

José Lois Estévez

**AGRESIVIDAD DEL PODER
DERECHOS FUNDAMENTALES**

Santiago, 1992

Es propiedad del autor. Edita él mismo.

Imprime: El mismo.

Depósito legal, n° 748/93

Capítulo I

Los derechos fundamentales en su historia.

A) La primera experiencia europea.

1. En 1774, a la muerte de Luis XV, la situación de Francia podría sugerir a observadores perspicaces la inminencia de un trance crítico. Sin embargo, vistas las cosas desde lejos, apenas se advertían síntomas de tragedia. La despreocupada frivolidad de la aristocracia, difundiendo, con deslumbradoras apariencias, una falsa impresión de bienestar, eclipsaba los sufrimientos del pueblo y hacía pasar inadvertida la conjuración en potencia que germinaba con fuerza por el país. Era franca la pugna entre las realidades políticas y las convicciones dominantes sobre los fundamentos del poder; más ciegos a ella y la hostilidad del ambiente, los altos dignatarios de la corte, el clero y la nobleza, ya monopolizadores escandalosos de privilegios desmedidos, llenaban de pequeñas intrigas, de discreteos, de fiestas excitantes los bosques apacibles y los fastuosos salones de Versalles. El lujo, la riqueza y el poderío brillaban así ostentosamente; pero, en el fondo, tras la serenidad engañosa de un cielo immaculado, fermentaba en silencio la tempestad.

El advenimiento de Luis XVI no impuso cambio alguno en las cosas. Aunque bien intencionado y bondadoso, carecía el Rey de la entereza indispensable para enderezar los asuntos públicos y era demasiado joven aún para ver por sí mismo los mal disimulados problemas que empezaban a descararse. No tenía tampoco la preparación intelectual ni el ánimo resuelto y perseverante que necesitaba para encarar los acontecimientos y emprender de inmediato urgentes reformas. Al contrario; su endeblez de carácter, su tornadiza voluntad, su indolencia y apocamiento y su total ineptitud política le llevaron a desentenderse del gobierno y a confiar las más trascendentales decisiones a quienes ejercieran sobre él la última influencia. Tal actitud era precisamente la más desacertada que cabría prohiar. Sólo una autoridad enérgica podría contener la expansión de las corrientes revolucionarias y encauzar los vagos anhelos de la multitud. Pero el Monarca francés, siempre indeciso entre los partidos y desdiciéndose a cada paso, hizo disminuir la presión intimidativa del poder que, con las convicciones religiosas, también vacilantes, eran ya el único soporte de aquella sociedad inestable. Todo estaba, pues, preparado para una convulsión gigantesca. Faltaba, nada más, el pretexto y no tardó en sobrevenir.

El mismo año de la ascensión al trono de Luis XVI la situación de la Real Hacienda era desesperada. Sucesivamente, por consejo de Maurepas, Malesherbes, Turgot, Necker, Calonne fueron designados por el Rey para presidir el Ministerio; pero tan pronto como intentaban atajar el mal en su origen, generalizando los impuestos, sucumbían ante la vigorosa reacción de las clases privilegiadas. Por fin Calonne concibió un plan que le pareció decisivo. Convocó a los Notables en Asamblea, imaginando que una exposición hábil de la situación financiera sería bastante para que se plegaran a sus proyectos; pero los Notables condicionaron a la destitución del Ministro su aceptación de las reformas propuestas y el Rey se avino sin percibir los efectos del precedente que sentaba. El Arzobispo Brienne pasó así a desempeñar el Ministerio.

A partir de entonces el peligro pareció disiparse. Comprometidos de antemano, los Notables consintieron el impuesto territorial y el del timbre. Sólo faltaba obtener la conformidad del

Parlamento parisino-, mas Brienne, entretenido en otros quehaceres, no se dio prisa. Cuando, por último, presentó ambas mociones para su registro- reglamentario, el Parlamento, sorprendiendo su confianza, se lanzó al ataque y, tras inculpar la administración de la cosa pública, reclamó los estados de gastos. Un consejero, Duval d'Espréménil, jugando al equívoco con aquella expresión-, sugirió que los “estados” que ante todo había que ofrecer eran los “Estados Generales”. Y aquella frase provocó una impresión indescriptible. Como si una intuición oscura revelase a todos los consejeros que aquella propuesta encerraba la solución a los problemas franceses, levantándose, pidieron a gritos la convocación de los Estados Generales. Pronto semejante clamor traspasó el recinto parlamentario y fue creciendo hasta arraigar en la conciencia pública. Con despaciosa seguridad estaba aprendiendo la Nación a definirse en convicciones inquebrantables.

Así, pues, cuando el 5 de Mayo de 1789 se celebró la solemne apertura de los Estados Generales, los diputados del tercer estamento, empapados en una bien formada opinión previa, sabían de sobra qué conducta les era conveniente adoptar. Al día siguiente debía efectuarse la revisión de poderes. Frente al Estado llano, que propugnaba la revisión en común, la Nobleza y el Clero, querían, a toda costa, mantener el principio de una separación estricta. La cuestión era de suma importancia, porque indirectamente prejuzgaba la espinosísima de cómo se emitirían los sufragios y puso al descubierto enseguida qué designios alentaba cada uno de los partidos en pugna. Se sucedieron jornadas de ardorosa polémica. El Gobierno y los aristócratas intentaron, por todos los medios, crear desavenencias entre los Comunes. ¡Todo en vano! ¡A los treinta días, los diputados populares, instigados por Mirabeau y Sieyes, se declaraban constituidos en Asamblea Nacional!

Contra estas medidas audaces la Corte demostró su penuria imaginativa. Únicamente, pretextando los preparativos de una futura sesión regia, se dio la orden de clausurar el salón donde los Estados Generales venían celebrándose. Pero la decisión fue ' contraproducente: La Asamblea acudió a reunirse en el local llamado del “Juego de Pelota” y allí juró no disolverse sin haber antes dotado de una Constitución a Francia.

Llegó en esto la fecha de la sesión real. En un discurso, impropio de su carácter, quiso el Rey -o sus inspiradores- impresionar a los diputados con alardes de una gran energía y dio por nulos los acuerdos del tercer estado. Era tarde ya. Y por eso, cuando al concluir su intervención dispuso el Monarca que se disolviera la Asamblea, sólo los nobles y una parte del clero le obedecen. El marqués de Brezé se dirige a los diputados que han permanecido en su puesto: “¿No habéis oído, señores, las órdenes de su majestad?”. Primero, Bailly, el Presidente le contesta: “¡Las órdenes que oíré son las de la Asamblea! “ Después Mirabeau replica en memorable desplante: “... Id a decir a vuestro amo que estamos aquí por voluntad del pueblo y que no se nos arrancará sino con la fuerza de las bayonetas!” Tras esto, la Asamblea confirma sus acuerdos y decreta la inviolabilidad de cada diputado. No hacía falta más. Suspensa la Corte tras el osado desafío, la autoridad real se desmoronaba ya sin remedio...

Por fin, el 27 de Junio, los disidentes del clero y la nobleza se unieron a la mayoría deliberante. Superadas, pues, las disensiones internas, se podía pensar en la ejecución de las grandes reformas, insistentemente reclamadas. El objetivo era bien claro para todos; mas, aunque las necesidades apremiantes hacían cualquier dilación insensata, se había desperdiciado lastimosamente un tiempo precioso. Aún podría quizás una actuación rápida y comprensiva evitar las desgracias que se avecinaban; pero no había momento que perder. Inmersa, por el contrario, en la neblina roja de sus propios resentimientos, la Asamblea siguió disputando. Entonces, ante el asombro universal, estallaron en París los primeros desórdenes. que se propagaron como un torbellino por el resto de Francia. ¡Era la revolución que emergía con fuerza

irresistible, atizada por los odios acumulados!. Entre un Gobierno, debilitado y en descrédito, y una Asamblea despedazada en banderías, el poder demagógico se alzaba incontestable. Una amenaza sangrienta gravitaba sobre el país con la terquedad de una pesadilla. En cualquier instante, la irritación latente, causada por el descontento general, podría suscitar el incidente decisivo que prendiera la insurrección. Y la tensión y mutuo recelo entre los encontrados antagonistas presagiaban con trágica seguridad los mayores desastres.

Tales eran las circunstancias políticas -que reinaban en Francia cuando fue discutida y promulgada la célebre “Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”. Su texto, que parecía compendiar los más elevados móviles de Justicia; pero que, desgraciadamente, no era otra cosa -como siempre después- que un arma para la sorda lucha política entablada contra el sistema imperante, decía:

1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.
2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.
3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación y ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane de aquella expresamente.
4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de idénticos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.
5. La ley no debe prohibir sino las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no podrá impedirse y nadie podrá ser constreñido a hacer lo que la ley no ordene.
6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a su formación personalmente o por representantes. Y ella debe ser la misma para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos, por ser iguales ante la ley, han de ser igualmente admitidos a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos.
7. Nadie puede ser acusado, detenido ni preso más que en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante; por la resistencia se hará culpable.
8. La ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.
9. Por ser presumible la inocencia de todo hombre hasta que se le declare culpable, siempre que se juzgue indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para seguridad de su persona debe estar severamente reprimido por la ley.
10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido legalmente.
11. La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente; pero es

responsable por el abuso de esta libertad en los casos determinados en la ley.

12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza está, pues, instituida en beneficio de todos y no para utilidad particular de aquellos a quienes se confía.

13. Para el sostenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración se hace indispensable una contribución común, que debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos en razón de su capacidad económica.

14. Todos los ciudadanos tienen derecho a comprobar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, a consentirla libremente, a investigar su empleo y a determinar las cuotas, el repartimiento, la cobranza y la duración de aquélla.

15. La sociedad tiene derecho a exigir cuentas de su administración a todo agente público.

16. Toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución.

17. Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado no puede serle arrebatada a nadie, sino cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija con toda evidencia, y, siempre, con la condición de indemnizar justa y previamente.

Tal era la famosísima Declaración que muchos contemporáneos creyeron que encerraba los fundamentos indiscutibles de toda sociedad independiente. El trascurso de dos centurias ha servido sin embargo para demostrar que los principios en que se basaba no eran categorías inmutables de razón, llamadas a soportar incólumes el flujo de los acontecimientos históricos. Los hechos han demostrado con incontestable elocuencia que algunos de aquellos principios eran infecundos, otros contradictorios y otros, incluso, más perjudiciales que provechosos. Pero, a pesar de sus muchos errores, la *Declaración de los derechos del hombre* guarda todavía una significación trascendental. Su mérito estriba en haber entrevisto que la sociedad, si es, en su origen, una agrupación instintiva, no adquiere forma y estructura coherente; es decir, no se “racionaliza”, mientras no se percate de que las manifestaciones residuales de anarquía o despotismo, siempre subsistentes en ella, son susceptibles de corrección adoptando ciertos postulados jurídicos reorganizadores.

Junto a este atisbo certero hay todavía algunas lecciones que deducir de tan extraordinario documento. No resultan precisamente alentadoras, porque se desprenden de su propio fracaso; pero cobran importancia vital en nuestro tiempo, donde son de nuevo los *derechos humanos* tanto armas que esgrimen en la lucha política los partidos de la oposición para desacreditar al Gobierno como trabas indeseables que procuran sortear, mediante amaños y coartadas, quienes ya disfrutaban el poder.

2. Cuando la Asamblea Nacional francesa “decretó” (según sus propias palabras y con evidente impropiedad terminológica y escasa coherencia) la Declaración de derechos, el designio que se atribuía era ofrecer al pueblo dogmas políticos -“principios simples e incontestables”- conque fiscalizar las actuaciones de los poderes legislativo y ejecutivo. Ahora bien, su intención latente, más que nada propagandística, no procuraba, por supuesto, en propio desarme, una efectiva autolimitación sino ganarse adeptos con las expectativas de libertad que despertaban sus rotundas afirmaciones, rebosantes de utópico patetismo, tan grato a las masas. Por eso, como han subrayado muchos, se incurrió en omisión inexplicable de los deberes correlativos y se desdeñaron los medios para garantizarles incolumidad frente a los previsibles atentados del poder público. Tiene razón Carlyle cuando escribe: “Con los debates sin fin, obtenemos los *Derechos del hombre*, escritos y promulgados; verdadera base de papel para toda Constitución

de papel. Olvidando, gritan los oponentes, declarar los deberes del hombre; olvidando, añadiremos nosotros, *los poderes del hombre*. ¡Una de las más fatales omisiones!”.⁽¹⁾

¿Podrían ser tan ingenuos los miembros de la Asamblea como para creer que con sólo enunciar principios abstractos súbditos inermes quedarían salvaguardados contra las demasías del poder? Si los “derechos” consignados en la Declaración fueran la expresión de convicciones populares bien arraigadas, la gente toleraría con -dificultad desmanes de los políticos. Por desgracia, los enfáticos pronunciamientos, como resultado exclusivo de una especulación oligárquica, lejos de compendiar las grandes aspiraciones que servían de base a las corrientes revolucionarias, representaban un ideal extraño, de dudosa realización, con asertos reñidos con la lógica compatibilidad ligada a un sistema.

Una investigación sobre la significación, la procedencia y la suerte de sus preceptos más ambiciosos conduce a demostrar las precedentes afirmaciones.

a) Examinemos el primer artículo de la Declaración. ¿Cómo deberá interpretarse? ¿Afirma un *hecho*, algo que *ya es*, o algo *que se quiere*, por estimar quienes lo redactaron que debería ser? La primera hipótesis no resulta, evidentemente, sustentable. Si la libertad se concibe, según la definición del art. 4, como un “poder hacer”, queda de manifiesto sin disputa que el recién nacido no es capaz de tenerla, pues *no puede hacer nada*: Todo hombre viene al mundo en la impotencia más absoluta; pretender que, desde su nacimiento sea libre, peca de ridículo. Por otra parte, si fuera verdad que “los hombres *nacen y permanecen* libres e iguales en derechos” ¿qué sentido tendría la preocupación del legislador? ¿A qué corear lo que ya es una realidad fáctica? Por lo demás, si los hombres hubieran de permanecer “iguales en derechos”, ¿cómo hablar de distinciones sociales, ni aun fundadas en la utilidad común? ¿Son, por ventura, iguales en derechos quienes mandan y quienes obedecen?.

¿Trata la proposición de ponderar así algo que a tantos encandila? Imaginemos que se dijera llanamente: “Los hombres *deberían* nacer y permanecer *libres e iguales* en derechos”. ¿Qué reacciones produciría en el público semejante declaración? ¿Encontraríamos alguien a quien no pareciera risible?.

¿Qué significado habrá que dar entonces al aserto? ¿Será menester situarlo en un plano categorial puramente jurídico? Es la hipótesis más favorable; pero, aceptándola, desembocamos en formulaciones deónticas relativas a la totalidad del Ordenamiento positivo. Habría que suponer entonces, de acuerdo con las corrientes iusnaturalistas, que cada hombre tiene. “derechos” aún antes de que exista el Derecho, lo cual es tanto como fundar todo conocimiento jurídico sobre una base metafísica. El art. 1 de la Declaración querría decir en ese caso algo como esto: “El hombre, desde su nacimiento, tiene derecho a la libertad y a la igualdad”.

¿Se consigue salvar de este modo el art. 1? No faltará quien crea que esta perspectiva es la correcta y que responde a la intención de los asambleístas franceses. Pero exploremosla más a fondo y veamos qué dificultades se presentan cuando se admite.

Hay, ante todo, en la nueva redacción del artículo unas cuantas palabras-clave que se hace necesario definir. En rigor, resulta discutible el alcance de todos los sustantivos; pues incluso “nacimiento” y “hombre” plantean el problema de su “debida” connotación: ¿Desde cuándo se es hombre? ¿Es el nacimiento instante adecuado para “reconocer” papel protagónico a un ser humano? ¿Obtendríamos, más bien, a imitación de lo preceptuado en el art. 29 de nuestro CG, que “tener al concebido por nacido” para todo lo favorable?

Más dificultad ofrece aún esclarecer términos como “derecho”, “libertad” e “igualdad”.

¹ CARLYLE, Thomas: *Historia de la Revolución Francesa*, (Gil), Buenos Aires, 1946, 220.

El significado de la palabra “derecho” dentro de un Ordenamiento positivo puede referirse a una doble probabilidad: A la de ser extraprocesalmente respetado o a la de obtener en otro supuesto protección jurisdiccional. Hay una importante correlación entre ambas probabilidades. Por una parte el posible recurso a la vía procesal, actuando como disuasivo, previene contra la intrusión en los bienes ajenos. Por otra, el respeto mayoritario al derecho de los demás; es decir, el número proporcionalmente muy reducido de infracciones, permite al proceso cumplir su función disuasoria. El derecho llamado *subjetivo* es, así, por el efecto combinado de estos dos factores, ***una densa concentración de probabilidad***.

¿En qué sentido, en cambio, se habla de “derechos”, sin ninguna concreción positiva, bien porque se consideren inherentes a la personalidad humana bien porque emanen de esa *Ley* que se conoce como “*natural*”?

Por de pronto, sin el refrendo positivo, no serán tutelados por los Tribunales: Su vulneración no se verá desincentivada con eficaces medidas disuasorias. Consecuente modo, aun habiendo hacia ellos, durante cierto plazo, una general actitud de respeto, con la impunidad de las infracciones, cada vez más frecuentes, se irá resquebrajando la convicción de que imponen deberes. Lejos, entonces, de venir amparados por sólidas expectativas de acatamiento, acabarán degenerando en frustrantes improbabilidades de recepción.

El término “libertad” requiere adjetivaciones complementarias. Cabe hablar de libertad “metafísica”, de libertad “política”, de libertad “moral”, de libertad “jurídica”. La Declaración parece referirse a esta última, si bien lo hace en forma muy impropia. Ir a la casa del vecino y barrérsela, es obvio que no le perjudica; pero ¿cabe hacerlo contra su voluntad? ¿Estamos obligados a prestar nuestro consentimiento a todos los favores que quieran hacernos? Sí “el ejercicio de los derechos naturales de; cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de idénticos derechos”, y “esos límites sólo pueden determinarse por ley”, ¿cómo podrá existir deslinde de libertades por fuera de un Derecho positivo? Y con libertad “ilimitada” para cada uno, ¿cabrá seguir hablando de libertad?.

Viniendo a la “igualdad”, ¿cómo ha de entenderse? ¿La han considerado tan obvia los assembleístas que no han pensado siquiera en definirla?. Desde luego no la toman en su acepción literal, puesto que no se oponen a las distinciones sociales “fundadas en la utilidad común” (art.1). Aclaran únicamente (art. 6) que la ley “debe ser la misma para todos, tanto cuando proteja, como cuando castigue”. Y añaden enseguida que “por ser todos los ciudadanos iguales ante la ley, han de ser igualmente admitidos a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos”. Lo cual, en contradicción manifiesta con el postulado de igualdad, equivale a reconocer que existen desigualdades naturales (capacidad y talentos) y desigualdades sociales (virtudes) no sólo admisibles, sino, incluso, de Justicia (aunque este vocablo no aparezca, por cierto, en la Declaración). Tampoco la igualdad ante las cargas públicas se preconiza realmente como tal sino en razón de la capacidad económica. (Y esto, en el fondo, es lo mismo que reconocer dos cosas: que no se persigue de veras la “igualdad” -que haría imposible tanto él, voluntarismo como la Justicia sino la ocasión para fiscalizar a los contribuyentes pretextando una más equitativa distribución de las cargas públicas).

b) El segundo artículo, aunque parezca un enunciado, contiene también una expresión desiderativa o deóntica. No formula, en realidad, como es fácil ver, la evaluación estadística de la ocurrencia más común, sino que configura, contraponiéndolo a los hechos, el modelo de comportamiento político que les parece más perfecto a los assembleístas. Estamos, pues; una vez más, ante algo que, a despecho de lo que sucede de ordinario, se abraja la convicción de que ***debería ser***.

No cabe negar que se incurre asimismo aquí en un craso error de planteamiento. Hay asociaciones humanas, creadas voluntariamente por los partícipes, cuyo fin depende hasta tal punto de un acuerdo unánime, que cualquiera puede abandonarlas, si estima que los hechos traicionan los designios. No es éste el caso, por desgracia, cuando se trata de las organizaciones políticas: En ellas, los miembros pueden aspirar a una cosa y los que mandan realizar otra muy distinta.

En las asociaciones en que se permanece por consenso, el refrendo constante de los socios garantiza la fidelidad a los fines. No así en las políticas, donde el poder *soberano* determina en cada caso inapelablemente cuáles quiere cumplir. Pero dando por buena la tesis sustentada en la Declaración, supongamos que, efectivamente, el fin de toda asociación política consistiera en conservar los derechos “naturales e imprescriptibles” del hombre. ¿Qué sería lo realmente importante en tal supuesto: quedarse en enumeraciones, o indagar de qué modo podrían convertirse atributos tan evasivos en, al menos, *verdades probables*?. Puesto que se trataba de salvaguardar positivamente los fueros o inmunidades de la persona frente a temidas agresiones del poder público, lo único decisivo era *mostrar cómo cabría lograrlo*. Y en esto ni se pensó...

Era absolutamente necesario para que la Declaración no fuera calificada de utópica por los juristas que los derechos consignados en ella fueran imprescriptibles. La razón es patente, pues en caso contrario todas las acciones protectoras imaginables, al no haberse jamás ejercitado en siglos o milenios hubieran ya prescrito y casi todos los gobiernos del mundo se habrían liberado de su hipotética obligación de reconocer y preservar los derechos fundamentales.

Parecía, por demás, absurdo que una tiranía prolongada pudiese fundar en su propia duración el justo título para proclamarlos abolidos.

No es ahora el momento de entrar a debatir el significado auténtico que tiene la imprescriptibilidad de los derechos humanos: Interesa únicamente reflexionar sobre los consagrados en la inicial Declaración francesa.

α) Como primero en la enumeración figura la “libertad”. Pero ¿en qué sentido puede ser la libertad un derecho? Si cada norma le impone alguna restricción y en el Estado moderno hay muchos cientos de miles, si no millones de normas, ¿podrá la libertad no ser precaria? ¿No le cabe siempre al poder limitarla más? Para colmo, las resoluciones administrativas y judiciales, saliéndose a menudo, irresponsablemente, del estricto marco legal, ¿no la reducen aún, más allá de cualquier límite previsible? Por tanto, con incertidumbre sobre su alcance, ignorándose en los casos conflictivos si se tiene o no, ¿será lícito seguir hablando de un derecho a la libertad?

En rigor, como veremos enseguida, en el Estado legislativo-parlamentario no es libre, nadie. En la dictadura por el carisma de un Caudillo y en la democracia por la coartada de una mítica representación popular, el poder campa por sus respetos y la libertad se ha convertido en atributo exclusivo para un hombre *invisible*. Si basta una mera sospecha para privar de libertad, ¿quién será libre cuando el Gobierno quiere que no lo sea? ¿Sirve de algo que se declaren abolidas las Lettres-de-Cachet cuando se obtienen los mismos o peores resultados fingiendo tribunales y procesos?

β) La “propiedad” figura en segundo término. Sintomáticamente, dando por supuesto que nadie ignora qué es, no se la define: se afirma, en cambio, su carácter “inviolable” y “sagrado”. Sólo, previa indemnización “justa” y “cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija con toda evidencia”, se admitirá la expropiación forzosa.

¿Exagera la Declaración francesa la importancia de la propiedad?.

De un tiempo a esta parte, casi todas las tendencias políticas, expresándose así, parecen

empeñadas en debilitar ese derecho: O se niega su carácter fundamental, con más o menos disimulo, o queda prácticamente en entredicho. Sorprende la pobreza de los argumentos ante los que se rinden incluso juristas conservadores o de orientación liberal. ¿Sólo *por estar a la moda* estudiosos de innegable autoridad y espíritu crítico han abandonado los bastiones que defendían tradicionalmente la propiedad privada? ¿Por qué antes tal énfasis y ahora tal tibieza? ¿Qué posición resulta más consistente, la de los assembleístas franceses o la “socializante” de tantos autores modernos? ¿Es, o no, la propiedad un auténtico derecho fundamental, que debe protegerse con los mismos medios procesales que cualquier otro de su clase?.

La idea de una propiedad o dominio “público” se enreda en contradicciones “Propio” es lo exclusivo, lo peculiar, lo que establece diferenciación. Lo “común” se opone así radicalmente a lo “propio”. Por eso, afirmando que una cosa es *común*, queremos significar en rigor que nadie puede, atribuyéndosela en exclusiva, impedir su utilización a los demás. Es decir, ese adjetivo no cumple otra función que negar la propiedad privada: El *dominio público*, como ya se ha sostenido en ocasión anterior ⁽²⁾, es simplemente un *no-dominio*. Porque, al no haberse deferido a nadie la facultad de exclusión, el uso está permitido a todos; es tan “público” que ni siquiera queda reservado a quienes tienen una determinada nacionalidad o vecindad. En esto se distinguen precisamente las diversas formas de copropiedad, en donde ostenta el monopolio un grupo, de ese paradójico dominio sin protagonistas, cuya regulación se reduce físicamente a la impenetrabilidad de los cuerpos y jurídicamente a la prohibición de toda violencia

La *ratio essendi* de la propiedad, según acertaron a descubrir los juristas romanos, reside en el *ius abutendi*. En otras palabras: La propiedad es necesaria, porque el hombre no puede sobrevivir sino *consume y usa exclusiva e individualmente muchas cosas*. Y no se arguya que de uso indispensable son únicamente las cosas muebles, porque sin más que mencionar la vivienda quedaría desmentida tal afirmación. En última instancia, la regla socialmente decisiva para optar entre la propiedad privada o la pública no puede ser otra que los resultados en eficiencia (es decir, rendimiento y esmero) de una u otra forma de atribución. Y en este respecto raramente puede competir la propiedad pública con la privada ⁽³⁾. Por eso, la obsesión socialista por expandir el dominio público, amén de suponer inadmisibles confiscaciones y apriorística renegación de la propiedad privada, sólo puede traer desastrosas secuelas.

En general, los gobernantes, cuyo poder no crece sino a costa de imponer restricciones al dominio privado, tienen interés en “socializar” o “nacionalizar” toda clase de bienes. Y actúan bajo la presuposición contradictoria de que, gracias a eufemismos como “soberanía” o “dominio eminente”, todas las cosas son más suyas que de sus dueños. Olvidando la propiedad privada, se arrojan, a pretexto de legislar, el derecho a disponer absolutamente de todo.

Como al que manda no le faltan jamás aduladores, tampoco teorías que sirvan de coartada para justificar los actos despóticos. Y así, por ejemplo, no se vacila en proclamar dogmáticamente algo, tan peregrino y antinómico como la inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio

² LOIS: *Pleito sobre astrolitos*, en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Santiago, 1959, 304.

³ El “estrepitoso fracaso del comunismo es la mejor, demostración de la eficiencia negativa de la propiedad pública. Y ha demostrado, por cierto, la sagacidad de Aristóteles cuando, al enjuiciar la *República* de Platón (*Política*, II,1 1) había escrito cosas como éstas: “El sistema propuesto ofrece todavía otro inconveniente que es el poco interés que se tiene por la propiedad común, porque cada uno piensa en sus intereses privados y se cuida poco de los públicos, si no es cuando le toca personalmente...” “Hay en el hombre dos grandes móviles de solicitud y de amor, que son la propiedad y la afección; y en la *República* de Platón no tienen cabida ni uno ni otro de estos sentimientos...” Aristóteles reprochaba al.” sistema de comunidad de bienes su impracticabilidad). La situación de un Estado así -decía- es deplorable “porque está siempre en vísperas de no existir”. Ante lo sucedido en la URSS, ¿no ha demostrado el Estagirita una perspicacia genial? (Las citas se han hecho sobre la traducción de Azcárate, Buenos Aires, 1943, 46 ss)

público, así como su desafectación ⁽⁴⁾.

Pero, claro, si, como siguiendo a los poetas y a nuestro Cervantes tras ellos, dicen los socialistas que en un principio se “ignoraban estas dos palabras de *tuyo* y *mío*” y “eran en aquella santa edad todas las cosas comunes”, con la inalienabilidad e imprescriptibilidad tendrían que seguir siéndolo y no habría otra solución consecuente que el comunismo, tan en descrédito.

Por otra parte, si se admite la desafectación, si el dominio público puede dejar de serlo, ¿qué sentido tiene aferrarse a la inalienabilidad y a la imprescriptibilidad? Donde el poder se arroge el tacto de Midas y convierta en oro jurídico todo cuanto toque, el dominio privado o el dominio público no serán más que conveniencias circunstanciales del grupo dominante: Todo dominio y todos los derechos resultan, así, concesiones graciosas del Legislador, que los da o los quita según quiere. Y de poco sirve que la confiscación esté constitucionalmente prohibida si la retroactividad de las leyes o el cambio legislativo confiscatorio no lo están igualmente.

Como se escribió hace ya mucho tiempo a propósito de la Ley de arrendamientos urbanos: “...Cuando el Código civil disponía en su art. 1.565 que *si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento*, era evidente que, por implicación, la recuperación de la cosa arrendada al término del contrato iba de suyo como corolario del derecho de propiedad. Pues bien; conferida la facultad de recuperar el inmueble, toda propiedad la albergaría en su seno, junto con las demás que supone, y el propietario habría adquirido algo para sí. En adelante, la posibilidad de hacerse con la cosa al término del contrato es un derecho *que ya tiene* el propietario; es algo suyo. Si, pues, la Justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, ¿cómo privar al propietario de ese derecho *que ya tiene* sin cometer una iniquidad? Si el poder se autolimita con el Derecho, si el Derecho, por ende, obliga también al Estado, ¿quién es el Legislador para arrebatar, por fuera de las condiciones de la expropiación legítima, los derechos concretos que ha reconocido a los particulares?...”. ⁽⁵⁾.

Existe una indisimulable tensión dialéctica entre legislación y propiedad. Porque sin romper con el *statu quo*, sin modificar la distribución previa de derechos y obligaciones ningún cambio social, incluso ninguna actuación política sería posible. En cambio, si reconocemos al Legislador una omnímoda facultad de reforma, no sólo haríamos tabla rasa del derecho de propiedad sino también de la seguridad jurídica y con ella, en su dimensión política, de la mismísima libertad. Pues como acertó a expresarlo Montesquieu, “la libertad política es la tranquilidad de espíritu derivada de la confianza que tiene cada uno en su propia seguridad”. De ahí que la actitud de los legisladores ante la propiedad pueda servir a un ¿tiempo como auténtica medida de la efectiva libertad y de las proporciones en que el Estado de Derecho se muestra aún corrompido por el despotismo.

γ) Es un hecho histórico difícilmente discutible que a partir de la Declaración francesa de 26 de Agosto de 1789, casi todas las Constituciones del mundo, inspirándose en ella, han dedicado series de preceptos a establecer una dogmática de los *derechos fundamentales*. Se había llegado a suponer por eso que la vida política de las naciones en la Edad Moderna estaba presidida por normas cuyos antecedentes había que referir a Francia. Montesquieu, Rousseau y algunos enciclopedistas solían hacerse aparecer como los propulsores teóricos de las ideas consagradas

⁴ Recientemente, la idea de la imprescriptibilidad se ha extendido, en absurdo privilegio demagógico, a los montes vecinales en mano común, que, para colmo de paradoja, se han originado históricamente por prescripción, en los poquísimos casos en que hayan podido darse (pues, como es sabido, sus principales peculiaridades jurídicas eran tema de ácida controversia). Vid. p.e., sobre el tema: GUAITA, Aurelio: *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, Santiago, 1951, 136 y ss.

⁵ LOIS: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit. 281.

por las declaraciones de derechos. Estudios de Janet y G. Jellinek han logrado sin embargo demostrar que existían otros precedentes mucho más concretos en los “Bills of rights” de las colonias inglesas de Norteamérica. Según Jellinek, en Norteamérica y no en Francia fue donde los principios contenidos en las declaraciones de derechos encontraron el clima histórico propicio a su proceso de gestación gradual. Los primeros atisbos se remontan al período fundacional de algunas colonias, allá por los años de 1630, cuando Roger Williams, perseguido por la intolerancia religiosa de los puritanos, abandonó Salem y fundó Providence, en cuyo recinto se acordó por vez primera excluir terminantemente de la esfera legislativa cuanto pudiera rozar la libertad de conciencia. Empezó entonces a ponerse en práctica el sistema de colocar a salvo de cualquier intromisión legal ciertos axiomas que, por asenso colectivo, se reputaran de un orden superior. Y, así, pronto llegó a creerse que la fundación de nuevas colonias debía comenzar con un acuerdo colectivo sobre las bases de gobierno, que pudiera, en su día, servir de límite al Poder ⁽⁶⁾. En Francia, esta tradición no existía, aunque sí la convicción en muchos letrados de que las precauciones de los estadounidenses estaban muy puestas en razón. Por eso, algunos Cahiers des doléances insistían en la necesidad de definir los derechos del hombre y del ciudadano ⁽⁷⁾. Como ha escrito Taine: “Es el hombre de ley, el pequeño procurador rural, el abogado envidioso y teórico quien dirige al campesino. Este es quien trabaja porque en el *cahier* consten por escrito, desde el principio al fin, sus agravios locales y personales, su reclamación contra los impuestos y censos, su petición para librar a sus perros del billot, su deseo de disponer de su fusil contra los lobos. El otro, que es quien inspira y dirige, lo encierra todo en - los derechos del hombre y en la circular de Sieyès” ⁽⁸⁾. ¡El ejemplo norteamericano pesaba en el ánimo de muchos franceses cultos, que no reparaban en su antítesis latente respecto a las idolatradas concepciones de Rousseau!.

Rousseau imaginaba, en efecto, que por el *contrato social* el individuo se desprendía sin reserva de todos sus derechos. La realidad histórica demuestra paladinamente la falsedad de tal suposición, pues tal vez cuando estuvieron más cerca de cumplirse las condiciones ideales postuladas por el filósofo ginebrino; es decir, en Norteamérica, ocurrió todo lo contrario a lo que él suponía. Donde, para ser libre, bastaba al individuo distanciarse de los demás, se evidenció que no estaba dispuesto, para gozar de los beneficios de la vida común, a una renuncia irrestricta a sus más valiosos atributos. De ningún modo se sentía ligado a las decisiones mayoritarias. Si quería vivir en sociedad, buscaba quienes pensarán como él y fundaban unánimes una nueva colonia. En otro caso, sólo con su familia, se alejaba de todos los poblados en demanda de una tierra *nullius* y se instalaba en ella para vivir exonerado de sumisiones.

Aun más: Los *Bills of rights* y la propia Declaración francesa eran en su espíritu inconciliables con las doctrinas de Rousseau. El *contrato social*, en efecto, implica que la voluntad general, fuente suprema y única de las determinaciones jurídicas, no tenga nada sobre sí. Las declaraciones de derechos, por el contrario, contraponían a la ley, concebida como expresión de la voluntad, general, derechos suprapositivos, “naturales e imprescriptibles”, que, como condiciones, al menos tácitas, de toda convivencia pacífica, ningún legislador podría desacatar sin propasarse: No hay pretexto social que valga para imponer lícitamente al hombre

⁶ JANET: *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la moral*; 31 ed., Paris, 1887, JELLINEK: *Die erklärung der Menschen- und Bürger-rechte*, Leipzig, 1895. Hay traducción española de Posada con el título *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid; 1908.

⁷ Cfr DEL VECCHIÓ: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa, en Persona, Estado y Derecho*, Madrid, 1957, 45 ss. y en especial, a este respecto, 61 ss.

⁸ Citado por DEL VECHIO: *Op. cit.* 67.

abdicaciones que lo degraden. ⁽⁹⁾.

Lo que había sido en Norteamérica, una práctica fecunda, fue en Francia lección, mal aprendida e inmediatamente refutada por los hechos. En América, los derechos naturales eran el reflejo de una convicción compartida; en Francia, si acaso, un ideal para unos pocos, mirado por los más con absoluto descreimiento.

Así las cosas, no era de extrañar que los principios inexigibles de la Declaración de derechos fueran, cada vez más, relegados a la categoría de aspiraciones mientras que la **voluntad general**, vanamente limitada por ellos, alcanzando muy pronto la primacía y enseguida la omnipotencia, se erigía en argumento inapelable justificativo de cualquier atropello. Las agrupaciones políticas dominantes encontraban ahí el medio de imponer sus designios y alzarse con el poder y no estaban dispuestas, por escrúpulos de que nadie hacía caso, a verse desbancadas por sus rivales.

Prescindiendo de las violaciones acaecidas en amotinamientos populares, la endeblez y futilidad de la Declaración de derechos se patentiza en los propios acuerdos de la Asamblea legislativa. El 9 de Noviembre de 1791, apenas transcurridos dos meses desde la fecha en que la Asamblea constituyente había decidido promulgarla, su heredera decretaba ya, conculcándola, duras medidas de represalia contra los emigrantes y contra los sacerdotes que no hubieran prestado el juramento constitucional. Pero antes aún, la imposición del **juramento cívico** como requisito indispensable para ser elector, probaba suficientemente la insensibilidad general a principios como los proclamados en el art. 6º sobre el derecho de **todos** a concurrir para formar la voluntad general y a ser tratados por la ley sin distingos.

Es verdad que durante un tiempo el veto real paraliza todos estos acuerdos; pero al veto y a la Constitución se les hace fraude y los decretos prosperan. Después, los Derechos del hombre y la Constitución parecen escritos en una lengua muerta, que ya no entiende nadie: ¡Cuando más falta hacían han venido a parar en nada! En rigor, nunca habían sido Derecho, pues el Derecho, teniendo que consistir, no en palabras, sino en **normas vividas**, ni existe ni puede existir sin **efectividad práctica**. ¡El puro normativismo deontológico, que no brote de una fe compartida, es la cosa más inútil del mundo! ¡Añade a la injusticia el escarnio!

B) La precariedad de los derechos fundamentales.

En apariencia, los derechos fundamentales constan reconocidos y protegidos con reiteración desde sus respectivas constituciones en la práctica totalidad de los países civilizados. Más aún: En 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU formuló la **Declaración Universal de los derechos humanos**; el 4 de noviembre de 1950 los miembros del Consejo de Europa firmaron en Roma el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Existe también un Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19-XII-1966 y diversas Convenciones regionales de objetivos análogos.

Tanto las constituciones nacionales como los documentos multinacionales comparten una serie

⁹ “...La exigencia del Derecho natural -escribe DEL VECHIO- queda completamente satisfecha en las vigentes instituciones jurídicas mientras éstas le son conformes, y constituye una figura autónoma y aparece distinta desde el momento que se separa de ellas. Pero su razón es immanente porque la naturaleza humana tiene en sí misma el principio de la necesidad del Derecho y no puede quedar satisfecha por ningún hecho exterior, sino cuando corresponda con exactitud a su exigencia”. Op. cit. 77.

de notas, que conviene enjuiciar:

- a) Impregnados de grandilocuencia retórica, pierden fuerza de convicción, porque se les asimila inconscientemente a huecos mensajes de propaganda electoral.
- b) Son acrílicos, engañosos, inconcretos, acomodaticios, poquísimos lúcidos timoratos y, por nada creativos, torpemente faltos de originalidad.
- c) Ignorando su valor decisivo, parece tenerles sin cuidado el problema de cómo dar efectividad práctica a los derechos y libertades proclamados.
- d) Pese a su pretendida defensa del individuo, acaba dejando al ser humano completamente desvalido frente al poder.

Vamos a demostrar todas estas aseveraciones con respecto a la Constitución española y a la Declaración Universal de los derechos humanos.

a) La DUDH y la CE en sus primores retóricos.

* } La DUDH -y la CE a su imagen y semejanza- comienza con un altisonante Preámbulo, en donde, con enfáticos pronunciamientos, precedidos en su fundamentación por la palabra cabalística “considerando”, como las sentencias de los Tribunales en la Ley de Enjuiciamiento Civil -a imitación francesa-, se reiteran trivialidades tan tópicas como mal definidas, que, por predicar demasiado, nunca comprometen a nada.

Prestemos atención a manifestaciones como éstas:

1.-“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Estamos ante el típico “discurso político”, pues aquí sí que, como en las matemáticas según Russell, “no se sabe de qué se está hablando ni si lo que se dice es o no verdad”. ¿En qué sentido se usan en la frase conceptos como *libertad*, *justicia*, *paz*, *dignidad intrínseca*, *derechos iguales e inalienables* y *miembros de la familia humana*?. Cada lector cree entender cada una de estas palabras, por estar acostumbrado a usarlas sin mayor crítica ni reflexión en muy diferentes contextos e interpretarlas según le place. Pero la “extensión” y la “comprensión” de los términos ¿*será la misma para todos*?. Cualquier persona medianamente culta sabe que no, pues ni siquiera entre los expertos hay un acuerdo substancial sobre su alcance. Pero es harto fácil introducir en este aparente consenso internacional la manzana de la discordia. Basta con preguntar: ¿Los concebidos, aún no nacidos, son, o no, miembros de la familia humana?.

Ni sólo son incógnitas las expresiones técnicas: ¿En qué acepción se emplea el vocablo “reconocimiento”? Y “tener por base” ¿qué significa? : Aunque del verbo “reconocer” registra el Diccionario de la Lengua 16 acepciones, ninguna en el contexto actual arroja resultados satisfactorios. La intención probable de quienes redactaron la Declaración fue exigir algo más que un “reconocimiento” intelectual, que de nada serviría de no ir seguido de un efectivo respeto. Ahora bien, al decir que la libertad, la justicia y la paz tienen eso por base ¿afirman su dependencia de dichas condiciones? ; Otra vez se está jugando con las palabras! Porque ¿de qué clase de dependencia se tratará? ¿Causal? ¿Probabilística? ¿Hasta qué punto y grado? ¿Cuántos tienen que respetar la dignidad humana para que sea posible la paz? ¿Todos? ¿La mayoría?

¿Muchos? ¿Poderes públicos o particulares?.

Por otra parte, la libertad, la justicia son abstracciones: ni existen ni pueden existir como tales. En la práctica, la realidad única es si Vd. o yo somos libres aquí y ahora. Es decir, si los demás nos dejan ser libres. Pues, por ser ellos libres Vd. o yo podemos no serlo. Del mismo modo, si alguien, abusando de su libertad, no es justo, uno o muchos sufren la injusticia. Por tanto, cuanto mayor sea la libertad general, más probables también los desmanes, la inseguridad para muchos y las pérdidas correlativas de libertad para quienes han de sufrirlos. Luego resulta un problema muy delicado de Política (científica) del Derecho determinar *hasta dónde pueden llevarse las concesiones a la libertad individual sin que se resienta la libertad general*.

La *dignidad intrínseca* del ser humano presenta todavía caracteres más imprecisos. ¿Quién sabe en qué consiste nuestra dignidad *intrínseca*? ¡Es muy fácil decir “la que corresponde al hombre en cuanto tal”, pero ¿cómo la concretamos de hecho? Uno a veces la invoca con el mayor convencimiento ante los Tribunales, creyendo haber sido víctima de vejaciones intolerables y los Tribunales muestran absoluta insensibilidad ante lo que nos ha parecido a nosotros tortura moral o trato degradante.

¡Ya podemos despedirnos de la paz en el mundo si viene a depender al fin de que nos “reconozcan” algo tan evanescente como la dignidad humana! ¿O invocamos una utopía para ilusionarnos sin desesperación con otras utopías?

2.- Algo similar hay que decir del “considerando” 2º: “El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...”.

He aquí otro aserto con visos de relación causal confabulada *ad hoc*. Los “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” son, por desgracia, un hecho frecuente en situaciones-límite. Cuando el hombre lucha por la supervivencia, piensa en sí y olvida a los demás. Cuando, como en la guerra, se comienza por negar, a propios y extraños, el derecho a la vida, ¿qué valor pueden tener otros derechos menos fundamentales? Cuando la alternativa preferencial entre ser o no ser queda establecida entre “ellos” o “nosotros”, “o “yo”, ¿cuántos se inclinarían por lo primero? Es evidentemente deseable la humanización de la guerra misma; pero “quis desiderio sit pudor aut modus...”? En momentos de exasperación extremada la moderación dista mucho de ser el supuesto normal: Los santos no abundan. Por eso el Derecho no se aplica en los estados de necesidad o cuando se actúa bajo una sensación de miedo insuperable.

En casos así, el hombre se comporta despiadadamente, aunque respete y no menosprecie los derechos humanos (que, por otra parte, ¡no hay que olvidarlo!, son la expresión de una teoría en que no: todos los juristas están de acuerdo), del mismo modo que las violaciones de la ley moral no entrañan siempre una renegación de la misma.

El segundo pasaje de este “considerando” -anacoluto manifiesto- desconcierta con algo así como el parto de los montes: “... Se ha proclamado como la aspiración, más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que: los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. ¡Si fuera verdad tan poca belleza serían muy pobres las aspiraciones más elevadas del ser humano!

3.- El “considerando” tercero, completamente distinto a los demás, porque parece proponer el problema en sus justos términos, se perderá luego, más que ningún otro, en sus propias palabras. Dice:

(Es) “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de

que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Tímida o, más bien, cobardemente, se enuncian aquí las dos proposiciones clave sobre el problema de los derechos humanos, a saber:

K) Si no existe un sistema fiable de protección que asegure su efectividad, éstos, por mucho que se proclamen, no pasarán de mal disimuladas alharacas.

J) Llámese “recurso supremo” o llámese como se llame, y por más que todas las Declaraciones de derechos actuales pugnen por silenciarlo, siempre habrá de reaparecer en alguna forma el derecho a defenderse contra cualquier agresión ilegítima, venga de quien venga, cuando el ordenamiento positivo nos deje, ocasional o sistemáticamente, inermes ante el desafuero.

Leyendo, artículo por artículo, la pretenciosa Declaración, queda claro para cualquiera que, pese a tener por **esencial** la “protección de los derechos humanos mediante un régimen de derecho, no volverá en adelante ni a mentar el tema, para demostrar, una vez más, que la cuestión trascendental del *cómo* jamás preocupa a los políticos, empeñados en que su mera profesión de fe, aun sin obras que la ratifiquen, contente a los súbditos.

Porque, dando por supuesto que la *efectividad* sea lo substancial en cuanto se refiere a derechos básicos, pasarla por alto tanto monta como entulleclos.

En lugar de tópicas afirmaciones, tres cosas omitidas eran de veras importantes en la Declaración Universal: 1ª) precisar a qué condiciones habrá de someterse el Derecho positivo de un país para entender que en él gozan de verdadera efectividad los derechos humanos; 2ª) crear en la ONU una Comisión de Juristas Independientes llamada a pronunciarse sobre si las respectivas constituciones de los países miembros respetan, o no, el compromiso contraído; y 3ª) expulsar de la Organización a cualquier Estado cuyas leyes o procedimientos convirtieran los derechos humanos en hueca palabrería.

Ya trataremos, en su momento, de suplir con esta investigación las omisiones que hemos reprochado a la ONU. Mientras tanto, procede seguir en el análisis del Preámbulo.

4.- Se proclama esencial, asimismo, “promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones”; pero sin indicar tampoco los medios a que se confía la consecución de tan acariciado propósito.

5.- Evocando la Carta fundacional de la ONU, pretende ratificar sus buenas intenciones: la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres -callando, por cierto, ahora, la que había de establecerse entre grandes y pequeñas potencias- y en el frustrado empeño de promover el progreso social y elevar el nivel de vida “dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

6.- Recordaba finalmente el compromiso inocuo de asegurar “el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre” y, concediendo la mayor importancia a “una concepción común” de los mismos, procuraba enumerarlos, con escasa originalidad y sin mostrar ni el menor indicio de comprender hasta qué punto es más fácil su volatilización que su reiteración verbalista.

**} Todavía menos atinado y riguroso resulta el preludio a la Constitución española, obra, según se dice, del Prof. Tierno Galván, quien no se lució precisamente al redactarlo, pues, amén de faltarle inspiración y brillantez, olvida el famoso consejo cervantino: “Llaneza,... no te encumbres, que toda afectación es mala”.

Sobre sus principios, alguien ha escrito:

“El ficcionismo de las primeras Cortes *democráticas* se traiciona a cada paso en la Constitución. Uno lo advierte en la inmoderada pretenciosidad del Preámbulo, en donde se le cuelga a la Nación española el propósito de *establecer* cosas tan asequibles como *la justicia, la libertad, la seguridad y el bien de cuantos la integran*, así como la voluntad de *garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo* (que, por cierto, aún no nos han dicho los políticos *cuál es*); Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular” (¿cómo sí *Estado de Derecho* e *imperio de la ley* se hallaran con la *voluntad popular* en una especie de armonía preestablecida!), amén de otras lindezas por el estilo, tras las cuales a nuestros descontentadizos representantes aún los quedaba por desear *una sociedad democrática avanzada*. ¡Por si lo fuera poco una en que reinaran la justicia, la libertad, la seguridad y un orden económico y social justo, y ya se hubiera promovido el bien de todos los ciudadanos!”⁽¹⁰⁾.

No comentaré la prosopopeya inicial, aunque implique la indefinición de un sujeto presunto, mientras que los auténticos responsables del texto asumen una representación que sólo se justificaría en boca de unas Cortes constituyentes, no de unas Cortes ordinarias, mediatizadas por condiciones previas (el llamado Pacto de la Moncloa). Preguntaré, en cambio, si es tan ingenua la Nación española como para creer que la justicia, la libertad y la seguridad puedan *establecerse*. Preguntaré también si la “soberanía” tiene como atributo la “continuidad” o es un fenómeno “intermitente”; y si hace falta usar de la soberanía para proclamar la voluntad de realizar quimeras y contradicciones.

Porque quimera es “garantizar la convivencia democrática” dentro de una Constitución no democrática y “conforme a un orden económico y social justo”.

Que la CE no es democrática, difícilmente puede negarse. Por una parte, España es hoy una “monarquía hereditaria”, con lo cual la *isonomía* ya no es posible; y, por otra, el pueblo no tiene en nuestra Constitución papel decisivo ni siquiera en los *referenda*, ni elige libremente al votar, sino supeditado a los partidos.

Para colmo, los derechos políticos siguen reservados a las “familias del régimen”, porque los partidos, los sindicatos, los colegios y organizaciones profesionales e incluso el sistema educativo (arts. 6, 7, 36, 52, 27,2) deben ser “democráticos” (aunque, claro está, no lo sean)⁽¹¹⁾.

La CE incurre, además, en contradicción cuando habla de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”, porque ni son la misma cosa “voluntad popular” y “leyes”, ni el “imperio de la ley” y el “Estado de Derecho”. Pues si el pueblo ignora las leyes, ¿puede su voluntad identificarse sin ficción con ellas? ¿Son también su *voluntad* cuando masivamente las quebranta, desusa o elude? ¿Cabe en nombre de la *voluntad popular* declarar inválida la costumbre general contra ley?.

Tampoco es posible cifrar la meta del Estado de Derecho en asegurar el imperio de la ley. Sencillamente, porque, desde que se reconocen los derechos humanos, ni hay igualdad entre ley y Derecho ni la voluntad popular puede ya prevalecer sobre aquéllos.

¹⁰LOIS: *Entre eufemismo y demo-a-cracia*, Santiago, 1983, Prólogo. (Obra publicada, hasta el momento, únicamente en edición fotocopada para algunos amigos).

¹¹A diferencia del proyecto de ley de 1979 (a la que se llamaba LAU), la vigente en la actualidad ha triturado el principio de universalidad del sufragio. El Claustro, por conveniencia del partido gobernante, no se constituye ni funciona de acuerdo con la exigencia constitucional para otras corporaciones (arts. 6, 7, 36 etc. CE).

b) Los derechos fundamentales según la DUDA.

1. El art. 1. de la Declaración Universal se ha redactado teniendo a la vista, para imitar, corregir y adicionar, el que lleva el mismo número en la Declaración francesa de 1789. No hay, pues, que añadir comentario alguno a lo que tienen de común. Sí, a las expresiones en que difieren. En la DUDA: “Todos los *seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, *dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*”.

Lo primero que procede cuestionar es si la substitución de la palabra “hombres” de la Declaración francesa por “seres humanos” se ha hecho con intención de establecer alguna diferencia o si se mantiene la unidad de sentido. La primera hipótesis parece la más probable. En el articulado de la DUDA se usa 30 veces la locución “toda persona” para referirse al titular de los derechos que consagra; dos veces se habla de “todo individuo”? dos también de “todos los seres humanos”; una vez se usa el cuantificador “todos” y otra se invocan “los hombres y las mujeres”; y “nadie”, como sujeto negativo, representando “ningún ser humano” se halla 7 veces. La preferencia de los redactores por tomar como sujeto a “toda persona” es, así, patente. Ahora bien, ¿se deben estos cambios a otras razones que a las de carácter gramatical o de mera eufonía? Uno podría, en algún caso, inclinarse a contestar que sí, suponiendo, por ejemplo, que, en el art. 1, no se utiliza el término “persona”, porque, no faltan legislaciones donde la personalidad surge algún tiempo después del nacimiento y tras cumplirse ciertas exigencias adicionales. Pero, en todo caso, la Declaración está diciendo que es “ser humano” el hijo de hombres antes de nacer. En- coherencia con esto, el art. 6 de la Declaración Universal afirma que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Y aquí es evidente que no resultaría lógico tomar como sujeto de la oración a “toda persona”, pues si alguien ostentara ya ese atributo ¿para qué reconocérselo por duplicado?.

No está, sin embargo, suficientemente claro en la Declaración Universal qué deba entenderse por “ser humano”. Antes nos ha dicho que el “ser humano” nace libre y con idénticos derechos a cualquier otro. Luego, si nace libre, *ese derecho tiene que ser originario, innato*. ¿Se le está reconociendo, pues, al concebido antes de nacer? En puro rigor lógico, no se podría contestar que no, pues el *nasciturus* tiene “ser” y es “humano”.⁽¹²⁾ ¿Subscribieron, entonces, quienes firmaron la Declaración, el “compromiso” de tratar como persona a la criatura humana nonata? Si así fuese, ante las legislaciones nacionales en que se permite el aborto, habría que confesar que las Declaraciones de derechos no sirven para nada. Si no fuese así, estaríamos en pleno juego del eufemismo político, según la definición de Tucídides: “palabras bonitas para disimular hechos torpes y feos”: amaños retóricos para hacer creer a los hombres de buena voluntad que la democracia de la postguerra se preocupaba por la causa de la Justicia.

Otro añadido de la Declaración Universal a la Francesa es la invocación de la igual “dignidad” por nacimiento entre los hombres. Pero la palabra elegida resulta muy poco afortunada. “Dignidad” es el nombre abstracto correspondiente a “digno” y digno es un adjetivo que hace siempre relación a méritos o deméritos, y, por consiguiente, indicado para establecer una gradación. Las “dignidades” han de ser varias y escalonadas. Si fuera cierto que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad, la monarquía hereditaria y la sucesión en los títulos nobiliarios no podrían admitirse, como radicalmente contrarios a un derecho fundamental.

La Declaración Universal se ha librado de la contradicción en que incurría la francesa al afirmar

¹² Vid. U sobre este punto LOIS: *La incautabilidad política del derecho a la vida*, en *Verbo*, nº 229-230, octubre-noviembre-diciembre 1984, 1169 ss.

la permanencia en la igualdad y aceptar después distinciones sociales por razones de utilidad común.

Aludiendo, en cambio, al deber de fraternidad ignora uno de los más sólidos principios de la Política del Derecho “*No mandar lo que no cabe hacer cumplir*”.

El deber de fraternidad no puede concebirse como un deber jurídico, sino, a lo sumo, como un deber ético. Y no dependiendo los deberes éticos de ninguna autoridad humana, sino de su intrínseca fuerza de convicción, no tiene sentido presentarlos como proposiciones jurídicas.

2. Los arts. 2 y 7 tienden, con manifiesta redundancia, a desarrollar el postulado de igualdad: el primero, afirmando la universalidad de los derechos fundamentales sin ninguna clase de discriminaciones; el segundo, insistiendo tanto en la igualdad ante la ley como en la protección jurídica sin acepción de personas.

Amén de las deficiencias que estos preceptos comparten con los demás y con todas las declaraciones de derechos, su aparente generalidad no cierra el camino a las incertidumbres.

Preguntémos, por ejemplo, si son, o no, discriminaciones inadmisibles las que se fundan en el paso de los años o en la diferencia de fechas. Si a partir de una edad determinada o por el mero transcurso del tiempo, esos derechos y libertades reconocidos a toda persona se desvanecen. Por poner un ejemplo: El derecho al trabajo, “a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”, ¿es compatible con la jubilación *forzosa*, con parcial confiscación del sueldo? ¿Cómo es posible *tener todos los derechos* proclamados en la DUDH sin jueces ni procedimientos supranacionales que velen por su efectiva incolumidad?

3. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Pero ¿quién es individuo? ¿Por qué aquí no se dice “toda persona” o “todo ser humano”? ¿Es individuo el nasciturus? ¿Quién y cómo garantizará el derecho a la vida? ¿Cómo ha de entenderse el derecho a la libertad? La seguridad, ¿en qué se cifra? ¿Cuándo se tiene y cuando no? Si todas éstas importantísimas cuestiones quedan entre tinieblas ¿podrán gozar de credibilidad los derechos básicos? .

4. “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

Otra vez la indefinición de las palabras hace ilusoria la efectividad del artículo. ¿Subsiste, o no, en nuestro tiempo la esclavitud, aunque en diversa, forma? ¿A qué se llama servidumbre? ¿Qué remedios caben contra las dos?.

5. “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Siguen expresiones claras en apariencia, mas no bien deslindadas ante los casos. La tortura, v. g., ¿se refiere sólo al tormento físico o comprende también la provocación injustificada de sufrimientos morales? ¿Cuándo una pena o trato puede reputarse cruel, *inhumano o degradante*? “Cruel”, calificando a una persona, es quien encuentra satisfacción en el dolor ajeno; aludiendo a comportamientos, “significa “insufrible”, “excesivo” ”Inhumano”, “degradante”, se usan verosímilmente como sinónimos de “cruel”, en cuanto evocan modos de proceder que parecen indignos del hombre. Pero todos estos conceptos son relativos. Y en supuestos concretos no dejan de producirnos perplejidad. Veámoslo en algunos ejemplos.

El empleo del narcoanálisis en investigaciones judiciales ha parecido a muchos inadmisibles: ¿Lo será realmente a la luz de la DUDH? La administración de los llamados “sueros de la verdad” (escopolamina, pentotal, amytal, evipán, etc.) ¿implica tortura o trato cruel, inhumano o

degradante? ⁽¹³⁾. No parece lógico asimilar a la tortura el simple pinchazo de una aguja hipodérmica, que, inmediatamente, suprime el dolor. Tampoco, a un trato cruel ni inhumano. ¿Será, por ventura, degradante? El hecho en sí, de ningún modo: ¡Con el consentimiento del paciente o de sus familiares se utiliza, sin escándalo de nadie, con fines terapéuticos! ¿Consistirá, entonces, la degradación en imponer coactivamente el pinchazo y, sobre todo, el sueño crepuscular? ¡No estaríamos ante una afirmación consistente! Si tal actuación resultara auténticamente degradante ¿podría autorizarla la familia del menor, demente o incapaz con fines curativos? ¿Sí, porque habría un consentimiento substitutorio o presunto del propio enfermo? En esa hipótesis, la degradación residiría en la violencia sobre la libertad. ¡Una respuesta poco satisfactoria cuando se imponen bajo coacción, pongamos por caso, bien por ley o por decisiones judiciales, las pruebas de los grupos sanguíneos en la investigación de la paternidad! ⁽¹⁴⁾.

Uno podría pensar también que la narcoexploración judicial quebranta ese derecho a no inculparse o a no declarar contra sí mismo, que recoge, junto con otros, el art. 24, 2 CE. Pero la DUDH, por increíble que parezca, no contiene un precepto similar. Por tanto, el supuesto planteado sólo podría ser subsumido en ella como una parte esencial del derecho a la defensa jurídica (art. 11, 1).

Veamos otro caso posible. Imaginemos que un terrorista exige por teléfono al Gobierno de cierto país un acto exorbitante, como poner en libertad a todos los presos o declarar la guerra a otro Estado o desterrar a todos los habitantes de una raza que odia, etc. bajo la amenaza de dejar que explote, si no, una bomba que ha colocado secretamente en un barco, aeronave o lugar público. Consta con certeza que la explosión causará la muerte a centenares de personas. La policía consigue detener al extorsionador. Si se descubre donde está la bomba, todos podrán salvarse. ¿Será, o no, lícito en esas circunstancias someter al preso a narcoexploración para arrancarle su

¹³ Vid. LOIS: *Contribución al estudio de la narcoexploración judicial, en Foro Gallego*, n=74, Marzo-Abril, 1951 137 ss.

¹⁴ En rigor, la prueba de los grupos sanguíneos, que requiere el sometimiento del paciente al pinchazo de una aguja hipodérmica, no puede ser, constitucionalmente, exigible: Nadie está, pues, obligado a someterse a ella. Pero los Juzgados primero y la Jurisprudencia del T. S. después, han sentado la tesis -por cierto, paradójica y peregrina- de que negarse a la prueba permite presumir la paternidad. O sea, el ejercicio de un derecho, la presunción de inocencia -que aquí debe regir ¿también- y la libertad -supuestamente "valor superior" de nuestro ordenamiento-, encuentran ahora el agujero negro que permite su inaplicación. Y, para colmo, dando por supuesto los Tribunales que la probabilidad de acierto en el peritaje es tan próxima a la unidad que su resultado merece plena confianza. ¡Un caso más acreditativo de la incomprensión matemática, tan común entre los juristas! Los que hablan y, lo que es peor, proceden con tan cerrado dogmatismo, ignoran que el valor de la prueba depende del Teorema de Bayes, relativo a la probabilidad de las "causas, cuya validez matemática es no sólo hartamente discutible y discutida, sino que, en el mejor de los casos, sólo es aplicable bajo severas restricciones. (Vid. sobre el asunto: BOOLE: *An investigation of the Laws of Thought on which are founded the Mathematical theories of logic and probabilities*, New York, 1358, 320 ss. y, más en particular, 361 ss. BOUDOT: *Lógica inductiva y probabilidad* (González Pazos), Madrid, 1978, 65 ss. PAR-ZEN: *Teoría moderna de probabilidades y sus aplicaciones* (Berunen), México, 1973, 140 ss. CRAMER: *Métodos matemáticos de estadística*, (Cansado), Madrid, 1970, 581 ss. FELLER: *Introducción a la teoría de probabilidades y sus aplicaciones I*, México, 1973, 135 ss. YALUN CHOU: *Análisis Estadístico*, 2ª ed. (Agut), México, 1977, 360 ss: una crítica sumaria en PAPOULIS: *Probabilidad, variables aleatorias y procesos estocásticos* (Sanvicente), Barcelona, 1980, 128 ss. esp. 130. Con cierto detenimiento y en exposición divulgativa, SWOBODA: *El libro de la Estadística moderna*, (Llovera), Barcelona, 1975, 197 ss. A mi juicio, el más fuerte argumento contra la probabilidad de las causas y no lo he visto expuesto por ninguno de los autores consultados -es que cuando se trata de concretar una hipótesis, el cálculo se refiere siempre al desenlace de un suceso particular ya ocurrido. Y la probabilidad de cualquier suceso particular de esta clase no puede ser otra que 0 o 1; pues ya se produjo o no. Si se produjo, nadie podrá privarle de su certeza; si no se produjo, de su irrealdad. Por otra parte, ¿cómo se confirma, caso a caso, tal o cual atribución de paternidad basada en estas u otras pruebas (grupos sanguíneos etc.)? ¿Por confesión del interesado? ¡Para él mismo la cuestión es dudosa, pues si *mater senper certa est*, no así el padre!.

peligrosísimo secreto? ¿Permitiremos que tantos inocentes sucumban, permaneciendo impasibles ante la extorsión? ¿Cederemos a ella para salvarlos? ¿O, ante el delito flagrante, aplicaremos al delincuente las medidas suasorias estrictamente indispensables para impedir la catástrofe? ¿Sacrificaremos los hombres a un principio o un principio a los hombres? La alternativa es ésta”. ¡Falta saber qué *salida* será mejor!.

En varias ocasiones he realizado encuestas sobre el caso entre estudiantes de Derecho e incluso he llevado a extremos la suposición: Por premuras de tiempo, no podíamos recurrir al narcoanálisis; como último recurso para salvar tantas vidas amenazadas, sólo nos quedaba la tortura: ¿Qué haría Vd. si la decisión corriera a su cargo? Una mayoría considerable se pronunció por aplicarla! ¡Los problemas jurídicos no son tan simples como parecen sugerir las Declaraciones de derechos!.

Cabría demandarse, además, si no constituyen tortura las “celdas de castigo” que conocen casi: todas las legislaciones penitenciarias. En rigor; toda pena, si ha de tener efecto disuasivo y ejemplaridad, no puede por menos de “atormentar” a quien la sufre y si es prolongada, causará inevitablemente, si no dolor físico, tortura moral. ¿Daremos más importancia al primero que a la segunda? ¿Quién no preferirá un dolor físico de corta duración a una tortura moral prologada?

Los hechos son, desgraciadamente, muy otros que lo que da a entender la DUDH. En lugar del “nadie será...”, la verdad es que “muchos son sometidos a torturas, a vejaciones y a tratos crueles e inhumanos”. Pero ¿cómo cabrá impedir tales abusos cuando, como sucede con frecuencia, los cometen quienes tienen por misión extirparlos? ¡He ahí lo que deberían haberse preguntado y lo que deberían tratar de resolver las declaraciones de derechos, si aspirasen a ser algo más que pura demagógica!

6. “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

¡Qué fácil y qué poco comprometedor es hacer una manifestación semejante!. Podríamos preguntarnos a la vez, con idéntica verosimilitud: ¿Hay algún país civilizado cuyo Derecho no reconozca personalidad jurídica a todos los hombres? ¿Existe algún lugar en el mundo en donde cualquier hombre reciba *siempre*, sólo por serlo, trato de persona? Y, sintomáticamente, las dos preguntas tendrían que ser contestadas con un no.

Resulta de aquí, que el artículo 6 de la DUDH, por su ambigüedad y vaguedad, no sirve para nada. No dice lo único que importaría que nos dijera: *¿Cuándo, en ésta o en aquella situación concreta, dan, o no, al hombre los poderes públicos trato de persona?*

¿Qué significa exigencia tal? ¿En qué consiste ser *jurídicamente* persona? ¿Quiénes y cuándo reciben en un Estado un trato auténtico de personas y no de meros súbditos?

Según una definición que, a fuerza de repetida, funciona con la inexpresividad e inoperancia de los tópicos, “persona es el ser capaz de derechos y obligaciones”. Pero una cosa es ser destinatario *potencial* de derechos y obligaciones y otra muy distinta que tal posibilidad abstracta se vea confirmada en los hechos, caso por caso. El concebido y no nacido tiene, aún hoy, en el Derecho español personalidad jurídica *en potencia*; pero no en acto, puesto que su mismísimo derecho a la vida puede ser negado impunemente, desde que se han despenalizado ciertos supuestos de aborto. En realidad, la supervivencia del nasciturus se hace depender de la bienquerencia materna o, en su defecto, de mal controlados peritajes médicos.

Nominalmente, y ateniéndonos a las normas positivas de los diferentes países y a sus respectivas constituciones, nuestra personalidad jurídica no admite dudas *en teoría*. Pero ¡qué distinto cuando, por consigna política, se pone cerco a una persona o cuando alguien, por haches o por

erres, representa un estorbo para influyentes funcionarios administrativos. En casos como estos, la historia de Kohlhaas ⁽¹⁵⁾ se repite: El Derecho, de nuestro tiempo, plagado de intromisiones del poder, y más en servicio de la “Administración” que de la Justicia, está preordenado para permitir o cohonestar medidas discriminatorias que garanticen, en un momento dado, la actitud servil de los súbditos. Para eso se han inventado instituciones tan difícilmente justificables como el Derecho Administrativo (¿qué es un “Derecho”, diríamos mejor, un montaje pseudojurídico para favorecer a una parte en sus litigios contra otra!), y, por si esto no bastara, los privilegios de la Administración; una Jurisdicción *ad hoc* que, a pretexto de especialización profesional, cuente con jueces que, tras sus lentes deformantes, vean como, normales las mayores anomalías; la intolerable coartada del “silencio administrativo”, que, junto con el régimen de subvenciones, sirve admirablemente para diferenciar amigos y no-amigos. ..

Con medios así, y con una Judicatura politizada desde sus más altas instancias, las sedicentes democracias se transforman en dictaduras de partido y, como temía Rousseau, la “voluntad general”, suplantada por la conveniencia de la facción dominante ⁽¹⁶⁾, hace que, bajo las apariencias de un Estado de Derecho, se instale a placer el despotismo... Con lo cual, ya se sabe, nada es más cierto que la discriminación.

7. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

La redacción de este precepto no puede ser menos feliz. La ley, naturalmente, mientras no abandone realmente su formulación abstracta esencial ⁽¹⁷⁾, no puede menos de ser la misma para todos sus destinatarios. Por eso, lo que importa de veras para la consecución de la igualdad jurídica, nada tiene que ver con la ley sino con el comportamiento caso a caso de quienes hayan de aplicarla: ¿Hay algún Ordenamiento positivo en el mundo que se atreva a decir que todos somos iguales ante los funcionarios públicos? Pues si ante los funcionarios públicos ni existe, “ni siquiera es posible una verdadera igualdad, ¿qué valor puede tener lo que la ley diga o lo que de la ley se diga? La ley es inerte y las significaciones potenciales refugiadas en ella dependen por completo de la mente que las refleje. Mientras la interpretación sea necesaria y consista en distinguir un supuesto de otro, la igualdad ante la ley quedará entregada a la voluntad del exégeta.

El mismo art. 7 nos brinda un ejemplo: ¿Cuál es la extensión semántica del “todos” inicial? **Todos** equivalen a “ningún otro no”; es decir, “ninguno de los protagonistas pensables en el universo de discurso aludido” podrá excluirse como sujeto oracional. Por tanto, al predicarse la igualdad de todos, no cabría dar trato preferencial a las personas jurídicas, ni a las corporaciones públicas, ni siquiera al Estado.

Por otra parte, si hablamos de igualdad *ante la ley*, descartamos inadvertidamente la esencia de ese derecho, que, si ha de ser fundamental, tiene que sustraerse a la voluntad del legislador, no quedar a merced de la misma.

Si le cabe a la ley fijar los supuestos en que haya de darse la igualdad, el derecho a ella sería tan contingente como cualquier otro no privilegiado y resultarla ilógico consignarlo en las

¹⁵ La he resumido y estudiado en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit, 239 ss.. Sobre Kohlhaas vid. también IHERING: *La lucha por el Derecho* (Posada). Madrid, 1921, 81-ss. COSTA: *Teoría del Hecho Jurídico individual y social*, Madrid, 1880, 293 ss.

¹⁶ ROUSSEAU: *Contrato social* (Fernando de los Ríos), Madrid, 1929, 132.

¹⁷ Desarrollo con amplitud esta idea en *Entre eufemismo y demo-a-cracia*, cit. VI, 2.

declaraciones de derechos.

Se incurre, además, en una extraña paradoja al mencionar en las declaraciones de derechos la igualdad; pero no la Justicia. Pues aun cuando, a veces, quiera cifrarse la Justicia en la igualdad, es fácilmente demostrable que ambas nociones no son idénticas.

En efecto, demos en suponer que lo fueran. Entonces, si la igualdad se confunde con la Justicia y ésta es el máximo valor del Derecho, ¿con qué fundamento podríamos establecer las preferencias adjudicativas que permiten sentenciar los pleitos? ¡Entre dos o más partes en absoluta relación de igualdad, con pretensiones encontradas sobre una misma cosa, no habría otra regla distributiva válida sino la que ordenara dividir o sortear aquélla entre 2 o n partes! ¡Pero ninguno de tales criterios resultaría conforme con el fin jurídico ⁽¹⁸⁾ esencial!

Llamado necesariamente el Derecho a dirimir las pugnas interhumanas, gracias a cierta prelación de títulos establecida de antemano, no puede darse la igualdad de otro modo que como no-acepción inicial de personas. En cambio, cada relación preferencial; es decir, cada disparidad, ha de ser función de Justicia. De ahí, que esa vaga proclamación igualitarista no pueda sonar sino a hueca demagogia.

8. “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

De nuevo, la redacción del precepto deja bastante que desear. Al hablar de un “recurso”, la DUDH hace a los derechos fundamentales de peor condición que los otros. La Declaración debería decir algo como esto: “Los Estados firmantes de la Declaración se obligan a que sus respectivas legislaciones permitan la defensa de los derechos fundamentales proclamados en ella mediante cualquiera de los procedimientos que protegen los demás derechos, a elegir por la parte agraviada, según las circunstancias. Pero, además, si la sentencia de los jueces y tribunales ordinarios fuere denegatoria, se dará siempre contra ella un recurso especial de amparo, ante una Sala de Revisión, compuesta de cinco magistrados, dos de los cuales serán designados por el recurrente, los otros dos por la representación corporativa del Poder judicial y el quinto, con funciones presidenciales, por los otro cuatro”.

En esta forma el recurso sería *efectivo*, mientras que actualmente no lo es en la mayoría de los países. ¿Qué efectividad pueden tener los recursos, de amparo ante un Tribunal como el Constitucional español, en el que doce magistrados deben resolver, no sólo *todos* ellos, sino también las cuestiones de inconstitucionalidad y los conflictos de competencias políticas, que por su misma índole habrán de tramitarse con preferencia?.

Los resultados están a la vista. Como escribe Alcalá Zamora: “Violaciones de derechos humanos no faltan, por desgracia, en el mundo, y, por ejemplo, Kutner recuerda que en el decenio (*rectius, oncenio*) 1º de enero de 1947 al 31 de diciembre de 1957, sobre un total de 65. 000 comunicaciones dirigidas a las Naciones Unidas, 63.700 se referían a conculcaciones de derechos humanos. Más concretamente; desde 1953 a 19 de julio de 1968, ante la Comisión Europea se han promovido 7 demandas estatales y 3.720 individuales. De las primeras, ni una sola ha pasado a la Corte. De las segundas, únicamente 115 han desembocado en un resultado, y de ellas, sólo en doce (en rigor, en siete, porque las seis lingüísticas belgas se acumularon en una ha sido llamada a intervenir la Corte.”

“Muy significativos también son los “datos acerca de la jurisprudencia de la Comisión durante

¹⁸ Vid. sobre esto LOIS: *Nueva Versión sobre el Derecho*, Santiago, 1977, 34 ss.

los años 1955 a 1957 “ sobre un total de 302 demandas, únicamente de diez se dio traslado al país acusado, en tanto que de las 292 restantes, 274 fueron rechazadas de plano, 15 tachadas de la lista y 3 estaban sujetas a un complemento de instrucción.

“De los datos precedentes se extraen dos elocuentes deducciones: a) La de la escasísima o nula simpatía de los Estados (léase Gobiernos) por la nueva jurisdicción... y b) la de la poda feroz efectuada por la Comisión, puesto que aún reputando estimatorias (y no lo fueron todas ni mucho menos) las 115 a que dio curso, no llegan al 3%, frente al 75% (de las que prosperan en asuntos civiles, ante la jurisdicción ordinaria)”. (19)

Otro tanto cabría decir de las actuaciones del Tribunal Constitucional español. Los “recursos de amparo” son en él filtrados de tal modo que sólo una pequeñísima fracción salva sus aduanas. “... La primera purga la efectúa ese malhadado plazo de caducidad (art. 8 Ley 26 XII 78; arts. 42, 43,2; 44,2; 45,2 LOTC). La segunda corre a cargo de un triple dispositivo coordinado a) El precautorio art. 50,2 LOTC, oportunamente convertido en válvula reguladora volumétrica de admisibles recursos; b) la intervención del Ministerio Fiscal, en impropia función de abogado del diablo antirecurrentes; y c) el dictamen previo de los Letrados del Tribunal, como último elemento filtrante”. (20)

Con la mayoría absoluta socialista en las Cortes y el poder desmedido inherente, proliferaron tanto los recursos de amparo que la serie de filtros anteriores no pudo impedir que la inundación anegase al Tribunal por completo. El Legislador hubo de acudir en su ayuda para cohonestar un expurgo sin adecuada *cognitio*: Basta ya “legalmente” con que los magistrados de una Sección, por asenso unánime, no vean con buenos ojos un recurso para quitárselo de delante sin necesidad de mayores justificaciones. En la práctica, es lógico inferir que algún Letrado del Tribunal funda el auto de inadmisibilidad y los magistrados se limitan a firmarlo. Porque, si ellos hubieran de estudiar la cuestión para pronunciarse, ¿qué saldrían ganando con el inventillo? ¿O debe permitírseles despachar ciertos asuntos con un examen superficial mientras dedican a otros más detenido estudio? ¿Y no hay aquí ocasión propicia para establecer discriminaciones entre los recurrentes con padrinos y los huérfanos de todo valimiento?

9. Los tres artículos, siguientes tienden a formular las garantías de *inmunidad personal* y del *debido proceso*. Sin entrar en detalles ahora sobre cada una de tales normas, parece importante comentar algunas aserciones del art. 10. Dice: “Toda persona tiene derecho, *en condiciones de plena igualdad*, a ser oída públicamente y *con justicia* por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La primera cuestión que cabe plantear tras la lectura del precepto es qué significa “con justicia”. La segunda, si le basta a uno *ser oído* o si tiene también derecho a una resolución congruente y argumentada con solidez. La tercera, si se actúa en condiciones de *plena igualdad* en los procedimientos administrativos o contencioso-administrativos; si los tribunales de esta clase son independientes e imparciales y si pueden, o no, por mediatizaciones de cualquier género o amaños procesales, resolver con esa “justicia” incógnita que se le promete. Porque ¿podrá negarse que los (llamados) procedimientos administrativos determinen derechos y obligaciones?.

Nadie negará el “derecho a la sentencia” en los procesos judiciales. Pero ¿no existirá derecho similar en los procedimientos administrativos? ¿Cómo, entonces, cabrá tolerar la resolución *por silencio*? ¿No equivale simple y llanamente a una “denegación de justicia”? Si no cabe hacer

¹⁹ ALCALÁ ZAMORA: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, 1975, 67 ss.

²⁰ LOIS: *La protección interdictal de los derechos fundamentales*, en *La Ley*, n° 499, 7-IX-82, pág. 5.

acepción de personas, si un mismo texto legal no puede tener *dobles lecturas*, según quien sea la parte, ¿cómo en el mismo supuesto fáctico se dicta en un caso resolución expresa, cuya motivación facilita el recurso, y en otro se da la callada por respuesta?

La segunda, propone, a la par, una cuestión *de hecho* y otra de derecho. De hecho, la estadística demuestra, (¡en nuestra Patria, por lo menos!) que en los procedimientos administrativos las partes distan mucho de hallarse en condiciones de plena igualdad, lo que hace cuestionable, de paso, la independencia e imparcialidad de los tribunales administrativos. De derecho, porque los privilegios de la administración no son preferencias adjudicativas establecidas en abstracto, por normas ciegas a la calidad de los sujetos, sino todo lo contrario: son normas con un destinatario concreto, preidentificado y favorecido por ser quien es (*quia nominor Leo*). Y así, sea cualquiera la definición que uno preconice para el concepto, está claro que ya no será posible, la audiencia y resolución *con verdadera justicia*.

10. El art. 12 -paralelo al octavo- consigna una colección de inmunidades: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Hay ahora, asimismo, peligrosos equívocos. Si sólo se prohíben las injerencias *arbitrarias*, parece indispensable decir cuáles lo son o cuáles no lo son. Pues es obvio que, ante semejante precepto -y aún sin él, para guardar las formas- el poder público no se propasará sin disfraces. Tampoco la locución “vida privada” se ofrece tan inequívoca como para hacer innecesaria la definición. El término “correspondencia” resulta, además, estrecho en demasía. El art. 18,3 CE acierta, en este punto, con la corrección adecuada para esclarecer la intención significativa de la norma internacional.

11. Los dos artículos siguientes se refieren al *ius peregrinandi*, al *ius societatis et conunicationis*, que invocaba Vitoria. El 13 consagra, no sin alguna impropiedad, la libertad de movimientos:

1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.”

2. “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Art. 14. 1. “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Prescindamos de las monótonas e innecesarias repeticiones de los sujetos oracionales: ¿Qué significa “circular libremente”? ¿Por qué se confina el derecho a elegir residencia “al territorio de un Estado”? ¿Quiere expresarse así que este derecho -o todos los derechos- sólo se dan en el Estado o frente al Estado? ¿Es intencionada la limitación ante la frase más general del art. 6 (“en todas partes”)?

¿Cómo -y a cuenta de quién- se harán efectivos los derechos de emigración y retorno? Si son muchos los que pretenden abandonar un país ¿sigue subsistente el derecho de cada uno a marcharse aun cuando, procediendo así, contribuyan a mermar la renta *per capita* de la población residente?

El derecho de asilo no es más que un caso particular -sin verdadera autonomía- del *ius*

peregrinandi. Pues si -puede cualquiera fijar su residencia en cualquier Estado ¿qué necesidad hay de repetir que eso reza también para quien sufre persecución injusta?. Lo que importaba, en realidad, era determinar hasta dónde se extendía y en qué casos cesaba el libre desplazamiento y la emigración e inmigración. Cuándo -si alguna vez- un país podía restringir los movimientos migratorios y a quiénes no estaba obligado a permitir la entrada o la salida.

12. El art. 15, tras la proclamación aparente de un derecho fundamental, está negando, en el fondo, otro más importante, en el que radica la verdadera esencia de la libertad individual.

En efecto: Como quien pasa sobre ascuas, se afirma -en forma casi críptica, por lo escueta- el derecho a “una nacionalidad”, de que no cabe ser privado arbitrariamente; y a “cambiar de nacionalidad”. Pero se deja en la penumbra el estado intermedio: el de quien ha perdido su nacionalidad sin haber adquirido otra nueva (apátrida) y, sobre todo, se silencia o se cierra el camino a la posibilidad de mayor trascendencia y consecuencias: al derecho al *repudio político*; es decir, a negarse a la incardinación *en cualquier Estado* ⁽²¹⁾. Más adelante hablaremos con mayor detalle sobre este asunto. Pero por el momento sólo ponderaremos la contradicción que late entre las implicaciones del precepto y lo dispuesto en el art. 20,2, según el cual la pertenencia a una asociación no podrá ser obligatoria. ¿Sí, en cambio, a esta o aquella “sociedad” o “comunidad” o a un “Estado”? ¿Por qué la diferencia? Si no hay forma, de convivencia que no tenga un origen histórico y voluntario, ¿por qué el libre consentimiento de los antepasados se convierte en el obligado sometimiento actual? Pese a la tan alardeada igualdad consubstancial al hombre, ¿tenemos que ser nosotros de peor condición que ellos?

13. El art. 16 peca igualmente de la misma peligrosa vaguedad: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. “

Quedan, así, por aclarar muchas cosas. El plural indiferenciado de los conjuntos que forman el sujeto de la oración no permite saber si se habla de matrimonio monogámico, poligámico o poliándrico ni aun siquiera si es posible, o no, el homosexual. Tampoco resulta con claridad si las restricciones inadmisibles para el matrimonio son sólo las que obedecen a motivos de raza, nacionalidad o religión o si la enumeración es meramente ejemplificativa y no pretende establecer un número cerrado de causas. ¿Únicamente el no haber llegado a la edad “núbil” es lícito impedimento del matrimonio?

El párrafo 2 del mismo art. tiene también lo suyo de volátil: “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”. Los calificativos “libre” y “pleno” se escriben y pronuncian sin ninguna dificultad, lo mismo que el sustantivo “consentimiento”. Pero dilucidar jurídicamente si ha existido, o no, si es auténtico y suficiente una vez que se plantea el problema de: una posible divergencia entre la voluntad interna y sus manifestaciones exteriores, más que prueba diabólica, supera incluso el poder de las potencias infernales. ¿De los *futuros* esposos? El adjetivo es poco afortunado. Hace pensar que ese consentimiento libre y pleno debe preceder a la celebración del matrimonio. Se induce así la falsa representación de que la unión matrimonial es algo diferente al consentimiento de los cónyuges: una especie de relación jurídica que debemos a la munificencia estatal o paraestatal. La verdad es, precisamente, la contraria: El Estado -y toda sociedad- se debe a la existencia prejurídica del matrimonio. Por tanto, la familia, como condición inexcusable de todos: los demás fenómenos sociales, no puede, sin rechinante anacronismo, explicarse por remisión a ellos. El matrimonio, como una forma particular de relación intersexual, coexiste y ha coexistido

²¹ *vid. LOIS: Una justa distribución del poder, en RAZÓN ESPAÑOLA, 6, Agosto 1884, 151 ss.*

siempre con todas las otras, aunque perfectamente diferenciada por su propia *ratio*.

“La familia -nos dice el párrafo 3- es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Mal que nos pese, seguimos envueltos en la bruma. ¿Qué se entiende aquí, por “familia”? El contexto parece sugerir alguna conexión entre familia y matrimonio; pero la indefinición de ambos términos, no permite interpretarlos con seguridad.

Reflexionemos ahora sobre la protección a que, según se dice tiene derecho la familia: ¿Qué alcance habrá que darle? ¿Cabe un derecho donde no exista un deber correlativo exigible? ¿Cómo sería posible ejercitar cualquier derecho contra toda la sociedad?. El Estado -mejor dicho, los gobernantes- podrían, sí, comprometerse a proteger a la familia; pero ¿quién garantizaría la efectividad de semejante- protección? ¿A qué precio se dispensaría? A menudo, la tutela estatal sirve de pretexto a intromisiones más nocivas que útiles. ¡Nunca debe olvidarse a este respecto que la economía pública es una economía parasitaria de la familia!. ¡Para dar algo a la familia tiene el Gobierno que detraerlo previamente de las familias! El problema consistirá, pues, en indagar si los gravámenes impuestos a la mayoría de las familias pueden justificarse por el beneficio que habrán de recibir unas pocas, más todos los riesgos inherentes al incremento del intervencionismo político, con sus probables abusos de poder. Porque el balance de resultados es tan dudoso que uno puede legítimamente demandarse si no sería preferible para las familias que los Gobiernos, en vez de “protegerlas”, las dejaran en paz.

14. El art. 17 prescribe con desconcertante laconismo:

1. “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.”
2. “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

Basta comparar este precepto con los correspondientes de la Declaración francesa para percibir el cambio profundísimo que se ha operado en la concepción de la propiedad. Podríamos resumirlo, remedando a Góngora, con los versos de su letrilla:

*”Aprended, dueños, en mí
lo que va de ayer a hoy,
que ayer maravilla fui
y ya ni mi sombra soy.”*

En la Declaración francesa la propiedad sobre los bienes era un derecho presupuesto e inviolable: Tenía que existir... y se protegía. En la DUDH el derecho es a la propiedad... para posibilitar que se tenga. Y la privación de la propiedad prohibida es la que se hace *arbitrariamente*; pero vaya uno a saber qué se dice así. Para percatarse del equivoco, propongamos otra lectura para: el art. 14, 2: “Cualquiera podrá ser privado de su propiedad con causa justificada”. ¿No son equivalentes ambas formulaciones? Pues la conclusión habría de resultar desoladora: ¡La DUDH parece autorizar la confiscación!

15. El art. 18 concierne a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, aunque aparentemente confunda el fuero interno y el externo, es obvio que sólo en el último puede tener algún sentido. El pensamiento y la conciencia son incoercibles y huelga predicar de los mismos la libertad. Es su exteriorización lo que pueden prohibirnos, ya que cabe cohibirla y represaliarla. Cuanto a la libertad en materia de religión, conviene observar que la Declaración Universal se dirige a los Estados, no a las Religiones o Iglesias. El moderno Estado laico parte de la suposición de que las creencias religiosas ni le van ni le vienen y por eso se muestra indiferente

ante los cambios de religión y ante la religión o la irreligiosidad. Ninguna Religión, sin embargo, comparte este criterio y como hay otros disuasivos e incentivos que los del Estado, la libertad religiosa en un medio social de fuertes creencias acaba en un mito político más.

16. El art. 19, en la misma línea que el precedente, afirma:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Seguimos en plena fantasmagoría demagógica. La libertad de opinión y expresión es nada sin medios y resulta, por ello, distribuida con la más absoluta desigualdad. Para ese “individuo” en el anonimato vale muy poco más de cero; para quienes cuentan con los instrumentos de difusión e información adquiere considerable magnitud. La prensa, las editoriales, la radio, la televisión son oligopolios... Lo que las declaraciones de derechos dicen de la libertad de opinión y expresión podría decirlo yo, con idéntico fundamento, de los viajes espaciales: “Todos tienen derecho a participar en los vuelos interplanetarios y transtelares”. Pero ¿qué derecho es ése, condenado a la impracticabilidad?

17. Menciona luego la DUDH -art. 20- el “derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas”, para enunciar después, a continuación, también con su intencionada ambigüedad, el derecho a participar en la vida pública. Como sobre este asunto haremos luego especial hincapié, conviene transcribir literalmente el artículo.

21. 1. “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.”

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Son muchos los comentarios que suscita este precepto. Por excepción, los aplazaremos para tratar, conjunta- y paralelamente a él, análogas disposiciones de la Constitución española.

18. Los siguientes artículos de la DUDH (22, 23, 24 y 25) consignan los llamados derechos económico-sociales, a saber: derecho a la seguridad social, al trabajo, al descanso y a un nivel de vida digno. El art. 26 recoge el derecho a la educación; el 27 el derecho a la participación cultural; el 28 el “derecho -redundante y propicio al escepticismo- a que se establezca un orden social internacional en el que se hagan plenamente efectivos los derechos y libertades proclamados”. El 29 afirma los deberes del individuo respecto a la comunidad, justificados -con evidente pobreza argumentativa- aseverando que “sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” (nº1). El nº2 sirve de diafragma regulador para permitir a los Estados (tal vez para “estimular” su ratificación del texto) modular con sus propias leyes la extensión que -consientan a los derechos fundamentales. ¿Es el cheque en blanco al portador para que ningún Gobierno pueda recelar de las que parecerían limitaciones a su arbitrio? El art. 29, 2, para despejar incógnitas, advierte: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas (¡póngase atención al paradójico adjetivo!) exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.” (Sin más que semejante

prescripción es evidente que ni siquiera Hitler se sentiría incómodo, siendo él, democráticamente, la ley en su Alemania y el intérprete indiscutido e indiscutible del orden público y del bienestar general en su país).

Finalmente, el art. 30, cándidamente ingenuo, concluye:

“Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

Sería poner en duda la sagacidad de los lectores si quisiera insistir en que “interpretar” y “explicitar *por ley* esas limitaciones” del art. 29 no puede tomarse por intento de suprimir los derechos fundamentales, sino de procurar deslindarlos. ¿Es, pues, algo más que retórica la DUDH?.

c) Los derechos fundamentales en la CE.

A) Examen global.

La CE hace nominalmente suya la DUDH en su art. 10, 2, al asegurarnos que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Digo “nominalmente”, porque si la DUDH hubiera de recibirse como una auténtica y sincera superlegalidad, no sólo “las normas relativas a los “derechos y libertades fundamentales”, sino todas, absolutamente todas las normas jurídico-positivas del país, deberían interpretarse y aplicarse de conformidad con ella. Pues como hemos visto, en el “Considerando” 69 del Preámbulo, “los Estados Miembros se han comprometido a asegurar... *el respeto universal y efectivo* a los derechos y libertades fundamentales”. Lo cual quiere decir que sus sendas legislaciones positivas no contendrán prescripción alguna que los vulnere. Consiguientemente todos los intérpretes *oficiales* de nuestro Derecho, sean órganos administrativos o judiciales, tendrían que venir obligados a supeditar sus juicios exegéticos a las pautas de la Declaración Universal.

La propia CE no es fiel tampoco, en su misma estructura, a este principio. La DUDH no hace diferencias entre unos y otros derechos fundamentales: Todos ellos son acreedores al mismo respeto y efectividad. Y -art. 2, 1 DUDH- “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados”..., “sin distinción alguna” de ninguna clase... La CE, en cambio, sólo atribuye realmente rango de derechos fundamentales (art. 53, 2) a los “reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo”. Y si bien el art. 53, 1 trata de seducirnos insinuando que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, tal creencia se desvanece al comprobar que la tutela contra las disposiciones lesivas de tales derechos y libertades habrá de encomendarse, a través de un recurso de inconstitucionalidad, a personas tan contadas, ocupadas y preocupadas en otros asuntos, como “el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados o Senadores y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas” ¡art. 161, 1, a)! ¿Por otra parte, ¿son acaso dichas personas y organismos expertos en derechos fundamentales para dispensarles protección eficaz? Se apresurarán, sí, a defender

la incolumidad de sus poderes e intereses; pero, como demuestra la experiencia, no les producirá insomnio que cualquier desconocido se vea despojado de alguno (o muchos) de tales derechos.

A pesar de “haberse constituido España -según CE, art. 1 en un Estado de Derecho” y a pesar de esa presunta sumisión de todos los ciudadanos y poderes públicos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (9,1), nuestros funcionarios aplican aún, por supuesta obligación, los reglamentos inconstitucionales, no, en cambio, los ilegales. Es decir, pueden pronunciarse sobre la ilegalidad de un reglamento; pero no sobre su inconstitucionalidad. Tamaño absurdo sólo puede explicarse en el despotismo, donde es ciega la obediencia al superior y al funcionario no se le permite que razone: debe ser un autómatas. Tienen, pues, plena fuerza de convicción los argumentos de García de Enterría, cuando escribe: “El deber de observancia de la Ley y de correlativa inaplicación del Reglamento que la infringe alcanza también -es forzoso repetirlo frente a las creencias habituales- a los mismos funcionarios administrativos. Los funcionarios no están vinculados a los Reglamentos como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino en cuanto que dichos Reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No están, pues, obligados a aplicar los Reglamentos ilegales en todo caso, porque ello supondría reconocer en los Reglamentos un deber de observancia superior al de la Ley. No hay dos ordenamientos jurídicos: uno, el que afecta a los ciudadanos y sancionan los jueces, en que estaría presente el principio de superioridad de la Ley; otro, el que administran los funcionarios, en que esa superioridad no entraría en juego. Es obvio que el ordenamiento no puede ser más que uno y el mismo, y, por tanto, cuanto hemos dicho de los jueces y de los particulares es sin más aplicable a los funcionarios en cuanto a la reacción frente al Reglamento ilegal”.

No resulta convincente, por el contrario, cuando afirma, desdiciendo, en gran parte, su anterior doctrina: “Pero ocurre que éste (el Reglamento) suele ser sostenido como plenamente legal y aplicable por la Administración de que el funcionario forma parte. Si este criterio le fuese impuesto al funcionario por una orden jerárquica concreta (o general): una Circular de servicio que así lo determine que imponga como necesaria la aplicación del Reglamento), el funcionario estaría obligado a obedecer dicha orden, una vez constatadas sus condiciones externas de validez, sin poder entrar a verificar su legalidad substancial o de fondo; pero ello será como consecuencia de ese principio organizativo jerárquico que se superpone a su vinculación genérica al ordenamiento jurídico para integrarle como miembro activo de una organización...”⁽²²⁾.

García de Enterría concede así excesivo alcance al deber de obediencia. Ciertamente que el funcionario no puede parapetarse en una mera opinión personal para inaplicar un Reglamento “sospechoso” de ilegalidad. Pero hay ocasiones en que no se trata de simples sospechas o creencias del funcionario, sino de consensos doctrinales o decisiones de la Jurisprudencia. En otras, puede ser evidente la ilegalidad de un precepto y estar absolutamente convencido de la misma el funcionario. La norma reglamentaria ilegal causa serios quebrantos a particulares. ¿Por obediencia *indebida* habrá aún de aplicarse? ¿Hay una Circular que ratifica -pero no convalida- ese ilegítimo comportamiento? ¿Pero es que puede apuntalar un Reglamento un acto o una declaración administrativa -que no es otra cosa la verdadera Circular- que no tiene la categoría de fuente jurídica y que, para colmo, es de rango inferior al propio Reglamento? Una “orden de la Superioridad” -como se llama en la jerga administrativa aunque se formule por escrito, no pasa de ser igualmente la opinión de otro funcionario. Estamos, pues, ante dos opiniones encontradas: una que se atiene a la Ley; otra que quiere sobreponerle el reglamento. En rigor, hay ahí dos relaciones jerárquicas conflictivas: funcionario inferior más Ley y funcionario

²² GARCÍA DE ENTERRÍA: *En Curso de Derecho Administrativo, en colaboración con FERNANDEZ, Tomás-Ramón, I, Madrid, 1977, 139 s.*

superior más reglamento. Objetivamente, no se nos ofrece ni la mínima posibilidad de dudar, puesto que el funcionario superior se apoya en una norma nula. Subjetivamente, al funcionario inferior, obligado a *motivar* las resoluciones que limiten derechos subjetivos, siempre le cabrá, razonando las demás reglamentarias, aplicar al caso el precepto legal contravenido o defraudado. Pues quien actúa discriminando derechos -en función que es materialmente jurisdiccional, aunque no lo sea formalmente o tiene que conservar su libertad de enjuiciar dentro de la ley y a ciencia y conciencia. Lo que la nueva LOPJ dispone en su art. 6º es lo acertado y puede y debe extenderse *por analogía* (CC -4,1) a las resoluciones administrativas, pues su *ratio* es idéntica. Diríamos así: “Los funcionarios administrativos que hayan de dictar resoluciones declarativas de derechos no aplicarán los reglamentos o “cualquier otra disposición contrarios, a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”.

También es correcta la doctrina del art. 5º, 1; pero no la del art. 5º, 2. Mantenerla supone negar la independencia judicial, al entrometer intermediarios subordinantes entre los jueces, y el Ordenamiento jurídico; y hacer, de la Constitución, no la norma, suprema, sino poco más que una declaración programática cuya, efectividad quede al albur de una doble chiripa la de que el Juez o Tribunal quiera echar sobre su exceso de trabajo una cuestión de inconstitucionalidad en la que no es perito; y la de que un Tribunal Constitucional, desbordado: preste, suficiente atención al que podría ser a de, generalizarse él precedente, un peligroso asunto. (Porque, claro, ¡las cuestiones de inconstitucionalidad, no se desechan con la misma facilidad que los recursos de amparo!).

A la Constitución le rinden, *eufemísticamente* los políticos un culto público supersticioso, como, si fuera un fetiche, aunque después, a la hora de la verdad o de tomarla en serio, la hipocresía de la ceremonia litúrgica no puede ocultarse. Se la invoca como “Carta. Magna”, “norma de normas”, “Supernorma” y otras lindezas, por el estilo, mas después, pese a tanto incienso, lo único que realmente, se procura es que no estorbe a los que mandan. Veámoslo con algunos, ejemplos irrecusables.

Su art. 9,3 está, concebido, en los siguientes términos: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Este “aval”, desgraciadamente, se ha prestado, al parecer, desde una situación de insolvencia. El art. 53 CE, -uno no sabría decir si adrede o por acaso-, ha transferido el 9º a una región transuránica: Cuando alguien se permite invocarlo ante el Tribunal Constitucional, éste replica con sabiduría sobrehumana que el art. 9 de 1a CE, por lo dispuesto, en el 53,2, no puede servir de base a recursos de amparo. Con lo cual es obvio que “vincula”, sin ninguna efectividad, “a todos los poderes públicos”. Y vincular sin ninguna efectividad, es la mejor forma de no vincular en absoluto. Así que, según la tan sapientísima jurisprudencia del tan. despabilante Tribunal, el art. 9 es como si viniera precedido de un no críptico, de suerte que donde dice “la Constitución garantiza...”, quiere decir “la. Constitución *no* garantiza...” todas esas cosas tan alarmantes, peligrosas e imprudentemente aludidas como el principio de legalidad, la jerarquía, e irretroactividad normativas, la seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos y la interdicción de la arbitrariedad... nada menos. ¿Adónde iríamos a parar si semejantes requilorios tuvieran efecto?

¡Con exegesis tan “progresivas” como ésta no tardarán mucho los españoles en advertirse de que la Constitución no merece crédito mayor que las promesas electorales de los políticos!

β) Balance de nuestra Declaración de derechos.

I. El verdadero alcance de la “igualdad ante la ley”.

El art. 10,1 no pasando de proclamación retórica, no compromete a nada: es una nueva recaída en “preámbulos”.

Respecto a los derechos y libertades, la CE entra en materia en el art. 14, que habla también de “igualdad ante la ley” “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

¿Qué valor tiene, a la hora de la verdad, esta manifestación, tan rotunda como parece?. ¡Poco más que nulo! En primer lugar, como he dicho en otra ocasión, todos, hombres, animales y cosas somos iguales ante la ley, como somos iguales ante los gnomos, los elfos y las hadas.

Ser iguales *ante la ley*, contenta a quienes se paguen de palabras, pero no impide que existan las mayores discriminaciones. Así, por ejemplo: El *poder* es, sin duda, una circunstancia personal y social”; pero crea distinciones “legales” para introducir desigualdades harto patentes. Los monarcas, e incluso su familia; los jefes de gobierno y la suya; los ministros; los diputados y senadores, los jueces y magistrados disfrutaban de privilegios evidentes: ¿Siguen siendo iguales ante la ley con respecto al hombre de la calle? ¡Seguramente tan iguales como para tener una ley especial para ellos!. O sea, ¡vivimos aquí exactamente lo contrario a lo que la democracia griega interpretaba como *isonomía*!

Pero hagamos gracia, incluso, de la igualdad ante la ley: ¿Se nos daría algo con ella?. ¡La ley es apenas un símbolo, una mención significativa flotante, ambigua, incapaz de hacer nada por sí misma! ¿Para que podría servirnos la igualdad ante la ley? ¡Lo importante de veras sería la *igualdad ante los funcionarios públicos* y muy en especial ante los Jueces y Tribunales y ante el propio T. C. ! ¿Y qué Constitución o Declaración de derechos ha tenido el coraje de proclamarnos iguales ante los funcionarios públicos? ¿Y por qué no, estando ahí la esencia de la igualdad? ¡La respuesta es obvia: Porque cosa semejante ni los más lerdos se la creerían!

No quisiera ignorar la “posible objeción que me formularán algunos: ¿A quién se le prohíbe hacer discriminaciones? ¿No es precisamente a los funcionarios?. ¡Por favor, no se deje engañar Vd. por deslumbradores eufemismos! ¿Qué significa que no pueda prevalecer discriminación alguna de las reseñadas? ¡Simplemente que no conste que las resoluciones jurídicas se fundan en ellas, aunque como *motivaciones latentes* la inspiren de hecho! ¡Un funcionario podrá en la práctica hacer todas esas discriminaciones y muchas otras, con tal que en su resolución no lo diga!

¿Trasluzco, acaso, exagerado pesimismo respecto a la honradez de los funcionarios? Ni mi propia experiencia me permite mostrarme optimista, ni resulta prudente serlo cuando se trata, previniendo injusticias, de evitar posibles abusos del poder burocrático. ¡Para cerrar el paso a los vicios es preciso conocer muy bien su genealogía! ¡Veamos, pues, los problemas que ofrece la lucha contra la acepción de personas!

***) La probatio diabólica de la discriminación.**

El funcionario público puede aceptar personas a mansalva, porque su inocencia se presumirá; pero, en cambio, la existencia del tratamiento desigual, disimulado siempre, tendrá que superar una carga probatoria erizada de enormes riesgos y dificultades.

¿Cómo cabe acreditar que se ha sufrido discriminación?. La respuesta, teóricamente, dista de ser ardua. Ya nos fue anticipada por Aristóteles: “Cuando dos personas, pese a estar en situaciones iguales, reciben un trato disímil”. Más concretamente: *Cuando hallándose comprendidas en idéntico supuesto fáctico normativo, no se les aplica la misma consecuencia jurídica.*

En la vida real, las cosas, sin embargo, se resisten a los esquemas previos. Las normas jurídicas, por simples que parezcan, están llenas de clasificaciones y de recovecos y por esa maraña de intersticios y anfractuosidades cualquier desigualdad se camufla serpenteando. Imaginemos que un caso, enteramente similar al suyo acaba de ser resuelto por un órgano administrativo o judicial. ¿Puede Vd., ya sin más, esperar tranquilo una resolución favorable?. ¡Lo siento, pero debo decirle que no se haga demasiadas ilusiones!. Si la resolución proviene de un funcionario judicial, el precedente ajeno no le vincula, porque los jueces son independientes y no están sometidos sino a la ley. ¡La particular interpretación de uno no puede obligar a ningún otro! ¿Y si el precedente ha sido sentado por el propio juez? ¿No le obligará tampoco? Supongamos que no lo respeta. ¿Le cabrá ejercitar a Vd. el recurso de amparo? ¡Ejercitarlo, sí, dentro de los estrechos límites que ha fijado al mismo la LOTC! Pero ¿prosperará? ¿Quién lo sabe? El T. C. podrá, decirle a Vd. que los Tribunales tienen derecho a decidir en conciencia y a discrepar de sus propias sentencias cuando se han convencido de que la doctrina en que se basaban era errónea.

Frente a esto, no ha de olvidarse que nuestra Constitución “propugna como, valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. ¿Qué consecuencias debe entrañar tal declaración? ¿Qué significa que ciertos valores sean, superiores a otros? Parece claro que la superioridad implique un criterio preferencial que si se da un conflicto entre dos valores el de rango superior no haya de ser supeditado al otro.

Pues bien, atengámonos a esta regla: La independencia judicial, no habiendo sido realizada por la Constitución rango de valor superior del ordenamiento, debe ceder ante la igualdad y no servir de pretexto para conculcarla. Más aún: La independencia judicial se distorsiona cuando se quiere convertir en una especie de libre examen en la interpretación normativa. El Derecho está cerrado a la arbitrariedad; y por eso la independencia judicial no puede oficiar como patente de corso para que un Tribunal cualquiera haga mangas y capirotos de la verdad jurídica. La independencia de los jueces es de naturaleza idéntica a la libertad individual: Tampoco se concibe extralimitándose respecto a las normas que la ciñen. Independencia no puede significar “irresponsabilidad”. Aunque, por desgracia, con la organización judicial que prevalece hoy en España, más se asegura ésta última que la primera.

No es, pues, probable que sus demandas de igualdad tengan buena fortuna ante los Tribunales. ¿Tendrá Vd. mayores esperanzas con las decisiones administrativas? ¡Ni lo sueñe! Con calificar el precedente que Vd. invoca de “irregular” o “ilegal”, ya habrá volatilizado la “Administración” su derecho a la igualdad de trato! Así lo ha decidido el T. C. en “jurisprudencia” desconcertante. Lo lógico hubiera sido restablecer la igualdad imponiendo a la autoridad administrativa la aplicación forzosa de los arts. 109 - 112 de la LPA, y no cargarse la igualdad manteniendo el trato de favor a quien se ha demostrado que no debiera disfrutarlo.

En último término, entre conculcar una disposición de inferior jerarquía o una norma constitucional que consagra derechos fundamentales ¿no deberíamos inclinarnos por el mal menor? Es obvio, entonces, que la “solución” cohonestatoria del T. C. no es otra cosa que una

convalidación de la desigualdad.

Y no crea Vd. que esto es todo. Todavía lo peor permanece latente. Para evidenciarlo, me permitiré transcribir lo expuesto en otra de mis obras:

“Si se quiere comprobar definitivamente el valor eufemístico y mitificante de la tan cacareada *igualdad ante la ley*, conviene llevar hasta su término nuestra indagatoria.

Para no pecar de retórica sofisticaría, dispensemos a la frase engañosa una interpretación que le dé sentido. Supongamos que la no-comprometedora *igualdad ante la ley* apareciera definida en la propia Constitución como *un deber exigible a los funcionarios, **de tratar por igual a todos los españoles que se encuentren en situaciones iguales***. ¿Valdría para algo semejante mandamiento legal? Comprobémoslo ante los hechos. Supongamos que un funcionario nos discrimina a Vd. o a mí. En el Ordenamiento vigente en la actualidad, ¿le ocurrirá, por ello, algún contratiempo disuasivo? La verdad es que no ¡Por eso puede habitualizar sus discriminaciones sin preocuparse! ¡Y Vd., o yo, en cambio, quedaremos irremediabilmente discriminados a perpetuidad!

¿Le parece a Vd. que, llevado de un exagerado pesimismo estoy olvidando la posibilidad, que todos tenemos, de ejercitar recursos para corregir el abuso?

¿Podría replicar a esto que **las pequeñas discriminaciones de todos los días, por más que juntas puedan hacer una vida insoportable, carecen, por separado, de la entidad suficiente para rebasar el umbral de eso que llaman los juristas *mérito para litigar***? Uno no recurre, en ocasiones, porque le acarrea más trastornos el recurso que tragarse la humillación que le ha sido inferida. En otras, porque se percata de la inutilidad de su esfuerzo: **Si quisiera impedir la continuada vejación, tendría que pasarme la vida litigando**. ¿Y con qué probabilidad de triunfar? ¿No se expone a que, no reconociéndole la razón, le inflijan un maltrato suplementario?

No quiero hacer hincapié, de todos modos, en tan desagradables eventualidades. Ilusionémonos con la esperanza de que la probabilidad de la reparación vaya en aumento a medida que uno asciende en la escala jerárquica. Es mucho suponer; pero supongámoslo, sin escatima.

Hemos padecido una intemperancia caciquil discriminatoria pero, ha sido ya presentada, en el organismo administrativo pertinente, nuestra reclamación contra ella. ¿Y ahora, qué? “¡Ármese de paciencia y aguarde confiado (¡sí puede!) a que le hagan justicia!”

O sea: **Las víctimas**, sobre serlo, no tenemos solución mejor que esperar una satisfacción futura... si vivimos para verla... y si se dignan dárnosla, lo cual, por desgracia, no es probable. **Los que no necesitan reclamar, ¿no están, pues, en situación ventajosisima respecto a nosotros?** Entonces, ¿cómo es posible seguir hablando de igualdad? Tal como *arreglan* las cosas hoy las leyes, ¿no queda al capricho de cualquier ocasional dictadorzuelo de despacho* condenarnos a transitoria o definitiva inferioridad cuando le plazca?

¡Y terminaran aquí todos los males! Lamentablemente, el cuadro puede ser todavía muchísimo peor. Imagínese Vd. que, por cualquier causa injustificada -por parecer albino, por torcer la vista, por no caer simpático, por suscitar envidias, por profesar ideas demasiado audaces, etc.- alguien despierta el reconcomio no de uno, sino de numerosos funcionarios, con conspiración o sin ella. Como es lógico, se volcarán las iras de todos contra él. ¿Podrá el art. 14 de la CE liberarle de la avalancha de triquiñuelas relegatorias que lo amenaza? ¿Qué pasará, sobre todo, cuando un partido en el poder coloca a un ciudadano “incómodo” en su *lista negra*? ¿Que no hay *listas negras* en las democracias? ¡Quién me diera poder creerlo! ¡Para mi propio mal, no me permiten los hechos tanto optimismo! ¡Uno no puede menos de hablar desde su personal

experiencia y no le cabe jamás la posibilidad de ignorarla! ...” (23).

**** La desigualdad sistemática consentida.**

Hay en nuestro régimen administrativo ciertas prácticas abusivas, incompatibles con la igualdad. La más frecuente y perniciosa, inadmisiblemente pervivencia del *non liquet* o, si se quiere, de la *denegación de justicia*, es el cómodo expediente de las resoluciones tácitas o por silencio administrativo.

El art. 70, 1 LPA contiene la siguiente disposición: “Toda persona, natural o jurídica, podrá dirigir instancias a las autoridades y Organismos de la Administración del Estado en materia de su competencia, que estarán obligados a resolverlas”.

Por tanto, dada la correlatividad de los derechos subjetivos y de las obligaciones jurídicas. no puede negarse ni el deber de la Administración de resolver las peticiones que se le dirijan ni el derecho de los particulares a que las que formulen se les resuelvan.

El art. 93 de la misma Ley preceptúa cómo han de ser las resoluciones. Especialmente importante es su párrafo 1, que consigna la obligación de decidir “*todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente*”.

Tal doctrina es correcta; y establece el que podríamos llamar derecho al “debido procedimiento administrativo”.

Ahora bien, a continuación de este artículo inserta la LPA los que regulan el “silencio administrativo” (arts. 94 y 95), que son una evidente concesión, hecha de mala gana, a una práctica administrativa inadmisiblemente; pero con ánimo inequívoco de ponerle remedio.

En efecto: para proteger a los particulares contra la omisión por los funcionarios de su deber de resolver, les brinda la posibilidad de considerar el silencio, si así les conviene, equivalente a una resolución tácita, dejándoles expeditas en ese caso las vías de recurso. Si no les conviene recurrir todavía, porque en la situación en que están les favorezca el statu quo, podrán “*esperar la resolución expresa de su petición*”.

Así, pues, al deber incumplido por los funcionarios, de resolver las pretensiones deducidas por los particulares, liga la ley y el derecho, reconocido a éstos, de optar entre configurar el silencio como denegación presunta y recurrir contra ella o, tratando al silencio como tal, esperar a que el funcionario, cumpla, por fin, con su deber de pronunciarse.

Que sólo esta interpretación es la válida lo dejan ver sin ambigüedad alguna los párrafos 2 y 3 del mismo artículo, al disponer:

“2. Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo.

3. En uno y otro caso la denegación presunta *no excluirá el deber* de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente. “

²³ El fragmento reseñado se extrae de *Entre eufemismo y demo-a-cracia*, cit. VI, 2.

¿Qué duda cabe a nadie, tras leer estas disposiciones, de que la LPA quiso acabar con el abuso de las resoluciones tácitas?

Si no lo consiguió, el tanto de culpa hay que achacárselo en toda su integridad a los Tribunales contencioso-administrativos, que en lugar de fiscalizar la legalidad de las actuaciones administrativas, han preferido, discriminando al particular, asumir el papel de cohonestadores de las irregularidades funcionariales.

Esto no sucedería, naturalmente, si los jueces *cohonestantes* pudieran ser acusados de prevaricación ante un jurado popular; pero, el juicio por jurados está, como tantas otras cosas, en la Constitución desde hace más de once años; pero se implantará, si Dios no lo remedia, cuando el próximo eclipse total de Sol sea visible en Santiago en algún 25 de Julio, que coincida en domingo.

Que ante la misma petición o idéntico recurso obtengan unos, en plazo, una resolución expresa, mientras que otros hayan de enfrentarse a una denegación por silencio; constituye una muestra patente de trato desigual, digan lo que quieran los Tribunales cohonestadores.

En efecto; Los supuestos posibles son los siguientes: a) Si procediendo estimar la pretensión, se dicta en un caso resolución expresa favorable y en otro se la deniega por silencio, la desigualdad es irritante, b) Aun si las dos resoluciones (la expresa y la tácita) son denegatorias, la discriminación de quien pecha con la segunda es bien visible. Porque, esté, o no, motivada la resolución, el tenerla presente facilita la reacción del particular contra ella. Pues, infundada, habrá incumplido el art. 43 LPA; endeblemente fundamentada, dará mayores expectativas de viabilidad a la impugnación; si sus razonamientos son convincentes, pueden bastar para evitar el pleito... Luego, en cualquier hipótesis, resultando siempre preferible al silencio, la resolución expresa supone un trato de favor, en tanto que la tácita discrimina.

Si el derecho “constitucional” de petición (art. 29 CE) no tuviera -como tantos otros en ella - un valor informativo nulo, tal vez se hubiera erradicado esa vergonzosa práctica del “silencio administrativo”, aunque si hubiera auténtica igualdad jurídica, no sólo desaparecería ese fenómeno sino, incluso, para mayor justicia y bienestar, la repugnante aberración a que se llama “Derecho” administrativo.

II. El “derecho” a la vida ya la integridad física y moral.

El art. 15 de la CE se expresa en estos términos:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Pasaré por alto la pésima redacción del precepto, que no dice, por deficiencias gramaticales, lo que quiere decir. Tampoco insistiré en los argumentos, expuestos en anterior estudio⁽²⁴⁾, para justificar, la interpretación. que un método científico exige para esa norma capital, clave de la autenticidad y coherencia de cualquier ordenamiento positivo. Pero sí me detendré por algunos instantes a reflexionar sobre la especialísima naturaleza de ese supuesto “derecho” que, frágil y paradójico como es, soporta todos los otros.

²⁴ LOIS: *La inincautabilidad política del Derecho a la vida*, cit., en VERBO, 1985.

¿Cabe hablar, en efecto, con entero rigor, de un *derecho a la vida*? Precisamente, porque *vivir* es la condición de todo derecho, referirse a un “derecho a la vida” peca de incoherencia. Lo que caracteriza esencialmente los derechos subjetivos es su *exigibilidad* por el titular o alguien en su nombre. Donde la exigibilidad sea imposible, el derecho también. En otras palabras: Fenecida la persona, todos sus derechos, como accidentes sin substancia, tienen asimismo que perecer. La vida más que un derecho: es *un hecho*... mientras se da. Un hecho que, por ser el *supuesto* de cualquier derecho subjetivo, es también la *ratio essendi* de todos los ordenamientos. Lo que un sistema jurídico no es capaz de garantizar, pero necesita *presuponer*, no puede debérsele: Valdrá como premisa subyacente a cada una de sus proposiciones. Pues no existe norma que no quede reducida a la nada con la negación de aquella premisa. Reconocer o atribuir derechos es ya presuponer sujetos que puedan tenerlos. Por eso, el respeto a toda vida humana es mucho más que un derecho personal: es el compromiso tácito que contraen las organizaciones políticas. La estadística de sus fracasos en este intento mide no sólo la eficiencia institucional sino incluso si la posible legitimidad originaria se ha conservado o se ha perdido. Un Gobierno que se muestra impotente para garantizar la incolumidad personal, puesto que tras su actuación, lejos de tender a cero, aumenta de año en año la probabilidad de que a un ser humano anónimo le arrebaten la vida; no puede ser ya un Gobierno legítimo (²⁵).

Habla también el art. 15 de un derecho a la “integridad física y moral”; pero de nuevo estamos aquí ante fórmulas demagógicas ininteligibles, que, por definirse *ex post facto*, sólo son artilugios para simular la existencia de un Derecho escrito, en tanto resultan pintiparadas para justificar la acepción de personas y el trato desigual impune.

Es muy posible que al lector, obnubilado por los tópicos, le suenen extrañamente mis afirmaciones. Sobre todo, si desconoce, con sus causas, la lucha prolongada que mantuvo el pueblo ateniense hasta que logró, gracias a Solón, un Derecho escrito. La demanda de un Derecho “preconocido” tenía por objeto impedir que los poderes públicos y los Tribunales hicieran acepción de personas. Dicho de otro modo, se recurrió a la ley para que, describiendo desde la misma por anticipado tanto los hechos como sus consecuencias jurídicas y evitando, con claridad de dicción, interpretaciones extravagantes, las sentencias pudieran resultar previsibles. La ley, el derecho escrito fue concebido, pues, como un instrumento “definitorio” para poner diques a las decisiones arbitrarias.

Hoy, y sobre todo en cuanto a los derechos fundamentales, el poder finge autolimitarse recorriendo idéntico camino... en sentido inverso. Para guardar las apariencias se promulgan normas, pero con terminología escurridiza para que ni los gobernantes ni los jueces sufran restricciones efectivas en su libertad.

Con nociones tan indeterminadas como “integridad física” o, sobre todo, “integridad moral” es obvio que la definición caso a caso permite toda clase de subterfugios. Cortar el pelo, las uñas o afeitar a una persona ¿significará un atentado a su integridad física?. En rigor, sí; pero resulta fácil defender la tesis contraria... con los mismos argumentos con que ha jugado muchas veces nuestro Tribunal Constitucional. Como no hay derechos absolutos, nada más fácil que contraponer otro derecho a ese derecho y pronunciarse por la posición que se quiera favorecer. ¡Es la misma táctica con la que se ha considerado “constitucional” la despenalización del aborto” o la “expropiación” de Rumasa!.

Veamos un par de ejemplos. Un obligado corte de pelo a los reclutas durante el servicio militar ¿conculca, o no, el art. 15 CE?. Como en las antinomias de Kant, nos cabe fundar respuestas contradictorias sin que la Lógica se resienta. Si nos place dar por bueno el “rapado”, argüiremos

²⁵ El fragmento reseñado se extrae de *Entre eufemismo y demo-a-cracia*, cit. VI, 2.

que la medida se justifica por motivos higiénicos, pues el pelo largo puede entrañar peligro para la sanidad pública. Hay aquí dos bienes en conflicto y, puestos en el dilema, parece preferible imponer al derecho a la integridad física un sacrificio mínimo que arriesgar a los propios interesados y a muchos más tras ellos a padecer desagradables enfermedades.

Extraer una muestra de sangre para su análisis hematológico ¿es compatible con el derecho a la integridad física? ¿Cabe imponerlo para determinar si una persona sospechosa de ser portadora de gérmenes debe ser internada, o no, en un centro sanitario de prevención?

¡Otra vez podemos propugnar soluciones contradictorias!.

¿Qué significa esto? ¡Sencillamente que sólo estamos ante una pseudo-norma o, si lo prefieren, ante una proposición falsa, porque ni una norma ni una proposición verdadera pueden albergar casos incompatibles. (26).

Pues si la “integridad física” da lugar a tamañas incertidumbres, imagínense a donde habrá de llevarnos la “integridad moral”, de la que ni siquiera la intuición es posible.

Comparemos ahora el art. 15 CE con el 3 y con el 6 de la DUDH y pregúntenos si resultan coherentes entre sí.

Por lo dispuesto en el art. 10, 2 CE, se nos fuerza a buscar una especie de “armonía preestablecida”. Bajo ese elíptico “todos” de nuestra presunta norma básica habrá que substituir entonces, como sujetos oracionales, primero “los individuos”; pero después, por la sinonimia declarada, “los seres humanos”. Pero si todos los seres humanos tienen “derecho” a la vida, ¿respeto la jurisprudencia del T. C. en tema de aborto ese “derecho” en los *nascituros*? De hecho, permite arrebatarse la vida (¿no sería más exacto decir “asesinar”?) a sabe Dios cuantos millones de seres humanos (¡el número sólo depende de lo que dure el régimen actual!) con la más fría de las impasibilidades y sin más justificación que una pobre argucia leguleyesca. ¡Y acusemos a otros países de no respetar los “derechos humanos”! ¿No sería bien que arrojara la primera piedra quien no hubiera incurrido en la misma culpa?

III. Libertad ideológica, religiosa y de culto.

“16. 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

²⁶ *Partiendo de principios erróneos y contrarios a los principios verdaderos -escribe Aristóteles-, la ignorancia alcanza la conclusión falsa que sostiene”. Últimos analíticos, en Obras filosóficas de Aristóteles (Azcárate) Lógica, III, Madrid, s. f. (probablemente, 1884), 26. Con mayor generalidad cabe decir que dando por verdadera una premisa falsa cualquier proposición puede ser inferida como verdad. Para mostrar con un ejemplo la exactitud del anterior aserto, no soy capaz de sustraerme a la tentación de citar la Introducción de Florencio D. Jaime a la obra de Russell: Nuestro conocimiento del mundo externo, (Velzi), Buenos Aires, 1946, donde cuenta: “Los que conocen personalmente a Bertrand Russell le atribuyen un carácter jovial que le permite” amenizar las reuniones de que participa. Beppo Levy, el ilustre matemático” italiano actualmente radicado entre nosotros, ha divulgado una curiosa anécdota que pinta su temperamento. Según ella; en una oportunidad en que alguien le preguntó, en tono de broma y con no poca ironía, si era capaz de demostrar lógicamente que él era el Papa, basándose en que $2 + 2 = 5$, Russell, lejos de indignarse, habría respondido. “En efecto, si fuera cierto que $2 + 2 = 5$, como también $2 + 2 = 4$, resultaría que $5 = 4$ y, restando 3 de ambos miembros de esta igualdad, que $2 = 1$; pero como el Papa y yo somos dos, el Papa y yo somos uno..” (págs. 12 s.).*

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

Leyendo con atención mínima el párrafo 1 del artículo se advierte inmediatamente que la propia Constitución está dejando las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto confiadas a la discrecionalidad del legislador. Con que la ley defina según su conveniencia ese tan vago *standard* jurídico, apenas asomado tras ese escurrizado “orden público” y lo declare objeto de protección, las libertades consagradas en este artículo tendrán únicamente el alcance que los gobernantes quieran atribuirle. O sea: Aquí no se garantiza otra cosa que la franquicia fiscalizadora del poder. De nuevo ahora la CE olvida su rango de norma *fundamental* y admite soterradamente que pueda enervarla una ley cualquiera.

Los números 2 y 3 del precepto son aún menos afortunados. El 2, por redundante y sin sentido. Abolida la tortura y afirmado el derecho (24,2) “a no declarar contra sí mismo”, ¿quién podrá obligar a nadie a declarar sobre sus convicciones más íntimas? Si uno no quiere contestar a preguntas que le parecen impertinentes o indiscretas, sean de la clase que sean, ¿cómo arrancarle revelaciones sin coacción?. Lo que vendría más a cuento enunciar aquí sería la responsabilidad de los funcionarios o poderes públicos que, de forma directa o indirecta, pretendieran hacer averiguaciones de esta índole.

El párrafo tercero ni brilla por el acierto de sus expresiones ni por su coherencia. Afirma que ninguna “confesión” tendrá “carácter estatal”; pero ¿qué significa esto?. ¿Qué sentido habrá que conferir al adjetivo estatal en este contexto?. La palabra “Estado” es polisémica. Tanto puede significar “pueblo políticamente”organizado”, como “equipo de gobierno” o, incluso, como quería Kelsen, “el sistema' jurídico en su totalidad”. Que el pueblo, por el hecho de organizarse políticamente, deje de ser consecuente con sus convicciones, es un absurdo sociológico. Las creencias religiosas, profesadas con autenticidad, crean hábitos e incluso desde el subconsciente, en el que llegan a arraigarse, mueven a los individuos y a los grupos, mal que reflexivamente les pese. ¿Neutralidad del gobierno ante las diferentes creencias? ¿Ilusoria pretensión si una mayoría considerable es algo más que nominalmente “confesional”!. ¿Qué gobierno se atreve a desafiar firmes convicciones multitudinarias? Si la máxima aspiración de los políticos es conquistar y conservar el poder, ¿arriesgarán sus cargos contrariando la opinión dominante?.

Ni siquiera *de Derecho* se instituye una rigurosa “aconfesionalidad”. Por eso, el propio párrafo tercero se cuida de decirnos que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las *consiguientes* relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. Es decir, leyendo en el fondo, con cada una según su potencial efectividad en cuanto *grupo de presión*.

IV. Libertad y seguridad.

La CE habla reiteradamente de “libertad” y de “libertades”; pero, reduciendo a fragmentos la primera, ignora de facto en qué consiste y la desarticula y permite que se burle en la práctica.

“Toda persona -dice el art. 17, 1- tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

Ante tal aseveración uno se promete la consagración efectiva de ese valor que encabeza

(engañoso y erróneamente) la serie de los que se proclaman “superiores” en nuestro Derecho positivo. Pero no; al seguir leyendo, nos percatamos enseguida de que la libertad se rebaja a su acepción puramente física y aún ésta hasta quedar, primero, al arbitrio del legislador y después, al de los jueces y fiscales. Pues donde la CE dice: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”, está también diciendo igualmente: “Cualquiera puede ser privado de su libertad en los casos y en la forma que, a juicio de fiscales y Jueces, hayan sido previstos en la ley”.

Por tanto, no es de extrañar que, la CE esté muy lejos de haber reducido significativamente los abusos de la “detención preventiva”. Esta no podría durar “más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Es decir, cambia el concepto en que se está detenido; pero la detención “preventiva” puede mantenerse indefinidamente con que la persona encarcelada quede *teóricamente* “a disposición de la autoridad judicial”. ¡Como si con sólo esta medida desaparecieran automáticamente los abusos!.⁽²⁷⁾

Parece ocioso señalar que la detención preventiva conculca manifiestamente la presunción de inocencia; porque las sospechas y los indicios, por muy vehementes que sean, no valen como pruebas mientras no se definan imparcialmente como tales, tras haber concedido al inculpado la oportunidad de refutarlos en juicio público con plenas garantías.

Es un fallo gravísimo de la CE el no haber exigido alguna forma de procedimiento sumario rápido, con sentencia sin valor de cosa juzgada, antes de mantener la prisión preventiva *sine die*.

También el párrafo 3º del art. 17 deja mucho que desear. Donde dice: “Se garantiza la asistencia de abogado al detenido... en los términos que la ley establezca”, lo que, teniendo un valor informativo nulo, convierte un derecho humano básico en un *eventual* derecho subjetivo sin rango supralegal; más bien se debería decir: “Se garantiza a todo detenido, tanto en las diligencias judiciales como en las policiales, la asistencia de un abogado de su elección o de las circunstancias y cualificaciones profesionales que señale”. Pues el presunto delincuente que se enfrenta por primera vez al hecho impresionante de una detención, no suele tener abogado en quien confiar ni sabrá a cuál elegir entre todos los colegiados; pero sí puede no querer ser defendido por un novato.

El párrafo 4 peca de lo mismo. Remitiéndose a ley ulterior desvirtúa la índole del derecho, que pierde con el reenvío su carácter de derecho básico. El plazo máximo permisible de la prisión provisional es no ya de tanta, sino, incluso, de importancia mayor que el de la detención preventiva y debería haber sido fijado constitucionalmente, en lugar de haberse abandonado a la discrecionalidad de la legislación ordinaria.

Todas las anteriores deficiencias, con ser muy graves, no son estadísticamente lo más trascendental. El número de detenidos o en prisión provisional es una cifra exigua respecto a los totales de población. Lo verdaderamente alarmante en la CE -y en otras muchas con ella- es la tremenda indefensión en que se deja la libertad *jurídica*. Pese al aparente derroche de libertades de que hacen gala los gobiernos que se dan a sí mismos la calificación de “democráticos”, se prueba fácilmente que, si uno se toma el trabajo de definirla y, sobre todo, de *medirla*, la comprobación de sus niveles resulta decepcionante.

²⁷ Se parte aquí de la implícita suposición de que los jueces observan siempre un comportamiento irreprochable. Lo cual, naturalmente, es patrocinar la utopía.

Según he argumentado en otras ocasiones ⁽²⁸⁾, la legislación “democrática” es pródiga en permitir que se tomen libertades quienes no respetan la libertad de los demás; pero suele sacrificar a la licencia de pocos la libertad de la mayoría.

Para colmo, los fueros a que realmente rinde culto la demo-a-cracia no son los fueros de los particulares sino los del poder. Puesto que, caso de existir de veras *libertad jurídica*, las normas no podrían exigir a los particulares limitaciones innecesarias para la convivencia. Pero, de hecho, todos los *poderes del Estado imponen a la libertad sacrificios injustificados e injustificables* en beneficio propio o aun de nadie. Veámoslo, a través de algunas situaciones paradigmáticas.

“Tal ocurre, de modo manifiesto, con la norma que, exigiendo la declaración de renta con tan abusiva generalidad, comprende, incluso, a personas que, por tenerla baja, *no están obligadas al pago del impuesto sobre la misma*. Con lo cual, un número considerable de personas, ajenas a la obligación tributaria principal, pechan con una de carácter accesorio *injustificable*. La LGT, por reenvío reglamentario, y los correspondientes arts. de la LIRPF, con inconsecuencia desconcertante, ' tras exonerar del tributo a los perceptores de rentas más bajas e incumpliendo los objetivos políticos de libertad e igualdad (CE art. 9,2), les causan, con una declaración que no son capaces de formular personalmente, un gravamen patrimonial en beneficio exclusivo de particulares. Tras decir, pues, a los económicamente débiles: “Quedáis exentos del impuesto”, el Fisco añade con brutal insensibilidad: “pero debéis costearos una declaración innecesaria para dar trabajó a toda clase de asesores fiscales”. Que quien tiene la obligación *principal* de tributar tenga también la obligación accesorio de declarar, no parece carente de sentido. Que quien no está obligado al impuesto por la exigüidad de su renta haya, empero, de sufrir un dispendio inútil, no sólo no se ve justo sino que resulta atentatorio a la fuente misma de la libertad *real*: a los recursos económicos”.

Normas que imponen restricciones en su libertad a la mayoría de la población para dificultar los abusos de unos pocos las hay en número elevadísimo. Algunas, tan comunes y socorridas que, por la fuerza de la costumbre, han anestesiado nuestra sensibilidad. Por ejemplo: Se nos ha dicho innumerables veces que todo ser humano tiene *incondicionalmente* personalidad jurídica y todos los derechos y libertades fundamentales.

En la práctica, sin embargo, el ejercicio de cualquier derecho -incluso fundamental- queda supeditado a circunstancias extrínsecas. Sea, por ejemplo, el de *libre circulación*: ¿Nos cabe ejercerlo sin estar en posesión del documento Nacional de Identidad?. Como si nuestra forma corporal no fuera suficientemente demostrativa de nuestra condición humana, se nos impone la obligación, más que accesorio, *condicionante*, de acreditar que somos y quién somos mediante una privilegiadísima prueba documental y, para colmo, caducable. (Los más jóvenes, engañados por la rutina, ni se harán cargo de que es éste un “inventillo” de nuestro siglo que merma libertad a la inmensa mayoría con fines policiales y/o recaudatorios encubiertos.

Como el hombre de la calle, por muy democrático que se intitule el régimen, tiene clara conciencia de ser “súbdito” y no, como se vocea, parte integrante de un “pueblo soberano”; se resigna a la sumisión servil al poder y no piensa ya, como en otros tiempos menos “civilizados”, en salir por sus fueros e inmunidades: La masa es masa y se aviene con docilidad a ser amasada.

Así se explica que cuando el muy controvertible D.N.I. debe servir de plena identificación de las personas, resulte insuficiente ante el Fisco, que, no contento con exigirnos su aportación en fotocopia con cada declaración de renta, nos viene ahora con el abusivo requilorio de un postizo

²⁸ Argumento expuesto en *LOIS: Nueva Versión sobre el Derecho*, cit. 192 ss. También: *El ser del Estado y sus repercusiones pragmáticas: Estado de Derecho*, en *LA LEY*, nº 358, 19-II-1982.

número de identificación *fiscal*. Como en la película de los famosos cómicos, estamos ante una primera Guía para la Guía de las Carreras, preludio inevitable de la Guía para la Guía de la Guía de las Carreras y así sucesivamente, porque nada de esto afecta a las libertades democráticas, que, puesto que están en *el papel*, en él podrán permanecer impasibles, mal que nos pese a quienes, prisioneros de la llamada “Administración”, somos cada día menos libres, de hecho y de Derecho. Y aunque las, en apariencia, pequeñas limitaciones que se nos imponen no causen en muchos la impresión de una pérdida constante de libertad, la suma de todas ellas, debida al constante incremento de las intromisiones públicas, nos reduce paulatinamente a la condición de siervos, que, en lugar de quedar adscritos a la gleba, lo estamos a la oligarquía gobernante.

Por poco alentador que sea el balance de la libertad en nuestra democracia, menos lo es todavía el que arroja la seguridad. Pues ésta, en ninguno de sus dos aspectos, se puede decir que exista.

No existe la *seguridad jurídica*, porque el Tribunal Constitucional, expulsándola de la Constitución, al negar recurso de amparo a las garantías instituidas en el art. 9, 3 ha dado al partido, hegemónico las franquicias que necesitaba para hacer trizas los principios de jerarquía normativa, de irretroactividad y de legalidad. Ha llegado, incluso, a permitir una de las más peligrosas manifestaciones de la tiranía: la del legislador que, asumiendo el papel de juez, legisla contra una persona (caso Rumasa).

En cuanto a la *seguridad personal*, todo comentario es ocioso. Su precariedad ha trascendido hasta tal punto que han resultado inútiles todas las tentativas de la propaganda oficial para enmascararla.

V. Las reservas de la individualidad.

El art. 18 CE está redactado en estos términos:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

No creo que en ningún otro país del mundo el derecho al honor se haya visto condensado en - fórmula tan afortunada como la que le dio en el nuestro Calderón en una escena famosísima de “El Alcalde de Zalamea”. Muy pocos españoles ignoran los versos celeberrimos:

*“Al rey la hacienda y la vida
se ha de dar; pero el honor
es patrimonio del alma,
y el alma sólo es de Dios”.*

Sin embargo, el fuerte sentimiento de la dignidad, que reinaba en la España del Siglo de Oro, no persevera en nuestros días: Se ha empequeñecido y debilitado de suyo. De ahí que no lo proteja el Derecho con el mismo vigor que en otras épocas. Resulta tener hoy mucho mayor fuerza el fuero domiciliario que el de la honra. ¿Tal vez los excesos de antaño hayan provocado en la sociedad una reacción adversa?. ¿O cedimos por mimetismo y complejo de inferioridad al que dirán de otros países?.

Sea cualquiera la causa, lo cierto es que nuestros Tribunales parecen encontrar a menudo fáciles pretextos para hacer del derecho al honor un tema baladí. Cuando se enfrenta, pongamos por caso, a la **libertad de expresión** suele salir muy mal parado. Sirve de poco que la propia CE (art. 20,4) se haya cuidado de decir que los derechos que consagra “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título... y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Si la “libertad de expresión” **tiene su límite** en estos últimos derechos eso debe significar que no se le permita transpasarlos. Pero, una vez más, la igualdad jurídica sufre aquí una quiebra. Cuando alguien ataca el derecho al honor se enfrenta casi siempre a la reclamación de un particular, sin más defensa ni valimiento que los que pueda brindarle su abogado; la “libertad de expresión,” en cambio, pone a su servicio el más poderoso grupo de presión existente: un **cuarto poder**, reforzado por la televisión y la radio, que, unidos en la misma causa (hoy por ti, mañana por mí) y con ondas de resonancia temibles, se han demostrado incluso capaces de amedrentar a políticos y a jueces. Invocando, desorbitado, un “supuesto “deber de informar”, que versa sobre asuntos serios y no sobre chismes, los medios de comunicación, con práctica unanimidad, digna de mejor causa, ponen el grito en el cielo a poco que se les quiera exigir el respeto a un derecho fundamental de alguien. ¡Como si la libertad de expresión fuera absoluta y absolutamente ilimitada y en la jerarquía de valores no cediera a ninguno! Los periodistas se niegan corporativamente a reconocer un hecho jurídico tan evidente como primordial: Que siendo el Derecho “relación”, ningún “derecho” puede carecer de límites y todos se ordenan según su rango. Y tanto más esenciales a la persona, tanto mayor ha de ser su importancia.

En breves palabras: Aunque se nos haya reconocido **de Derecho** el derecho al honor, a la intimidad ya la propia imagen, **de hecho** es éste; sociológica, estadísticamente una verdad en contados supuestos. La libertad de expresión **respecto a los periodistas**, por el contrario, es **un hecho**, que, por la poderosa conjura que lo soporta, prevalece, como tal, frente a todos los eufemismos constitucionales.

V. La libertad de expresión.

Las últimas palabras del párrafo anterior dejan entrever, con claridad bastante, el alcance que se da realmente a la libertad de expresión en nuestro presunto igualitarismo democrático: El hombre común puede hablar libremente, dentro de su círculo, a quienes quieran escucharle. El radio de acción de su palabra se extiende, a lo sumo, a unos pocos interlocutores que, por conocerle, no le otorgan sino el crédito que les merece. El periodista tiene, en rigor, únicamente la libertad que le consienta el medio de comunicación para el que trabaja. De ordinario, cada medio elige sus colaboradores por lo que sabe de su historial e ideología, de modo que la libertad de expresión sólo es posible donde domine de verdad un efectivo pluralismo. Por desgracia, esta posibilidad no es frecuente. Hay muchas formas solapadas de substituir un régimen de censura previa. Las subvenciones a la prensa, la “bien administrada” publicidad de las entidades públicas, el cerco

fiscal y aun policial son medidas discriminatorias muy eficaces para perseguir y abortar en gran parte desde el Gobierno los pensamientos o las críticas que desplacen. El trato que se dio, por ejemplo, a *El Alcázar* hasta su desaparición y el que actualmente se dispensa a *Razón Española* son inocultablemente reveladores.

En resumen: la libertad de expresión para los periodistas está en razón directa del auténtico pluralismo político y en razón inversa al control indirecto por los poderes públicos de los medios de comunicación. Para el hombre común no es, efectivamente, otra cosa que uno de tantos mitos políticos que sustentan la demo-a-cracia. Si quiere hallar oportunidad de expresarse en alguno de los medios públicos de difusión, a cuya subsistencia contribuye con sus impuestos, se verá muy pronto frente a barreras infranqueables. Mérito y capacidad podrían ser límites legítimos para practicar también la justa distribución de este recurso escaso. Pero, con discriminación harto patente, unos tienen acceso a ellos “por ser quienes son” y a otros se les niega por la misma razón invertida. Los términos comparativos de mejor o peor, que deberían valer como única regla selectiva, no desempeñan prácticamente ningún papel: Lo que prevalece aquí en última instancia es una fuga sistemática hacia las afinidades electivas.

Tan falto está de “libertad de expresión” nuestro presunto sistema democrático, que ni siquiera la tienen propiamente ni los diputados para hablar en el Congreso ni los senadores en el Senado. Los mediatizan, en primer lugar, los dirigentes políticos y, en segundo lugar, los Presidentes de las respectivas Cámaras, limitaciones cronológicas fuera de lugar, el voto público al dictado de los partidos y un Reglamento que desborda la intolerancia.

VII. Los derechos de acción y reacción política.

“Los derechos de reunión y asociación, de interés marcadamente minoritario, son, probablemente, los más reivindicados por los partidos -por servirles de armas- y los más efectivamente respetados por el Gobierno y tutelados por los Tribunales. La inmensa mayoría de la población más bien los acoge con recelo o les atribuye muy escasa importancia. Los hechos lo prueban. En España el número de afiliados que suman todos los partidos no rebasa el medio millón. O sea, son casi sesenta veces más los que nada quieren saber de asociaciones políticas. Por eso, la heterocracia reinante, velando por sus propias finanzas-, ha dado en la desvergonzada ocurrencia, ostensivamente antidemocrática, de imponerle al “pueblo *soberano*” un obligado tributo para sostenimiento de agrupaciones privadas que repudia. ¿En nombre de la mayoría o en fuerza de la opinión pública legislan *pro domo sua* los partidos? Arrogándose un “mandato representativo”, cuyo alcance paladinamente desbordan, al hacer que toda la población se ponga al servicio de capillitas y no viceversa; sin escrúpulos ni pudor y anteponiendo ahora el interés de pocos al de todos, no temen hacer el incompatible papel de juez y parte y, tras la fracasada cuestación voluntaria, procuran coercitivamente subsidiar sus peculios en quiebra. ¡Invocando la democracia todo cabe, como se ve, incluso las medidas más escandalosamente antidemocráticas!

Al margen de problemas menores, prestemos atención al derecho que se proclama, entre los de carácter político, como el más fundamental en las democracias. El art. 23 CE lo expresa en los siguientes términos:

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos “que señalen las leyes”.

El primer comentario que sugiere este artículo es su inocultable renuencia a expresar categóricamente a qué se debe, en qué se cifra, cómo y por quién se garantiza el poder del pueblo en un gobierno democrático y qué límites tenga, si los hay. Lo único que nos permite colegir es en qué viene a parar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, pese a lo manifestado en el art. 1,2 sobre la titularidad popular de la soberanía.

La DUDH en su art 21,3 afirmaba que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder-público”: Lo cual no pasa de ser un lastimoso galimatías. Porque ¿quién sabe o puede definir qué es un “pueblo”? ¿El pueblo mismo? ¿Habremos incurrido en anulante petición de principio! “Pueblo”, sin adjetivos limitadores, sólo puede serlo la humanidad entera. Con adjetivos limitadores, puede serlo cualquier grupo humano, por muy reducido que nos parezca: Incluso una familia. “Autodeterminación de los pueblos” significarla así derecho indefinido a la segregación para cualquier comunidad que se autodefinía como pueblo. Con sólo este argumento la “voluntad popular” se delata como sinsentido, pues ni aún metafóricamente podría tenerlo. Si forman pueblo los que quieren formarlo, se sigue necesariamente que se exceptúen los que no quieran: y entonces el autogobierno y la democracia son auténticos; pero las decisiones políticas sólo podrían adoptarse por unanimidad.

Y aunque ni siquiera la unanimidad es inmune a polémicas, porque ¿a quiénes atañe?, aceptaremos el principio para llevarlo hasta sus últimas consecuencias: ¿No podremos acordar por unanimidad someternos en adelante a las decisiones de la mayoría?.

No seré yo ciertamente quien niegue validez a una explícita convención de esta índole. Pero ¿por cuánto tiempo regirá? ¿Obligaré por siempre o *rebus sic stantibus*? ¿Vincula el pacto sólo a los otorgantes o también a sus descendientes? ¿En razón de qué serán entonces estos últimos de peor condición que los primeros?.

Esta postrera tesis no puede mantenerse sin absurdo. El derecho a participar en las decisiones políticas, por su carácter personalísimo, no se extingue ni se pierde sino por actos propios.

Suponer, por el contrario, que los acuerdos de la mayoría vinculen también, de suyo, a los discrepantes, es dar por demostrado lo que, falto de evidencia inmediata, habría necesidad de demostrar.

Para mayor enredo, ¿qué significa “mayoría”, cómo y respecto a qué se cuenta, quién, cuándo, cómo y de qué modo la determina?

Demos por buena, a efectos dialécticos, la equiparación apriorística entre voluntad mayoritaria y voluntad popular. En un pequeño grupo de población, remitirse, por ejemplo, a la mitad más uno de los sufragios, puede parecer un simple cómputo sin problemas. Pero en cuanto se aspira a poner en práctica la idea surgen enseguida serias dificultades, irresolubles sin alguna toma de posición arbitraria.

Imaginemos que se quiere afirmar el principio siguiente: “Para que una decisión política exprese la voluntad popular es preciso que sea adoptada por un número superior a la mitad más uno de los ciudadanos capaces”. Ni que decir tiene que este mismo principio, como decisión política de importancia trascendental, habrá de requerir asimismo un respaldo mayoritario. Ahora bien, ¿quién podrá válidamente, sin círculo vicioso, fijar las condiciones de capacidad?. Obviamente no es lo mismo mayoría de población que mayoría de personas capaces. Pero al no poder constarnos la capacidad a priori, ¿cómo cabrá incapacitar a nadie de antemano? ¿Sencillamente *porque sí*?.

Otra cuestión más grave surge a la hora de censar la población capaz. Pues no se trata de una magnitud constante, sino de una que, variando entre amplios límites, no permite calcular su mitad sin gran incertidumbre. Hasta el momento, no hay censos instante por instante y mientras no se sepa con exactitud cuántos han muerto o han nacido hasta este preciso momento, cuál sea la mitad de la población o de los electores tiene que ignorarse. Para colmo, para ser “persona” no basta en España nacer, es necesario haber gozado 24 horas de vida propia. ¡He ahí, pues, un adicional motivo de incertidumbre!

Mostrémonos sin embargo condescendientes frente a este nuevo tropiezo y atrevámonos a escribir:

$$Vp = Pc/2 + 1,$$

representando Vp la voluntad popular y Pc la población capaz. Entonces, por obligada fidelidad al postulado inicial, si la cifra de sufragios (S) no sobrepasa ese número crítico; es decir sí

$$S < Pc/2 + 1,$$

no existirá pronunciamiento válido del pueblo.

¿Qué significa esto? Algo eludido sistemáticamente en casi todas las pretendidas democracias: *Que la abstención y los votos nulos o en blanco no pueden descartarse como irrelevantes cuando los sufragios positivos no exceden esa problemática mitad más uno de la población capaz.*

¡A ninguna mayoría ficticia cabe legitimar, pues, en nombre del pueblo, decisiones que no tienen, por definición, el rango de pronunciamientos mayoritarios!

¡Regímenes políticos como el español actual en donde manipulaciones con los sufragios convierten en mayoría absoluta, con rodillo parlamentario, una exigua fracción del electorado (¡y no se diga de la población!) tienen mucho más de demo-a-cracia que de democracia!

En las últimas elecciones, el partido socialista ha tenido en su favor menos de seis millones de votos; no lo votaron o votaron en contra casi cinco veces más electores: ¿Qué clase de milagrería con las urnas puede justificar, en nombre de supuestas *mayorías democráticas*, que tan exiguo fragmento de la población gobierne a toda ella con poder absoluto?.

Por si tamaños desatinos no fueran bastantes, nuestra Constitución propicia los amañeos al equiparar con falsa ingenuidad la participación *directa* en los asuntos públicos a la participación a través de representantes, elegidos tan libremente como los que forman las listas cerradas y bloqueadas, impuestas por las camarillas de cada partido.

En el contexto de la práctica española, el art. 23, 1 dice realmente: “Los ciudadanos no tienen derecho a participar en los asuntos públicos directamente, sino sólo por medio de representantes de los partidos, designados libérrimamente por sus jefes”. Cualquier otra interpretación que algún candidato quiera ofrecer de tan singular precepto es pura música celestial, para su místico arrobamiento.

En cuanto al “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”, el propio art: 23, 2 se cuida de desvirtuarlo al establecer el estratégico subterfugio de los requisitos (¡de desigualdad!) que señalen las leyes”.

Y no piensen los lectores que incurro en exageración. Las pruebas palpables de lo que digo las tenemos en esta “renovada España” tan a la orden del día como nos plazca. Veamos algún ejemplo harto llamativo.

Los socialistas, como es sabido, tuvieron la ocurrencia repentina de someter a los funcionarios públicos a un régimen de jubilaciones anticipadas. Era vulnerar, evidentemente, el principio de irretroactividad normativa y perjudicar derechos adquiridos; pero como se trataba de una medida estratégica para que pudiera el partido incrementar su poder e influencia, no era cosa de reparar en medios. Y siendo público y notorio que entre las personas de edad avanzada los simpatizantes del socialismo estaban en minoría, había que conseguir, mediante una depuración encubierta”, la substitución de una “vieja guardia” recelosa y más bien hostil, por personal adicto o más fiable.

La inconstitucionalidad del procedimiento y sus motivaciones no pasaron inadvertidos a ningún experto; pero el Tribunal Constitucional cohonestó la disposición con argumentos tan endebles que no quedó menos en evidencia que el Gobierno.

Tras este primer acto preparatorio, bien pronto trascendieron las miras ocultas y el flagrante trato desigual. En la Judicatura, por ejemplo, algunos jubilados volvieron al servicio activo, en calidad de contratados, con una precariedad en el empleo que no asegura precisamente su independencia. Los demás siguieron en la marginación. ¿Qué regla se aplicó para preferir unos a otros? ¿Sólo la de capacidad y méritos? ¡No es ésa la impresión deducida de la pequeña muestra que uno puede conocer!.

VII. El principio de probidad y el derecho al Derecho.

El art. 24 CE, tan asistemático e informal como un cajón de sastre, parece destinado a enunciar el más fundamental de todos los derechos; pero, en sus posibilidades reales y tal como lo ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional, se ha convertido en su antítesis y en lugar de servir como medio idóneo para fiscalizar el poder e impedirle que abuse, no ha hecho otra cosa que cohonestarlo.

Veamos lo que dice el precepto literalmente y en lo que han venido a parar sus afirmaciones:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

He ahí cómo traduce nuestra Constitución la garantía del debido proceso, el *due process of law*; es decir, la versión norteamericana del *legale iudicium parium suorum* establecido por la Carta Magna británica. El “juicio legal, conforme a la ley de la Tierra y ante un jurado de iguales” era la inmunidad que los barones sublevados exigieron del rey Juan y posteriormente de sus sucesores en apuros. Mero reconocimiento de los derechos feudales; por evolución

circunstancial, ya que, entre otras cosas condicionaba los impuestos al consenso mediato del pueblo; dio luego de sí cierto esbozo de libertades políticas y la institución parlamentaria.

No es éste el momento adecuado para estudiar la evolución de tan importante intuición jurídica. Lo que sí parece capital ahora es transformar en “concepto” una “idea” que, por lo difusa y desvaída, resulta el mejor caldo de cultivo para la acepción de personas, la discrecionalidad judicial y la más impune arbitrariedad.

Para comprender desde sus causas la significación del “derecho a la tutela judicial efectiva”, es menester prestar atención a las nociones básicas que le dan su ratio, a saber: La substitución general de la autodefensa y de la venganza privada por un cuádruple compromiso político: 1º) Conceder a cuantos la soliciten audiencia en justicia para que puedan defender sus posibles derechos; 2º) no privar a nadie de los que son supuesto *sine qua non* para una cooperación social sin causas disgregadoras íntimas; 3º) proteger cuantos reconoce el Ordenamiento mediante instituciones que nos permitan disponer de jueces *fiabiles e imparciales*, y de un *proceso* indagatorio, de *obligada observancia*, y *apto de suyo para acertar con la verdad* histórico-jurídica o para obtener el refrendo de las partes; y 4º) procurar, a cualquier precio, que las decisiones arbitrarias o con endeble fundamentación resulten tranquilizadamente improbables.

He ahí las condiciones necesarias -aunque no suficientes- para que se pueda decir que existe un *Estado de Derecho*. Necesarias, porque sin ellas nos hallaríamos en pleno despotismo. Insuficientes, porque el Derecho no puede reducirse a un proyecto ideal, a un mero desiderátum, sino que estriba en “un orden *efectivo* de normas vividas”.

Para percatarse de cuánto difieren aquí *apariencias* y realidades, importa comprender primero qué distingue esencialmente un orden despótico de un orden jurídico.

Un orden despótico es el que, impuesto por y para el Poder, no atiende sino a su expansión y perpetuación. La racionalidad es en él pretexto y coartada, no la auténtica motivación de actos y normas. Sus reglas de validez se desprecupan de la verdad: son meramente voluntaristas.

El Derecho, por el contrario, tiene a raya la libertad y el Poder, (que no es sino libertad potenciada) para que ni una ni otro puedan desmandarse, Pero como la libertad ha de tender al máximo, el Poder, para sacrificarla al mínimo, tiene, anulándose como tal, que *no ser cosa distinta del Derecho*. De ahí que sólo quepa dar por *Estado de Derecho* aquél que repugne de veras la arbitrariedad; es decir, cualquier actuación pública o privada que traicione de modo manifiesto la verdad formal o que material o estadísticamente resulte *inverosímil*.

El proceso, en su conjunto, es, a la vez, tanto el método, *oficialmente* ideado, para investigar con fiabilidad la verdad jurídica, como el medio que se reputa más idóneo para erradicar los actos arbitrarios de cualquier procedencia. Cada proceso para ser “el debido proceso” y brindar a las partes la tutela efectiva de sus derechos, tiene que responder a una doble exigencia a) ser fiel a su propio esquema metódico y enderezarse a una investigación fiable de la verdad histórico-jurídica; y b) contribuir en el caso concreto a que la arbitrariedad se reduzca; no a que aumente.

La observancia de tales requisitos demanda muchos otros. Veamoslos con el mayor detalle.

a) La universalidad de la audiencia en justicia.

Para que el poder no campe por sus respetos sino que venga constreñido siempre a moverse dentro del Derecho y a no instaurar por su cuenta reductos despóticos, es imprescindible

reconocer en todo caso al particular el *derecho al Derecho*; es decir, a que se declare de antemano, *a su instancia*, si un determinado comportamiento suyo es, o no, lícito. De aquí, que haya de existir un “derecho de petición” *incondicional*. Muchas Constituciones, es cierto, lo proclaman, en apariencia, sin ambages (la nuestra entre ellas, en su art. 29, sí bien con su habitual y huidiza remisión a leyes posteriores); pero pocas son luego, en la práctica, fieles al principio. En la española el derecho de petición absolutamente malentendido, resulta triturado a diario sin consecuencias por obra de esa escandalosa forma de arbitrariedad y de acepción de personas a que se llama *silencio administrativo*.

No creo necesario ponderar algo tan evidente como que un “derecho de petición” sin un correlativo -y exigible- “deber de respuesta” no pasa de insultante mito político. Peor aún: La ineffectividad del “derecho de petición”, a pretexto de “silencio administrativo” causa serio quebranto a la libertad, porque, afirmada ésta, hay que concluir respetando el fuero de la conciencia, que “debe prevalecer en la duda”. Luego la única interpretación del silencio administrativo compatible con la libertad y “el” derecho de petición, cuando la concesión no causa perjuicio a terceros, exige que se valore como respuesta *permissiva*. Cuando pueda perjudicar a terceros, el silencio debe acarrear alguna sanción al funcionario responsable.

Por tanto, mientras el Tribunal Constitucional cohoneste y proclame lícito el silencio administrativo, el derecho de petición, y con él la tutela judicial efectiva no serán más que filfas.

b) Los presupuestos de una cooperación pacífica.

Es un hecho de íntima experiencia que nadie está dispuesto a cooperar *voluntariamente* sino con personas con las que se entiende de buen grado. También consta desde antiguo, y acaba de comprobarse en la URSS y países de su órbita, que la cooperación impuesta, amén de suscitar por reacción tendencias disgregadoras, provoca el descalabro económico en el pueblo que la padece.

Es asimismo fácil de acreditar que las agresiones, pugnas, conflictos, roces y disidencias, abusos de poder e injusticias, propagándose en el medio social, crean ondas de resonancia que, sin contramedidas amortiguadoras, desencadenarán tumultos, amotinamientos populares, pronunciamientos, revoluciones e, incluso, guerra civil.

Pues el malestar de muchos cuanto más tiempo reprimido, más virulento y catastrófico se mostrará después. Los gobiernos y los jueces ceden a menudo a la tentación de disfrazar sus actuaciones despóticas tras una máscara de derecho; pero más tarde o más temprano el *quid pro quo* se pone en evidencia y los odios acumulados contra el régimen, revientan en avalancha y, tomando el desquite, dan al traste con él.

La arbitrariedad -o su igual: el *error jurídico*- tiende a crecer cuando la sociedad prescinde de los disuasivos eficaces para frenarla o no incentiva los valores que hacen posible y más satisfactoria la convivencia.

Los grandes clásicos de la Política, y muy en particular Herodoto, Platón y Aristóteles intuyeron o comprendieron cómo las injusticias peculiares a cada forma de Gobierno provocan, cuando incontenidas se suman, reacciones en cadena que hacen inevitable la subversión. El descontento, con causas objetivas, es políticamente contagioso. Si uno se queja, aunque sea con razón, puede suscitar descreimiento. Cuando muchos lo hacen, resulta difícil negarles crédito. Al fin, la

mayoría, que abomina ya del sistema, adquiere conciencia de su potencialidad y muestra su repudio con violencia más que proporcional a las resistencias antagónicas.

“Explicar el Derecho -se ha escrito en otro lugar- es explicar *el por qué y las condiciones de la cooperación interhumana* estable. Tanto porque *sin cooperación no hay sociedad*, cuanto porque *toda cooperación* -y más aún la estable- *postula e impone ciertos requisitos jurídicos*. Estos primordialmente son:

1º) Mutuo reconocimiento de capacidad entre las partes. (Quien acepta la cooperación de otro, tiene que darle necesariamente beligerancia y tratarlo en cierta posición de igualdad).

2º) Legitimación recíproca de las situaciones fácticas previas preasumidas para la validez de la convención que va a otorgarse. (Si uno, por ejemplo, acepta una contribución en frutos del otro, acepta también la fundabilidad de su poder dispositivo).

3º) Presunción de constancia substancial de la voluntad. (La promesa, empeñada será, con suma probabilidad, mantenida fielmente en lo futuro).

4º) Expectativa de un proceder congruente con los acuerdos estipulados. (El que asume un compromiso suele plegarse buenamente a cumplir todos los trámites o diligencias que son indispensables a su efectividad).

Por tanto en el entramado de los actos cooperativos o compatibilizadores está involucrado insoslayablemente el Derecho: Antes de que pueda producirse una ordenación coactiva y deliberada de los comportamientos humanos aliorrelativos, tenía que haber ya *regularidades de conducta compatibilizada. La imposición reflexiva de normas jurídicas sólo es concebible en un medio social preexistente, generado de un modo natural o espontáneo*. Mientras los incentivos y disuasivos que dimanaban de la estricta aplicación del principio de reciprocidad y del aplauso o reprobación colectiva bastan para enrarecer suficientemente los actos indeseables, el refrendo coactivo planificado carece de causa: su necesidad no -es sentida por nadie.”⁽²⁹⁾

Queda evidenciado, -pues, que la esencia de la cooperación voluntaria estriba en la confianza y el interés mutuo requeridos para lograr la “compatibilización programada de las libertades en presencia, a fin de conseguir - las mejoras apetecidas por y para los socios”.

Es, por tanto, innecesario ponderar que la confianza recíproca supone cumplir los compromisos respectivamente asumidos; y que se va perdiendo, hasta desaparecer por completo, en la misma medida en que se falte a ellos.

También resulta obvio que la *eficiencia* de un sistema cooperativo, y consiguientemente su *economicidad*, descansa sobre tres condiciones: 1ª) la calidad del plan de trabajo; 2ª) la aplicación y el esmero que pongan los socios; y 3ª) la ausencia de roces entre los mismos.

Ahora bien, como la aplicación y el esmero dependen fundamentalmente de que se mantenga la confianza y de que se repartan según lo pactado, o sea, con justicia, todas las ventajas y beneficios obtenidos; resulta que la condición 2ª está enraizada en el Derecho. Y como los roces y disensiones se confunden con la entropía, la 3ª condición, en sus efectos, tiene repercusiones económicas.

El Derecho y la Economía política se entrelazan así: Si las injusticias aumentan, y la fiabilidad del Derecho se resiente, la entropía será mayor y la escasez hará en mayor medida presentes sus efectos. El resultado de la nueva situación no podrá ser otro que una relajación de los vínculos cooperativos, con el consiguiente incremento de la conflictualidad social, de los desmanes y de

²⁹ *LOIS: Nueva Versión sobre el Derecho, cit. 53 s.*

la propensión a la anarquía y el decremento sensible de la eficiencia del Derecho. Estaremos, pues, o incubando la revolución o la dictadura.

Esto deben comprenderlo los gobernantes y los jueces: Pequeñas causas (en apariencia) pueden producir grandes efectos, porque las frustraciones individuales, cuando su frecuencia excede a la ley de los sucesos raros (inaplicabilidad de la fórmula de Poisson), se propagan en el medio social en peligrosas ondas resonantes, capaces de amenazar gravemente la convivencia pacífica. Por eso resulta de importancia suma garantizar de veras los valores jurídicos esenciales y, sobre todo, la efectividad de los derechos subjetivos, sin la cual la libertad política no puede existir.

El problema, como siempre, estriba en conseguir una auténtica fiscalización social de *todos* los poderes públicos, sin que el poder judicial y particularmente, los Tribunales superiores (que son los más propensos a cometer abusos de poder), queden exceptuados. Pues aun dando por cierto que la santidad de la *cosa Juzgada* y la *independencia judicial* hayan de valer como principios y se respeten, como norma, en el supuesto general, la idea de que, aun en casos de arbitrariedad demostrada o de delito se quiera mantener la sentencia inmutable es un verdadero pecado contra el espíritu y la renegación de toda racionalidad. Por tener realmente los jueces un enorme poder deben verse también sujetos a una responsabilidad proporcional. Y no cabe admitir que quien está llamado a defender el Derecho goce de total licencia para vulnerarlo. El juez no puede dejarse jamás *supra leges*, sino sometido a ellas como los demás ciudadanos. Y sea la ley material o formal, substantiva o adjetiva, quien la conculque debe pechar con la sanción correspondiente, sin importar quien sea. La idea de cohonestar las infracciones con distinciones paraescolásticas, como sucede muy a menudo entre nosotros, es hacer acepción de personas y convertir el Derecho en “*graciable*” para unos cuantos privilegiados.

Bien sé que rememorando el *¿quis custodiet ipsos custodes?* se nos preguntará: ¿qué Tribunales *sabios e imparciales* podrán juzgar *extragremialmente* a los jueces que prevarican o que, actuando como caciques, anulan la objetividad del Derecho en favor de sus particularísimos, criterios? ¡Nunca, por supuesto los jueces mismos, pues se cohonestarán unos a otros sí, en cambio, un jurado popular y/o un jurado técnico de la más alta cualificación y no elegido por políticos sino por los juristas *más expertos* del país. ¿Que cómo se sabrá quiénes son? No eludiré más tarde una pregunta tan pertinente; pero conste ya que aquí se tomarán cautelas para que nadie pueda interpretar la experticia de un modo parecido al que siguió nuestro actual Gobierno para dar con los juristas de *prestigio* que necesitaba en Juzgados y Tribunales. Por ahora, vaya por delante una idea: Cada vez que un Juez o Tribunal omite un trámite en el procedimiento (sea el que sea), deniega una prueba o quebranta una ley a beneficio de un litigante, el contrario debe hallar siempre, en algún momento e instancia, la oportunidad procesal de pedir la subsanación del abuso. Y si la infracción se acredita, habrán de exigirse responsabilidades al Juez o Tribunal, con revisión automática de la causa: La Jurisprudencia contra ley, al revés que la costumbre, en un Estado que aspire a llamarse democrático, no debiera encontrar resquicios para filtrarse ni prosperar jamás ⁽³⁰⁾.

c) El derecho a un Juez o Tribunal fiable.

³⁰ En Atenas dos singulares instituciones protegían a la *Ecclesia* contra las mociones antijurídicas: los magistrados llamados *Custodios de la legalidad* y la acción pública establecida contra ellas, la llamada *graphé paranomón*. Vid. sobre esto FUSTEL DE COULANGES: *La Ciudad antigua* (Ciges Aparicio), Madrid, 1920, 461.

Una de las cosas más positivas que ofrece a las partes el régimen de jurados consiste en permitirles excluir como miembros a quienes, en el examen previo, no parezcan resultar acreedores de su confianza. Contra toda lógica, los jueces profesionales nos vienen impuestos, en cambio, por muchas dudas que abriguemos sobre su preparación, imparcialidad o exención de prejuicios. Para que pueda recusárseles o para que se sientan obligados a la abstención son tan limitadas y tasadas las causas que ni siquiera valdría la pena tomarlas en cuenta. Para colmo, las prohibiciones, fáciles de burlar, son todavía interpretadas muy restrictivamente: Los jueces se afanan en hacer gala de compañerismo, sin advertirse del descrédito que acarrearán a la Administración de Justicia.

Veamos algunas de las incoherencias a que da lugar la regulación española de la recusación y abstención: La nueva LOPJ (art. 219), mejorando, en algunos puntos, las formulaciones de la LEC, dispone: “Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 12 y 22. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con... las partes y sus defensores o representantes. 3º. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas. 4º. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta. 5º. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo. 6º. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes. 7º Tener pleito pendiente con alguna de éstas. 8º. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior. 9º. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. 10º. Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal o haber fallado el pleito o causa en anterior instancia. 11º. Ser una de las partes subordinado del Juez que deba resolver la contienda litigiosa”:

La reglamentación es tan restrictivamente casuística como desafortunada. Peca de imprevisión clamante. Obliga a invocar hechos que a veces son muy difíciles de probar y que, si el alegato se desestima, pesarán después contra el recusante, quien contará ya, casi con certeza, con la animadversión del Juez recusado. Si entonces el recusante pierde el pleito ¿quién lo convencerá de que no ha sido por “secreta venganza” del público agravio?.

Según el monstruoso sistema español (y no retrocedo ante calificativo tan fuerte), la recusación de un Juez implica un doble absurdo: Que el litigante tenga que reprocharle que ha incumplido su deber de abstención y que, tras haber sostenido contra él un verdadero pleito, haya de resignarse a ser juzgado bajo el temor a una latente represalia.

Resulta obvio, por ello que nuestro legislador ve la recusación con malos ojos, puesto que le aplica sin rubor un tratamiento disuasivo.

Amén de todo esto, la necesidad de acreditar la causa, hace imposible recusar en muchas ocasiones en las que consta con certeza. Así sucede “cuando el motivo de sospecha es la amistad íntima o la enemistad. Probarlas, luego de haber sido negadas de un modo implícito con la no abstención, dista de ser fácil, pues ni es probable que consten documentalmente ni hallar quienes se avengan a servir de testigos contra un Juez.

Tampoco las causas de recusación se han prefijado con realismo. Ni el legislador puede ufanarse de haber procedido con acierto al determinarlas, ni su “política” favorece la credibilidad de la Judicatura. En la práctica, *las filias* y *fobias* de los magistrados judiciales, los prejuicios que los dominan, sus propios intereses ocultos, sus enfeudamientos... sus expectativas “de ascensos o de marginación, su falta de afición al oficio, su sabida holgazanería, su modo caprichoso de

sentenciar, su escasa perspicacia son más justas causas de recusación que todas las consignadas en nuestras leyes. Jueces hay -a todos nos consta- que apenas dan una en el clavo. ¿Por qué los litigantes tienen que soportarlos? ¿En qué se distinguen en España buenos y malos jueces? ¿Acaso en que los buenos son premiados con el ascenso y los malos se confinan en localidades donde sea mínimo el daño que les quepa causar? Aunque el ascenso o la relegación en los jueces sean muy peligrosos, porque tienden a primar -o sancionar- méritos -o deméritos- políticos, no jurídicos; sólo podrían justificarse como incentivos para recompensar las sentencias sagaces o como disuasivos para desalentar las desatinadas, si la calidad de los fallos se midiera con objetividad. Pero eso, aunque factible, *no se hace, porque no interesa a los políticos que se haga.*

En efecto: Sería sencillísimo conseguir que los jueces más capaces tuvieran ocasión de intervenir en mayor número de asuntos que los menos capaces. Bastaría para ello con romper con el principio absurdo de incardinación territorial: (en materia civil, sobre todo) y atenerse a otros criterios: Constituir, por ejemplo, en cada Comunidad autónoma o provincia un Colegio judicial del que formaría parte una fracción de jueces repartida proporcionalmente a su número y al de asuntos tramitados en ella. Ningún juez intervendría en los pleitos por absurda predeterminación legal rutinaria, sino por la elección coincidente de las partes. Estas, en sus escritos introductorios, deberían adjuntar una lista de Colegiados, *según un orden de preferencia personal.* Y el juez designado por el Colegio habría de ser siempre el primero de los propuestos en que se diera la elección coincidente de ambas partes. La retribución de los jueces se nutriría de dos; sumandos: el sueldo básico -uniforme para todos- y el premio a la dedicación, proporcional al número de asuntos por año en que interviniera cada uno. Como los Letrados de las partes tenderían a designar a los *mejores* jueces, preferidos según las sentencias que van dictando, todos se verían estimulados a fundarlas con el mayor rigor para acrecentar sus ingresos. Y si algún juez fracasara en el empeño de dictar sentencias convincentes, pronto el manifiesto repudio a sus intervenciones lo mantendría en régimen de jubilación anticipada por incapacidad intelectual.

Ahorrémonos, por el momento, la digresión y retomemos el problema que nos importa. ¿Qué se está postulando realmente cuando se afirma el derecho a un Juez fiable? La “fiabilidad” -digámoslo sin rodeos- es un concepto “estadístico” y, por tanto, aunque cause sorpresa en los lectores, *matemático.* Hay una fiabilidad general de la Judicatura, como un todo. -que; es importantísimo calcular con la mayor exactitud para que la política judicial no se reduzca a dar palos de ciego-; y la fiabilidad de cada juez concreto. Aunque ambas nociones son interdependientes, se determinan mediante métodos distintos. En el caso individual, medimos la “previsibilidad” o, más bien, la “imprevisibilidad” de las sentencias. Para un Abogado, el Juez -más fiable es aquel cuyo modo *habitual* de proceder, contrario a las salidas extravagantes; permite, a la hora de la citación para sentencia; es decir, cuando ya se conoce lo alegado y probado por las partes; hacer un pronóstico racional de su fallo. Esto -huelga -decirlo- debiera ser el caso general, porque la sentencia, no presenta sino dos alternativas: ser un *acto lógico* -previsible, por tanto- o una *determinación arbitraria.* No hay términos medios. Una sentencia que no responda a un esquema lógico es una sentencia *infundada, injusta.* La práctica seguida por muchos, demasiados jueces de que los pleitos en que intervienen tengan un desenlace imprevisible, como de novela policiaca, es uno de los peores síntomas para traslucir la escasa fiabilidad de nuestra Judicatura. Cuando un Juez ha dictado ya cosa de dos docenas de sentencias, el valor de sus juicios puede fácilmente calibrarse. Respecto a toda la Judicatura, el problema es muy otro: Hace falta tomar una muestra representativa de jueces y sentencias y estudiarlas ante los autos por un equipo de trabajo suficientemente numeroso para que, dándose la *compensación del error,* quede excluido el *subjetivismo.*

Cabe, asimismo, otro modo indirecto -y complementario- para estimar algo tan importante como el crédito de los Jueces: Una encuesta entre abogados y público. ¿Pues quien podrá negar que si la Judicatura no inspira confianza ni a los técnicos ni al pueblo la política judicial vigente exija una profunda rectificación?

Tal es, visiblemente, el caso actual de España. ¡Jamás el Poder judicial -como gusta llamarse- ha causado mayor decepción!. Los abogados muestran una insatisfacción profunda; reprochan a los jueces falta de ciencia y experiencia y escasa preocupación por dictar sentencias bien fundadas. La gente no cree ni siquiera en la imparcialidad de los jueces... El respeto que se había ganado la Judicatura en los tres cuartos del presente siglo, gracias a cierto cuidado en la selección de personas y a las demandas sociales de honorabilidad personal, se han volatilizado desde 1978, con la pugna interpartidista por el control del poder judicial, que ha hecho de su Consejo un mapa a escala de los partidos *oficiales*, privando en absoluto de presencia al estrato social más numeroso, representativo e independiente: el que sólo se manifiesta en la abstención. Con tamaña inducción a filias y fobias, el resultado está bien a la vista: Tribunales superiores sin *auctoritas*, con sentencias que ni aun podrían calificarse de mediocres, muy a menudo politizadas, pero ni siquiera en secreto, sino con ostentosos toques a rebato en todos los medios de comunicación. Y ni que decir tiene que no dejó fuera de listado al Tribunal Constitucional sino que lo cuento en primer término, tanto como víctima del sistema, cuanto como cómplice y principal responsable del desastre, al cohonestar la nueva versión partidista del art. 122, 3.

Otro tanto de culpa gravísimo que pesa sobre el Tribunal Constitucional arranca de la interpretación ramplona, comodona y discriminatoria que ha propiciado sobre el art. 24 CE. En lugar de velar por la fiabilidad de los jueces, imponiéndoles cierto nivel de calidad en sus sentencias para que la tutela judicial pudiera considerarse *efectiva*; ha mantenido un criterio que implica la vergonzosa tesis de que el pueblo español no tiene derecho sino a un producto degenerado: a una sentencia, sea cualquiera, y por desdichada que resulte su fundamentación. Para nuestro Tribunal de Amparo, el ciudadano español no puede aspirar a sentencias dignas de este nombre, puesto que, según su enervante doctrina, sus pretensiones quedan “satisfechas” con una cualquiera, aunque no se tenga en pié por sus incoherencias, tergiversaciones probatorias, peticiones de principio o estridentes pronunciamientos *porque sí*; es decir: reductibles al sic voló sic jubeo, *sit pro ratione voluntas*.

O al pueblo español los jueces *fiabiles* le vienen anchos, o el Tribunal Constitucional ignora que no pueden existir *sin censura de calidad sobre las sentencias*. Pues Juez fiable no es sólo el que sea capaz de resolver con acierto alguna vez, si así lo quiere; sino quien no comete frecuentes errores en sus sentencias. De ahí que el derecho a un Juez fiable sea implícitamente el derecho a una *buena* sentencia. ¿O no lo tienen los ciudadanos a que sus controversias se resuelvan con algo más que abusivas chapuzas? Aunque nuestro Tribunal Constitucional se muestre hartamente indiferente a la calidad de los razonamientos y ciego a la inconsistencia de los argumentos que basan los fallos, nadie osará sostener en público la bochornosa tesis de que satisfacen por igual las exigencias de Justicia unas sentencias lógicas y jurídicamente impecables que otras que rezuman personalismo y arbitrariedad. ¿O estas últimas pueden servir como síntesis dialéctica de ese debido proceso que les corresponde encarnar?

Si la fiabilidad del Juez es un derecho que depende del nivel estadístico de sus sentencias, garantizar a las partes que no sufrirán jueces poco fiables, es decir, jueces cuyo promedio de aciertos baje mucho de lo normal; *equivale a exigir que los Tribunales superiores fiscalicen la calidad de las resoluciones de los inferiores y el T. C. la de cualquier sentencia firme sobre derechos fundamentales*. Pues no cabe admitir que un derecho fundamental se arroje a las tinieblas exteriores sin un sólo razonamiento plausible.

¿Cómo asegurar tan esencialísimo cometido? ¡He ahí la finalidad que deberían y podrían cumplir los recursos si, a medida que se asciende en la escala jerárquica, los Tribunales superiores estuvieran realmente integrados por jueces más capaces y escrupulosos! ¡No hay en la Política judicial problema de mayor importancia! Y sin embargo no se le presta realmente en España la menor atención. Los nombramientos para el Consejo de la Judicatura y para los Tribunales superiores no responden a criterios prefijados, objetivos, controlables, con fuerza de convicción, capaces de ganarse a la opinión tanto cualificada como pública. Referirse simplemente, como lo hacen la CE (art. 122,3; 159,2) y la LOPJ (arts. 301,3; 311,1) a “reconocida competencia”, sea con quince años de ejercicio o sin ellos, es fomentar el voluntarismo, la mediatización y el cacicato. ¿Qué significa “competencia reconocida”? ¿Y ese reconocimiento a cargo de quién correrá? Si lo confiere el que nombra por sí y ante sí, ¿para qué sirve semejante limitación, sino para salvar las apariencias y ocultar toda posible arbitrariedad? Si a cualquier profesional con derecho a ejercer no se le puede negar la competencia sin inferirle injuria, todos, sin más, tienen que tenerla reconocida; luego la calificación resulta vacua y no entraña ningún criterio de selección. Los quince años de ejercicio, a secas, tampoco son, de suyo, acreditamiento de preeminencia profesional, pues pueden haber transcurrido sin pena ni gloria, con escasa dedicación y más olvido que aprendizaje. La inútil exigencia sólo prueba una de estas cosas: o la falta de imaginación de nuestros políticos o los candidos pretextos de que se valen para tener siempre las manos libres.

Por eso creo esencial para garantizar una justicia ecuánime y certera que tampoco los Tribunales superiores -y el Constitucional incluido-, sean la definitiva promoción que cumpla una vez más el “principio de Peters”, sino el resultado accidental de la coincidente elección de las partes en cada caso, aunque gracias a eso, por variar las personas y las circunstancias, unos mismos jueces puedan resultar preferidos en una larga serie de recursos.

Parece innecesario ponderar cómo jueces así nombrados, no debiendo en absoluto su cargo a ninguna veleidad política, tienen su independencia garantizada y su ciencia e imparcialidad y su buen hacer sometidos al constante refrendo de los expertos.

d) El derecho a que se cumplan las normas procesales.

Las leyes procesales son evidentemente, por muy adjetivas que a veces se las llame, tan leyes como cualesquiera otras. Y que se sepa, salvo una doctrina “esotérica” desconocida y con fuerza de obligar, tan vinculantes como las demás. Cuando el art. 9, 1 CE preceptúa que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, por impropia que sea su expresión, no permite presuponer a nadie que las normas procesales formen un mundo aparte, sin verdadera obligatoriedad, que los jueces puedan cumplir o no según les plazca. Tampoco el Título Preliminar del CC consiente -ni podría consentir- una doctrina antagónica. Aunque la redacción actual del art. 6, 3 no sea tan rotunda como el 4º del texto primitivo, todavía su interpretación no consiente reducir las normas procesales a pautas de quita y pon, que se exigen a unos, se perdonan a otros y se ignoran impunemente por el juez a su libre arbitrio. ¿Es que acaso no son imperativas o prohibitivas o se establece en ellas otro efecto que la nulidad en el caso de contravención? ¿Qué criterio rige, por ejemplo, en la LEC para que unos trámites se tengan por esenciales y otros, a los que no se puede negar una *razón de ser*, se reputen accidentales y “dispensables”? ¿Es que cabe respecto a ellos la acepción de personas? Porque, una de dos: o deben cumplirse *siempre*, y entonces la excepción

(¡discriminatoria!) es absolutamente inadmisibile; o no deben cumplirse nunca, en cuyo caso habrá que afirmar la derogación por irracionalidad o desuso.

Para valorar adecuadamente las normas procesales es imprescindible percatarse de su objeto y del fin o fines a que se enderezan. Porque, según se ha puntualizado en otra ocasión, el Derecho Procesal, como “invento” jurídico, “no es sólo un medio para que haya leyes y decisiones judiciales y administrativas. ¡Para eso nos hubiéramos contentado con los decretos de los antiguos déspotas o con la jurisprudencia oracular!. No; lo que el Derecho Procesal pretende es erradicar lo irreflexivo y lo arbitrario para que las fórmulas, tanto abstractas como concretas, aplicables a la discriminación de interferencias interhumanas, se inspiren realmente en las reglas lógicas, trascendentales y formales, que hacen probable la verdad jurídica” (31).

Por eso se sostenía en aquel trabajo: “El Derecho Procesal, en todas sus *normas*, es el *software* al que se confía la probabilidad de acierto en las sentencias. Por tanto, *mientras no se demuestre otra cosa*, toda norma procesal ha de valer como condición presunta de verdad jurídica. La justificación de que no es así debe corresponder, *caso a caso*, al Tribunal que la invoque. En principio, cualquier requisito procesal inobservado hace que el proceso no sea el descrito como *debido* por la Ley. La subsanación de la falta será esencial para que no exista indefensión, si no se hace constar, mediante argumentos apodícticos, que la oportunidad perdida -y tardíamente recuperada- resulta indiferente para el fallo” (32).

Esta doctrina está diametralmente enfrentada con la que propugna nuestro Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia en este punto, muy poco acorde con el tan cacareado “principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”, tiende a restar importancia a la infracción de normas procesales, como si éstas nada significaran para una recta administración de Justicia. Por eso, una persona con sensibilidad jurídica no puede leer sin cierto estremecimiento afirmaciones como éstas: “El concepto de indefensión, con relevancia jurídico-constitucional, no tiene por qué coincidir con un concepto de indefensión de carácter meramente jurídico-procesal, pues la indefensión con efectos jurídico-constitucionales, y consiguientemente, la lesión de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso, o la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas, o cuando se crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades antes dichas, toda vez que en el contexto del citado art. 24 la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa e intervención en el procedimiento en el que se ventilan intereses concernientes para sostener la tesis preferente y sus pruebas para acreditarlas” (STC 21-II-87).

Decir que la CE cuando notoriamente consagra la garantía del debido proceso y prohíbe *absolutamente* la indefensión, al afirmar que *en ningún caso* puede admitirse, no se refiere a la indefensión jurídico-procesal es evadirse a una mística región adimensionada donde las unidades de medida juegan a crecer o menguar al albur en sus desplazamientos por el espacio. Como el art. 24 en su auténtica significación, y dada la situación real de la Administración de Justicia, obligaría al T. C. a revisar un excesivo número de procesos, la tentación de diafragmar el concepto de indefensión se hace cada vez más irresistible. En la alternativa de sacrificar derechos fundamentales o demostrar su impotencia para resolver sin dilaciones prohibitivas los recursos de amparo, el T. C. optó por lo primero, cuando hubiera sido mucho más puesto en razón restringir las causas de aquéllos, convirtiendo el rigor hermenéutico en eficaz disuasivo.

³¹ LOIS: *Nuevas reflexiones sobre el Derecho Procesal*, en JUSTICIA 89, II, 280.

³² *Nuevas reflexiones*, cit. 281.

¡Entender la garantía del debido proceso en sus justos términos sería bastante para hacer del Estado de Derecho algo más que la promesa frustrante en que lo han convertido nuestros demócratas de boquilla! Pero para eso sería inexcusable que el T. C., abandonando su actitud cohonestatoria y transigente se impusiera a sí mismo y a todos los procesos en que conoce los más estrictos módulos de calidad.

La misma doctrina se reitera en otras decisiones. “No toda infracción de normas procesales alcanza por sí sola el rango de vulneración constitucional que lesione los derechos reconocidos en el art. 24 CE, ya que la indefensión constitucionalmente relevante no tiene que coincidir necesariamente con la mera indefensión jurídico-procesal” (STC. 14-VII-88). O sea, que la indefensión jurídico-procesal (como, aquí se la califica para entrometer una distinción minimizante) no es- la que aparece prohibida en el art. 24 CE. ¡Quien no se sienta perplejo ante tamaña manifestación o bien comparte la ciencia infusa de los magistrados del alto Tribunal o acepta impasible la existencia de los espejismos jurídicos!.

“La indefensión con efectos jurídico-constitucionales -que no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales que los órganos jurisdiccionales puedan cometer- y, en consecuencia, la lesión de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, se produce únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (STC. 22-VII-88).

Una vez más se supone aquí que la vulneración *por los jueces* de normas procesales *en perjuicio de una parte* (y consiguientemente, en beneficio de la otra) carece de trascendencia para la decisión del litigio y deja indemne, así, la garantía del debido proceso. Esto implica creer que las normas procesales no desempeñan cometido alguno con respecto a la decisión justa, que puede alcanzarse por igual con ellas o sin ellas. ¡Grave error que nos retrotrae a estadios del más crudo primitivismo, cuando el Juez tribal era elegido por su carisma y resolvía, oídas las partes, con valor de oráculo!

¡Es una pena que el TC no haya comprendido aún la *ratio essendi* del Derecho Procesal!. Permítaseme, pues, aludir a ella mediante otra cita:

“Para brindar una descripción, lógicamente válida, del que yo denominaría “proceso idóneo para juzgar con probabilidad de acierto”, nada mejor que mostrar ante todo a qué necesidades trató de poner remedio la invención de los procedimientos judiciales. Porque la verdad es que primitivamente no existía proceso. Los caudillos carismáticos que actuaban de jueces, a quienes se presumía dotados de inspiración divina, habrían de ser tenidos por clarividentes respecto a los hechos y suponérseles con ciencia infusa de la Justicia. Como no cabía error en sus juicios, resolvían los casos de plano, sin necesidad de mayores averiguaciones ni de someterse a formulismos precautorios de cualquier índole. Oían a las partes, eso sí, para saber sobre qué versaba su discrepancia. Después emitían un dictamen infalible y asunto concluido. ¿No hacen hoy casi otro tanto los amigables componedores en sus arbitrajes de equidad? Como su nombramiento se debe a la plena confianza que en ellos depositan las partes, quienes han aceptado su veredicto de antemano; tampoco están sujetos prácticamente a ninguna limitación. Escuchando y fallando por instinto, ¿a qué las regulaciones complicadas, las reservas y garantías, las trabas y supervisiones, los actos en secuencia y las formalidades minuciosas? Con fe absoluta en la ciencia y en la conciencia del Juez todo eso es ocioso, cuando no perturbador y nocivo.

No gozando, por desgracia, los jueces de hoy de ningún carisma ni aun de gran ascendiente sobre las partes, parece natural que el Derecho positivo, ya que los impone, procure cuando menos que,

garantizada su *imparcialidad y modos de proceder irrepreensibles*, merezcan una mínima credibilidad a los justiciables.

La exigencia del debido proceso no se inspira en otro fundamento. El proceso al que es acreedor cualquier posible litigante no es el óptimo concebible, el proceso *ideal* que persigue como fin último la Ciencia de su nombre. No; el debido proceso se cifra en aquel modo de enjuiciamiento al cual, a pesar de alguna deficiencia en su concepción por el legislador, todavía se pueda seguir calificando como *proceso idóneo para un probable acierto en el fallo*" (33).

El legislador yerra en veces en su regulación del proceso -y a él sí que le puede ser aplicada la doctrina anterior del T. C., pues no todos sus errores serían constitucionalmente relevantes-; pero, salvo en estos contados casos, no cabe dudar legítimamente que los trámites concebidos por él como *garantías* para las partes, pueden ser omitidos *sin que pase nada*. Y si el litigante perjudicado recurre contra la infracción y el Juez se obstina en mantener la ilegalidad, ¿quién podrá negar que ha dejado de ser *fiable*? ¿Puede ese proceso, nublado por la sospecha, donde es obvio el empecinamiento en la sinrazón, tenerse aún por el debido proceso, tal y como lo concibe la LEC? ¡Yo no lo creo, porque pienso que el Juez, como la mujer de César, no sólo tiene que ser auténticamente imparcial, sino que debe mostrarse por encima de toda suspicacia!

Por eso siento consternación cuando leo en sentencias del T. C. frases como éstas: "Del art. 24,1 CE no se desprende el derecho a un trato igual y no discriminatorio ni perjudicial, sino más bien la ineludible exigencia de que las resoluciones judiciales sean motivadas y se encuentren jurídicamente fundadas". (STC 24-VI-88).- Es decir, con tal de que el trato discriminatorio sea "motivado", quien lo sufre tiene que resignarse. Si a semejante "teoría" se añade la "condescendencia" que el T. C. muestra, como veremos enseguida, respecto a las "motivaciones", la conclusión no puede ser más desalentadora: con los más flojos argumentos, un Juez puede hacer pasar dislates por Justicia, sin que el justiciable español tenga derecho a un recurso de amparo *viable*.

e) El derecho a la prueba.

Tampoco en esta ocasión la CE puede vanagloriarse de atinada cuando condiciona el derecho a la prueba a una "pertinencia" mal definida y a merced del Juez, que, según pronóstico asequible a cualquiera, serviría de portillo para burlarlo. ¿Cómo habrá de interpretarse aquí la prueba *pertinente*? ¿Cabe calificar *a priori* una prueba de "impertinente" antes de conocer los resultados que arroje su práctica? ¿Es mayor riesgo para el acierto en la decisión practicar alguna prueba impertinente o dejar de practicar alguna que pueda no serlo? Finalmente, una vez que la proposición y la práctica de la prueba tienen plazos globales, ¿qué perjuicios puede traer a los litigantes, al Juez o a la sociedad el que alguna de las admitidas pequen de inútiles? A lo sumo todo el daño consistirá en una pequeña pérdida de tiempo; si se quiere, en cierto menoscabo de la economía procesal. Pero las consecuencias de tan insignificante dispendio no son comparables a las que derivan de la inadmisión indebida de pruebas relevantes. Por eso, puesto ante la doble alternativa, no vacilaré en afirmar que se debe reconocer a las partes el derecho de aportar al proceso cuanta prueba crean conveniente para su defensa.

No me parece, pues, plausible el criterio -una vez más cohonestatorio- mantenido por el T.C.

³³ *Entre eufemismo y demo-a-cracia cit. Epílogo, págs. 230 y ss. de la edición privada.*

cuando establece, por ejemplo, una doctrina como ésta:

“El derecho a las pruebas no se manifiesta “como un derecho ilimitado a llevar a cabo la actividad probatoria que se proponga la parte, de manera que no toda denegación” comporta la vulneración del derecho fundamental, pues la facultad para pronunciarse sobre esta condición corresponde a los tribunales ordinarios, de la que no se ven despojados por el reconocimiento constitucional del derecho fundamental, siendo únicamente susceptible de examen por el T.C. en los supuestos de falta total (¡ !) de fundamentación o de absoluta (¡ !) incongruencia en la motivación del rechazo del medio propuesto” (STC. 21-1-87).

¿No se habrá percatado el T. C. que con tan desmedido tributo a los poderes del Juez se disipa el derecho a la prueba, incluso a la pertinente? Un criterio tan desorbitadamente restrictivo (sin otra ratio que disminuir el número de recursos), equivale a “politizar” el derecho fundamental, que valdrá... si así le place al - Juez de instancia o al T.C. después: ¡Medio perfecto para la acepción de personas o para la distinción política schmittiana entre el “amigo” y el “enemigo”!.

Esta doctrina se ha reiterado con frecuencia y, en ocasiones, se ha endurecido. Así ocurre en esta otra sentencia:

“El derecho a utilizar los medios de prueba no supone despojamiento (¡ !) de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por el TC en los supuestos de falta total (¡ !) de fundamentación o de absoluta (¡ !) incongruencia en la manifestación del rechazo del medio de prueba que haya sido propuesto o cuando tal motivación sea arbitraria o irrazonable” (STC 30-IX-87).

Claro que, en algún otro caso, el alto Tribunal no se ha mostrado tan rigorista y para otro recurrente ha endulzado su posición. Dice ahora:

“El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, constitucionalizado en el art. 24, 2 CE, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo, prefiriéndose incluso el exceso en la admisión a la postura restrictiva. Lo que no implica la pérdida de la potestad judicial, en nuestro sistema de libre apreciación de la prueba, para que no sólo pueda declarar la impertinencia de la prueba dentro de los cauces legales y constitucionales, sino para valorarla críticamente y fallar en consecuencia. Todo ello supone que la parte alegue y fundamente la trascendencia y relevancia de la prueba o que esto resulte de los hechos y peticiones de la demanda, como también que el Juez o Tribunal haga lo mismo, satisfaciéndose así el interés privado y el público (art. 120,3 CE) (STC 25-IX-87).

El primer párrafo de la cita establece la que sería correcta interpretación del texto constitucional -dado el requisito de la pertinencia-; el segundo, un modo de disimular el cambio de doctrina. En relación con este segundo párrafo -y con casi toda la jurisprudencia de nuestro T. C. en torno al debido proceso- hay que resaltar una cosa: Que no se interpreta la Constitución, como sería obligado (art. 10,2), de acuerdo con la DUDH, pues en ésta ese derecho consiste en “ser oído públicamente y *con justicia* y en condiciones de plena igualdad”, mientras que, en cambio, al intérprete de nuestra Ley básica la Justicia, formal y material, le tiene sin cuidado.

Hay, también, -en ésta y en otras sentencias del T.C.- un error gravísimo en torno al sistema que sigue nuestro Derecho para la valoración de la prueba en materia civil. El T. C. asimilando el sistema civil al penal, habla de “libre apreciación de la prueba”, cuando nuestra legislación civil, sabiamente, se pronuncia por una fórmula más compleja, que depende de la índole de los diferentes medios probatorios. Existen, entre nosotros, pruebas de apreciación *legal* (confesión,

documentos públicos y privados, presunciones legales), cuya valoración, efectuada por el Legislador de antemano, es obligatoria para el Juez; pruebas sometidas a las **reglas de la sana crítica** (testimonio, pericia), que tampoco son de libre apreciación, sino que han de valorarse, aplicando el método histórico (testigos) o científico-técnico (dictámenes periciales). Por último, de **libre apreciación** son sólo los indicios y las presunciones naturales ⁽³⁴⁾.

Es verdad que muchos jueces soslayan las reglas legales de valoración recurriendo a la reprobable argucia de la llamada **apreciación conjunta de la prueba**, que no suele ser otra cosa que una forma de perezoso escamoteo a una difícil operación empírico-dialéctica hecha en **fraude a la ley**. Sobre esta fuga comodona hacia el arbitrio o la arbitrariedad he citado más de una vez el juicio que le merecía a uno de los más grandes jueces españoles que yo haya conocido: D. Francisco Rodríguez Valcarce, Magistrado que fue del T. S., quien la anatematizaba con estas palabras:

“En la fijación de los hechos existe -y la denunciamos de cara una práctica vituperable, propia de espíritus holgazanes o carentes de función crítica, que bien quisiéramos que desapareciera de los folios del proceso. Me refiero, al conocido fundamento de derecho que, poco más o menos, se exterioriza así: **Considerando que del conjunto del elementos probatorio recogido en autos, es evidente que entre el actor y el demandado se concluyó un negocio jurídico de... en razón de lo cual procede estimar la demanda que lo invoca**. Tal fórmula no merece reproche si antes se desmenuzó o se desmenuzaron uno por uno los medios de prueba aportados y responde a la concepción sintética del análisis precedente; pero es condenable cuando es consecuencia de una impresión de **visu** que no se detalla y pondera, esquivando el tuétano del problema, como si el Juez no estuviera ligado por el deber, que tanto le honra, de razonar sus afirmaciones; y más debe de censurarse la **cómoda salida** cuanto que el litigante debe conocer los motivos del fallo para impugnarlos con los recursos”. ⁽³⁵⁾

f) El derecho a una sentencia suasoria.

Aunque la jurisprudencia de nuestro T. C. entienda que se satisface el derecho a la tutela judicial **efectiva** con cualquier sentencia con aparente fundamentación, por inconsistente que la misma sea; tan reaccionario posicionamiento, amén de hacer de la “efectividad” algo ilusorio, quiere que el pueblo español acepte como desenlace **válido** de un “debido” proceso el que concluye mediante una sentencia notoriamente **indebida**; es decir, paradigma de la que nunca debería dictarse. Cuando, en verdad, entre proceso y sentencia tiene que haber una perfecta correlación: No hay buen proceso con “ mala sentencia, ni buena sentencia con un proceso anómalo. Pues el proceso, como investigación histórico-jurídica **normalizada**, culmina en una **decisión preferencial** sólo exenta de acepción de personas cuando los razonamientos del Juez demuestran cumplidamente que los alegatos del vencedor se imponen sobre los del vencido, al valorar según Derecho, por separado y conjuntamente, cada medio de prueba o su falta, en función de las incidencias -acreditadas- del **onus probandi**.

La fundamentación de una sentencia correcta, donde se discutan **hechos y derecho**, debe, por

³⁴ Por todos: COUTURE: **El concepto de fe pública**, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, 1949, II, 85 ss. Las reglas de la sana crítica, en *Id.* 195 ss.

³⁵ RODRÍGUEZ VALCARCE: en *RDPProc*, 1948, II, 264.

consiguiente resumir:

- a) Las pretensiones de cada parte, según figuran en sus respectivos suplicos.
- b) Los sendos esquemas lógicos que presiden la subsunción de los hechos aducidos en el Derecho supuestamente aplicable.
- c) Precalificación de los hechos en orden a la prueba para distinguir los que necesitan y los que no necesitan ser probados y a quien grava la carga de acreditarlos.
- d) Medios probatorios aportados para verificar cada hecho alegado.
- e) Valoración legal de cada uno y del efecto persuasivo de combinarlos.
- f) Qué alegaciones de hecho han resultado, así, probadas y cuáles desvirtuadas.
- g) ¿Es correcta, o no, y por qué, la subsunción preconizada para cada uno de los hechos probados?.
- h) ¿Qué norma o normas procede aplicar entonces al caso debatido y cuál es la significación y las consecuencias jurídicas de la más adecuada para discriminarlo?
- i) Conclusiones de las anteriores premisas y fallo que se infiere.

Cuando la sentencia versa únicamente sobre discrepancias en torno al Derecho aplicable o su interpretación, la cuestión litigiosa se simplifica. En cambio, es menester atenerse fielmente a las exigencias del método jurídico para solventar con fuerza de convicción cada punto dudoso. De ahí que, sea o no finalmente aceptable, haya de calificarse siempre como arbitrario el fallo **porque sí** o con inconsistente motivación, porque objetivamente la probabilidad de alcanzar la verdad jurídica es función del rigor científico en el tratamiento de los problemas y si, procediendo por instinto, la probabilidad de acierto no excede del 50%, sería menos injusto dirimir el litigio al cara o cruz, en donde, al menos, no hay sospecha de acepción de personas. Por eso me parece absurda la práctica que siguen nuestros tribunales superiores cuando, sin aceptar ni uno solo de los razonamientos fundantes del inferior, por el hecho de sostener el fallo, **dan por confirmada la sentencia** y ratifican, por ejemplo, la condena en costas. Eso es crudo voluntarismo anacrónico. Desde que la motivación del fallo se desmorone, la sentencia, privada de justificación racional, tendría que tratarse como decisión arbitraria. En realidad, no debería valer como tal sino como no-sentencia, que por ser radicalmente nula, exigiría el reenvío al tribunal inferior para que otro Juez la pronunciase de nuevo, pues sólo así se mantendría el principio de la doble instancia. Se objetará tal vez que el reenvío atenta contra la economía procesal; pero, habiendo en definitiva prosperado los argumentos del recurrente contra la sentencia ¿no es peor imponerle la de apelación o casación sin derecho de crítica? Cuando los razonamientos de un tribunal son confirmados por el otro, tras haber tenido el recurrente la oportunidad de impugnarlos, hay cierta base para suponer que la sentencia es correcta. Mas si enfrentamos al litigante con una fundamentación que no tiene, nada que ver con la primera, ¿por qué no permitirle reargüir contra los nuevos alegatos?

Si una sentencia, para coronar el debido proceso, debe reunir todas las anteriores condiciones, es obvio que, si alguna le falta, la tutela judicial no podrá tenerse por **efectiva**. Esta -lo confesamos- no es ciertamente la interpretación que nuestro T. C. atribuye al precepto: pero quien quiera que reflexione sobre el canon hermenéutico que impone la DUDH al afirmar el derecho a una “**audiencia con Justicia**”, tendrá que reconocer que se traiciona este ideal cuando lo alegado y probado por una o las dos partes se adorne en los autos y no informa como motivación la sentencia.

La Jurisprudencia del T. C. sobre los niveles de calidad que el art. 24 CE impone a la sentencia

responden a la táctica que ha seguido desde un principio el alto Tribunal para verse libre del exorbitante número de recursos a que da lugar, por una parte, la tendencia al caciquismo de los funcionarios administrativos y, por otra, la deficiente formación jurídica del juez medio.

“El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la CE garantiza a todos -dice el TC en un Auto de 28-X-86- se satisface cuando se obtiene una respuesta fundada en derecho. Que esta respuesta haya de ser siempre la misma cuando las cuestiones planteadas son idénticas, o no hay al menos diferencia que no podría satisfacerse sin una transformación “total y radical de nuestro sistema jurídico que de tener su base en la ley debería pasar a apoyarse en el derecho de creación judicial o, más precisamente, en los precedentes. Es claro, no obstante, que el constituyente que ha declarado (art. 117,1) que Jueces y Magistrados están sometidos sólo al imperio de la ley, no ha querido producir esta transformación en nuestro ordenamiento y, en consecuencia, no ha arbitrado ni querido, para asegurar la igualdad en la aplicación judicial de la ley, otros mecanismos que los ya existentes en nuestro sistema y que, desde luego, no ha pretendido que el T. C., a través del recurso de amparo, se convirtiese en un tribunal de casación universal”.

Prescindamos del párrafo segundo del extracto citado, de tan pésima redacción que uno no sabe qué quiere decir. El primero, aunque también en cierta medida sibilino, trasluce en qué ha venido a parar el derecho a la tutela judicial efectiva en la sedicente democracia española: en limitar las aspiraciones de nuestro pueblo a una justicia *de apariencias*, no real, ni siquiera probable. Pues aunque se nos den dislates exegéticos en vez de normas; con que nos diga un Juez que, en su opinión, el Derecho positivo es ese, no tenemos otra salida que resignarnos. No importa que otro Juez, en caso idéntico o indiscernible, sentencie en forma diametralmente opuesta. La igualdad ante la ley, el trato igual para supuestos iguales, no implica uniformidad al aplicar la ley, pues ésta sigue siendo la misma para todos. aunque reporte a unos uvas y a otros agracejos. Y, como se dice en el párrafo tercero de esta sabia resolución de nuestro supersupremo Tribunal, puesto que jueces y magistrados sólo están sometidos al imperio de la ley, quedan facultados para interpretarla contradictoriamente, pese a que, al proceder así, uno de los dos esté demostrando que para él sumisión y quebrantamiento son lo mismo. Es decir, que el sometimiento a ley por parte de los jueces resulta, según esta doctrina, tan “nominal” que un recurso de amparo no puede prosperar aunque lo resguarden la igualdad ante la ley y el principio lógico supremo.

Veamos la absurdidad de esta teoría con la fuerza de un ejemplo. Imaginemos que un juez, aplicando acertadamente una ley, impone en una litis L , al demandado D , la consecuencia jurídica C , favorable al actor A . Y que otro, más tarde, en la litis $L' = L$, infiere contra el actor A' , con base en la misma ley, la consecuencia jurídica antitética $-C$ (no $-C$). A' recurrirá vanamente en amparo, pues el T. C. cohonestará la vulneración incontrovertible *por uno de los jueces* de un precepto legal y de los arts. 14 y 24 de la Constitución. ¿Sirve, entonces, el recurso de amparo para garantizar a todos el debido, proceso?

Cuanto al párrafo tercero del extracto, tampoco es convincente. Por más que el T. C. no sea, en rigor, “un tribunal de casación universal” *respecto a la legislación ordinaria*; sí lo es respecto a las normas constitucionales y a todos los derechos fundamentales. Y entre ellos, muy especialmente, el que consagra el art. 24 a la tutela judicial efectiva. Un Tribunal constitucional a la altura de sus deberes trascendentales no puede transigir con las sentencias inconsistentes, máxime cuando su baja calidad cause desdoro a un Tribunal que, como entre nosotros el Supremo, debe justificar ante el pueblo las expectativas de verdad jurídica que en él se ponen. A mí me parece un deber de todo jurista esforzarse sin concesiones por mejorar nuestro Derecho, que sufre en la actualidad, y casi en situación desesperada, su propio “sida”. Y por eso creo necesario hacer patente aquí que si el T. C., lejos de propiciar actitudes cohonestatorias, se hubiera mostrado intransigente y rigorista en la defensa de los derechos fundamentales y, sobre

todo, del debido proceso, su credibilidad y la de los tribunales sería otra.

Lamentablemente, la jurisprudencia constitucional, aparte de las incomprensibles estadísticas que la condenan ⁽³⁶⁾, al mostrarse fluctuante y tornadiza, da pie para sospechar que a veces actúa por motivaciones latentes o haciendo acepción de personas.

Veámoslo en algunos ejemplos.

La STC de 22-VII-87 dice, por una parte: “La incongruencia que puede vulnerar el art. 24 CE es únicamente aquella que afecte esencialmente al principio de contradicción, no cualquier divergencia del fallo judicial respecto de los términos en que el debate procesal se hubiere planteado; es preciso, por tanto, que junto a la infracción de los preceptos procesales ordinarios, haya también una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, pues sólo en ese caso se podría producir la indefensión de las partes, por no haber podido prever el rumbo de la controversia y por haberse visto imposibilitadas de alegar o actuar en su defensa”.

Este punto de vista, que reiteran, casi a la letra, otras sentencias anteriores (9-XII-84; 7-III-85; 8-X-96, 23-I-7), implica un craso error. Si cada pretensión de las partes podría desembocar en un proceso independiente y dar derecho a una sentencia fundada, el hecho, perfectamente legítimo, de su acumulación no puede llevar aparejada, a modo de sanción, la pérdida del derecho a su tutela efectiva. En consecuencia, ***todas y cada una de las pretensiones de las partes debe ser resuelta por el Tribunal***. Lo contrario sería sustraer al obligado pronunciamiento judicial algunas de las peticiones formuladas, con cierta disfrazada denegación parcial de justicia. Esto se ha visto en la necesidad de reconocerlo, en algún caso, el propio T. C., cuando en sentencia de 23-VII-87 (¡un día después de la citada con anterioridad y por eso el dato no puede ser más significativo!) decía lo siguiente: “La exigencia de congruencia contenida en el art. 359 LEC no implica un ajuste literal a las pretensiones de las partes, dada la potestad judicial para aplicar la norma correcta (*iura novit curia, dabo tibi ius*); lo que supone el deber judicial de respuesta adecuada y congruente es el respeto a los hechos que determinan la ***causa petendi***, de tal modo que sólo ellos, junto con la norma que les sea correctamente aplicable, sean los que determinen el fallo; no hacerlo así, olvidar u omitir la causa de pedir, entraña una incongruencia por omisión, una falta de respuesta, una denegación técnica de justicia y, en definitiva, la indefensión a que alude el art. 24, 1 CE.”.

Todavía, sin embargo, la tesis mantenida no tiene la necesaria generalidad, por culpa tal vez de una errónea concepción, imputable, probablemente, al peso de anteriores rutinas, del principio invocado, según el cual el Derecho lo fijaría el Juez. Esto es evidentemente cierto, como que constituye la esencia misma de la función judicial. Ahora bien, en gracia de ese mismo apotegma, las facultades de Juez, donde, como entre nosotros, rija ***el principio dispositivo***, tienen que contenerse en la interpretación del Derecho y en definir los hechos según, las normas probatorias; sin que sea lícito pasar por alto las ***declaraciones de voluntad*** -es decir, las pretensiones de las partes, porque, en el proceso civil, el poder de mando sobre el derecho litigioso lo tiene una u otra parte; nunca el Tribunal. Cabe al Juzgador decir a las partes: “La consecuencia jurídica que intentas extraer de la norma en que quieres ampararte no es la que la norma, rectamente interpretada, establece. Por tanto, no pudiendo pedir lo que pides, no es posible acceder a tu pretensión”. Lo que no le cabe a la Magistratura sin incongruencia es, otorgar a la parte algo no pedido, ni comprendido en su petición. Si el cambio de demanda no es lícito al actor, mucho menos al Juez.

El T. C. dio la impresión de haber hallado al fin la posición justa al afirmar: “Entre las

³⁶ Vid. la nota 17 en este mismo libro.

exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra la de dar respuesta motivada y fundada en Derecho a **todas** las cuestiones suscitadas “por las partes” a lo largo del proceso, mucho más cuando afectan a la inadmisibilidad del recurso o, en general, de la acción ejercitada, puesto que dicha respuesta condiciona la existencia misma del procedimiento. La omisión de un pronunciamiento sobre alguna de tales cuestiones, que pertenecen a lo que viene entendiéndose como orden público procesal, puede provocar, no ya la incongruencia de la resolución judicial, sino, más aún, la vulneración del art. 24, 1 CE.” (S. 29-IX-88).

He dicho “dio la impresión de haber hallado” por dos razones. La primera, porque cuando se sostiene que “la omisión de un pronunciamiento... **puede** provocar... la vulneración del art. 24, 1 “, ya se está poniendo en duda el alcance general de la regla que acaba de sentarse. Es como confesar que en unos casos el T. C. le reconocerá ese efecto. Y en otros, no. De tal modo, la norma no es norma (¿no cumple el requisito de la generalidad!), ni es igual para todos. Y el T. C. no se autolimita, sino que deja el camino abierto para cumplirla en unos casos y no en otros.

Deplorablemente, no estamos aquí tan sólo ante un efugio teórico, sino ante una práctica inadmisibile del alto Tribunal. Me duelo de la misma -lo reconozco- tanto por convicciones doctrinales muy firmes cuanto por dolorosa experiencia personal.

En efecto: en varias ocasiones me las he visto con el T. C. en recursos de amparo basados, entre otros motivos, en la violación del art. 24 CE. por muy graves atentados a la garantía del debido proceso. Por ejemplo: en sobreseimiento **provisional** de un sumario cuando ni siquiera se habían practicado varias pruebas acordadas en resoluciones firmes, con cosa, juzgada formal. Además, y para colmo, el auto en que se tomaba decisión semejante, incurriendo en flagrantes incongruencias *por omisión*, no sólo pasaba por alto la denunciada vulneración del art. 622 LECr., al dar por concluso el sumario sin que las diligencias decretadas se hubieran llevado a efecto aún; sino que patentizaba una incomprensión absoluta del objeto procesal, determinante de la querrela, al fundar su pronunciamiento en la inexistencia de “el dolo específico caracterizador de delito de apropiación indebida”... “al no serle denegada al querellante su restitución”, cuando se trataba de un depósito de cuatro instrumentos, de los cuales uno **había desaparecido**, dos se habían despiezado y estaban incompletos y prácticamente reducidos a chatarra (como había demostrado el reconocimiento judicial) y, en consecuencia, la restitución ya no era posible respecto al instrumento principal, más valioso, que los otros tres juntos, ni a dos de los otros. Sí lo era en cuanto al único que cita el auto, que tampoco entonces se devolvió, ni se había devuelto a la fecha del recurso de amparo ni se ha devuelto al presente más de siete años después! Para colmo, el Tribunal se mostraba tan completamente “desinformado” de los hechos y de las pruebas que suponía que el único instrumento mencionado por él estaba reducido a piezas, ¡cuando era el único que en aquel tiempo se conservaba tal cual! (hoy ya no).

Si un auto como, el aludido, tan ajeno a la **causa petendi** y con tan patentes incongruencias, sobre todo por omisión, fue estimado correcto; y si un proceso, no enderezado a investigar la verdad sino más bien tendente a encubrirla, que a mi no me parecía otra cosa que un paripé -y así lo dije-, no quebranta el derecho fundamental a la tutela judicial **efectiva**, uno se pregunta cómo en otros supuestos ha podido prosperar la incongruencia por omisión.

Aducíamos también en el recurso que el sobreseimiento provisional, improcedente en el caso, no era sino un modo cauteloso de fraude a la ley, para privar al querellante del recurso de casación. Este motivo tampoco se tuvo en cuenta entonces, aunque, como veremos, haya prosperado después.

(En el apéndice, se publican mis recursos de amparo y los autos del T. C. que los resolvieron, para que unos y otros sean enjuiciados por los lectores, si así les place).

En otro de tales recursos, en que se invocaba también el art. 24, los atentados a la garantía del debido proceso eran múltiples; pero, sobre todo, había dos gravísimos. Una entrañaba la volatilización de una sentencia firme al pedir su ejecución. La otra, una incongruencia por omisión, cometida para llegar a este resultado querido: anular la condena al resarcimiento de perjuicios que había ordenado la sentencia firme. Los medios de que se había valido el Tribunal con este objeto no eran precisamente legales ni ortodoxos; pero fueron cohonestados por la Sala Especial de Revisión y luego por el Tribunal Constitucional.

Por increíble que resulte, el caso puede, en substancia, resumirse así:

Procedimiento contencioso-administrativo principal.

La Audiencia Nacional, había dictado sentencia estimatoria el 21-XI-1983, con fallo del tenor literal siguiente: “Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo... contra las resoluciones impugnadas a que estas actuaciones se contraen, y cuyos acuerdos, por no ser conformes a derecho, debemos anular y anulamos **declarándolos sin valor ni efecto alguno** y declarando igualmente el derecho del actor a la indemnización de perjuicios, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, y todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.”

Como todo el problema litigioso en la ejecución de sentencia había de versar sobre la interpretación del precedente “fallo” y como la “ratio” del mismo estriba en los “considerandos” que lo sustentan, parece indispensable transcribirlos aquí en su substancia. Decían: 1º). “Se impugna mediante este recurso... la resolución de la Dirección Gral. del Instituto N. de la Salud de 24-X-81, que ordena, condicionadamente, el abono al actor, de las cantidades adeudadas al Sanatorio X, de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el concierto, correspondiente al período comprendido entre 10 de Mayo de 1977 y 17 de Diciembre de 1978 y desestimando por vía de silencio las demás peticiones deducidas por el actor a partir de 13 de Junio de 1977.” (Obsérvese que la resolución de 24-X-81 es un de las declaradas nulas en el fallo y que en este “considerando” la Sala se limita a resumir su contenido, naturalmente que no para aceptarlo. El auto recurrido, en cambio, como veremos, dando virtualidad a lo nulo, toma por declaración de la sentencia estas manifestaciones de parte). 2º) “Del expediente administrativo y en lo atinente a este recurso se deduce, en síntesis, lo siguiente: a) En fecha anterior a 1977 se autorizó por la Dirección Gral. de la Seguridad Social concierto para la asistencia tocológica de las beneficiarias de la Seguridad Social con la Clínica del Dr. L; b) el 18 de Mayo de 1977 el Director Provincial de P. o, quien hacía sus veces, remite al actor la siguiente comunicación: “Lamentamos manifestarle que, según nos comunica nuestra Superioridad, no es posible concertar actualmente los servicios de ese Sanatorio, debido a que el Dr. L... “; c) No ha sido posible encontrar rastro de quien ha dictado la resolución mencionada.”. 3º) De lo expuesto se deduce la procedencia de estimar el recurso, ya que impugnándose la resolución que comunica el cese del concierto, es evidente que o bien no se llegó a dictar el acto recurrido, como se deduce del escrito de la Administración de 13-IV-81 contestando al escrito de queja del recurrente, que obra en estos autos, o bien fue dictado por órgano manifiestamente incompetente, ya que el Director Provincial ... carece de facultades para resolver por sí y ante sí un concierto”. 4º) “En consecuencia, procede estimar el recurso, ya que en la resolución concurren al menos dos vicios que la hacen disconforme con el ordenamiento jurídico: a) Inexistencia de acto, o, en su caso, incompetencia del Director Provincial para dictarlo; b) Incumplimiento de las formalidades que para el supuesto de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos prescriben los arts. 224 del Reglamento de contratación del Estado y concordantes”. 5º) “Igualmente es procedente decretar la indemnización de daños y perjuicios en favor del actor, ya que la resolución originaria de este procedimiento le ha ocasionado al actor perjuicios que la misma Administración reconoce,

cuando ordena que se le indemnice conforme al concierto las cantidades que corresponden al período comprendido entre el 10 de Mayo de 1977 y Diciembre de 1978, todo ello sin perjuicio de su concreta fijación en ejecución de sentencia”.

La interpretación de una sentencia estimatoria, *cuya congruencia debe presumirse*, ha de ser hecha necesariamente teniendo en cuenta la súplica de la demanda rectora. Pues bien, allí se pedía: ... “dictar sentencia declarando la nulidad de pleno derecho del acto contra el que se recurre, identificado en el escrito de interposición, por las razones aducidas... que se reconozcan al recurrente los derechos económicos reclamados en su escrito de 2 de Febrero de 1980 y se condene al I.N.P. a su pago, con las costas, *más los daños y perjuicios que ha ocasionado la injustificada demora*, que se fijarán en su momento procesal oportuno; que se declare igualmente que, por desbordamiento patente de los plazos discrecionales otorgados a la Administración para dictar la resolución expresa interesada en ese mismo escrito de 2 de Febrero -y otros complementarios- por imperativo de congruencia era procedente resolver en el deficiente acto impugnado el recurso de 13 de Junio de 1977, declarando la inexistencia o nulidad del pseudo-acto contra el que se procedía, substituyéndose la Excma. Sala a la entidad administrativa renuente contra la que se formula la demanda, pronuncie sentencia anulatoria, por las razones aducidas, con restablecimiento en favor del Dr. L de la situación individualizada que derivaba para él del “concierto, en puridad vigente y solo *de facto* extinguido, con abono de todos los débitos ocasionados, daños, perjuicios que se prueben y las costas de este asunto”.

Posteriormente, en *conclusiones*, como la entidad demandada había abonado al actor una parte de los honorarios médicos devengados, se modificó el suplico de la demanda para reclamar “los derechos económicos no sufragados todavía de los reclamados en el escrito de 2 de Febrero 1980, y se condene al INP., a su pago, con las costas, más los daños y perjuicios causados por la injustificada demora” etc. En lo demás, se reproducía la súplica de la demanda.

Por tanto, estaba clarísimo que, junto a la deuda principal, se reclamaban dos clases de daños y perjuicios: los “causados por la injustificada demora”, más los derivados de la caciquil y arbitraria ruptura de facto del concierto. *Al ser estimatoria -y congruente- la sentencia, no se podía referir a otros.*

La subsiguiente fase ejecutiva.

La *súplica* de la demanda que abría la fase de ejecución se componía de una pretensión principal y dos “otrosíes”. La pretensión principal instaba literalmente lo que sigue: “SUPLICO a la SALA que, admitida esta relación de daños y perjuicios, presentada por mí representado, previa entrega de copia de la misma a la contraparte, y previa su audiencia y alegaciones en plazo de seis días, fije su importe definitivo *si se produce conformidad* o, en caso contrario, se substancie el correspondiente incidente, se reciba a prueba y resuelva en Justicia”.

El primer otrosí decía: “Que publicada en el BOE de 28 del pasado Octubre una Resolución ministerial ordenando se dé cumplimiento pleno a la sentencia, ello parece llevar inherente el restablecimiento del concierto y la reposición de mí representado en el ejercicio de sus funciones médicas concertadas. De no ser así, nuevos perjuicios se le habrían irrogado, que sería preciso igualmente indemnizar, de acuerdo con las mismas bases ya establecidas. SUPLICO, pues, para esta hipótesis posible, que, a falta de cumplimiento de la sentencia en punto a la restitución a mí representado de las funciones médicas concertadas, se disponga también la indemnización por este concepto, fijada multiplicando el perjuicio medio probable por los años de trabajo que restan a mí representado hasta, la fecha de su jubilación”.

El segundo otrosí rezaba: “Que, ejecutando en parte y en forma muy superficial la precedente Resolución, en Diciembre pasado la Delegación Provincial de Vigo (Pontevedra) ha abonado a

mí representado la cantidad, poco menos que simbólica, de dos millones doscientas treinta y nueve mil quinientas una ptas., que dice corresponder a las siguientes partidas adeudadas: 1.861 200, por hospitalizaciones; 372 301, por honorarios médicos y 6 000 por transfusiones. Recibida esta cantidad **a cuenta**, debe deducirse del total importe de nuestro crédito. En cambio nada se dispuso sobre el restablecimiento del concierto. SUPlico tener en cuenta estas manifestaciones en sus plenos efectos”. (Obsérvese que lo pagado corresponde, en todas sus partidas a honorarios devengados, anticipos y servicios **prestados ya**, los cuales no constituyen “perjuicios” sino la obligación principal no satisfecha y aún debida, **con mora enormísima**. Los perjuicios son, como ningún jurista ignora y el CC sanciona en sus arts. 1100, 1101, 1106, 1107; 1108 y 1109), los efectos del incumplimiento obligacional o del daño causado mediando dolo, culpa o negligencia.

Al interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Supremo fijábase los “hechos” que le servían de base en los siguientes términos:

1) Los del auto apelado resultan reticentes e incompletos en cuestiones de importancia vital para la decisión. Por ejemplo, en el segundo hecho, de su exposición se dice que *en escrito presentado ante esta Sala por el recurrente en siete de abril de 1987 se insta la ejecución de la sentencia presentando relación de daños y perjuicios con la suplica de que fuere fijado su importe definitivo*.

Se omite, así, algo trascendental en nuestro suplico. Lo pedido a la Sala no era simplemente, como quiere dar a entender el hecho segundo, -que se fijara ese *importe definitivo*, sino otra cosa de muchísimo mayor alcance y apodíctica de Derecho. Lo que pedíamos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 929 y 930 de la LEC eran que, admitida esta relación de daños y perjuicios... previa entrega de copia a la contraparte y, previa su audiencia y alegaciones en plazo de seis días, fije su importe definitivo **si se produce conformidad** o, en caso contrario, se substancie el correspondiente incidente, se reciba a prueba y resuelva en Justicia*.

La alusión en nuestro suplico a lo dispuesto en el art.: 930 era bien diáfana. El art. 930 dispone, en efecto: *Si el deudor se conforma con la relación de los daños o perjuicios y su importe, la aprobará el Juez **sin ulterior recurso**, y se procederá a hacer efectiva la suma convenida en la forma establecida en los arts. 921 y siguiente*.

Pero el art. 930 tiene un segundo apartado de la máxima significación e importancia, que se ha pasado por alto aquí. Dice: ***Se entenderá que presta su conformidad si deja pasar el término expresado en el artículo anterior* (¡los seis días!) *sin evacuar el trámite***.

2) Fijémonos ahora en los hechos reseñados como tercero y cuarto. *Por providencia de 14 de abril de 1987, se dio traslado del escrito presentado al Sr. Letrado del Estado por término de seis días, a tenor del art. 929 de la LEC,* Quien, en escrito de 4 de junio solicitó, con suspensión del término conferido, prórroga hasta que se recibiese en ese Servicio Jurídico la información solicitada al INSALUD, en relación con la indemnización solicitada por el Sr. L.; dictándose Auto en fecha 12 de Junio recibiendo el incidente a prueba, de conformidad con el art. 931 LEC*.

Lo que se silencia en el hecho 4 es que el Auto de 12 de Junio rechazó la petición de prórroga. Y que, por tanto, aquel plazo legal de seis días aplicado por la Providencia de 14 de Abril había ya precluido con creces, puesto que para entonces **había transcurrido bastante más de un mes**. Por otra parte, el Letrado del Estado no instó en su escrito ninguna otra petición ni formalizó en él ninguna oposición a nuestra tasación de daños y perjuicios. Únicamente dijo que, a falta de informe sobre la procedencia, o no, de las sumas y conceptos a que la indemnización pretendida se refiere, no podía ejercer su función defensora.

Está claro, por tanto, que estamos ante el supuesto facticio previsto en el art. 930, 2 de la LEC. ***Luego el Tribunal debió aplicar inexcusablemente la consecuencia jurídica prevista para el mismo.*** Para dar cumplimiento al precepto era necesario que la Sala valorase el silencio del ejecutado como conformidad a la evaluación de los perjuicios hecha por el ejecutante. Por el principio de imparcialidad judicial, los litigantes deben ser tratados con igualdad sean quienes sean. La llamada “autolimitación del Estado” implica que los poderes públicos tengan que litigar acatando las normas procesales como cualquier otro litigante. Nos hallamos, pues, ante un supuesto de “adquisición procesal”, donde el actor resulta legalmente beneficiado al omitir la contraparte una carga que le impone (y no, por cierto, arbitrariamente) el Ordenamiento. Pues no se olvide que estamos en “ejecución de sentencia”; que ha de darse por supuesto que la sentencia firme es ***verdad jurídica*** y que el ejecutado se libra de esa sanción sólo con presentar sus alegaciones. Cuando hay condena a daños y perjuicios es ***porque consta ya que existen*** y sólo se trata en el incidente de fijar su cuantía. El Legislador es consciente de que ***no hay nadie más cualificado para precisar el importe de unos perjuicios que quien los ha sufrido; en rigor sólo el interesado conoce su verdadera extensión.*** Pero sabe también que los ejecutantes propenden a elevar su importe tanto como puedan. Por eso hay que dar oportunidad de audiencia y contradicción al ejecutado e, incluso, estimular su filtro crítico. De ahí lo dispuesto en el art. 930, 2, que trata de incentivar, a un tiempo, la audiencia y contradicción del ejecutado; pero no sin prevenir sus reticencias, largas y argucias. De ahí el plazo perentorio que le fija y la sanción con que amenaza su pasividad.

Es indiferente para la aplicación del art. 930, 2 el hecho de que figure como ejecutada la Administración pública. La norma procesal no distingue y, por tanto, el principio de igualdad ante la Ley se impone. Además, es justo que sea así. Por uno de los harto discutibles “privilegios de la Administración”, ésta conocía ya desde 1. de Diciembre, -fecha de nuestro escrito al efecto- el importe del débito principal aún pendiente y de los daños y perjuicios que se le reclamaban. ***Dispuso, pues, no ya de seis días, sino de más de cuatro meses y medio para preparar su oposición.*** Si no la hizo en tiempo, cuando no ignoraba ni podía ignorar (¡con el ejército de asesores sumamente cualificados que tiene a su disposición!) que el tránsito del plazo en vano era equivalente a prestar conformidad a la tasación del ejecutante -puesto que la ignorancia no excusa-; allá ella el efecto legal tiene que producirse. Y ni siquiera podemos decir aquí “dura lex, sed lex”. La Administración tuvo, no una, sino sobradas oportunidades de contradecir y disfrutó de un plazo 22 ***veces mayor*** que el atribuido por la LEC al particular ejecutado.

Esto aparte, el escrito que presentó el Letrado del Estado en cuatro de Junio era inadmisibile. Sencillamente, por pedir la prórroga de un plazo improrrogable. En efecto; el plazo, improrrogable, ya según el art. 310, num. 10 de la LEC, en su primitiva redacción; lo era mucho más desde la reforma de 1984, puesto: que el art. 306, ahora dispone: “Los plazos establecidos en esta Ley son improrrogables. Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y; dará cuenta al Juez o Tribunal para que dicte el proveído que proceda”. De la importancia que atribuye el Legislador a esta normativa antidilatoria da idea lo prevenido en los arts. 302 y 301.

Las consecuencias de estos hechos son fácilmente deducibles: Al imponerse la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 930,2, la tasación de daños y perjuicios efectuada en nuestro escrito rector quedó consolidada, de Derecho, por, la ***ficta conformitas*** del ejecutado, igual que si éste hubiera prestado su conformidad en forma expresa. Tal es la ***voluntad de la ley, que nos obliga a todos***, y, por tanto, ***también al Tribunal a quo***. Por eso, la adquisición procesal respecto a

nuestro petitum y la imposibilidad jurídica en que se hallaba el Tribunal para rebajar -y mucho menos anular- su importe. Pues no hay que olvidar, lo que consignaba nuestro primer suplico: “.. que admitida esta relación de daños y perjuicios, presentada por mí representado, previa entrega de copia de la misma a la contraparte y previa, su audiencia y alegaciones en plazo de seis días, fije su importe definitivo *si se produce conformidad*, o, en caso contrario, se substancie el correspondiente incidente, se reciba a prueba y resuelva en Justicia”.

Producida, pues, la conformidad tácita *ope legis* el importe de nuestra tasación se había hecho definitivo y así hubiera debido reconocerse.

3) No es esto todo. El hecho 2º incurría también en una importantísima omisión: No hacía referencia al primer otrosí, de nuestro escrito, *de importancia trascendental para que la sentencia firme, en proceso de ejecución, fuera efectiva en el más esencial de sus pronunciamientos*. Porque, habiendo estimado la misma nuestro recurso y anulando y declarando *sin valor ni efecto alguno las resoluciones impugnadas*, era evidente ya que tenía que ser restablecido el concierto y el Dr. L. repuesto en su plaza. Pues si las resoluciones impugnadas, que lo rescindían, quedaban sin efecto, *el concierto debía subsistir*, como algo dilemático. Una vez que el acto rescisorio es nulo el acto rescindido tiene que recobrar su plena eficacia. En otro caso, el proceso no brindaría la *tutela efectiva del derecho violado* y, quebrantando el art. 24 de la Constitución vigente, no podría ser ya el debido *proceso jurídico*.

Es verdad que la omisión que reprochamos al auto recurrido no sería de gran trascendencia si luego nuestra suplica hubiera sido analizada en Derecho y resuelta en la parte dispositiva de la decisión. Como veremos esto no sucede. Y la omisión denunciada ha dado lugar a una gravísima incongruencia.

4) Sin insistir ya más en este extremo, veamos aun otra reticencia de que adolece el hecho 4º. Nada se dice en él de nuestro escrito de 11 de Noviembre por el que nos oponíamos a la admisión de un sedicente “Informe” de la Dirección Provincial del Insalud. Tal vez este escrito aparezca mencionado en el 6º -si acaso se identifica por su fecha de presentación (que en este momento ignoro)-; pero su contenido no se enjuicia ni valora; y, pese a la preclusión, -no respetada en el caso- resulta implícitamente desestimado, cuando era procedente.

3º). Después de razonar ampliamente en Derecho la procedencia de nuestros pedimentos, uno a uno, concluíamos el escrito introductorio de la apelación del modo siguiente:

“Por todo lo expuesto se desprende la necesidad, en Justicia, de, revocando el auto apelado, resolver la procedencia de nuestra reclamación *en los propios términos de nuestro Suplico rector y sus dos otrosíes. Tanto por haber mediado la ficta conformitas del art. 930, de la LEC. cuanto por derivarse de la propia sentencia en ejecución la reposición del ejecutante en sus funciones médicas (o la indemnización pedida, en otro caso) como por mantener la efectividad de la cosa Juzgada en el resarcimiento de los perjuicios*”.

4º) Y todavía más adelante, en el mismo escrito, volvíamos a proclamar en su apartado VIII: “Toda esta argumentación podríamos ahorrárnosla. Por aplicación de los arts. 929 y 930 LEC y el juego del “principio de adquisición procesal”, a la hora de la sentencia no había ya lugar a que el Tribunal *a quo* entrase a debatir la cuantía de la indemnización que nos era debida. Había sido fijada ya *ope legis* a consecuencia del comportamiento procesal de la contraparte, según la valoración; que impone a los Tribunales; como consecuencia del principio dispositivo, nuestra LEC. Por tanto, el razonamiento anterior se expone sólo a mayor abundamiento.

El único problema en que podía y debía entrar el Tribunal era el de los efectos de la no-reposición en su plaza al Dr. L. Tratémoslo ahora.

Los principios procesales que rigen la ejecución de sentencias en España son muy simples. El primero establece que lo reconocido en sentencia firme como derecho, tiene que ser llevado a efecto, bien voluntariamente por el obligado, bien en vía coactiva, bajo la salvaguarda de los órganos jurisdiccionales. Cuando las obligaciones son de hacer; el acto, personalísimo del deudor y éste no cumple, se produce, como es sabido una novación *ope legis* (arts. 924; 1 LEC y 1098 CC) y la condena de hacer se convierte en indemnización de daños y perjuicios.

Sobre la sentencia de cuya ejecución tratamos se dictó en el período voluntario de ejecución una Resolución ministerial, publicada en el BOE de 28 de Octubre 1986, ordenando que se diera a la misma pleno cumplimiento. Uno sabe qué se entiende en el Derecho, en general y en el llamado D. Administrativo, en particular, por “pleno cumplimiento de una sentencia”. Pero lo que entienden por tal ciertos funcionarios administrativos: resulta para nosotros más, que un misterio.

Por virtud de las sentencias recaídas en la fase declarativa de esta litis, quedaron anuladas las resoluciones impugnadas en nuestra demanda. Por tanto, siendo nula la pretendida ruptura del concierto, éste tiene que subsistir y mi representado debiera, haber sido repuesto en el ejercicio de sus funciones médicas concertadas. No se ha hecho así; y por tanto hay que entender que la contraparte ha optado por la novación legal y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

En consecuencia, y de conformidad con el *petitum* de nuestro primer otrosí; a falta, de cumplimiento de la sentencia en punto a la restitución del concierto, la indemnización, que por esta causa procede debe añadirse a las que ya son firmes de derecho, por no haber sido impugnadas de contrario.

¿Cómo calcular este perjuicio? Su evaluación es fácil. Consistirá, como hemos indicado en su momento, en su media probable anual multiplicada por el número de años que restaban al recurrente desde la fecha en que debió ser repuesto (Noviembre de 1986) hasta la de su jubilación en 23-IX-91. Como reconoce el auto apelado, en el acto de la comparecencia ante la Sala hemos calculado la cantidad debida por este concepto al Dr. L en 11.602.510 ptas., que resulta multiplicando por 5 la media de sus ingresos netos probables.

Ya sabemos desde el nº V de los fundamentos jurídicos cuál es la media de los ingresos brutos que obtenía por su concierto el Dr. L. de la S. S. ascendía a 3.376.669,5. Deduciendo el 25% de esta cantidad, para fijar sus ingresos líquidos, resultan 2.532.502, que multiplicados por 5 hacen la cantidad citada anteriormente”.

5º). El auto cuya revisión se solicita, al igual que el de la Sala *a quo*, no sólo ha omitido cualquier pronunciamiento sino, incluso, la más mínima referencia a la pretensión fundamental del principal suplico de la demanda introductoria. Los arts. 929 y 930 LEC, que basan la primera pretensión ejercitada en la demanda, ni siquiera son aludidos. ***A pesar de haberse producido manifiestamente el supuesto de hecho del art. 930, 2, ni el Tribunal de Instancia ni el de Apelación han querido darse por enterados.*** Plantear la cuestión diversas veces, con la insistencia que acabamos de ver, no ha servido para que la pretensión ejercitada fuese objeto de enjuiciamiento. ***Se está, así, evidentemente, en el supuesto del art. 102 g) de la Ley Jurisdiccional, que da paso, como remedio, al recurso extraordinario de revisión,*** según razonaremos en Derecho.

I. En el segundo fundamento de Derecho expuesto en el auto impugnado, la Sala califica las dos sentencias favorables al actor como increíblemente escuetas en el tema del alcance que deba atribuirse a la indemnización” (lo cual no deja de ser extraño cuando el Presidente de la Sala actual y Ponente del caso es el mismo que presidía la que dictó la sentencia de apelación). Pero

precisamente para ese supuesto, legalmente admisible, está lo dispuesto en los arts. 928 y siguientes de la LEC. El art. 928 dice, en efecto: “Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida, hayanse establecido o no en aquélla las bases para la liquidación, el que haya obtenido la sentencia presentará, con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose, en su caso, a dichas bases”.

Es decir, que, procesalmente, no es menester que la sentencia de condena fije las bases para la cuantificación de los daños y perjuicios. La Ley de Enjuiciamiento ha previsto y ha ideado el “método” para tratar esta última hipótesis. Y ese “método” es el “método dialéctico”, la contraposición de posiciones entre las partes, seguida de la mediación del Tribunal, aunque siempre, dentro del *principio dispositivo* en que nuestro Derecho Procesal Civil se sitúa.

Y, en cualquier caso, con respeto también a la cosa juzgada, que es siempre exigencia procesal ineludible y derecho fundamental garantizado constitucionalmente (art. 24 CE), y expresión máxima de la *tutela judicial efectiva*. (Si no se respetase la cosa juzgada, la tutela judicial sería siempre la más despreciable engañifa y el “Estado de Derecho”, un cuento de hadas).

El auto recurrido adolece, por desgracia, amén de las- omisiones que motivan el *recurso de revisión*, de importantes errores de hecho, de contradicciones internas y de desvirtuaciones de lo alegado y probado en el pleito principal que suponen un quebrantamiento de la garantía del *debido proceso*. Lo cual alegamos para preparar un eventual *recurso de amparo*.

En efecto; en el primer hecho del auto se dice que la sentencia reconocía al actor su derecho a que le fueran abonadas las cantidades adeudadas al Sanatorio X ... y de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el... concierto, correspondiente al período comprendido entre el 10 de mayo de 1977 y el 17 de diciembre de 1978 en que, habiéndose prestado servicios médicos en el mencionado Sanatorio, éstos no habían sido satisfechos por la Administración.

¡Ojo! Estas palabras pertenecen -como puede verse en el primer considerando de la sentencia de la Audiencia Nacional, ya transcrita- a la resolución del I. N. de la Salud impugnada en la demanda y declarada nula. Por tanto, no describen fidedignamente el objeto del pleito principal. ¡El juzgador ha confundido una manifestación interesada de parte, que se consigna en el acto impugnado, con una declaración de la sentencia firme! De todos modos, esa misma manifestación deja clara una cosa: Que la Administración no había satisfecho *en su día* los desembolsos y servicios médicos ya prestados en su sanatorio por el Dr. L. Deja claro también que tales gastos y servicios se adeudaban desde 1978! ¡Pero, en sendos autos, ambos Tribunales, el de Instancia y el de Apelación, muestran, creer que el único perjuicio que ha sufrido el recurrente *es el de no habersele pagado ese dinero y que vale lo mismo habersele pagado en 1978 que diez años después!* ¡Consideran justo que, a pesar de la inflación, a pesar de los anticipos que tuvo que hacer el Dr. L. para pagar a sus empleados y demás gastos del sanatorio, y a pesar de la necesidad, para llegar a cobrar algo, de sostener innumerables reclamaciones administrativas y dos pleitos (¡que no han sido gratis! *no se le reconozca ningún perjuicio indemnizable!* ¡ Con que le paguen en dinero desvalorizado lo que se le adeudaba desde entonces, *juzgan completo* el resarcimiento! ¡No importa tampoco que la ruptura del concierto del recurrente con la Seguridad Social no se produjera por un acto administrativo válido, sino que fuera debida únicamente a la cacicada de un funcionario por motivos inconfesables (como en su día se probó y como deja ver la sentencia: “No ha sido posible encontrar rastro de quien ha dictado la resolución mencionada” -se dice en un lugar pero se añade luego-: “Impugnándose la resolución que comunica el cese del concierto es evidente que o bien no se llegó a dictar el acto recurrido como se deduce del escrito de la Administración de 13-4-81 contestando al escrito de queja del recurrente que obra en estos autos, o bien fue dictado por órgano manifiestamente

incompetente, ya que el Director Provincial ... carece de facultades para resolver por sí y ante sí un concierto”). También les ha parecido intrascendente que, declarando la sentencia nulas las resoluciones a que estas actuaciones se contraen, y cuyos acuerdos, por no ser conformes a derecho, debemos anular y anulamos declarándolos sin valor ni efecto alguno, resulte, pese a todo, que por obra de los autos reseñados, la inexistente resolución del concierto continúe operante; es decir, siga produciendo todos sus efectos contra mí representado, sin que la sentencia anulatoria la haya realmente invalidado. Como Profesor de Lógica, quien redacta este escrito no es capaz de entender que, anulada una resolución que rescindió un concierto, no se deduzca ya. que. el concierto quede restablecido. Es como si en lo laboral se declarase nulo un despido y no se procediese a la readmisión o a la indemnización substitutoria. Con franqueza, debo preguntar: ¿Es esto lo que entiende la “democracia española” ***por tutela judicial efectiva?***

Otro error patente del juzgador se advierte en el tercer fundamento jurídico del auto. Allí se dice: “Parece desprenderse que lo indemnizable es lo dejado de percibir”... Con lo cual, el auto ***se está fundando en la Resolución*** administrativa declarada nula. No; esa es una parte del débito principal, no los perjuicios. Los perjuicios son los efectos dañosos que han producido los actos ***no conformes a derecho y por ello anulados***: El cese arbitrario de mí representado en el concierto, la mora debitoris, etc.

También es grave yerro decir: “La Clínica o Sanatorio era centro médico privado... y... por ello la rescisión del contrato por sí misma no tiene necesariamente que incidir en su prestigio, porque la Administración no venía obligada a la prórroga indefinida...”. Otra vez se está produciendo el juzgador a espaldas de lo alegado y probado: de lo que consta en los autos: ***No hubo rescisión válida***. Sólo pretextándola, un funcionario que firmaba por supuesta delegación del Director Provincial, ofició a los médicos de zona para ordenarles que en adelante no expidieran volantes para asistencia tocológica a beneficiarias de la S. S. en el Sanatorio del Dr. L. Con lo cual quedaba en entredicho su reputación entre las numerosas enfermas que solicitaban sus servicios. Si hubo o no hubo descrédito, es un hecho que fue objeto de prueba en el pleito principal, no materia que pueda servir de fundamento jurídico en ejecución de sentencia. Pero -insisto- es ya verdad jurídica que no hubo rescisión del concierto por la Administración, sino sólo arbitrariedad de un funcionario.

Otro error de hecho -y éste gravísimo- en que incurre el auto es el de confabular un plazo predeterminado para la duración del concierto. ***No lo había***. Pero, interpolándolo o dándolo primero por supuesto (¡para reconocer su inexistencia después!), se priva parcialmente de efectos a la sentencia. El auto dice: “Lo único que declara es la inexistencia del acto que rescinde unilateralmente el convenio... y por ello el mismo produce sus efectos -ha de entenderse vigente- durante el tiempo o período pactado”.

La verdad es que el concierto hecho por tiempo indefinido, carecía de ese plazo o período pactado. Luego “ha de entenderse vigente”, a secas. Como la rescisión se ha declarado nula, tiene que estarlo aún, mientras no sea formalmente denunciado por alguna de las partes. Luego todo lo que se dice respecto a la improcedencia de la indemnización por la pseudo-rescisión, carece de apoyatura jurídica.

Otro yerro no menos peligroso que el anterior se comete al decir que “la indemnización debida viene referida a las cantidades que debían percibirse conforme a lo pactado”. Y que “lo demás son pura y simplemente alegaciones de parte, máxime en este caso que no consta la documentación del convenio o concierto, no existe o no consta cláusula sobre duración del mismo”. ¡Por favor! ¡No! ¡La indemnización no puede confundirse con la obligación principal insatisfecha, que se debe a título de tal, no como perjuicio, mientras que los daños y perjuicios son las consecuencias, a reparar, del cese arbitrario e ilegal y de la moral!. ¡Y lo demás no son

“pura y simplemente alegaciones de parte”, sino las normas que consigna para el caso nuestro Código Civil!

¿Que el convenio no fue documentado? ¿Y han de imputarse al recurrente los efectos de una omisión que sólo se debe a la inercia administrativa? ¿Pues no es esa la doctrina que propicia el art. 1288 CC en relación con el 1256 y 1258 del mismo cuerpo legal! Pero, en cualquier caso, al entrar ahora en disquisiciones hermenéuticas sobre el concierto la Sala reincide extemporáneamente en la fase cognitoria del proceso y entra a enjuiciar lo ya juzgado. Lo único que ahora puede importar del concierto es que *sigue vigente*, al ser nula su resolución; y aunque; pueda la Administración denunciarlo, tiene que hacerlo *notificándoselo previamente a la contraparte*, pues si no lo hace así no actúa dentro de la legalidad y debe indemnizar daños y perjuicios. Por lo demás, aunque la Administración no haya documentado, adecuadamente el concierto, el derecho fundamental de *igualdad ante la ley*, que vincula a todos los poderes públicos, tiene que permitir mediante el examen de otros conciertos, conocer con exactitud los derechos y obligaciones estipulados en casos similares... y atenerse, a ellos... si la Administración sanitaria quiere cumplir la Constitución y ser fiel al Ordenamiento jurídico.

V. El art. 102, g) LJCA no es otra cosa, según manifiesta él mismo, que la garantía procesal del deber de congruencia establecido por el art. 43 de dicha Ley jurisdiccional, paralelo al 93,1 de la LPA. Este deber de congruencia está también, en buena medida, *constitucionalizado*. Por eso se dice, p. e. , en la S. de 29-IX-88. “Entre las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra la de dar respuesta motivada y fundada en Derecho *a todas las cuestiones* suscitadas por las partes a lo largo del proceso, mucho más cuando afectan a la inadmisibilidad del recurso o, en general, de la acción ejercitada, puesto que dicha respuesta condiciona la existencia misma del procedimiento. La omisión de un pronunciamiento sobre alguna de tales cuestiones, que pertenecen a lo que viene entendiéndose como orden público procesal; puede provocar, no ya la incongruencia de la - “resolución judicial; sino, más aún, la vulneración del art. 24 CE. “.

La doctrina de esta sentencia, relativamente reciente, no hace sino confirmar la establecida en otras anteriores, como por ejemplo, la de 22-VI-83, que es apodíctica para el caso actual, puesto que, al introducir el recurso de apelación, mi representado invocó el derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE, pese a lo cual la Sala silenció en sus pronunciamientos la pretensión esgrimida.

No creo que, ante la exposición precedente, pueda ningún Jurista sostener que el proceso ejecutivo descrito pueda ser reputado exponente de la tutela judicial efectiva que garantiza nuestra Constitución. Sin embargo, el T.C. ni siquiera lo admitió a trámite. Otros, en cambio, con menos causa, han merecido al alto Tribunal un tratamiento diferente. ¿No soy capaz de comprender por qué!

VIII. El principio de legalidad y los procesos represivos.

El art. 25 de la CE. parece, en cierto sentido, servir de complemento al anterior. Reproduciré su texto, antes de comentarlo:

“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o. infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a penas de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

Si en el párrafo 1 substituyéramos “puede” por “debe”, nuestra conformidad con el precepto constitucional sería completa; pero no habríamos salido del ámbito de los principios, del orden deontológico. La cuestión estriba en cómo conseguir que lo que *debe ser, sea*. Porque, desgraciadamente, muchos son sancionados por acciones u omisiones que, no ya en el momento de producirse, sino al tiempo de juzgarlas, no habían sido tratadas *aún* como infracciones, pese a lo cual se subsumen *a posteriori* entre cualquier clase de atentados y el Tribunal correspondiente tiene ya el camino libre para aplicarles alguna medida represiva sin que nadie se duela por el principio de legalidad. Es la consecuencia previsible de un Derecho cuyas definiciones no son síntesis de la realidad, sino conato de profecías.

Todo proceso sancionatorio, sea penal o administrativo, gira, en efecto, en torno a una pregunta crucial: *¿Está, o no, el comportamiento humano C comprendido en el término abstracto T?* Una definición, teóricamente, debe servir para identificar y reconocer los elementos de una clase entre todos los demás que componen un universo de discurso. Si la definición es correcta, tiene que ser posible tomar de aquél cualquier objeto al albur y poder decidir con seguridad si forma, o no, parte de la clase. Para eso, se recurre a una propiedad o propiedades discriminativas *sine qua non*; y todo consiste luego en investigar si las reúne cada objeto sometido a estudio.

Tal debería ser también la fórmula utilizable en el Derecho sancionatorio para que pudiera darse por bueno el principio de legalidad.

No es, sin embargo, lo que se hace. Las definiciones en Derecho no son en rigor claves clasificatorias mediante las cuales los miembros de un conjunto quedan inequívocamente diferenciados de cuantos son extraños a él, sino que, transmutando la cuestión, inquietan si los rasgos definitorios de una clase deben serle, o no, atribuidos a una conducta problemática. Por ejemplo: el relato fáctico del fiscal o del acusador privado ¿debe ser tenido como verdad probable según justa valoración de la prueba? ¿Procede subsumirlo también bajo la hipótesis legal de la usurpación... de la violación... de la infidelidad en la custodia de documentos...? ¡Con una respuesta voluntarista al doble interrogante no hay principio de legalidad que valga!

Si este primer apartado se pierde, así, en el mito jurídico, el segundo incurre en peligrosas indefiniciones, en intolerante dogmatismo, en incoherencia y en la más injusta discriminación.

Hablar de “reeducación” y “reinserción social” sin más aclaraciones es ciertamente apelar a conceptos que sólo a desmemoriados no les resultarán intranquilizadores. Si un Gobierno toma la decisión de “reeducar” hay que entender que se propone, o, al menos, que le cabe tratar de hacer al hombre a su imagen y semejanza. Cuando en un país con enseñanza pública dominante las cárceles son cada día más insuficientes para brindar albergue a los reclusos, es obvio que su política educativa ha fracasado. ¿Cómo puede entonces pretender “reeducar” quien está demostrando creciente inhabilidad para educar? ¿Habremos de recordar aquí la extremada degradación que ciertos Estados totalitarios hicieron sufrir a muchos disidentes a pretexto de reeducarlos?

No sé cómo reaccionarán los demás ante el vocablo “reeducación”; a mí, si he de ser sincero, resulta escalofriante. Cómo sólo creo en la educación cuando va unida indisolublemente al amor, la que pueda dispensar una organización coercitiva, como el Estado, siempre me parecerá recurso extremo y solución vicaria.

Por otra parte, concebir las instituciones penitenciarias actuales como “centros de reeducación” revela, como tantas otras lucubraciones de la CE, qué sentido de la realidad tienen nuestros políticos.

Las últimas proposiciones del párrafo tampoco parecen asumibles. Si los derechos fundamentales son un inalienable patrimonio humano, no deberían perderse jamás. Si son relativos, pueden ceder o supeditarse a valores más altos. Caeríamos pues, en la que siguiendo a Nicolai Hartmann, llamó Carl Schmitt “tiranía de los valores”, es decir, el intento de justificar el sacrificio de un valor; por importante que sea, en aras de otro valor realzado a la supremacía. ⁽³⁷⁾

Si los derechos fundamentales han de ser “reconocidos” por la Constitución y respetados; en su esencia, por toda ley, ¿cómo admitir que pueda limitarlos una sentencia o la legislación penitenciaria? ¿Que algunos sí y otros no? Los primeros ya no podrían calificarse como derechos *fundamentales*!

La postrer afirmación del párrafo acaba en inadmisibles desigualdad o en desconcertante paradoja. Concede, aparentemente, al recluso derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social. Pero ¿qué clase de derecho es éste? ¿Cómo se hará efectivo, de no respetarse? ¿Será susceptible de recurso de amparo?

Si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 53, la respuesta a tales cuestiones tiene que ser afirmativa: El art. 25 CE está incluido en la Sección primera del Capítulo segundo y por tanto cualquier recluso debe contar con la protección de los procedimientos privilegiados establecidos por la Ley de 26 de Diciembre de 1968 y con un eventual recurso de amparo. Y aquí salta la paradójica discriminación, porque los restantes trabajadores resultan de peor condición que los delincuentes, ya que su derecho al trabajo; impuesto también como un deber, figurando en el art. 35 CE, no está jurídicamente salvaguardado y sólo en algunos casos encuentra cierto resarcimiento económico a través del seguro de paro. Semejante situación ahorra cualquier glosa.

Finalmente, el art. 27 CE es un decálogo de trivialidades gratuitas de pretenciosas declaraciones inertes y de intromisiones autoritarias fuera de lugar se debate entre cuestionables principios y defectuosas realizaciones y el 29, según se ha expuesto anteriormente, queda desmentido en la práctica como la más despreocupada impostura. ¡Pasa ya de la retórica al descaro!

³⁷ CHMITT, Carl: *La tiranía, de los Valores*, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 115, 65 ss.

Capítulo II

Condiciones para la efectividad práctica de los d. f.

1. Para que los derechos fundamentales sean algo más que la retórica demagógica tan al uso, se hace necesario regularlos jurídicamente con fidelidad, observancia de los siguientes requisitos:

A) Que cada uno aparezca definido con precisión, sin las socorridas ambigüedades con cuyo concurso cabe al Gobierno y al Tribunal Constitucional volatilizarlos, tan pronto como les resulten incómodos.

B) Que se instrumenten los medios procesales adecuados para garantizar su incolumidad con probada evidencia estadística.

C) Que todos los órganos jurisdiccionales puedan y deban aplicar directamente la Constitución y las Declaraciones de derechos, bajo la supervisión unificadora de un Tribunal fiscalizador de última instancia, compuesto por juristas integérrimos, con experticia demostrada en el tema y cuyo nombramiento, ajeno a intromisiones oficiales, merezca la confianza de los posibles agraviados.

a) Si los derechos subjetivos consisten, como hemos argüido en otros trabajos, en “preferencias adjudicativas fundadas en densas concentraciones probabilísticas, bien por su acatamiento espontáneo, bien por subsidiario refrendo judicial”, no pueden ser compatibles con la indefinición, las asunciones tácitas, las reticencias y sobrentendidos y cualquier evasiva equivocidad. Tampoco toleran la remisión a textos legales posteriores, pues tal actitud, lejos de respetar el cometido esencial de los derechos fundamentales, que es servir de frontera al legislador ordinario, equivale a facultarle para que, como dueño de los mismos, los configure a su albedrío y acabe desvirtuándolos.

b) Para cualquier observador atento a los hechos y no a sus descripciones idílicas, la inmensa mayoría de las legislaciones llamadas democráticas, aun haciendo de los derechos fundamentales su gran aparato propagandístico, jamás han pretendido seriamente otra cosa que salvaguardar por su medio las apariencias. No se trata realmente de impedir abusos de poder, ni siquiera crímenes por “razón de Estado”, sino de hacer alguna que otra vez concesiones insignificantes para lograr absoluta franquicia en lo substancial.

Los derechos fundamentales resultan, así, desnaturalizados por completo. En lugar de contener a los políticos en la esfera de sus atribuciones legítimas, les ofrecen la mejor coartada convalidatoria: Una resolución de un “Tribunal de Amparo” que, con cosa juzgada santificante, pese al servilismo que la inspira, rinde complaciente al peor desmán el más evidente derecho.

¿Cómo evitar tan insultantes desafueros? ¿Cómo conseguir que los derechos fundamentales sean auténticos *derechos subjetivos*?

Aquí, como en tantas cosas, la escéptica cautela de Juvenal señala el camino: *¿Quis custodet ipsos custodes?* No basta con instituir Tribunales de Amparo. Es preciso conocer también, por métodos idóneos de diagnóstico, hasta qué punto cumplen su función intuitiva o degeneran, por el contrario, en instrumentos subrepticios para la coonestación del poder: Esto es fácilmente averiguable mediante algunos datos estadísticos.

Nadie ignora, en efecto, que los grandes números estabilizan las frecuencias y llevan a su límite

las tendencias uniformizadoras. Cuando se dice, por ejemplo, que si se juegan al cara o cruz numerosas partidas con una moneda bien contrapesada -sin sesgos-, el balance de resultados habrá de aproximarse cada vez más a $\frac{1}{2}$; se está indicando de otro modo que la aleatoriedad del suceso se manifiesta en la estabilización, de las frecuencias en torno a una fracción cuyo significado equivale a negar la existencia de propensiones. Si la moneda, estuviera “cargada”, cuanto mayor el número de partidas, más se pondría de manifiesto el sesgo de los diversos lances. En este sentido; “albur” y “causalidad” se contraponen. Por tanto, si ciertos datos estadísticos no pueden ser un producto del azar, tendrán que imputarse a una o varias causas.

Tal es lo que ocurre al comparar las estadísticas del Tribunal Constitucional: (y las análogas internacionales ó de otros países) con las de los Tribunales ordinarios. Hoy por hoy dichas comparaciones demuestran, irrefutablemente que los derechos fundamentales están muy lejos de ofrecer la concentración probabilística que permitiría concebirlos como derechos subjetivos ¡prosperan sólo en tan bajísimo porcentaje que no confieren a los agraviados una mínima expectativa de reparación! ⁽³⁸⁾: ¡No hace falta ningún otro argumento para evidenciar que los derechos fundamentales son en la actualidad, incluso en los países que se autodefinen como “democráticos”, meros eufemismos, sino mitos políticos”!

c) Donde se revela mejor el ficcionismo que inspira las *declaraciones de derechos* es en el régimen de excepcionalidad procesal a que sistemáticamente se someten. A juzgar por la propaganda que se les hace, uno creería que los derechos fundamentales, más bien que ser equiparables en protección a cualesquiera otros, habrían de recibir un trato privilegiado. Nada más lejos de la verdad. Es cierto que nuestro Tribunal Constitucional, pongamos por caso, ha sostenido en ocasiones que respecto a ellos la tendencia exegética debería mostrarse favorable a la “maximalización de su contenido”; pero, semejante afirmación no pasa de gratuito eufemismo. Y el propio Tribunal es el primero en seguir una práctica diametralmente opuesta.

Que los derechos llamados “fundamentales” son de peor condición que los demás, es de prueba bien fácil. Tratándose de derechos subjetivos ordinarios, la simple pretensión de titularidad legítima procesalmente para instar la tutela jurídica. La sentencia dirá si el reclamante tiene o no razón; pero, entretanto para evitar la acepción de personas, la cuestión de fondo no se prejuzga. De ahí, el derecho universal de audiencia en Justicia. Como *a priori* puede saberse que litigante está en lo justo, el proceso se ha concebido precisamente para dictaminar, con arreglo a un previo sistema de normas, cuál de dos pretensiones incompatibles debe gozar de preferencia.

Con los derechos “fundamentales” ocurre algo completamente distinto. En vez de darse aquí análogas facilidades para ejercitar la pretensión defensiva, todo son pegas, antesalas y filtros. Su misma regulación resulta paradójica. Pues teniendo sentido únicamente como limitaciones del Poder, a la hora de velar por su efectividad práctica, el legislador sufre una desconcertante amnesia y no se cuida de otra cosa que de apocarlos, desalentarlos y entorpecer su ejercicio.

En efecto; el disfavor legal que sufren los derechos fundamentales se prueba con el siguiente repertorio de discriminaciones:

³⁸ Cuando recursos de amparo no prosperan ni siquiera en un 4%. cuando las demandas civiles tienen éxito en número superior al 70%, parece innecesario cualquier otro razonamiento para desmentir la idea de que los derechos fundamentales puedan concebirse, hasta hoy, como auténticos derechos subjetivos

1ª) Inelegibilidad del procedimiento.

Quien defiende un derecho subjetivo común puede seleccionar la clase de proceso que más le convenga, entre todos los que ha instaurado la Ley de Enjuiciamiento Civil. La violación de un derecho fundamental no puede hacerse, por el contrario, sino por un inadecuado procedimiento, establecido precisamente a beneficio del Poder. La Constitución habló, es cierto, en su artículo 53, 2, de “un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”; pero, 13 años tras la publicación de aquélla, el tal procedimiento espera con calma para implantarse, como el jurado, a que comiencen a sonar las trompetas anunciadoras del juicio final. Entretanto, lo que cuenta es lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda, 2 de la LOTC, en donde, con la peculiar cicatería democrática, tras rebajar la ya parsimoniosa Ley 62/1978, de 26-XII-de **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona**, se borra del mapa la “garantía jurisdiccional” penal y civil (¡los Tribunales ordinarios se consideran peligrosos para el Gobierno!) y toda la “preferencia y sumariedad” se confía (¡muy sabiamente, para el fin perseguido!) a los más dóciles Tribunales contencioso-administrativos.

La incoherencia y la situación desventajosa que ocasionan estas disposiciones quedan al descubierto con una breve reflexión. Si los derechos fundamentales, como atributo humano irrefragable, son reconocidos, no concedidos por el Legislador, tiene que poseerlos todo hombre, por el mero hecho de ser tal. Luego, sin más que aplicar las normas del CC y de la LEC relativas a la protección posesoria mediante interdictos, ya existiría en nuestro Derecho el procedimiento sumario y preferente para garantizarlos. Pero ¿qué ocurriría si alguien intentase defender uno de estos derechos mediante acción interdictal? ⁽³⁹⁾. Es obvio, pues, que los llamados derechos humanos son de peor condición que cualesquiera otros! ⁽⁴⁰⁾.

2ª) El filtro previo de la caducidad.

El art. 10, 1º de la CE afirma que “los derechos inviolables inherentes a la persona humana... son fundamento del orden político y de la paz social”. Bien: ¡Las palabras grandilocuentes cuestan poco!. Si semejante afirmación respondiera a convicciones auténticas, ¿sería posible, que la precaria acción protectora de los derechos humanos se viera sometida a un **plazo de caducidad** -y brevísimo para colmo? La Declaración francesa de 1789 expresó, según vimos, el criterio de que los derechos fundamentales **no prescriben**. Nuestro “constituyente” ha guardado silencio sobre este punto; pero su “reserva mental” era, con toda probabilidad, intencionada. ¿Serán partidarios alguna vez los caciques de abolir de verdad el caciquismo? El art. 43, 2º. LOTC nos brinda la respuesta: “El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a: la notificación de la resolución recaída en él' previo proceso judicial”.

Resulta claro, así, que los “inviolables” derechos inherentes a la persona humana, fundamento

³⁹ Vid. LOIS: **La protección interdictal de los derechos fundamentales**, en LA LEY, 499, 7-VII-82.

⁴⁰ Otra manifestación del desfavor con que se miran los derechos fundamentales se advierte en el régimen de costas. Mientras en lo contencioso-administrativo, en general (arts, 130,2 y 131,1 LJCA), van ligadas a la temeridad o mala fe de las partes, en la Ley de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se imponen al litigante a quien se rechacen todas sus pretensiones. Por lo cual, muy a menudo, quien ha visto su derecho fundamental conculcado, pechará con la sanción adicional de las costas. ¡Para que aprenda a resignarse ante los abusos de poder!.

del orden político y de la paz social, quedarán violados impunemente tantas veces como los jueces quieran desconocerlos y las partes no se apresuren a interponer el “recurso” en ese brevísimo intervalo: ¿Es esto consecuente o, siquiera *normal*? ¿Puede lo imprescriptible ser objeto de caducidad? La disparidad se agrava cuando la protección de los derechos fundamentales se compara con la que se dispensa a otros derechos calificados como de “orden público”, Normas como las consignadas en los arts. 9 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo o en el art. 6,1 de la LAU marcan la diferencia.

3ª) Triple expurgo mediante “abogados del diablo”.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha tenido realmente otra preocupación: que discurrir medidas para desubstanciar solapadamente los derechos fundamentales. Que ni siquiera los “padres” de la Constitución se propusieron nunca dar verdadera efectividad a tales derechos, resulta evidente con sólo pensar que se la reservaron a un Tribunal de doce miembros. ¿Cuántos recursos de inconstitucionalidad, amparo y conflictos de competencia podrían resolver en los 275 días hábiles del año? ¿Y cuántas reclamaciones por vulneración de los derechos humanos se producirán, en promedio, en España en el mismo, período de tiempo? Estaba claro para cualquiera que conociera nuestro “medio político” que el Tribunal Constitucional pronto se vería desbordado! Había, pues, que procurarse oportunos diafragmas reguladores, aun a trueque de reducir los derechos fundamentales a mera fanfarria! ¡Y pensado y hecho!

Se exigieron, así, requisitos sobre requisitos, cada vez más difíciles de salvar. Primero el artilugio del art. 50 de su Ley Orgánica, que entrega sin reservas a la discrecionalidad del T. C. en una especie de “antejuicio-válvula”, la decisión semiapriorística sobre si el derecho o libertad invocado merece, o no merece, (¿según la persona?) el honor de la audiencia en Justicia; luego la intervención fiscalizadora y antirecurrentes del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado para facilitar al Tribunal argumentos que le permitan deshacerse de la inmensa mayoría de los recursos (art; 52). Y, por último, la participación, menos aparente; pero no menos decisiva de los Letrados del Tribunal con función igualmente tamizatoria. Por último, no bastando aún tales precauciones, ya que el despotismo político creciente por su consabida impunidad suscitaba más y más recursos, se ha permitido a las Secciones- del T. C. la inadmisión *a limine*, sin otra condición que la conformidad unánime de sus magistrados (presumiblemente a propuesta de algún Letrado inquisidor).

Ante tan flagrantes claudicaciones del sistema, no queda otro remedio, si se quieren defender de veras, que tratar a los derechos humanos como auténticos derechos subjetivos, ejercitables, sin ninguna especificidad procesal, ante los Tribunales ordinarios, aunque, si la sentencia firme no los respeta, sea aun posible recurrir a ese Tribunal especial de amparo, evocado antes.

* * *

Dado que son aquí más importantes los ejemplos que las reglas, no puedo eludir mostrar cesto puede hacerse prácticamente lo que preconizo en la teoría. Corre a mi cargo, pues, redactar ahora una Declaración de derechos que no se pierda en evasivas ni en futuribles. Su texto podría ser similar al siguiente:

“Art. 1. Será radicalmente nula y acarreará responsabilidad a cuantos la promuevan y voten, en los términos que precisa el art. 10, cualquier norma jurídica que, impugnada por los afectados, se haya declarado, en sentencia firme, contraria a la Constitución o a cualquiera de los derechos fundamentales aquí reconocidos.

Art. 2. Serán igualmente nulos y sancionados penalmente los actos y decisiones de cualquier funcionario público, y sin excluir a los Jueces o Magistrados de cualesquiera Tribunales que según la sentencia firme del Tribunal especial de Amparo, hayan incurrido en violación flagrante de algún derecho humano fundamental.

Art. 3. Se entiende que existe violación flagrante, cuando habiendo razonado la parte agraviada el posible quebrantamiento del derecho fundamental ante dichos funcionarios y éstos hubieran desatendido la advertencia, el fallo de última instancia reconociera después válidos los argumentos aducidos por el perjudicado.

Art. 4. Todo ser humano gozará, desde su concepción, de la consideración de “persona” y de la más plena protección jurídica a sus atributos esenciales.

Art. 5. Son atributos esenciales del ser humano, los siguientes:

1º) La vida.

2º) El honor.

3º) La seguridad e incolumidad física.

4º) Los fueros personales y familiares.

5º) La seguridad jurídica.

Art. 6. El derecho al honor comprende: a) La presunción de probidad; es decir, que a nadie, en modo alguno, puede atribuirse un comportamiento incorrecto mientras no se demuestre que ha incurrido en él voluntariamente, b) El derecho a conservar y no ver empañado el buen nombre ni sufrir desmerecimiento en el concepto público por palabras gestos o desplantes que sean motivo de afrenta, desprecio, desprestigio, disfavor o desdoro.

No constituirán atentados al honor las acciones ejercitadas ante órganos públicos o corporativos competentes en defensa propia o de familiares que no puedan instarla por sí mismos, o de la legalidad establecida o de normas deontológicas de alguna profesión u oficio, vinculantes para el reprochado.

Tampoco constituirán atentados al honor las denuncias públicas de actos, indecorosos cometidos por autoridades o funcionarios, siempre y cuando se aporten pruebas de los mismos y se otorgue, a la par, al imputado la oportunidad de pronunciarse en su defensa.

Se entenderán aquí por actos indecorosos cuantos vayan contra el Derecho o contra las valoraciones éticas dominantes aplicables a la Política, sin que pueda servir de excusa la defensa del interés público si se hace por medios ilícitos.

Art. 7. El derecho a la seguridad e incolumidad personal entraña no sólo que nadie dañe a otro corporalmente, ni le lastime o cause dolor o angustia ni ponga en peligro, por acción u omisión imprudentes su salud o estado físico, sino que tampoco procure causarle aflicción moral, intimidación o vejaciones de cualquier clase.

Art. 8. El fuero personal implica la “libertad jurídica” en todas sus manifestaciones protegibles; es decir, el derecho a realizar cualquier acto que no esté prohibido.

El “axioma o presunción de libertad” tiene el alcance siguiente; I) “Toda conducta se supone lícita mientras no se evidencie que interfiere en ajena órbita de titularidad sin el consentimiento

probado de la persona o personas a quienes afecte”. II) El sacrificio de la libertad individual en aras de la convivencia, habrá de ser siempre el mínimo necesario. Por tanto, aunque se presume que lo es, cualquier normal disposición o acto que imponga limitaciones injustificadas a la libertad podrá impugnarse y ser invalidada mediante recurso de contrafuero. III) Toda privación de derechos consecuente a un cambio legislativo dará derecho a una justa indemnización para impedir que tenga carácter confiscatorio.

Art. 9. El domicilio es inviolable. Quien entrare en el mismo contra la voluntad expresa del titular será responsable penalmente, salvo en caso de flagrante delito o por exigirlo una resolución Judicial firme; pero incluso en tales circunstancias la permanencia en el domicilio o su ocupación por la autoridad no podrá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin perseguido y en ningún caso exceder de 18 horas.

Art. 10. La seguridad jurídica presupone: a) Que ninguna norma pueda recibir efecto retroactivo, sino que todas se enderecen únicamente a regular situaciones futuras; b) que respeten escrupulosamente el principio jerárquico, de modo que ninguna norma del Ordenamiento contradiga la Declaración de Derechos, ni la Constitución; que ninguna disposición del Gobierno (Reales Decretos, Reglamentos, Circulares), ni la Jurisprudencia de los Tribunales, ni actos de funcionarios se opongan, desvirtúen o defrauden las leyes.

Todo atentado a la seguridad jurídica entrañará medidas sancionatorias contra los apoderados públicos responsables, una vez que el Tribunal de amparo haya reconocido la existencia del mismo. La sanción, aparte de las penas en que pudiera haber incurrido el infractor, consistirá en la indemnización de los perjuicios causados al reclamante, amén de obligada condena al pago de las costas. Los daños sufridos por el perjudicado se evaluarán ya inexcusablemente en la sentencia que otorgue el amparo.

Art. 11. Toda norma jurídica deberá tener alcance general y referirse a situaciones globales y no a destinatarios identificables a priori. En este último supuesto y a instancia de cualquier afectado o afectados que demuestre o demuestren que, como cabía saber de antemano, la hipótesis legal sólo podía referirse a ellos, los Tribunales ordinarios o el superior de Amparo decretarán su inaplicación al caso o a los casos concretos, aunque no la invaliden para el futuro respecto a sujetos anónimos que lleguen a encontrarse en las circunstancias previstas.

Art. 12. El derecho, a la reunión pacífica en lugares privados no podrá ser jamás restringido ni siquiera por ley. En lugares públicos, toda reunión multitudinaria que pueda ocasionar restricciones momentáneas a derechos ajenos, necesitará la previa licencia de la autoridad competente, la cual tomará las medidas indispensables para evitar tumultos o daños a personas o propiedades.

Se entiende por multitudinaria aquella reunión en que participen más de cincuenta personas.

Art. 13. Tampoco admite restricciones, ni aun legales, el derecho de asociación para fines lícitos, siempre que la afiliación y permanencia en las asociaciones sea completamente libre. Fin ilícito es sólo aquél que haya de perseguirse con violencia injusta o utilizando medios que impliquen negación de derechos fundamentales. La licitud de los fines asociativos no puede quedar a merced de la legislación ordinaria.

Art. 14. La pertenencia a las comunidades políticas, si bien inicialmente involuntaria, puesto que nos encontramos ya en ellas al nacer, no debe, desde la edad adulta, sustraerse por completo a nuestra voluntad. Para, bien de todos, es esencial que cada persona, desde la mayoría de edad, pueda contribuir a perfeccionarlas. Para ello, no cabe excusar la serie de derechos indispensable para lograr este objetivo. Tales son:

1°) El derecho a formular, en adecuado foro, propuestas públicas razonadas y a sugerir iniciativas de posibles mejoras, que no se descarten sin oportunidad de audiencia y que, si aprobadas, lleven el nombre del proponente.

2°) El derecho a exponer argumentos sobre las que propugnen los demás y a ponderar sus inconvenientes y ventajas en el mismo foro.

3°) El derecho a competir, en función de capacidad y méritos; pero en condiciones de igualdad con los demás aspirantes; a todo cargo, empleo, función u oficio público ya participar, de la misma manera, en concursos para realizar servicios u obras públicas.

Por mayor capacidad se entiende la superior aptitud para el desempeño de un trabajo y su acreditamiento habrá de hacerse proponiendo a los aspirantes simultáneamente, para su resolución, problemas típicos de la profesión o especialidad, extraídos a la suerte de un cuestionario que comprenda en substancia cuantos se presentan con mayor frecuencia en la respectiva práctica.

Los méritos determinantes de preferencia para el puesto serán fijados previamente por Ley, según baremo inferido por encuesta entre los; propios profesionales o, en su defecto entre los aspirante a la plaza.

4°) El derecho a la participación directa en los asuntos locales que les afecten personalmente, que no podrán ser tratados jamás sin su audiencia previa ante el Pleno de la Corporación: Y aun cuando no tengan el mismo derecho de voto, si podrán estar presente a la votación y elegir si será ésta nominal y fundada o secreta.

5°) El de participar también directamente, con voz y voto, en Concejo abierto, cuando éste se convoqué a petición de un 1% de vecinos mayores de edad y verse sobre régimen impositivo. Estatuto local o planeamiento urbanístico.

6°) El derecho a elegir en votación directa en cada Municipio su Alcalde, así como; también los Concejales de plantilla fijados en la convocatoria electoral. Tendrán este carácter la mitad de los que compongan el Ayuntamiento según el Estatuto. La otra mitad será de signada por el Alcalde, una vez electo.

7°) El derecho a elegir, también en votación directa al Presidente y a la mitad de los representantes locales y/o territoriales en los (organismos superiores de la Provincia, Comunidad Autónoma de la Nación, sin otra excepción, que sus respectivos Gobiernos respecto a los cuales la elección habrá de limitarse a quienes haya de presidirlos.

8°) El derecho de sufragio activo y pasivo, sin ninguna limitación legal que implique determinación de personas, para la elección de cuantos cargos públicos ostenten o presupongan representación popular o se presenten en la Constitución como defensores, valedores personificadores de todo el pueblo en conjunto, o tomado anónimamente sin exclusiones a priori.

Art. 15. No conociendo excepciones el deber de respeto a los derechos fundamentales y al Ordenamiento establecido, todos tienen derecho a reclamar de los poderes públicos la estricta observancia de las normas que les afecten. Y formulada tal reclamación, las autoridades que la reciban deberán inexcusablemente pronunciarse sobre su procedencia, en razón del respaldo probatorio que la justifica según sea, o no correcto el sesgo interpretativo adoptado para fundarla.

El plazo para dictar resolución en vía administrativa será, como máximo, de tres meses. Transcurrido ése aplazo sin que hubiese recaído pronunciamiento, el funcionario responsable sera suspendido de empleo y sueldo y se procederá contra él por prevaricación.

Art. 16. Toda pretensión formulada ante las autoridades judiciales deberá también, sólo con que

cumpla los requisitos f6rmales de admisibilidad, ser resuelta conforme a Derecho y con estricta observancia de las normas procesales previstas para el trámite. La vulneración u omisión de cualquier norma procesal se presume productora de indefensión y entrañará sanción disciplinaria para el funcionario responsable. La reincidencia en la infracción será perseguible penalmente.

Art. 17. Toda resolución, tanto judicial cómo administrativa, habrá de pronunciarse inexcusablemente sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas o debatidas en el procedimiento tras aceptar o rechazar explícitamente las sendas alegaciones fundantes de cada petición, con razonamientos concretos sobre la carga probatoria en cada supuesto fáctico, sobre el valor preferencial de cada una de las pruebas practicas y sobre él por qué de su apreciación conjunta. La resolución, además, justificará sobriamente; pero sin omisiones, por qué acepta o rechaza cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, por qué se han subsumido los hechos en una norma y no en otra y por qué se prefiere la interpretación propugnada entre cualesquiera posibles.

La invocación genérica en una resolución de “los acertados fundamentos” de otra recurrida, sin adecuada justificación fáctico-jurídico probatoria de por qué lo sea, será considerada denegación de justicia y tratada como tal.

Bien; ¿a qué seguir? Quienes sienten y defienden los derechos humanos habrán comprendido sólo con esto qué condiciones deben cumplirse para que tengan auténtica efectividad y cuándo las Declaraciones de derechos serían algo más que engañosas palabras. Al lector desapasionado que pregunte con sinceridad por qué no le ofrezco una Declaración de derechos *completa*, le contestaré con la misma franqueza: Porque creo que una declaración de derechos debe ser minuciosamente estudiada por todo un equipo de reconocidos *expertos* que discutan la extensión y la comprensión de cada término utilizado, en sus pros y contras, a fin de que el texto que definitivamente se apruebe signifique una verdadera optimización de la condición humana. Por desgracia, la probabilidad de que los Poderes públicos acepten Declaraciones de derechos al estilo de la que propugno es, en la actualidad, poco menos que nula. Pero no desmayemos en el empeño. Cuando ideas como las expuestas se conviertan en la fe dominante, nadie podrá resistirse a ella. Como he dicho en otra ocasión: “No hay fanatismo capaz de soportar la radiación ultrapenetrante de las convicciones científicas”.