manera básicamente similar en el contexto jurídico de los distintos reinos bajomedievales hispanos, aunque variable, eso sí, en lo que se refiere a la mayor o menor concretización o en cuanto a la forma en que se fijaron sus distintos componentes, nos resta, sin embargo, poner de manifiesto que, en el plano de la realidad, de una parte, la práctica notarial lejos de ser uniforme revistió peculiaridades específicas en cada uno de ellos y no siempre anduvo acompañada a las disposiciones legales.

Y, de otra, y por lo que respecta a la institución notarial, ésta como figura nacida al amparo de un determinado clima no sólo jurídico, sino también social y político, se vio claramente incidida por tales factores, los cuales imprimieron un sello particular a su evolución en cada uno de los entornos en los que apareció inserta.

De todo lo anterior se deduce que, aunque evidentemente hay que hablar de un notariado y un documento notarial españoles, en cuanto basados en unos mismos principios, tampoco resultaría incorrecto a la postre hablar de un notariado y un documento notarial, castellanos, aragoneses, valencianos, catalanes, etc. en cuanto dotados de una específica organización y comportadores de unas concretas características.

