

J. LOIS ESTEVEZ

**ESTADO DE DERECHO Y MAGNITUD
DE LA OMISION**

Separata de «Razón Española» núm. 118, marzo-abril de 2003



ESTADO DE DERECHO Y MAGNITUD DE LA OMISION

0. Aunque la omisión o abstención como concepto jurídico tenga ribetes paradójicos, es lo cierto que nos la encontramos en todas las ramas del Derecho positivo. Incluso en una disciplina tan formalista como el Derecho penal, dominada por el principio de legalidad, los delitos o faltas se definían como: "Acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley" El CP actual ha patrocinado otra fórmula: "No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración"¹. Es decir, no sólo pueden ser delitos o faltas los actos humanos, sino también las omisiones o abstenciones. Las cuales, por cierto, genéricamente no se definen por comprensión, que sería tanto como enunciar las notas distintivas que deciden la pertenencia a la clase; o sea, determinar para ellas tanto su género próximo como su diferencia específica. Esto nos mueve a pensar que se las defina por extensión, es decir, enumerando y mostrando, uno a uno, los elementos con que la clase está compuesta. No habrá, pues, más

¹ Ahora es el art. 5 el que hace necesario para la imposición de la pena el dolo o la imprudencia. Lo cual no es siempre cierto, porque imputar a un acusado una acción u omisión dolosa es un juicio de hecho y como tal susceptible de verdad o de falsedad.

omisiones punibles que las detalladamente mencionadas por el Legislador penal ².

1. ¿Podremos generalizar este principio y extenderlo a todo sector del Ordenamiento positivo? Parece que sí, a la vista de lo dispuesto en el art. 25, 1 CE: "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".

Este precepto, como tantos otros de nuestra norma básica, no es afortunado en su redacción, pues, tomado a la letra, —y por el principio de legalidad no parece posible tomarlo de otro modo— no afecta ni al Derecho Privado ni al Procesal. Entiende, pues, las sanciones en un sentido muy estricto. Ahora bien, toda norma jurídica, como limitación de la libertad, en lo que viene a parar de ordinario ³, depende, en su eficacia, de hallarse respaldada por disuasivos o incentivos suficientes. Los disuasivos son alguna especie de medidas represivas o sanciones para quienes incumplan alguna prescripción del ordenamiento. Los incentivos, —cuando los hay— recompensas o premios para quienes las observen ⁴.

² A principios del pasado siglo, escribía, con optimismo, Groizard: "El casuismo antiguo desaparece por completo; anuncianlo desde luego los nuevos códigos en sus primeras palabras. Los actos dignos de penalidad, que antes aparecían sin conexión ni analogía, sin proporción ni sistema, aquí y allí castigados, ahora se reúnen, forman un todo, constituyen un género, cuyas condiciones características, cuya naturaleza propia es el primer cuidado del legislador declarar y describir". (Alejandro Groizard y Gómez de la Serna: El Código Penal de 1870 concordado y comentado, I, 20 ed. Madrid, 1902.)

³ Se dice *de ordinario*, porque, a veces, las normas expresas, tal como han sido redactadas, restringen la libertad en medida mayor de lo necesario. Se impone una corrección para que, respetando el axioma capital del derecho, el sacrificio que le imponga el ordenamiento sea mínimo. Esto se consigue, a veces, mediante permisiones, aunque no sea el procedimiento más ortodoxo.

⁴ También hay omisiones en el propio texto constitucional, cuando remite al poder legislativo (encarga) la solución de una cuestión que deja irresuelta. Vid. al respecto el amplio estudio de José Julio Fernández Rodríguez: La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español. Madrid, 1998, con abundante bibliografía. Advierto, sin embargo, que este tipo

2. "Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire" —decían los romanos—. Se suponía, así, que la ley habría de contener mandatos, prohibiciones, permisiones o castigos. Si esto fuera cierto, podríamos decir que "el incumplimiento de un mandato o deber legal constituiría una omisión". Para el incumplimiento de una prohibición se necesitaría, por el contrario, una acción. Pero esta tesis no resulta sostenible actualmente, porque la verdad es que no cabe ver en las normas mandatos, ni tampoco existen deberes jurídicos autónomos⁵. Todo deber o es moral o no es nada. Y los deberes morales apremian en el fuero interno; es decir, quedan indefectiblemente entregados a la decisión de la conciencia personal, que se hace inobligante en la duda; mientras el Derecho solo puede regir en el fuero externo y apremia con objetividad.

Tal es, precisamente, el punto crítico en la teoría de la omisión, que como inacción, permanece en el fuero interno. Por eso, cuando comparamos las omisiones con las más autorizadas definiciones del Derecho, percibimos cuán difícil es que encajen en ellas. Permítanme algunos ejemplos:

- "Coordinación ético-imperativa". (Timashef)
- "El deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen libertad de hacer sin incurrir en una condena, en un embargo o en una acción particular de la fuerza" (Levy-Ullman).
- "Coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determine excluyendo todo impedimento" (Del Vecchio).

de "omisiones", definidas por J.J. Fernández Rodríguez como "falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligado y concreto desarrollo, de forma que se impide su eficaz aplicación"; no pudiendo exigirse, son dudosamente jurídicas. Por mor de la misma Constitución, la omisión aquí tratada, al suponer ausencia de norma, no limita con validez jurídica la libertad. Por otra parte, ¿quién y cómo le pondría el cascabel al gato? El T. C. no puede legislar, sólo es intérprete. Y si las Cortes no legislan, ¿cómo forzarlas a que lo hagan?

⁵ He procurado una detenida demostración de estos asertos en La eterna polémica sobre las fuentes del Derecho, Santiago, 1994, 14 ss. 19 ss.

- "Conducta humana en interferencia intersubjetiva" (Cossio).
- "Una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista (colectivo) sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico" (Legaz).

3. Lo que se desprende de todo esto es que las normas jurídicas, sin excepciones, aspiran a enunciar reglas para saber hasta dónde llega y hasta dónde no llega la libertad. Digo "aspiran", porque son abstractas e inefectivas por sí mismas. Su eficacia depende de sus destinatarios, de las interpretaciones que se les dé y del trato social que reciban; vale decir: de lo que haga la gente a su respecto. Son, a lo sumo, enunciados probabilísticos que tratan de acotar la libertad; pero que dependen de muchas libertades contingentes y de algunas ilimitables⁶. Y siendo las libertades hechos, antes que derechos, ¿cómo compatibilizarlas aliorrelativamente y por quién? Veamos otro aspecto de la paradoja. La CE en su art. 11 dice propugnar "como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Si la libertad es el valor superior, ¿a cuál supeditarla, para que pueda servirle de límite? La respuesta parece fácil. La liber-

⁶ A pesar del principio tan invocado de igualdad jurídica, siempre hay, en todo Derecho, determinadas personas que se substraen en algunos casos, o siempre de derecho, a la coacción jurídica. Porque, en cualquier derecho positivo, hay alguien en quien resida la soberanía y que, por tanto, es ajena a la coerción. ¿Quis custodiet ipsos custodes? -preguntaba certeramente Juvenal-. Tampoco pueden faltar en el Derecho quienes decidan en última instancia, sin que, estadísticamente, quepa hacérseles, de facto, responsables de su actuación, cuando violen las normas, en lugar de cumplirlas. Por eso es la jurisprudencia fuente de Derecho, sobrepujando a la ley. Y aunque tal vez en nuestro tiempo tendríamos medios técnicos que permitieran, recurriendo a la informática, anular las resoluciones contrarias a la legalidad vigente, los legisladores no ponen el menor empeño en velar por la efectividad de las normas: se contentan con aparentarla, en ese modo obsolecente, típicamente democrático, semejante al supuesto dogma de la soberanía popular. Claro que cuando esta indolencia ante la inefectividad normativa se hace bastante general, el Estado de Derecho se resquebraja.

tad sólo cede ante otra libertad igual. De otro modo: Un determinado comportamiento no puede tener tal alcance que vede a otro sujeto hacer lo mismo. Pues si entre dos personas se mantiene una relación de verdadera igualdad, ninguna superioridad sería posible. Por eso, en caso de conflicto entre libertades, ¿cómo y a cuál dar la preferencia? Además, una inacción no impide nada a nadie: ¿En gracia de que valor entonces reprimirla?

A estos efectos se invoca la solidaridad. ¿Es, pues, ésta un valor superior a la libertad? ¡He ahí el problema!

En la CE la solidaridad aparece sólo erráticamente, en preceptos no articulados entre sí y con poca coherencia. Por ejemplo, en los arts. 2; 25,1; 45, 2; 138, 1; 156, 1 y 158, 2. Pero no se define. Y no definida, ¿puede ser un límite admisible de la libertad?

Como sabemos, el axioma de libertad suele enunciarse: "Todo lo no prohibido, está jurídicamente permitido". Luego la libertad se presume; el deber de solidaridad, en cambio, ¿puede presumirse? ¿Cuándo habría que sacrificar la libertad en aras de la solidaridad?⁷

Las respuestas no resultan fáciles. Pero así se demuestra que ni la libertad ni la solidaridad cuentan por sí mismas. Su respectiva preferencia tiene que fundarse en otro valor que las englobe y jerarquice. Este no puede ser sino la Justicia, que, como fin del Derecho y de cada proposición jurídica, se identifica en nuestra Ciencia con la verdad.

La justicia, en cuanto ponderación preferencial, opta por uno de los derechos que coliden en el caso, no por valores abstractos en sí mismos. El conflicto, pues, no se da entre libertad y solidaridad, sino que surge al determinar el alcance de una libertad

⁷ En mis Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica, Santiago, 1954, 210 ss. a una formulación que comprende acciones y omisiones, le contrapongo ciertos reparos empíricos, que me llevaban a intentar superarla; pero la fórmula que preconizaba entonces (pág. 212) tampoco tomaba en cuenta explícitamente la abstención.

cuando afecta a la subsistencia de otras. Hay que "definir" las libertades, distribuyéndolas entre sí, según aquella ley universal que certeramente postulaba Kant. Esto equivale a compatibilizarlas; es decir, a hacer posible su coexistencia simultánea. Pues nadie se puede permitir anular otra libertad, al afirmar la suya.

Los glosadores clásicos, con su clarividencia característica, formularon un sabio principio, que expresa, mejor que ningún otro, el límite que la Justicia impone a la libertad. Decían: "Quod tibi non nocet et alteri prodest, an id est obligatus". ¿Cuál es el alcance de este principio y qué tiene que ver con la Justicia? Veámoslo.

4. El Derecho exige a veces actos determinados que se fundamentan en un supuesto deber de solidaridad. Pero ¿es jurídico este presunto deber? ¿En qué se resuelve? ¿Cuál es su verdadera naturaleza? Para dar atinada respuesta a esta cuestión, permítanme que pregunte antes si el hombre está moralmente obligado a vivir en sociedad. ¿Obran mal los anacoretas o ermitaños? ¿Eran inmorales Otanes, Diógenes, Arístipo? ¿No hubiera sido lícito a Robinsón preferir la soledad de su isla a reintegrarse al bullicioso mundo? Por mi parte, aun reconociendo la naturaleza social del hombre, no creo que le obliga incondicionalmente y en todas las circunstancias a cooperar con los demás. A veces, es necesario el aislamiento⁸. En cualquier caso, ¿no tiene el individuo derecho de autodeterminación?

Evoquemos, para esclarecer más completamente el asunto, los casos del Cid y de Coriolano.

Como es sabido, el Cid fue desterrado de Castilla por encubierta represalia de Alfonso VI. En casos como ese, el propio

⁸ Son muchas las circunstancias en que el derecho al aislamiento se impone de suyo. Sin ánimo de exhaustividad, evocaré alguna paradigmática. Sea el caso de un *portador de gérmenes*. Sin culpa personal, nadie negará que deba ser aislado. En otro extremo, el hombre que por su genialidad o por la índole de sus ideas suscita envidias o aversiones. Padecerá persecución por la justicia. Si le basta con la bienaventuranza evangélica, puede resignarse a ser aborrecido. Pero si no tiene terna entereza, ¿quién podrá negarle derecho a la segregación o al repudio político?

Derecho vigente le permitía romper con el rey y dejar de ser su vasallo. Pudo, así, conquistar a los moros tierra española y ser señor de sí mismo y de los voluntarios de sus mesnadas. ¿Hubo algo reprochable en su conducta? ⁹.

El propio Coriolano, que no fue cónsul por negarse a mendigar, como decía, "votos hediondos", y que sufrió destierro por la envidia de los tribunos, ¿estaba o no justificado para volver sus armas contra aquella ciudad que, por negar su deuda global correlativa, había dejado para él de ser su patria? ¹⁰.

Las relaciones sociales no son otra cosa que "cooperación". Cooperación que puede ser necesaria o voluntaria. La necesaria es la condición misma de la libertad. Uno es libre, cuando le dejan; es decir, si los demás practican habitualmente la omisión. Pero, si quiere serlo, ha de poner los medios conducentes a que sus actos no entorpezcan la abstención general. Si requiere mi libertad que los demás contengan la suya, otro tanto adeudaré con todos. Luego exige la Justicia que me contenga yo también, o sea, que no prive de libertad a ningún otro. Mas, si falla la libertad al fallar el sujeto, debo estar dispuesto a preservar la personalidad de los demás. Cierta beneficencia se debe, pues, genéricamente a cada hombre para que no se anule su libertad ¹¹.

Uno está obligado a cooperar, además, en forma voluntaria, porque lo ha prometido, explícitamente, por reciprocidad pactada. En cuyo caso hay que preguntar: Si el pacto no se cumple por culpas ajenas, ¿puede seguir el inocente obligado a su observancia?

5. La cooperación expresa, por convención libre, puede ser también un compromiso vital estable. Es lo que ocurre cuando

⁹ Vid. al respecto: Política. Una investigación sobre su esencia, Santiago, 1993, 60 ss. con cita de las obras excepcionales de Menéndez Pidal.

¹⁰ Vid. Plutarco: Vidas Paralelas (Ranz Romanillos), Madrid, 1970, pags. 125 ss.: Alcibíades y Coriolano, esp. 339 ss. Livio, II, XXX y ss.

¹¹ Al impedir la vida a otro cualquiera, (también a un nascituros!) hago imposible su libertad, expandiendo la mía. Sacrifico toda la ajena a lo que para mi es un exiguo incremento.

se convierte en la dedicación profesional de una persona. Entonces, es una obligación para con muchos, que puede ser exigida coactivamente, al menos en ciertos casos individuales. Es, p. e., el deber profesional del médico para con sus pacientes; del abogado para con su clientela etc. Aquí se trata de obligaciones contractuales, que se distinguen por tener, en virtud de su trascendencia, protección jurídica especial. Todavía más importante para el Derecho es la situación de los funcionarios, de los Jueces, de los políticos. Las relaciones jurídicas que les afectan son mucho más que contratos. La doctrina administrativa quiere ver en ellos órganos del Estado. La solución es pobre, pues equivale a explicar la causa por sus efectos. ¿O no son antes los funcionarios que el Estado? Aunque lo que se llama "Estado", no sea una realidad concreta, sino el conjunto de poderes públicos organizados para que sus decisiones tengan probabilidad de prosperar, primero son las personas aliadas de facto, que los resultados que llegan a obtener. Los funcionarios —llámense como se llamen— son condición necesaria para la convivencia organizada: Medios humanos deliberadamente comprometidos para obtener una finalidad jurídica. Por eso, han sido ya retribuidos de antemano con alícuotas de poder, honorarios y posición socialmente privilegiada. De ahí la gravedad de sus posibles omisiones, que pueden significar nada menos que llevar a un callejón sin salida a la comunidad política, caso de nuestra Ley electoral de 1977¹², la privación de derechos a personas determinadas, convirtiéndolas poco menos que en parias (caso Kohlhaas). U ocasionando movimientos revolucionarios, situaciones anárquicas o despóticas, que justifican los llamados golpes de Estado.

¹² Recordemos que el Real-Decreto Ley Electoral de 18-III-77 fundaba su validez en la Ley para la Reforma Política y se establecía (art. 11) "para regular las primeras elecciones al Congreso y al Senado". No delegaba su poder al Ejecutivo sino para una sola vez. Para elecciones posteriores era imprescindible elaborar otra Ley Electoral. Omitirla era gravísimo, irreparable para el sistema. Sin embargo, esta omisión se cometió, sin que pasara nada. Vid.: Tras eufemismo demo-a-cracia, Santiago, 1993, 77 ss.

Pese al tan alardeado principio de igualdad, el trato que se concede a los funcionarios que incurren en la omisión de algún deber, aunque adquiriera suma relevancia, es bien distinto al que se dispense, en casos equiparables, a simples particulares. Los privilegios del funcionario que incumple su deber por omisión son escandalosamente graves, porque, al revés que los demás ciudadanos, la obligación omitida forma parte de su trabajo profesional y se le retribuye por llevarlo a cabo.

Veamos la diferencia. La Ley 30/92 (26-XI) de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (modificada parcialmente por la 4/99 de 13 - I) proclama en su art. 47 la obligatoriedad de los términos y plazos, tanto para las administraciones como para los interesados. Pero, aunque el art. 49 permite ampliarlos de oficio o a instancia de parte, a condición de que no excedan su mitad, lo aconsejen las circunstancias y no se perjudican derechos de tercero; es lo cierto que si el particular no actúa en el término fijado o presenta sus escritos fuera de plazo, le saldrá al paso la preclusión, y perderá la oportunidad de realizar el acto. En cambio, para el funcionario rige otra medida. El no es ya una persona que esté incumpliendo un deber jurídico. Recurriéndose a una de tantas ficciones como trastornan el Derecho, se lo identifica con la Administración y su desidia se califica de silencio administrativo. Y en lugar de exigirse responsabilidad al funcionario causante del contratiempo, se obtiene una desatinada solución fraudulenta. O sea, que la mismísima ley ha incurrido en un acto en fraude contra el Derecho.

Juristas con vocación de súbditos creerán que semejante situación no es posible, porque profesan aún el dogma de la omnipotencia legislativa. La ley —dicen con Kelsen— no encuentra límite¹³; o, según frase de juristas ingleses, "el Par-

¹³ Las normas de Derecho —decía Kelsen— "no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho; no hay conducta humana que, como tal esté excluida, en virtud de su substancia, de convertirse en contenido de una norma jurídica. La validez de esta norma no puede ser cuestionada porque su

lamento inglés puede hacerlo todo menos convertir a un hombre en mujer o a una mujer en hombre" ¹⁴. Esta opinión no es conciliable ni con la soberanía popular, tan en moda actualmente, ni con la existencia de derechos fundamentales suprapositivos, que la práctica totalidad de las constituciones afirman reconocer, no conceder ¹⁵.

Si nos mostramos partidarios de la soberanía popular, nos será forzoso colocar a todo el pueblo como suprema instancia en el Derecho, siendo entonces inevitable concluir que la definitiva validez de las normas tendrá que depender de su efectividad; es decir, de que la sociedad las viva, no las rechace ¹⁶.

contenido no corresponda a un valor material de algún modo supuesto, tal vez a la Moral. Una norma vale como norma jurídica, sólo porque fue dictada en una forma bien determinada, porque fue producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fue establecida según un método específico". (Kelsen: La teoría pura del Derecho, (Tejerina) Buenos Aires, 1941, 96). Con mayor detenimiento se pronuncia Kelsen sobre estos problemas en su teoría general del Estado (Legaz), Barcelona, 1934, 61 ss.

¹⁴ Ruiz del Castillo: Manual de Derecho Político, Madrid, ~939, 78. Con más precisión señalaba (pág. sig. nota) "Inglaterra, el pueblo de la soberanía del Parlamento (o mejor de la ley), es también el país del Common law, donde el Juez continúa creando Derecho. Jurídicamente, el Parlamento podría anular al Juez, pero de hecho no podría hacerlo..."

¹⁵ Si los pueblos pudieran, a su arbitrio, conceder, o no, los llamados derechos humanos, no habría nada en éstos que los distinguiera de los demás. Pero si fueran una condición necesaria, bien que no suficiente, para que pudiera calificarse a un Estado como Estado de Derecho, los juristas dispondríamos ya de un criterio empírico para calibrar la autenticidad de tal denominación. Y una vez más sólo la estadística podría dar una respuesta válida a este cuestionamiento. Pues no basta con proclamaciones retóricas en los textos constitucionales, sino que lo verdaderamente indispensable es que su reconocimiento lo efectúen los funcionarios y jueces y tribunales. Y si nos preguntamos cuál es su situación en España, no cabe una contestación optimista. En la suerte de los recursos de amparo tenemos una medida matemática de su efectividad. Comparando las diversas probabilidades de prevalencia que tiene cada tipo de derechos, los fundamentales no pueden salir peor parados. Vid. al respecto: Lois: La protección interdictal de los derechos humanos, en La Ley, no 499, 7 - IX - 82, pág. 5 Y también en Agresividad del poder y derechos fundamentales, Santiago, 1992, 45 ss. 197 ss. 115 ss. 160 ss.

¹⁶ Este modo de entender el Derecho dista de ser nuevo. Tiene ya una larga tradición de adeptos. Entre nosotros, tal vez su más vigoroso propulsor es Costa, en casi todas sus obras. Por ejemplo, en Teoría del hecho jurídico individual y

Por otra parte, si existen derechos fundamentales suprapositivos, que incluso los poderes constituyentes tengan obligación de respetar, ya obviamente el Estado, renunciando a su soberanía jurídica, debe supeditarse a principios extrínsecos, que, si se conculcan, justifican la insumisión¹⁷. Luego la ley ha perdido en nuestra época una buena dosis de su importancia .. teórica. Y se dice "teórica", porque, en la práctica, hace ya mucho tiempo que los jueces y los funcionarios la han substituido por .. sus oráculos.

En efecto; ante las leyes, una pregunta sería fundamental: ¿Cuál es la interpretación "correcta", objetiva del texto legal? La significación objetiva de una ley podríamos obtenerla de dos modos: a-priori o a-posteriori. Podríamos averiguar a-priori, por encuestas, cómo la entiende la gente; es decir, sus destinatarios, los que deben cumplirla o hacerla cumplir. O acaso, más bien, el gremio de los juristas. O, a-posteriori, científicamente, tratando de representarnos su significado en conductas humanas; o sea, inquiriendo cuáles podrían caber en la hipótesis legal sin violentar su sentido o sin cometer perceptible injusticia¹⁸.

social, Madrid, 1880, 239 ss. También a su lado, muchos extranjeros: Cruet, Jean: *La vie du Droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1914; asimismo: Wilson: *El Estado*, II, 408. Otras referencias en Royo Villanova, *Derecho Administrativo*, I, 1942, 47 ss.

¹⁷ La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene que reconocerlo y dice que: "si no son protegidos por un régimen de derecho.. el hombre .. se ve compelido al supremo recurso de rebelarse .. contra la opresión".

¹⁸ Un verdadero Estado de Derecho no requiere solo normas, sino normas suficientemente conocidas con significado compartido. Si esta condición falta, estaremos ante una algarabía, no ante un Derecho. En mi lección introductoria al Ordenamiento jurídico decía: 6. "Sabemos que en cualquier Ordenamiento jurídico existen normas que no se aplican o que han caído en desuso. Sabemos que las hay también constantemente defraudadas, incluso desde el poder. ¿Siguen integradas en el conjunto "Derecho"? Igualmente nos consta que por muy reducido que sea el Ordenamiento, la existencia de lagunas no se admite, porque el Juez tiene siempre el deber de fallar. O sea, reina la ficción de lo que se llama "plenitud del Ordenamiento jurídico", por la cual se supone que todos los casos posibles están ya jurídicamente resueltos. .. Y aunque todo el mundo sabe que un conjunto finito no puede ser coordinado con uno infinito, este imposible se pretende que lo realice todo Juez".

6. El problema más grave de las omisiones reside en esto: Si una ley confiere un derecho subjetivo a los particulares, ¿cómo entender jamás que la Administración, como tal, pueda conculcarlo?

Evoquemos, en la legislación española, la ley 30/1992 de Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. En ella se consagran en su artículo 35 los que llama "derechos de los ciudadanos", donde, por cierto, no se hace expresa mención del más fundamental de todos, el derecho a las reclamaciones y recursos. Pero en su art. 42 se habla de la obligación, atribuida a la Administración, de "dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados", salvo en los casos que exceptúa el párrafo segundo. Esta ley, que, prácticamente, quería volatilizar, en favor de los funcionarios, la obligación de actuar en los plazos legales, coonestaba sus omisiones mediante la rutina tradicional del llamado "silencio administrativo", al que todavía trata con tolerancia inadmisibles la reforma de 13-I-99.

Pronunciándonos con claridad sobre este punto, procede decir que semejante permisividad institucional no admite más que dos interpretaciones. En abstracto, si el "silencio administrativo" se toma como comportamiento de la Administración Pública, no puede ser otra cosa que aquiescencia a quiebras deliberadas de un supuesto Estado de Derecho, como si no implicara discriminación inconstitucional agravante brindar solución a las solicitudes de unos ciudadanos y no a las de otros (pues el mismo funcionario no trata con el mismo despectivo silencio a todos los que a él recurren).

Y si achacamos la pasividad a funcionarios públicos concretos, con el silencio administrativo nos resignamos a lo ilegal y estamos poniendo impedimentos a la interdicción de la arbitrariedad, cosa que tampoco puede conciliarse ni con la Constitución ni con el Estado de Derecho.

Siempre son funcionarios los que tratan con particulares, porque referirse a la Administración es creer en nuestros propios fetiches, usar un nombre abstracto, un centro imputativo

confabulado por ficción jurídica! Pues, si el Derecho sólo puede ser tal si la pluralidad de disposiciones se concierta en una unidad normativa, cada omisión de un deber jurídico cometida por funcionarios, crea un vacío en el orden jurídico, es decir, una situación de excepción al Estado de Derecho, que, si se multiplica, lo arruina. Esto quiere decir que el Estado de Derecho no puede verse sino como una realidad estadística. Personalmente lo he identificado, en lo empírico y calculable, con la eficiencia del Derecho, cuyo quantum antitético es la entropía política.

Según es sabido, en las Ciencias de la Naturaleza la entropía es la medida de la degradación energética o el incremento de las situaciones caóticas en el Universo. En la teoría de la información, el grado de incertidumbre y en la Política "científica" del Derecho, el monto de los errores jurídicos.

El gran fallo en que, como instrumento de pacificación, incurre el Derecho, estudiado desde la matemática de la fiabilidad; es desentenderse del conjunto de las omisiones jurídicas en el desempeño de las funciones públicas. Y esto por una razón de mucho peso. Los errores jurídicos los medimos a través del número de procesos. En cada proceso existe, como mínimo y en el mejor de los casos, un error jurídico; pero pueden existir tres, si, cosa posible, ninguna de las partes tiene razón y el juez tampoco. (El error triple es muy improbable; el doble no tanto; pero uno se da siempre).

Si se me pregunta, como alguien lo ha hecho ya, por qué hablo de errores jurídicos —y no de infracciones—, la razón es simple: Porque cabe referirse a ellos con absoluta objetividad, sin valoraciones que puedan ser discutidas.

Ahora bien, ¿por qué quiero resaltar aquí las omisiones? ¿Por qué insisto en la necesidad de hacer su estadística y me rebelo contra el "silencio administrativo"? Sencillamente, porque, sin necesidad de valoración alguna, la falta de resolución o el incumplimiento de los plazos no cabe sin la vulneración de alguna norma jurídica. O sea: toda omisión constituye necesariamente una infracción.

Como sabemos, computamos el número de procesos mediante estadísticas. Por desgracia, de las omisiones apenas las hay ¹⁹. Y es una lástima, porque, si las hubiera, permitirían saber positivamente hasta qué punto un concreto Estado puede llamarse de Derecho. La regla científica que nos permite usar correctamente tan resobada denominación es simple. Mientras la suma de infracciones y errores jurídicos sean aún sucesos raros, podremos seguir hablando legítimamente de Estado de Derecho. Cuando el flujo de sucesos no se acomode a la fórmula de Poisson, el Estado de Derecho habrá dejado de existir ²⁰.

Entrevemos, así, la gravedad del eufemísticamente llamado "silencio administrativo" que si no acarrea sanción a los funcionarios responsables, con discriminación evidente respecto a los particulares que incurran en omisiones comparables, pone al desnudo la complicidad o el encubrimiento que los demás poderes públicos prestan a hechos ilícitos.

7. Dando un paso adelante, señalemos ahora algo aún más grave. El art. 9,1 CE dice: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". A duras penas cabe precepto de redacción más desafortunada. Veamos algunos problemas que lleva implícitos.

El primero que salta a la vista surge al preguntar: ¿Los poderes públicos desde su nombramiento no son ya ciudadanos? ¿Es la expresión redundante, o no? Realmente aquí la conjunción copulativa "y", se le escapó al legislador del subconsciente, pues su propósito indeliberado fue aludir a las dos clases sociales

¹⁹ Aunque se las mezcla con acciones, las omisiones predominan en los accidentes de tráfico, causados en su mayoría por incumplimiento de las normas sobre circulación.

²⁰ La fórmula de Poisson es la siguiente: $P_k(t) = e^{-\lambda} \frac{\lambda^k}{k!}$ la cual adopta formas diversas según los casos. Sus aplicaciones son muy numerosas, cada vez mayores. Parzen: Teoría moderna de probabilidades y sus aplicaciones (Berumen), México, 1.973, 285, cita (tomada de Wallis, en JASA, 1936, 376-380) un supuesto muy llamativo: Las vacantes en la Suprema Corte. Feller: En Introducción a la teoría de probabilidades y sus aplicaciones (Morales), I, México, 1973, 298, otro más común y próximo a nosotros: su aplicación a los accidentes de automóvil.

que auténticamente existen: aquellos a quienes se ha conferido el mando y aquellos que están sujetos a obediencia. Son dos conjuntos en situación de disparidad. Si los unimos, como indica la conjunción "y", el resultado es incoherente. Como clases distintas integradas, ciudadanos + poderes públicos = Pueblo. Pero el pueblo en su totalidad es, según la CE, el titular de la soberanía. Y si el soberano ha de estar necesariamente por encima de las leyes, ¿qué sentido tiene declararlo sometido a ellas?

Para mayor paradoja, el art. 56, 3 hace al rey inviolable y no sujeto a responsabilidad, aunque, para enredar las cosas, el 61,1, lo compromete, al ser proclamado, a jurar "guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas." Parece tener, pues, deberes jurídicos, aunque tal enunciado no concuerda con la exención de responsabilidad. Por otra parte, ¿cómo podrá "hacer guardar" la Constitución y las leyes si permanece inerte frente a su incumplimiento?

Siguiendo con el artículo 9,1, encontramos en él otra conjunción que resulta extraña: "La Constitución "y" el resto del ordenamiento jurídico". Ningún jurista puede ignorar que la Constitución es una parte del ordenamiento jurídico, de modo que otra vez se usa una expresión redundante. Más aún. Tal como se hace la separación entre una parte y su todo, da la impresión de que se trata de sugerir que la Constitución es lo importante y el resto del ordenamiento jurídico lo subalterno y accesorio.

En cierto sentido esto es verdad, pues la Constitución y, sobre todo, los derechos fundamentales, que son su principal componente, tienden a impedir que integren el ordenamiento jurídico prescripciones que los contradigan.

Pero al contraponer a la Constitución "el resto del ordenamiento jurídico", éste se subestima, tratándolo como un residuo o apéndice de aquélla, cuando, por más que pese a los constitucionalistas, lo cierto es lo contrario: lo substancial es el ordenamiento, gracias al cual se hace posible la cooperación interhumana. La constitución quizá sea, si acierta en sus propósitos

y alcanza efectividad, un perfeccionamiento del Derecho; pero lo esencial es el Derecho mismo. Pues aquí también: *primum vivere, deinde philosophare*.

Al considerar el ordenamiento jurídico en tan gran escala, resulta inevitable descuidar sus detalles y causarle cierto menosprecio. Se pone el énfasis en la Constitución y, aún sin pretenderlo, se deja en segundo plano lo verdaderamente substancial: la observancia de todas las normas públicas, —ya que las privadas, como supletorias, se confían a la voluntad de las partes.

Con todo, la mayor deficiencia de este artículo de la Constitución es su fe cándida en la omnipotencia legislativa. El legislador se imagina que con predicar la sujeción de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y a todo el Ordenamiento no hace falta más ²¹. ¡Por eso, sólo con quererlo, se constituyó de una vez a España en un Estado social y democrático de Derecho!

Pero, claro, ¡así se reducirían a cero no sólo las omisiones sino también toda traza de antijuridicidad! ¡Habríamos realizado el más cabal Estado de Derecho ²²! Y la "ecuación de la sociedad perfecta" ²³ revelaría como nulo en la nuestra el alejamiento del ideal.

8. Pero volvamos al art. 9,1 de la CE. Allí se nos dice, entre otras cosas, que los poderes Públicos están sujetos al ordenamiento jurídico. Pues bien, o estoy errado gravemente, o la Ley de Enjuiciamiento Civil forma parte importante del Ordena-

²¹ Quizá no existan normas dotadas de mayores disuasivos que las de tráfico, cuya infracción es castigada de hecho con penas gravísimas e incluso la muerte. Y sin embargo, el número de accidentes ocasionados por su incumplimiento alcanza cifras aterradoras. ¿Podemos esperar fundadamente que otras normas jurídicas obtengan mayor acatamiento? Pues las normas de tráfico, obedeciendo aún a la fórmula de Poisson, no dejan de ser sucesos raros, con probabilidad muy pequeña, si la unidad de tiempo adoptada lo es también (vid. nota 14).

²² No la democracia, como poder de todo el pueblo, que rompería con la distinción entre ciudadanos y poderes públicos y equivaldría a un plebiscito ininterrumpido.

²³ Explico en qué consiste en "El ser del Estado y sus repercusiones pragmáticas, cit. en LA LEY, n 1 358 (19-I-82), págs. 4-5.

miento jurídico. Y ésta (art. 134) 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."

No hay, que yo sepa, excepciones a este precepto cuya finalidad, de suma importancia, es poner coto a la interminable duración de los procedimientos en España, abriendo un interrogante sobre un derecho general. Los plazos establecidos debían, pues, respetarse. ¿Se respetaron? No; la ley no se cumple en prácticamente ningún Tribunal ni Juzgado. Son miles en España y entran ya en los ensayos de Bernoulli. Y no hace falta reducir la unidad t de tiempo para que el suceso, que debía ser raro, se transforme en frecuente ²⁴.

²⁴ La Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil pretende lograr una "Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad". Con un estilo muy acorde con los usos judiciales, que tienden a eludir el lenguaje directo que habla la gente, se añade: "Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas". No insistiré en citar las expresiones rebuscadas del legislador, tan lejanas a las de los autores de la ley derogada; pero apenas estrenada la nueva Ley, los viejos vicios persisten incólumes. Y si alguien protesta ante el Consejo General del Poder Judicial contra las dilaciones indebidas condenadas en la Constitución, al afirmar el derecho de los litigantes a no sufrirlas, ¿qué hace el Consejo? ¿Aceptar cualquier *explicación* del juez y archivar la queja! Pongo un ejemplo. Una sentencia del T. S. exige que se haga en una ejecución de sentencia una valoración pericial. Pero no existiendo perito titulado y habiendo solo un práctico con conocimiento de causa, propuesto por una de las partes y recusado por la otra, se ordena una consulta innecesaria al Ministerio de Educación para que informe sobre la dirección del Colegio de expertos, capaz de emitir dictamen. *No hay esta experticia en España*: -Dice el Ministerio. Pese a esto, el Juzgado reitera la pregunta a otra Corporación pública para que informe sobre lo mismo, con idéntico resultado negativo. Nueva consulta a otro Ministerio, que no emite respuesta. Pasan 20 meses sin que el Juzgado tome ninguna determinación. Ante tal inactividad, se produce la queja. Al recibir el oficio del Consejo, el Juzgado acuerda remitir de nuevo el suyo al Ministerio; pero esta vez certificado y con acuse de recibo. Como si el Ministerio tuviera obligación de sacarle las castañas del fuego al juzgador



