

«Derecho e instituciones en el fin del siglo XX»

Ciclo de los profesores Luis Díez-Picazo y Francisco Rubio Llorente

Con el título general de «Derecho e instituciones en el fin del siglo XX», del 5 al 28 de noviembre pasado los catedráticos de Derecho Civil Luis Díez-Picazo, y de Derecho Constitucional Francisco Rubio Llorente impartieron conjuntamente —cuatro conferencias cada uno— en la Fundación Juan March un ciclo dentro de los cursos universitarios de esta institución. El profesor Luis Díez-Picazo habló sobre: «La movilidad de los límites entre Derecho público y Derecho privado: los problemas de las fuentes del Derecho en el Derecho privado»; «Derecho de personas y Derecho de familia»; «El contrato y la libertad contractual»; y «El sistema de Derecho de daños». En este *Boletín Informativo* se ofrece un resumen de las conferencias del profesor Díez-Picazo. Las intervenciones de Francisco Rubio Llorente se recogerán en el siguiente número de esta publicación.

En la presentación previa del ciclo, el director gerente de la Fundación Juan March, José Luis Yuste, apuntó que «éste podría ser un buen momento para oír una reflexión seria y solvente sobre el estado actual de algunas instituciones jurídicas básicas, tras los zarandeos que han sufrido a lo largo de este siglo que se extingue, y en especial en los últimos veinte o treinta años. La condición de privatista de Luis Díez-Picazo y la de publicista de Francisco Rubio Llorente hacen más que probable que sus análisis circuncvalen la muralla entera del Derecho y permitan a sus oyentes seguir el curso de los acontecimientos en cuestiones tan básicas para los juristas como el sistema de fuentes, el Derecho de daños, los derechos fundamentales o la representación política, entre otros temas».

Tratar de determinar en qué punto de la evolución jurídica nos encontramos en la actualidad y cuál puede ser el sentido de la futura significa establecer como premisa que el Derecho experimenta una más o menos sensible evolución. Ripert, en 1950, afirmaba que el Derecho evoluciona, pero que lo hace sin precipitación. Treinta años antes, en 1919, Hauriou había dicho: «Empezamos a darnos cuenta de que la vida moral de los hombres y, por consiguiente, su vida social no está sujeta a muchas novedades, sino que, por el contrario, permanece singularmente idéntica a sí misma y reposa sobre un pequeño número de temas cuyo fondo no varía». Hay que coincidir con Hauriou en que

los temas fundamentales de la vida social se mantienen constantes, no obstante el paso del tiempo, y poseen una sustancial identidad, de manera que, como él decía, uno puede remitirse desde el Código Civil a la Ley de las XII Tablas, y desde ésta al Código de Hamurabi, del mismo modo que uno se puede remitir desde La Fontaine a Fedro y de Fedro a Esopo. Sin embargo, alguna dosis de cambio o de transformación, por más que los elementos fundamentales subsistan, se produce y repercute en el Derecho en cuanto ordenación de la realidad.

Los cambios son de dos tipos: por una parte, existen cambios en la realidad circundante de la que el Derecho se



Luis Díez-Picazo (Burgos, 1931) se licenció y doctoró en Derecho por la Universidad de Madrid. Es catedrático de Derecho Civil en las Universidades de Santiago de Compostela, Valencia y actualmente en la Autónoma de Madrid. De 1980 a 1989 fue magistrado del Tribunal Constitucional, y de 1991 a 1994 miembro del Consejo General del Banco de España. Es presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Doctor honoris causa por diversas universidades, sus libros y artículos son referencia constante para los civilistas españoles.

ocupa y que exigen muchas veces una respuesta jurídica que es enteramente nueva. Existen los cambios técnicos o tecnológicos. Los nuevos descubrimientos en el campo de las ciencias y los nuevos utensilios en el de la técnica abren nuevos interrogantes. Piénsese en los abiertos en Biología por el descubrimiento del llamado Genoma humano o por las redes de Internet, que hace poco planteaban problemas sobre las calificaciones penales. Al lado de la ingeniería en sentido estricto y de la ciencia que se proyecta en nuevas máquinas y en nuevos utensilios, existe también una ingeniería de los negocios, llamada a veces ingeniería financiera.

En segundo lugar, los cambios sociales también repercuten ampliamente en los problemas jurídicos. La continua urbanización, consecuencia del éxodo hacia las grandes ciudades, ha influido notoriamente en la configuración de las familias y de las relaciones familiares, en las migraciones exteriores o interiores y en las transformaciones producidas en la estructura demográfica o en la pirámide de la población, impulsando, por ejemplo, cambios en la regulación del sistema de pensiones.

En tercer lugar están los cambios o transformaciones del mundo económico, entre ellos el continuado proceso de concentración de grandes empresas transnacionales, la acción de la llamada sociedad post-industrial, con el especial relieve que en ella requiere el sector terciario o sector de servicios, o el fenómeno, hoy tan en boga, de la globalización o mundialización de la economía. Por último, están también los cambios que se producen en los estados de conciencia o de opinión, que, cuando se generalizan, se convierten en cambios en los sistemas de valores generalmente profesados. El más señalado es, sin duda, el movimiento de liberación de la mujer. Tenemos, por otra parte, los cambios endógenos del propio ordenamiento jurídico, que están a veces estrechamente interrelacionados con los cambios exógenos o provocados por estos últimos, pero otras veces nacen de una cierta autonomía de los operadores jurídicos. J. P. Carbonnier ha recordado cómo las normas legales producen, a veces, nuevas clases profesionales (los asesores fiscales, los auditores de cuentas) y cómo éstas pueden influir decisivamente en la legislación.

Una de las notas más sintomáticas en la evolución del Derecho privado es precisamente la reprivatización, la recuperación de su carácter privado y privativo. Los movimientos más recientes, las políticas de privatizaciones, de desregulaciones o de liberalización en tantos sectores dan base para entenderlo fácilmente. En estos últimos años se ha producido la liberalización de los cam-

bios de divisas, de las antes llamadas transacciones exteriores y de tantos ámbitos que muestran que se puede hablar hoy de un retorno del Derecho privado a su puesto inicial. Las políticas sociales en nuestra disciplina presentan un carácter en alguna medida residual.

En cuanto a la evolución del sistema de fuentes, se ha producido lo que llamo una «complejificación» y unos ordenamientos polisistemáticos. Vivimos en la actualidad en un ordenamiento estatal que a su vez posee ordenamientos supranacionales e «infranacionales» o regionales (de las Comunidades Autónomas), en los que se han ido produciendo peculiares sistemas de fuentes, una nueva creación legislativa cuya justificación no es muchas veces más que el ejercicio del poder legislativo. Y tenemos también un Derecho privado supranacional, que se presume continúa creciendo. Están también todo el conjunto de normas que por la vía de los tratados propugnan Naciones Unidas, y, por último, lo que Federico de Castro llamaba despectivamente «*lex mercatoria*»; conjuntos normativos creados por instituciones privadas, ofrecidos a quien quiera acogerse a ellos. Hay, pues, un mundo que se encuentra en ebullición y cuyas evoluciones próximas son difíciles de establecer.

Derecho de personas y Derecho de familia

El Derecho de personas, categoría creada por mi maestro Federico de Castro, ha experimentado en los últimos años una tendencia hacia un nuevo personalismo. Se ha producido una acentuación del respeto de la persona, de los sistemas de protección de la misma. Temas como la protección del honor y de la intimidad, frente a la indefensión ante la automatización de datos causada por los avances informáticos y otros problemas relacionados con los medios de difusión, están hoy muy presentes.

En la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor

prima el interés de los menores frente a las creencias y actitudes de quienes ejercen la patria potestad sobre ellos. El Derecho de la persona ha experimentado también en estos años el impacto de los cambios técnicos o tecnológicos y de los cambios en las condiciones sociales. Aquí se plantean casos como, por ejemplo, el derecho a una muerte digna. En una ley como la de trasplantes de órganos hay una especie de agujero negro; se precisa una revisión global del ordenamiento jurídico en relación con las decisiones médicas. También están los casos de eutanasia pasiva (la activa está prohibida): no creo que deba discutirse el derecho fundamental de la persona de rehusar unos determinados tratamientos médicos. Hay también un agujero negro cuando esas decisiones son heterónomas, tomadas por otras personas. A veces se atribuye la decisión a parientes próximos, sin averiguar ni el tipo de proximidad ni, sobre todo, el tipo de legitimación o de facultad de esos parientes para tomar esa clase de decisiones. En algunos países, la decisión se remite a los jueces o, al menos, a comisiones mixtas de jueces y médicos.

Otra cuestión que planteó pronto problemas es la llamada procreación o fecundación asistida, acometida por la ley en 1991, en forma que algunos consideraron excesivamente permisiva, en parte porque dicha ley fue propiciada por los lobbies de las clases médicas interesadas. Se consideró admitir la fecundación asistida sin más cortapisas que el consentimiento de los interesados. Está también el problema de los transexuales. Además del sexo morfológico existe un sexo cromosómico y un sexo psicológico. El problema de los transexuales sólo se plantea en un momento en el que los avances de la cirugía permiten, si no resolver definitivamente, sí paliar el problema del sexo morfológico, tratando de ajustarlo al sexo cromosómico y psicológico. En cuestiones como solicitar un cambio de nombre en el Registro Civil, o pretender el derecho al matrimonio en estos

casos, existe una laguna legal.

Un segundo tipo de reflexiones merece el Derecho de familia, que también ha sido objeto de una reprivatización. Se ha producido un retorno de la familia a su posición de elemento constitutivo de la privacidad; lo cual no significa que no se produzca en este terreno algún tipo de intervenciones públicas, como las relativas a la protección de los menores, como hemos visto. Los sociólogos han señalado varias líneas de evolución en la familia. Se pasa de la familia linaje a la familia nuclear, en la primera mitad de este siglo, en parte como resultado del proceso de industrialización y emigración a las grandes ciudades; pronto la familia nuclear queda reducida a la pareja y a los hijos que vivan con ésta. Y también están las familias segmentadas, que plantean problemas de derechos de visita y permanencia de los hijos con el padre o la madre, etcétera. En este punto el fenómeno de liberación de la mujer y la igualdad de sexos en el matrimonio tienen una influencia decisiva. En esa familia asociativa las situaciones se regulan a base de pactos, convenios y actos de economía privada. Esa familia nuclear, segmentada, asociativa, que vive de sus arreglos y pactos cotidianos, presenta unos perfiles y unas funciones muy difíciles de definir.

Y, finalmente, aludamos a lo que con un interrogante cabe denominar familias alternativas: parejas no casadas que conviven (pueden ser homosexuales). En una sociedad permisiva, donde ese tipo de situaciones no pueden considerarse como ilícitas, y donde la moral tiende a ser una moral relativa y bastante individualizada, no hay ninguna razón para proscribir absolutamente muchas de esas situaciones y no atender a reclamaciones. Algunas de estas líneas han sido ya avanzadas por la jurisprudencia más reciente, aunque con una enorme vacilación. Pero cuestión diferente me parece la de institucionalizar este tipo de familias alternativas o convertirlas en formas matrimoniales. Con ello se vulneraría la ga-

rantía institucional del matrimonio.

El contrato y la libertad contractual

En una época como la nuestra, en la que el liberalismo (entendido como liberalismo económico) ha resurgido con un extraordinario vigor, domina las organizaciones supranacionales y es el espíritu que impregna la economía global y mundializada; en una época en que la llamada «lex mercatoria» cobra especial fuerza y se convierte en factor dominante de los textos que pretenden fundar un Derecho uniforme; pero en un momento en que también suenan señales de alarma, voces aisladas que propugnan la defensa a ultranza del Estado del bienestar y las conquistas sociales; en esta época no me parece, pues, pertinente poner al día nuestras ideas sobre el tema de la libertad contractual, en la medida en que ella es la institución central por la que corren, han de correr o dejan de correr los mencionados impulsos.

El siglo XIX vivió, sin duda, el esplendor de la primera política liberal en materia de contratos. Casi desde sus inicios, el siglo XX trajo importantes transformaciones en la institución y en su dogmática: las guerras, en especial las dos grandes guerras del siglo; las luchas sociales y las revoluciones y crisis económicas, siempre recurrentes, fueron incidiendo de forma importante.

W. Fridmann ha citado como la primera de las causas de las transformaciones producidas en la institución contractual el generalizado proceso de concentración de capital en la industria y en los negocios. El hecho de que una gran parte de la economía esté en manos de empresas gigantes transnacionales ha tenido consecuencias muy notorias: los pactos y contratos mediante los cuales se establece y se signa el fenómeno de las uniones de empresas pueden llegar a desfigurar la libertad de mercado, como lo muestra la figura del abuso de posición dominante. Las ten-

siones sociales y las luchas entre empresas y sindicatos fueron produciendo la aparición de los llamados convenios colectivos, que lentamente fueron sustituyendo a los contratos individuales entre patronos y obreros y que, desde un punto de vista de la teoría del contrato, plantean también arduos problemas. Los años 70 y 80 han sido años con sus crisis, pero salpicados de relativa bonanza, de manera que se vuelve a un sistema de desregulaciones.

No se trata de pregonar las bondades del individualismo, pero sí me parece que en una sociedad de individuos libres la dignidad de la persona sólo se reconoce permitiendo la libre iniciativa y, por consiguiente, y en la medida que sea necesaria para ello, la libertad contractual. Al contratar con otro, estoy reconociendo también la dignidad del otro.

Es cierto que algún anclaje normativo necesita la libertad contractual. En lo que respecta a nuestra Constitución, ninguno de los textos constitucionales se refiere de manera directa a la cuestión, lo que resulta curioso por tratarse de una Constitución que ha garantizado un gran número de instituciones de Derecho privado, como pueden ser la propiedad privada, el matrimonio, la filiación, las fundaciones, etc.; y no ha dicho nada respecto de nuestro supuesto. Aunque la pregunta tiene que quedar siempre abierta, mi opinión personal es que la libertad contractual presenta un fuerte anclaje en la Constitución. Ante todo, me parece que el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad impone la referida libertad, porque sólo se reconoce la libertad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses.

El segundo problema que se nos plantea es si, como señalaba De Castro, nos encontramos en presencia de un coto de caza, de una zona prohibida donde el Estado renuncia a entrar, a entrometerse. Tendremos que concluir que se trata de una caza controlada, y no de un territorio exento en el que todo vale. Existen controles procedimentales que

permitan reconocer que se trata de un contrato y todas las reglas que protegen la libertad y espontaneidad de las personas que contratan. Los controles benéficos se producen hoy en el sistema de protección de consumidores y en el de los anti-trusts. En ellos se busca un sistema de mayor libertad y de protección del consumo, en la medida en que el consumo es también una forma de dinamización de la economía. Hay también un evidente límite moral, una moralización de los contratos. No existe hoy ninguna vía por la que se pueda revisar la justicia de la reglamentación contractual.

A modo de conclusión, la libertad contractual y la institución del contrato son instrumentos que han atravesado la historia con una gran dosis de ductilidad. Podemos hablar incluso de una historicidad de la figura del contrato, como de todas las instituciones jurídicas, que van amoldándose al paso del tiempo. Vivió épocas de esplendor en el primer liberalismo, pasó luego por épocas de crisis. Y hoy seguramente soplan buenos vientos que lo vivifican.

El sistema de Derecho de daños

Nuestro Código civil trata el problema que podremos llamar de distribución de los infortunios o de los accidentes, y que consiste en determinar si una vez producido un accidente del que se siguen daños para las personas o bienes debe sufrirlo aquel en cuya cabeza se produce o si, por el contrario, tiene derecho a trasladarlo a otra persona por la vía de que esta otra persona obtenga una cantidad de dinero, que supone un daño para el que lo paga. Este problema se resuelve a través de la doble idea de causalidad y culpa. Responde, paga la indemnización el que causa el daño si obró con culpa. Esta es la tradición que cuajó en el artículo 1.382 del Código Civil francés, y de él pasó a los restantes códigos influidos por él.

Ya en el siglo XIX, con la revolución industrial, cuando empiezan a sur-

gir los problemas de los trabajadores frente al maquinismo, se produjo una ampliación del marco de lo que eran las indemnizaciones de daños. Primero, entran en juego, en bloque, las omisiones como posibles eventuales causas de los daños. En este punto, omisiones, deberes y negligencia han ido siempre estrechamente imbricados, sin que se puedan separar claramente. Segundo, la figura del daño moral entra en la jurisprudencia francesa y en la belga en la segunda mitad del XIX. Con sucesivas ampliaciones del concepto, daño moral se unirá a cualquier tipo de dolor psicofísico, ansiedad o angustia, malestar vital. Tercero, algunos eventos dañosos que produjo la revolución industrial mostraron que la idea de negligencia venía a constituir, más que una fuente de responsabilidad, un límite de la responsabilidad.

La doctrina del riesgo no fue acogida fácilmente, tuvo fuertes enemigos. Nuestra jurisprudencia la ha acogido desde finales de los años 50. Tenemos, en la doctrina general, un nuevo boquete que va ampliando el ámbito de las indemnizaciones y de las causas de daño. Junto a estos factores, también a partir de los 60, en nuestro Derecho se produce lo que se puede llamar una parcial descodificación del sistema de daños.

Se ha producido también, como han señalado algunos autores, una desindividualización frente a la vieja estirpe liberal individualista, al entender que una gran parte de los daños que sufren las personas y las cosas en sociedades especialmente complejas, como son aquellas en que vivimos, están causados por la forma misma de la vida social, por lo que de algún modo son daños colectivos que deberían ser indemnizados colectivamente.

Con estas premisas se encontraban establecidas las bases de lo que hace 20 ó 30 años se pudo denominar la socialización de los daños y de los riesgos. Sus cimientos ideológicos hay que encontrarlos quizá en las tendencias políticas y sociales que estaban en boga en esos años 60, en favor del socialismo de

rostro humano, que procedía no sólo de los epígonos del viejo socialismo científico y laico, sino también de movimientos cristianos con preocupaciones sociales que habían sido puestas de manifiesto en algunas encíclicas papales. Veamos cuáles son las posibles tendencias del sistema del Derecho de daños o de la responsabilidad civil, tomando como referencia en parte a Ricardo de Ángel en su sugestivo libro *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil* (Madrid, 1995). En primer lugar, en mi opinión, se encuentra de algún modo en crisis la idea de los años 60 de la socialización. En efecto, socialización, o con un lenguaje más *à la page*, socialdemocracia es alguna forma de redistribución de rentas y de ingresos de las clases o grupos más favorecidos a los menos favorecidos. No tenemos ninguna constancia ni seguridad de que este efecto se produzca en el sistema de socialización de los daños, donde podría concluirse, si se hiciera un estudio estadístico, que tales rentas van a clases que no son desfavorecidas. También habría que poner en tela de juicio la aptitud de los órganos jurisdiccionales del Estado para convertirse en agencias de gestión del presupuesto con los escasos mimbres que les otorgan las cláusulas generales establecidas en normas de Derecho privado. Se puede hablar en nuestros días de una progresiva deformación del concepto de culpa, como lo pone de manifiesto la lectura de un gran número de sentencias de nuestro Tribunal Supremo.

Como conclusión general, cabe decir quizá que debe producirse un retorno, que el Tribunal Supremo anuncia, al sistema del Código Civil, de la responsabilidad por culpa; a un sistema en el que la culpa se defina de manera notable y que sólo en los supuestos en que esté legalmente tipificado otro sistema distinto se pueda acudir a fórmulas de riesgo o de indemnización salvo causas concretas de exoneración. Creo que el criterio de introducir alguna dosis de limitación en los daños morales puede resultar plausible. □

Francisco Rubio Llorente

«Derechos fundamentales y otras cuestiones jurídicas»

Los catedráticos de Derecho Civil, Luis Díez-Picazo, y de Derecho Constitucional, Francisco Rubio Llorente, impartieron conjuntamente en la Fundación Juan March, a lo largo del pasado mes de noviembre, un curso titulado «Derecho e instituciones en el fin del siglo XX». En el *Boletín Informativo* del mes de enero se incluyó un resumen de las conferencias de Luis Díez-Picazo y en éste se recogen las de Francisco Rubio Llorente, quien habló de «La integración europea y las Constituciones nacionales» (martes, 19); «Derechos fundamentales» (jueves, 21); «Igualdad y pluralismo» (martes, 26); y «Las dificultades de la representación» (jueves, 28 de noviembre).

En términos dramáticos, el tema podría enunciarse como «deconstitucionalización de Europa». En términos menos dramáticos, podría decirse que la integración europea que tanto a Luis Díez-Picazo y en éste se recogen las de Francisco Rubio Llorente, quien habló de «La integración europea y las Constituciones nacionales» (martes, 19); «Derechos fundamentales» (jueves, 21); «Igualdad y pluralismo» (martes, 26); y «Las dificultades de la representación» (jueves, 28 de noviembre).

La tesis que quiero exponer es la de que el proceso de integración europea, como proceso de integración de Estados constitucionales, ha de abordarse desde el punto de vista de la Constitución. Hasta ahora esto no se ha considerado posible, o no ha sido posible, y la marginación de ese problema ha traído consigo una cierta devaluación de las Constituciones existentes, las nacionales, o quizás mejor de la idea misma de Constitución como forma de organización política, y en esa medida ha erosionado el sistema de legitimación de la propia Comunidad y, me atrevo a pensar, de los Estados miembros. Ese efecto perturbador se ha hecho perceptible sobre todo desde 1992, y aconseja una rectificación del método hasta ahora seguido para la construcción de Europa.

En el origen de todo está, naturalmente, la ambigüedad. Una ambigüedad que tiene muchas facetas distin-

tas. En primer lugar, ambigüedad en lo que toca a lo aparentemente más simple y palmario: la definición misma de Europa (que antes de ser un concepto geográfico ha sido un concepto cultural). La Europa que se pretende integrar está abierta, según los tratados fundacionales, a todos los estados democráticos de Europa, pero no se dice cuáles son estos Estados o cuáles son los límites de esta Europa. Ésta es una cuestión que, mirando hacia el Este, dista de ser puramente académica.

En segundo lugar, está la ambigüedad del fin de la integración. Coexisten al menos dos enfoques: Europa se construye para poner fin a la guerra, para asegurar la paz; y para ello acabar, por supuesto, con lo que es la raíz última de las guerras: los nacionalismos exacerbados. Hay otra idea, según la cual la integración es una especie de sistema de ayuda mutua de los Estados nacionales para suplir, mediante la unión, las debilidades que uno a uno tienen.

Ambos enfoques parten de la conciencia de que el Estado nacional ya no puede por sí sólo aspirar ni al dominio en Europa, ni al dominio en el mundo, ni defenderse con éxito frente a otros poderes existentes en el plane-

ta, pero difieren en la solución final. Estas dos concepciones en cuanto al resultado final se proyectan en una serie de modelos distintos acerca de la Europa que queremos. Para algunas fuerzas políticas —quizás más presentes en Gran Bretaña, pero no ausentes en otros Estados miembros— de lo que se trata es, simplemente, de esa ayuda mutua frente a un mundo exterior que se ha hecho inclemente, pero reduciendo, en consecuencia, la integración al mínimo indispensable para conseguir esta potenciación recíproca de las economías nacionales; debe conducir a una zona de libre cambio, y quizás poco más allá de ello.

Otros están dispuestos a llevar más allá el proceso de integración, quizá por la conciencia de que la integración de las economías requiere un grado mayor de integración política que el que supone el abatimiento de las fronteras nacionales. Pero esta integración política debe estructurarse a partir de la «Europa de las patrias», en expresión francesa, manteniendo la personalidad bien definida y separada de cada uno de los Estados miembros, y sobre todo articulando la acción común a partir del principio de la unanimidad. Se pueden tomar decisiones si todos están de acuerdo con ellas.

Hay otros que estarían dispuestos a aceptar alguna forma de confederación, en donde el poder de la comunidad operase no sólo mediante decisiones unánimes, sino también en algunos casos por mayoría en donde los órganos específicamente comunitarios tuvieran un papel menos subordinado del que actualmente tienen respecto de los órganos llamados intergubernamentales, es decir, aquellos órganos en donde son los Estados, a través de sus ministros o presidentes de gobierno los que actúan.

Por último, hay otras fuerzas políticas, no sé hasta qué punto minoritarias —me temo que sí—, que estarían dispuestas a ir más allá y a fundir los Estados existentes en el seno de una estructura política superior, que unos de-



Francisco Rubio Llorente

(Berlanga, Badajoz) es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, y anteriormente lo fue en la Universidad Central de Venezuela. Entre 1977 y 1979 ocupó la Secretaría General de las Cortes y en 1980 fue nombrado magistrado del Tribunal Constitucional. Ha sido profesor y miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, del Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones. Su obra teórica está recogida en revistas especializadas, libros colectivos y estudios introductorios.

finen como federación y otros querrían que no tuviera forma estatal, sino que fuera una Comunidad todavía por inventar, etc.

Hay también ambigüedad en la propia estructura de la Comunidad. Hay órganos comunitarios, como la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Parlamento, pero estos órganos desempeñan un papel —aunque importante— muy subordinado al que desempeñan los órganos intergubernamentales, que tienen también, en su misma definición, un considerable componente de ambigüedad. Estos consejos intergubernamentales, Consejo Europeo o Consejo de Ministros, son órganos de la Comunidad que en teoría tie-

nen la competencia y el poder que les dan los tratados fundacionales; están sujetos, pues, a los Estados.

Pero en la práctica, sin embargo, llegada la ocasión, actúan como «señores» de los Tratados, los interpretan a su manera y, de hecho, los cambian sin sujetarse al procedimiento de modificación previsto en los tratados y que sí requeriría la ratificación de los distintos parlamentos. Esta suma de ambigüedades de la que parte esta obra admirable que es la integración europea no es producto del error o de la mala fe, sino de una imposición de la realidad. Muchas veces, la única manera de resolver un problema político es mediante un compromiso en la ambigüedad, mediante una fórmula que es susceptible de interpretaciones diversas. Esta ambigüedad en el punto de partida condiciona decisivamente el método de la integración europea, cuyo mérito se le debe atribuir, sobre todo, a Jean Monnet. La característica de este método es el avance a pequeños pasos, prescindiendo absolutamente de la meta final a la que se aspira, no teniendo más horizonte que el fin inmediato, esto es, la integración económica. Este método, inutilizable para resolver los problemas jurídicos que la integración plantea, los cuales se han ido sorteando de modo puramente pragmático, se ha agotado en 1992. A partir de Maastricht es imposible seguir eludiendo el problema constitucional, que es problema jurídico y político básico, del que todos los demás problemas jurídicos y políticos son simple proyección.

Derechos fundamentales

Los Derechos Fundamentales (DF) son una especie muy peculiar de derecho positivo; son derecho positivo, pero también transpositivo o prepositivo. Uno de los rasgos de las Constituciones como modo de organización de la vida jurídico-política es, según la vieja y todavía válida definición del artículo

16 de la Declaración francesa de 1789, que la garantía de los derechos significa que éstos no existen sólo porque la Constitución los consagre, sino que la Constitución es Constitución porque consagra unos derechos.

Si el criterio de los DF fuera el de cada derecho positivo no habría un concepto de DF, sino simplemente un metaconcepto y los DF no existirían en donde no tienen una Constitución escrita, como en Inglaterra; y nadie aceptaría esto seriamente. Parece evidente, en consecuencia, que se trata de un concepto que enlaza el derecho positivo con un derecho prepositivo, anterior, al que no tengo necesidad de calificar de natural.

Los DF no son otra cosa que la positivización de los Derechos Humanos. La idea de DH deriva inmediatamente (sus orígenes están más lejos) del racionalismo ilustrado. De una ontología (hay una esencia del hombre) y de una epistemología (esta esencia, y no sólo su apariencia exterior, su fenómeno, es cognoscible por la razón, que establece, a partir de ese conocimiento, los «derechos» propios de esa esencia, que son por eso universales). Les corresponden a todos los hombres, estén donde estén; son inalienables (el hombre no puede desprenderse de su esencia); y son imprescriptibles (la falta de su ejercicio no los abole).

A partir de estos supuestos se construye una teoría política, sobre la cual en buena medida todavía vivimos. Es una teoría política contractualista que parte de la existencia, como pura hipótesis constructiva, no como hecho histórico real, de un estado de naturaleza en el cual los hombres tienen su derecho, pero no tienen quién ampare esos derechos.

Y para asegurarlos salen de ese estado de naturaleza, mediante un contrato social, en virtud del cual crean un poder, que pueden entregar al mismo conjunto de los hombres, actuando por mayoría, o pueden entregar a una instancia determinada, una asamblea o

un consejo o un monarca, cuya misión es proteger esos DF. Por eso, frente a ese poder existe siempre, de acuerdo con la filosofía contractualista, un derecho de resistencia. Cuando el poder no cumple con aquello que le da su razón de ser, aquello de lo que deriva su legitimidad, que es la realización de los derechos, cabe la resistencia.

La positivización de los derechos pretende asegurarlos en dos planos distintos: en un plano puramente formal y en un plano sustancial o de contenido. La positivización de los derechos persigue la seguridad jurídica (el que los hombres sepan exactamente cuáles son las normas a las que deben atenerse y, eventualmente, el riesgo que corren al infringirlas).

Esto exige que las leyes sean públicas, no tengan efectos retroactivos y que esos derechos puedan hacerse valer frente al poder ante jueces independientes (el juez es garantía última formal de los DF). Con la positivización se pretende también una garantía sustancial: garantizar determinados ámbitos de libertad, determinados contenidos que son los que en la filosofía del tiempo se considera indispensables para que el hombre pueda desarrollar la plenitud de sus posibilidades, es decir, para que el hombre viva conforme a su esencia.

A partir de esta filosofía se pasa a la práctica y los DF se incorporan al derecho positivo de acuerdo con dos grandes modelos: la Declaración francesa de 1789 y el *Bill of Rights*, de 1791. Aunque los supuestos filosóficos son en gran parte comunes y hay algunas coincidencias en la determinación de los derechos que se consagran, son también muy acusadas las diferencias. En la Declaración hay una obsesión por la igualdad, que en cambio no se menciona en el *Bill...*, en donde sólo aparece en 1865, mediante la Enmienda 14, y aun eso de manera oblicua, como derecho a la *equal protection*, lo que hizo posible que todavía en 1896 la Corte Suprema considerase perfectamente constitucional la

segregación racial.

Sobre todo hay diferencia en la relación entre derechos y ley. En el *Bill...* los derechos son limitaciones (más o menos concretas) a un poder federativo que si no sería ilimitado. En Francia se parte también de la necesidad de limitar el poder, pero esta limitación se encomienda a la ley. La ley, que es definida como expresión de la voluntad general, se hace indispensable para el ejercicio de los derechos. Estas dos formas puras de positivización de los derechos son producto de las diferencias de circunstancias históricas, de tradiciones culturales, etc., pero también de dos modos de concebir los derechos que siguen vivos y que Zagrebelsky ha caracterizado mediante la contraposición de libertad y justicia; una contraposición que es análoga a la que se da entre libertad e igualdad.

Igualdad y pluralismo

A diferencia de los temas anteriores, este de igualdad y pluralismo no se ocupa tanto de un problema complejo como de un complejo de problemas, aunque éstos, a su vez, sean problemas complejos: son dos términos, además, susceptibles de ser entendidos y frecuentemente empleados en muy distintos sentidos. La igualdad en el ámbito del derecho público se utiliza en muchos sentidos distintos, pero, sobre todo, quizás en dos: como derecho fundamental y como principio. Pero además de derecho fundamental, la igualdad es principio en todos los sentidos de este término.

En el derecho público la igualdad es principio como principio y origen y fundamento del poder, pero es principio también como norma a la que el poder debe ajustar su actuación, o más bien, quizá, precisamente como objetivo que el poder debe perseguir en su actuación. Como derecho, el derecho a la igualdad ante la ley y en la ley aparece formulado en el artículo 14 de

la Constitución (en sus dos variedades: como un derecho general de igualdad y como lo que los alemanes llaman los derechos particulares de igualdad y, entre nosotros, más comúnmente, se llama el derecho a la no discriminación).

Más diversos son los usos del concepto de pluralismo en el derecho público y las ciencias políticas y sociales. En todo caso hace referencia a la pluralidad de grupos existentes en el seno de la sociedad, pero esta diversidad puede ser concebida de diversas maneras.

El pluralismo, pues, puede ser entendido como pluralidad de culturas o como existencia de diversas culturas irreductibles. Entiendo aquí por cultura, en el sentido sociológico o antropológico, el conjunto de maneras de obrar, pensar o sentir, específicas de un grupo humano.

Se trata de repertorios de conductas, aparentemente reguladas por un repertorio de normas, relativamente unificadas e integradas por un conjunto jerárquico de valores que supuestamente legitiman y hacen comprensibles y razonables esas normas de conducta. El mecanismo usual de legitimación de esas prácticas es la religión (y hablamos así de cultura cristiana, o confuciana, o islámica, o budista, etc.). Pero aparte de esta determinación última en la religión hay otras determinaciones concretas que vienen dadas por la historia, por la permanencia en lugares determinados, etc.

Se puede hablar también del pluralismo con referencia a sociedades que tienen una homogeneidad cultural y, en este caso, el pluralismo es susceptible de muy distintos entendimientos. Por ejemplo, un entendimiento antiindividualista, que dimana del convencimiento de que la sociedad no está integrada sólo por individuos, sino también por otras entidades supraindividuales (en términos de derecho, por «personas morales o jurídicas»), que tienen sus propios fines, su propia autonomía, su propia voluntad, y que ge-

neran eventualmente su propio derecho.

Junto a este pluralismo antiindividualista hay otras formas de pluralismo, perfectamente compatibles con el individualismo, pues parten de una concepción individualista de la sociedad; simplemente tienen conciencia de la existencia en ella de una diversidad de grupos que, a su vez, pueden ser resultado de distintos factores: grupos que resultan de la diversidad de opciones ideológicas presentes en el seno de la sociedad («libre mercado de las ideas» se ha llamado al pluralismo político) o grupos sociales determinados por la diversa situación de los individuos que resulta del libre juego del mercado económico (es la concepción de la sociedad como un conjunto escindido en grupos de clase o de intereses) o también de grupos definidos por la existencia en los individuos de características naturales, eventualmente también culturales, a las cuales no se quiere renunciar (diferencias de razas, división en sexos, orientación sexual, etc.).

En la modernidad, la política se legitima por referencia a la comunidad, cuya existencia es, en consecuencia, un supuesto previo de la comunidad política. Éste es un viejo problema con el que la teoría política ha luchado durante siglos: todos los hombres somos, sin duda, iguales, pero esa igualdad esencial de los hombres no impide que éstos en la historia real aparezcan agrupados en comunidades distintas, que se enfrentan entre sí. Estas comunidades distintas deben estar distinguidas por algo que no es la simple condición humana, esto es obvio; una comunidad humana no existe como tal hasta que decide quién va a ejercer el poder dentro de ella; sólo en ese momento aparece la comunidad política y jurídica.

La nación es una nueva comunidad (política) que se superpone a la diversidad étnica (aunque recibe rasgos de la etnia dominante e incluso puede llegar a borrar las diferencias preexistentes).

tes). No hay Estado multinacional, pero sí Estado nacional pluriétnico, en la medida en que las diferencias étnicas se dan dentro de una cultura común (cristianismo, en nuestro caso). En todo caso, la afirmación se hace por referencia a un territorio. La igualdad resulta, pues, de la condición de ser miembro de la nación, prescindiendo de todas las diferencias fácticas que existan entre tales miembros.

Dificultades de la representación

Las dificultades a las que el título quiere referirse no son las dificultades exteriores, con las que la representación política tropieza o puede tropezar para desempeñar la función que en el Estado constitucional se le encomienda; no son lo que en la época de la Restauración se llamaban «obstáculos tradicionales» y tampoco lo que más recientemente se ha llamado, entre nosotros, «los poderes fácticos».

No me refiero a esas dificultades exteriores de la representación, sino a las dificultades intrínsecas, las imperfecciones —sería más correcto decir— de la representación, en razón de las cuales ésta realiza defectuosamente las funciones que de acuerdo con el esquema teórico del Estado constitucional deberían ser las suyas. Cuáles son estas imperfecciones no es cosa fácil de determinar, porque son muchas.

Apoyándome en una autoridad reconocida puedo mencionar las siguientes causas del descrédito del Parlamento ante la opinión: la convicción de que la vida parlamentaria es una representación teatral, de que la institución que encarna la representación (y cuya existencia se justifica precisamente, desde Sièyes, por el principio de división del trabajo, que parece exigir que sean los más capaces para dirigir los asuntos públicos quienes la integran) está llena de mediocres, que hacen carrera en la políti-

ca porque les resulta más fácil o más productivo..., etc.

Se puede estar más o menos de acuerdo con este diagnóstico, pero lo importante es que tiene algo más de cien años (Adolfo Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*). La persistencia de estos males no debe llevarnos a desesperar, sino por el contrario a relativizar las críticas actuales. No para desdeñarlas ni conformarse con lo que la realidad nos ofrece. Hay que tratar de mejorarla, pero sabiendo que no se conseguirá nunca que la realidad se identifique con la idea.

Estos males, perfectamente perceptibles en nuestras Cortes actuales, son males que vienen de muy lejos, casi desde el origen mismo de la institución parlamentaria, y esta persistencia no debe llevarnos ni a condenar el sistema de democracia representativa ni tampoco, por supuesto, a conformarnos con la realidad que nos ofrece, como si esos males no tuvieran remedio.

El concepto de representación política es también un concepto normativo; no pretende describir la realidad, sino conformarla. El concepto de representación es, desde luego, un concepto jurídico que se construye y se desarrolla en el campo del derecho privado. Exige la existencia, al menos, de dos voluntades: la del representante y la del representado, y la sujeción de la primera a la voluntad del segundo. El grado de sujeción del representante al representado varía naturalmente de una a otra forma de representación. Esta dependencia no puede darse en la representación actual porque el pueblo representado no tiene voluntad propia distinta de la que emana de la propia representación. Las imperfecciones de la representación en el momento actual pueden ser referidas a tres determinaciones básicas de nuestro presente: vivimos en una economía de mercado, en un Estado de partidos y en una sociedad mediática. □