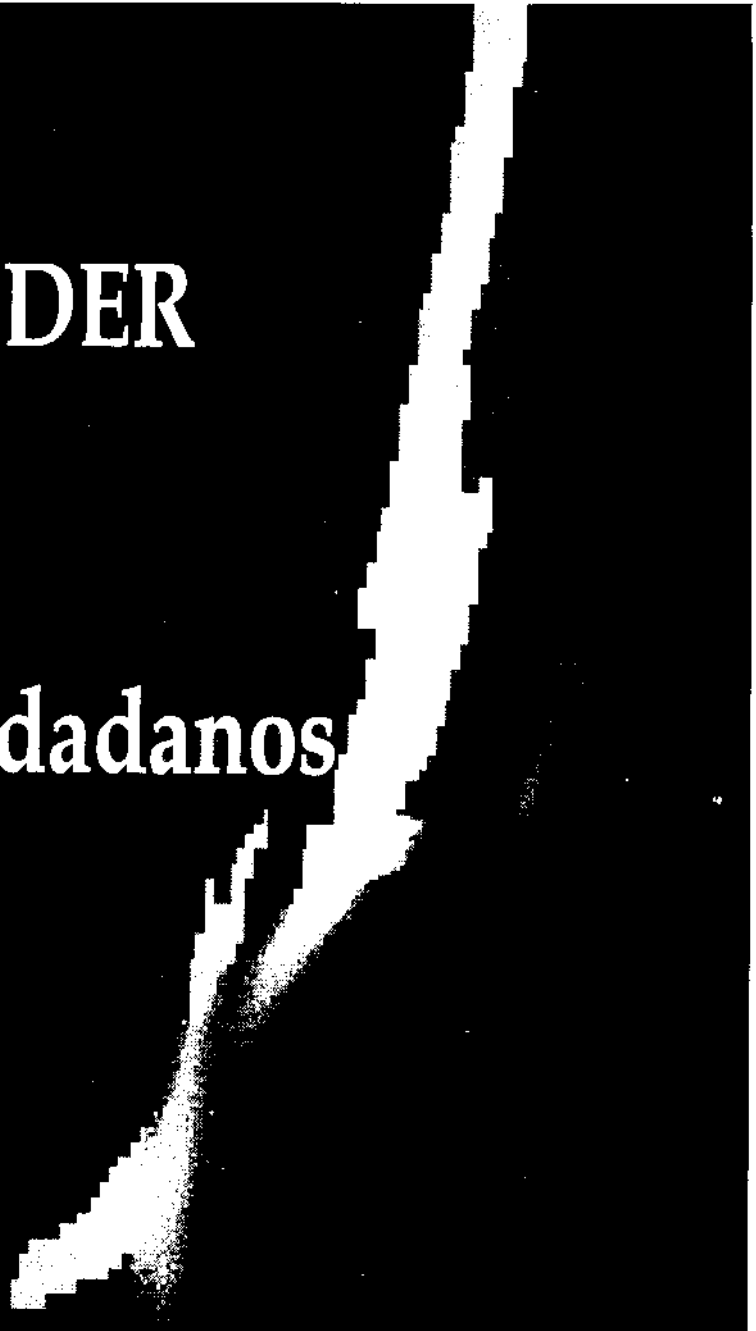
el PODER y los ciudadanos



Milagros Otero Parga

El **Poder** *y los Ciudadanos.*

Milagros Otero Parga
ociare en Dere. por la UniversIEad de
Santiago de Compostela. Espar,e

© Derechos Reservados. 1998.
Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C.
AvHidalgoPieNum 503 Col La Mercad, TOluce. M9xlw. C P. 5NS0
TeIs 143821

© Derechos **Reservados. 1998.**
Universidad Autónoma del Estado de México.
wo olerme Ore Num lar, Col Centre, Toluca M4nm CP 50O J
Teld 13-47-37 Fav 1455-09 y 14.ffi19

Derechos **Reservados. 1998.**
Instituto de Estudios Legislativos.
.bsd viwMe Vill a Nam 1L3 Cd carro, Toluca Me-. 0.. P 50000
Tels 14.2337.14-4057

Portada M. en D. Marco Antonio **Morales Gómez.**

Hecho en Toluca. **México. Noviembre de 1998.**

ISBN 96B-6452-32-X.

INSTITUTO DE **ADMINISTRACIÓN PUBLICA DEL ESTADO DE MExICO A L**

CONSEJO DIRECTIVO

das o Morales como
Presidente

Z dsRuii Perez
Vspntl Emre

laan Anpao alegra

Mansd del G Vr as Floree

Roano, Rane a Zara

Josd Changa Mero

Jorge E **de a Vega Men bollo**

Ga^aa Earenmz

aman do Serd.m Pee.

1...e Menmez Wzh re

Malla Pamc a R sea Pérez

conexo

SnuagoC .roy
Tesorera

MIEMBROS FUNDADORES

Canse
Andrés Caso Lomoaao
Jorge ,.,e Casi,.;
INgu. Angel C.a G dentro
eol MS1l nez Amaron
ra
elleleH1 **1.1**
I ryt Guaderama Le.,,
Emreno NNnandea Grdéñez
R ooelo "ecoco Nla gas
Aa, Zage Machuca
rthand. Pagana
z Leao.ere

m. 1N: ;lado,
~11 II-Llee
Jo, ge demande a Gasa
Almo Mena Finesa
1.e n Caros Padilla Agaoar

Ser urdo S2ne hez y Dane hez

CONSEJO DE HONOR
Muro Mam nei
-.VI Anloma Muñoz sa'mroa
Caros E AJneda López
Gu rrsH o P¢ICMa

COMITÉ EDITORIAL
Pan, del Socorro Maa 11–
RooM JIme **ez Guzmdn**
ween¡Manca Sudbeta
hr Seno Medina
Pardo Uvalle Bemanm

SECRETAMIO **TÉCNICO**

DIRECTORIO

Mal, m Aleen
Presiden
NNa,ne
Seerelano Sello
alupe 3anNmarle González
Sec

Secrmno de olwsleon

celo namn deaDoc n
m Cawe
:ua
Coord nado, de Pmgrado
Refugie Coneaer valles
tome Heeusgan^on
moruzP hades
Coordnadora
Docum entación p umma
serylo mane salmae
ceo filnedor deo lo,
a 6avi. 8 afgano
Coreana ra de Slrlmrae
sota
Pe Ve
coordinador de
Se,Hbaa yllna
Mmoai A V e y Eedae
0.,.". Ree ^tl ee romep.nw
Bore NeboNajea
Delega do R go n al de Valle de Chtlm
xlldanead
Jesmcama .opta
Delegado Reglon el de toar e ap

DISENO-GRAFICO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO OE MÉXICO

M en A WbI Gallea Hembdez
Rector

Mn S P. Ezepuiel Jalmea Figueroa
Secretado Académico

M A E Pedro E **Liola Margolb**
Secretarlo Adnenu..dvo

Ing Robalo Mercado Doraras
Samario de Rectwle

C P Blanca Alomo Neidbao
Contnbra de la Universidad

Dr. Raael LEpez Cameaares
Coordinador Gen.rn de Investigación y Estudios Avanzado.

M en Pl Gustavo Segura bueno
Coordinador General de DiNSldn Cultural

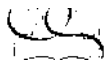
M en E Gemrdo E del Rivero Maldonado
Director General de Planeación y Deeanolto lnetllunonal

Ing. Jesús Henóndez Avlla
Director General de Eatsnsón y Vinculación Unlvemilada

M en D Alfonso Chaval López
Abogado General

Prof Inocente Peaabza Gamia
Cronista Universitario

Sr. Carlos Millen **Benitez**
Vocero Universitaria



INSTITUTO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS

CONSEJO ACADÉMICO

Or. Manuel González Ompeea
Presidente

DI Jasa Femána¢Sanuuan
Lc Mi9uel Angel Camposeco Cadena
Or Ignamc Sosa Alvarez
Or Emilio Rabosa Mvnhm
DL Pedro Zoaula Manlnez
Consejer .

Lc Ramón Aran **a P** zOS
Vocal Ejecutvo

no Leopolm Ruiz Calderón
Secretario ≻cnlco

COORDINADORES

Lo SegleE Coom Moreno
Coordinador d. I. amraeca **Pm.menuna**

Ti, Diana O. Toma Namáodez
Coordinador Editorial

Lc Runa Tade Te q...
Coordinador Académico

inse el López s es
Coordinador U. Investi**gación**

Lc CUauntdmoc Rer **ane**
Coordina**dor de Inform**á**tica**

C Cecilia Bsmnda
Coordinada d. Relaciones Cabezas

inc Anuro **Velázquez Clara**
Coordinador de Documentación

c Juan Caros Córdoba Gcn z
Coordinador Admmostra ■ a

A mis padres:
José y Cormiña
Porque los quiero y
porque les debo todo

AGRADECIMIENTOS

Quiero mostrar mi más sincero agradecimiento a las personas sin las cuales, este libro no habría podido ser realizado. De cada una de ellas, en mayor o menor medida, se ha enriquecido el resultado final. Sin embargo, los errores que se puedan detectar son únicamente responsabilidad mía.

En primer lugar, mi **agradecimiento debe dirigirse hacia la Universidad de Santiago**, **en particular a la Facultad de Derecho, y a su Rector**, Excelentísimo y Magnífico Señor Rector Don Darío Villanueva Prieto, que han posibilitado **a través de** la firma de convenios, mi **presencia en México.**

Mi gratitud para los profesores y becarios del área de Filosofía del **Derecho de la Universidad de Santiago**, **Profesores titulares Dr. Don** Manuel Segura Ortega y Dr. Don Jooquín Rodríguez-Toubes Muñiz, becarias licenciados Nora María Martínez Vañez y Sonia Esperanza Rodríguez Boente. a todos ellos, gracias por su constante apoyo.

Un reconocimiento muy especial a la Protra. Dra. Doña Carolina **Rovira FJórez** de Quiñones y al Dr. Don Francisco Puy Muñoz **sin ellos, sin su magisterio** y sin su paciencia no se habría podido haber desarrollado ni éste ni cualquier otro trabajo. Gracias por haber estado siempre conmigo.

Gracias ala Universidad Autónoma del Estado de México, a su Rector el M. en A. Uriel Galicia Hernández y al Instituto de Administración Pública del Estado de México, sin cuyo patrocinio este trabajo no hubiera salido a la luz. Espero que este primer libro sea la muestra de una futura y fructífera colaboración entre nuestros países y sus instituciones.

También debo gratitud a Mary Monroy Cruz, quien, con afecto **desinteresado**, se ha encargado de corregir pruebas sin mostrar nunca

ninguna impaciencia por os necesarios retoques; su profesionalismo y su entusiasmo en el trabajo **me fueron** de gran ayuda.

Gracias por último a las familias Morales y Garduño; Marco Antonio, María de Lourdes, Tania, Luisa Isabel, y Guadalupe; a Gustavo, a Marilú y Ana Fernando. Nunca podré agradecerles su cariño y amabilidad, ellos han sido y siguen siendo mi punto de unión con México, ellos son algo mucho más importante y profundo de lo que puedo expresar con palabras; ellos, saben lo que son para mí y también que mi amistad hacia ellos es imperecedera.

Toluca. Estado de México, Otoño de 1998-

CONTENIDO

Prólogo ***xi***

Capitulo 1. ***El Poder***

1 Introducción *1-3*

2. Diversos significados del término poder *3-7*

3 El poder del Estado *7-7*

A) Fines *7-17*

B) Caracteres *17-18*

4. La *mujer* 19-22

5 Conclusión 22-23

Capitulo II. ***División de poderes*. Antes *y ahora***

1. Introducción 25-26

2 Antecedentes *y evolución histórica del principio* 26-42

3 Funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en la actualidad 42-49

4 Conclusión *49-51*

Capitulo 111. ***La estabilidad*. *Una forma* adecuada de ejercicio del poder**

1. Introducción 53-56

2. La estabilidad en el ordenamiento jurídico 57-58

A) Antecedentes *históricos* 59-62

B) Situación actual *62-68*

C) Conclusiones sobre la estabilidad como característica de la norma juridica 68-70

3. Conceptos afines a *la estabilidad La seguridad y la* certeza *70-77*

4. Conclusión general 77-77

Capitulo IV.	**El abuso *de poder*. La *arbitrariedad***	
1.	*Introducción*	79-80
2.	*Figuras* afines *a la arbitrariedad*	*80-80*
3.	*Arbitrariedad y discrecionalidad*	80-87
4.	*Arbitrariedad e injusticia*	*81-91*
5.	*La noción* de la *arbitrariedad*	91-94
6.	Requisitos *de la arbitrariedad*	95-95
	A) Conducta *antijurídica*	95-96
	B) Poder público	96-98
	C) Irregularidad caprichosa	98-99
7.	*Conclusión*	*99-100*
Capitulo V.	***Cuando el poder no* es *suficiente. Los* deberes**	
1.	*Introducción*	*101-109*
2	Los deberes *humanos.* Intento de	
	aproximación conceptual	*109-116*
3.	Los *deberes humanos* en la *legislación*	
	internacional	116-122
4	*Conclusión*	*122-123*

Prólogo

Milagros Otero Parga nació en Santiago de Compostela, España, en 1960. Allí, en la Facultad de Derecho de una Universidad cinco veces centenaria, cursó sus estudios de Licenciatura en Derecho durante los cursos académicos 1977 a 1982. Ya durante este periodo de licenciatura mostró una clara inclinación por la Filosofía del derecho a la cual se dedicó de manera ininterrumpida desde ese momento. Su labor investigadora comenzó bajo los auspicios del Profr. Dr. Don Francisco Puy Muñoz, el cual dirigió su tesis doctoral y la Profra. Dra. Doña Carolina Rovira. Ambos le prestaron siempre y siguen prestándole ahora una gran ayuda.

En 1986 leyó su tesis doctoral titulada La Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago 1800-1970", que mereció la calificación máxima. Esto es "apto cum laude". A partir de este momento continuó trabajando a tiempo completo, repartiendo su tiempo entre la docencia y la investigación desde distintos puestos docentes.

En 7989 obtuvo por oposición, la plaza de Profesora Titular de la Universidad a tiempo completo, en el área entonces de Filosofía del Derecho Moral y Política, hoy transformada en Filosofía del Derecho.

Si tuviera que definirla en su aspecto académico, creo que la Doctora Otero se caracteriza por una profunda vocación universitaria a la cual ha llegado posiblemente por su tradición familiar, y por su especial vinculación al

Alma Mater Compostelano que siente como suya y cuyo nombre ha paseado con orgullo por los distintos países tanto de Europa como de América en los cuales ha estado.

Hablando con la profesora se observa en seguida su profunda vocación docente e investigadora, que se manifiesta en su constante, absoluta y permanente disposición para impartir **asesorías**, pronunciar conferencias o realizar cualquier otro tipo de actividad **para las que se le requiera**. **Pero siente al mismo tiempo** una especial satisfacción en acudir **a las aulas para** hablar con los alumnos y mantenerlos prendidos a su hilo discursivo.

Y en ese sentido muchos le hemos oído decir que **quiere formar juristas y no únicamente especialistas en leyes. Quiere de hecho sembrar la duda y la capacidad de ejercitar la inteligencia en cada uno de sus dicentes.** Desea enseñarles a buscar la justicia por encima de todo pero unida a otros valores jurídicamente protegidos como la paz, la seguridad, el orden o el bien común. Y todo ello dentro de un ambiente de libertad y de respeto por los derechos y deberes de cada cual.

Esta es la tarea que está realizando, como profesora invitada con carácter permanente **en nuestro país. En** México y más concretamente en la Universidad Autónoma **del Estado** de México, país e institución **con los cuales,** según sus propias palabras, se siente especialmente unida con ese lazo imperecedero surgido del respeto y cariño mutuos.

Entre los puestos académicos **que ha desempeñado se** encuentran el de Director del Colegio Mayor Rodríguez

Cadarso (España), miembro por elección del Claustro Universitario por segunda vez consecutiva, miembro también por elección de distintos órganos de la Universidad Compostelana y Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago, desde enero de 1998.

En cuanto a su actividad investigadora es de justicia manifestar que ha sido ininterrumpida, escribiendo en las más prestigiadas revistas españolas especializadas en su materia. En su haber cuenta con varios libros (como autora, colaboradora o coordinadora) y numerosos artículos. Entre ellos se encuentra La Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago 1800-1970, Trivium, Madrid, 1987; Problemas de la Ciencia jurídica, Estudios en **homenaje al** profesor F. Puy, coordinado por M. Otero, M.C. Rovira, M. Segura, 2 vol., Universidad de Santiago de Compostela, 1991; Problemática **actual de la Historia de la Filosofía del** Derecho **española**, Edición a cargo de F, Puy, M. C. Rovira, M. Otero, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, El derecho penal en los planes de estudios desde 1771 en "Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación", no. 6-7, Barcelona, 1988, p. 898 ss.; La nacionalidad como derecho fundamental en Anuario de Filosofía del Derecho", 1988, M, pp. 449, ss.; La lengua en el artículo 3 de la Constitución en Jornadas de Estudio sobre el Título **Preliminar** de la Constitución, Vol. II, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 1279 ss,; El derecho de petición, en la Constitución española, diez **años** después, 1978-1988, Tapia, Publicaciones para el mundo del derecho, Madrid, 1989, pp. 119 ss.; El derecho como objeto de la jurisprudencia, en Problemas de la ciencia jurídica, **Estudios en homenaje al** profesor Francisco Puy Muñoz, T. II, Universidad de Santiago, 1991,

pp. 203 ss.; **España** y lo hispano en la obra de Adam Smith, en Estudios en Homenaje al profesor Carlos G. Otero Díaz, T. II, Universidad de Santiago, 1991, pp. 453 ss.; Consideraciones en torno al derecho a la intimidad, en XII Jornadas de Estudio sobre los derechos **fundamentales** y libertades públicas, Vol. 1, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, pp. 691 ss.; El concepto de poder y su relación con **la mujer en** "Anuario de Filosofía del Derecho", IX, 1992, pp. 189-202; La petición en el Constitucionalismo **español**, en XIII Jornadas de estudio sobre Los derechos **fundamentales** y libertades públicas, Vol. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1825 ss.; La Filosofía del derecho en **España en la actualidad**, **en Homenaje al profesor** Fernández Galiano, **Facultad de** Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, pp. 655 ss.; Un punto de **vista sobre la paz**, **en Justicia,** Solidaridad, **Paz. Estudios en homenaje al profesor José** M°. Rojo Sanz, Vol. II, Valencia, 1995, pp. 827-836: El principio de **subsidiariedad en el ordenamiento** comunitario europeo, en XVI Jornadas de Estudio, la Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo, Vol. 1, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 487 ss.; Algunos **aspectos de la división de poderes y de su aplicación al** ordenamiento jurídico europeo, en XVII Jornadas de estudio del Ministerio de Justicia, Madrid 1994, en prensa; La arbitrariedad, en "Anuario de Filosofía del Derecho", XII, 1995, pp. 387-400; Notas sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico, en "Anuario de Filosofía del Derecho", 1998, en prensa; División de poderes. Antes y ahora en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia". Madrid, 1998, en prensa: **Reflexiones** en torno **a los derechos**

humanos en el siglo de oro español, en "Anuario de Filosofía del Derecho", 1998, en prensa; Un punto de vista en torno a la Declaración Universal de derechos humanos. Hacia una declaración de deberes, leída en el Monasterio de Poio (Pontevedra-España) en un curso de verano sobre derechos humanos, impartido en julio de 1998 y coordinado por M. Otero Parga. En prensa.

El trabajo que ahora presentamos, El poder y los ciudadanos, consta de cinco capítulos, cada uno de los cuales ha sido publicado ya en España de forma exenta. No obstante este hecho, parece en sumo grado interesante su publicación conjunta en nuestro país, habida cuenta de la novedad de sus planteamientos, su coherencia interna y el hecho de su innegable autoridad.

Por otro lado, su estilo es claro, ameno y conciso. Las tesis que defiende están metodológicamente bien concebidas y adecuadamente estructuradas. Las fuentes que maneja son completas, casi exhaustivas y sus conclusiones claras. Es más, yo diría que tiene la rara habilidad de hacer fácil y comprensible lo difícil utilizando un lenguaje no sólo dirigido hacia los especialistas en derecho sino también a aquellos estudiantes en período de formación. Y en general a cualquier persona que sienta inquietud por los problemas que afectan a la sociedad en la que vive.

En cuanto a su contenido, el primer capítulo se refiere al poder. El él sostiene que éste surge al mismo tiempo que la sociedad y se manifiesta al lado de cualquier actividad social como un elemento consustancial a la misma. Y en ese sentido propone un estudio del concepto de poder en sus diversas acepciones centrándose específicamente en el poder del Estado, sus fines y

caracteres. Después, haciendo gala de un enfoque al mismo tiempo original y actual relaciona este estudio con la mujer, con el único fin de establecer si existe algún tipo de relación entre ambos conceptos.

Después de un amplio recorrido en el cual analiza todos estos temas mencionados haciendo uso de múltiples fuentes históricas, concluye afirmando que el *poder* debe ejercitarse de la forma adecuada en un Estado de Derecho, esto es, estableciendo límites que eviten las arbitrariedades y la injusticia. Advierte que el poder, también y quizá especialmente, el del Estado, se encuentra limitado y por ello sus mandatos, para que tengan la característica de inviolables, no deben exceder la esfera que le está destinada. Para ello, es preciso establecer y respetar una serie de garantías.

Una vez analizado el poder, desde esta perspectiva, se ocupa, muy brevemente, de la mujer, para concluir afirmando que el concepto de poder es independiente de cualquier connotación sexual y por tanto referida a la circunstancia de ser hombre o mujer, quien lo detente. El poder debe ser un concepto asexuado que únicamente necesita del ser humano en aras a su realización. Y por ello debe ejercer el poder aquél ser humano que esté, en cada caso, más cualificado para ello. Y esta capacitación tiene que ver únicamente con su disposición intelectual, dotes de mando, cualidad de líder, etc. Nunca con su condición de hombre o mujer.

El segundo capítulo se ocupa de la división de poderes. Se advierte que ésta surge históricamente con la intención de organizar un sistema de distribución del poder con la finalidad de que no se produzca la concentración de éste en manos únicas.

En realidad lo que se persigue es crear una situación de equilibrio basada en el establecimiento de frenos constantes, que garanticen el respeto por los derechos de cada individuo y con ellos los de la comunidad.

Para lograr este objetivo realiza un estudio relativo al surgimiento histórico de este principio a fin de establecer en qué circunstancias y con qué finalidad surgió y sobretodo en qué sentido puede entenderse hby en día. Y en ese sentido afirma que en el surgimiento del principio de división de poderes se debe a Montesquieu aunque tiene un claro antecedente en Locke. Pero cuando el barón de la Brede crea este principio, no lo elabora como modelo universal a seguir, sino que únicamente se refiere al gobierno inglés de su momento. Por otro lado, y después de analizar estos precedentes afirma que la división de poderes debe ser hoy en día una garantía de la libertad, y por eso es necesario que varíe en su realización, a pesar de que su finalidad y su fuerza tópica sigue siendo clara.

Esta variación debe tender hacia un reparto de competencias más que hacia una separación tajante, De hecho, lo que es preciso garantizar es el ejercicio adecuado del poder de forma que se adecue al Estado de Derecho.

A renglón seguido se analizan ya de forma pormenorizada las funciones legislativa, ejecutiva y judicial en la actualidad, haciendo continuas referencias al derecho positivo español. Para concluir con la afirmación de que el principio de división de poderes ha variado sustancialmente en su concepción a lo largo de la historia. Y esto muy lejos de parecer un fracaso se

manifiesta como el resultado normal del devenir del tiempo.

Además, la división del poder sigue teniendo vigencia hoy en día como base de cualquier ordenamiento jurídico que busque la libertad y el adecuado ejercicio de los derechos. Pero en esa búsqueda se ha cambiado en cuanto a la forma de alcanzar el objetivo. Y así el poder legislativo que originalmente **era el más** importante ha cedido parte de su protagonismo. En la actualidad ni siquiera tiene ya la potestad exclusiva de dictar leyes (ya **que el** poder ejecutivo puede hacerlo a veces). Por su parte el poder ejecutivo ha variado mucho. Fundamentalmente después de la Revolución Francesa, en cuanto ésta introdujo un nuevo concepto de Administración Pública.

Sin embargo, el cambio de mayor entidad se produjo **en lo que al poder judicial se refiere ya que éste, cuyo** surgimiento fue más complicado y subordinado a otros, se entiende hoy en día como el más independiente.

Como conclusión se establece que el principio de división de poderes no puede pasar de moda aunque cambie en la forma de alcanzar su objetivo según la época. Y **ello es así** porque la finalidad, esto es la lucha por el adecuado ejercicio de la libertad, es la misma aunque ahora no se entiende como una separación tajante sino como un equilibrio y armonización.

El tercer capítulo aborda la estabilidad como una forma adecuada de ejercicio de poder. En realidad defiende que la estabilidad es un bien perseguible por el derecho pero no a cualquier precio. El derecho debe ser **a la vez estable** y evolutivo. Debe **ser estable para**

asegurar, en la medida de lo posible, la seguridad y la certeza, evitando la gran "inflación legislativa" que muchas veces padecemos. Pero al mismo tiempo, debe ser evolutivo para adaptarse a las necesidades de la sociedad y asegurar la justicia como fin último y más importante del derecho.

Para alcanzar esta finalidad la autora propone un estudio del concepto de estabilidad en el ordenamiento jurídico. Y ello desde Suárez, (ya que este autor del Siglo de Oro español es el primero que introduce esta característica en su definición de derecho) hasta la actualidad. En ese repaso doctrinal va mostrando las distintas pistas producidas en relación con ese tema. Ello le proporciona suficientes datos para afirmar que en general tanto la doctrina como el derecho positivo no se ocupan especialmente de este concepto (quizá por sobreentenderlo en muchos casos).

Este hecho se denuncia como inadecuado ya que a pesar de aparecer en conceptos próximos como la seguridad y certeza, debe ser objeto de un tratamiento más serio y pormenorizado, habida cuenta de su importancia en el mundo del derecho.

Por ello se propone la necesidad de recuperar la presencia de esta nota como requisito a cumplir por las normas jurídicas, ya que conjugado adecuadamente con la justicia como valor supremo, ayudaría, en gran medida, a la realización del Estado de Derecho.

En cuanto al capítulo cuarto se refiere, el problema que se estudia es el del abuso de poder, que conduce a la arbitrariedad. El objetivo de este capítulo se centra en el estudio de la arbitrariedad desde el punto de vista

conceptual. Para alcanzarlo se busca en primer lugar, el establecimiento de sus límites, por vía de exclusión, con **otras figuras afines como la discrecionalidad y la injusticia**, **las cuales**, **a pesar de haber sido** tradicionalmente confundidas con la primera, son técnicamente distintas.

En segundo lugar, y una vez alcanzado ese primer objetivo, se realiza la delimitación definitiva del concepto con la finalidad de evitar su realización. Se establece el hecho **de que la arbitrariedad consiste siempre en una** conducta contraria a derecho desde el punto de vista formal, con independencia del contenido de la misma o **del resultado que alcance**. Y por ello **debe ser evitada porque implica comportamiento caprichoso y por tanto contrario a la norma legalmente establecida.**

A continuación se procede a analizar de forma pormenorizada cada uno de **los requisitos** que debe reunir una conducta para poder **ser calificada de arbitraria**. Como conclusión **se sostiene que la arbitrariedad es una conducta negadora del orden ya** que significa **la ausencia** de un criterio constante de aplicación del derecho. Y como tal debe **ser evitada ya** que produce las consecuencias de falta de seguridad, certeza y justicia y por ello constituye **un atentado frente** al derecho establecido.

Por ultimo el capítulo quinto se ocupa de los deberes como reducto a utilizar cuando el poder no es suficiente.

Este tema se aborda **evidentemente desde un punto** de vista conceptual pero haciendo especial referencia a **los deberes** humanos y **a la Declaración Universal.**

Esto es así porque se ha pretendido hacer un pequeño homenaje a este texto legal, en el 50 Aniversario de su creación. Y en este intento, la Dra. Otero observa que el poder impuesto por la fuerza no es suficiente ni efectivo, como tampoco lo es la realización de una adecuada protección de los derechos humanos basada únicamente en la fuerza.

Por eso propone la creación de deberes con ámbito jurídico, que excedan el punto de vista exclusivamente moral. Esto es, insiste en la instauración de deberes con fuerza vinculante y efectiva que puedan realizarse o en su defecto ser exigidos en la práctica.

Sin embargo, también advierte de que su propuesta todavía no ha tenido un amplio eco ni en las leyes nacionales ni en las internacionales, a pesar de que posiblemente se produzca en breve una Declaración Universal de deberes.

En todo caso, y a pesar de las dificultades encontradas, solicita un tratamiento mas amplio del tema que aunque no constituya una solución definitiva al respeto nacional e internacional por los derechos, aporte una vía de esperanza. Una esperanza en el género humano que permita alcanzar vías alternativas a la sanción, por otro lado lamentablemente poco efectiva, de la que hoy disponemos.

Con este quinto capítulo y con esta llamada al espíritu cívico del ciudadano, concluye este libro. Libro que me permito recomendar en su lectura y que espero que sea únicamente el primer paso de futuras colaboraciones no sólo entre la Doctora Otero Parga y estas instituciones sino,

en suma, entre España y México. Dos países tan próximos y que tonto tienen que aprender el uno del otro.

M. en D. Marco Antonio *Morales* Gómez
Presidente del Consejo *Directivo del*
Instituto de Administración Pública
del Estado de México

Capítulo 1. El Poder

1. Introducción

El concepto de poder surge al mismo tiempo que el de sociedad u organización. Se manifiesta al lado de cualquier actividad social como un elemento consustancial a la misma. Sin embargo toda sujeción constriñe la libertad humana y, por ello, desde el comienzo de los tiempos, el ser humano ha intentado conjugar su libre arbitrio con la necesidad de llevar a cabo su vida dentro de un orden que le asegure la subsistencia y el adecuado ejercicio de sus derechos. No obstante el orden sugiere la organización, el respeto por alguna norma, que dentro de la vida social se manifiesta habitualmente como sujeción al poder.

El hombre, sin ningún tipo de ligadura, el hombre que vivía en el "estado de naturaleza" estaba sometido, sin posibilidad de defensa, a cualquier tipo de atropello. No tenía ninguna atadura, no estaba sujeto a ninguna organización, disfrutaba de absoluta libertad, pero carecía de seguridad y de la posibilidad de disfrutar de cualquier otra ventaja, puesto que se le negaba en muchos casos la vida como presupuesto de cualquier otro derecho. Surgió así la doctrina contractualista, cuyos primeros acentos los encontramos en la sofística. A través del contrato social, los hombres por su propia voluntad, abandonaron el estado de naturaleza, y por lo tanto de desorden y anarquía. A partir de este momento, desaparece la libertad ilimitada del ser humano ya que la

de cada uno tendrá que coordinarse con la de los demás para evitar el atropello del más fuerte.

¿Cómo vivía el ser humano en el llamado "estado de naturaleza"? No hay una **respuesta unánime**. Para Hobbes la condición natural del hombre antes de constituirse en sociedad era un estado de guerra de cada uno contra los demás. No existía un autoridad (power) común, y por lo tanto, no existía ley ni justicia.'

Spinoza también coincide en identificar el estado de naturaleza con la fuerza, El hombre aparece movido por la utilidad, no por la razón. Por tanto, para sobrevivir, el derecho que poseían por naturaleza todos los hombres sobre todas las cosas, deberán poseerlo colectivamente y ha de estar determinado por el poder y la voluntad de todos y no por los **apetitos de** cada cual' Pufendort habla más concretamente de un poder capaz **de infringir un mal a quienes se resistan** y obren en contra de **la utilidad** común.

Sin embargo, **también encontramos manifestaciones** de un tenor totalmente diferente. Así Locke habla de un "estado de naturaleza" como un lugar donde viven los hombres conforme a la razón, sin ningún superior común que tenga poder alguno sobre ellos. Por naturaleza los hombres son libres, iguales e independientes,' Sin embargo, esta situación no es la adecuada y el hombre

'HOBBES, **T Leviathan**, **XIII en Opera latina** , 2' reimpresión de la ed. de Gulielmi Molesworth, 5 vols.. Londini, 1839-1845, vol III Scientia Verlag **Aalen**, Germany, 1966, p 100.

'SPINOZA, **B., Tractatus Theologico-politicus**. XVI, ed de Tierno Galv0n. Tecnos. Madrid, 1966. p. 55 SS

'LOCKE, **J_ Two Treatises of Goverment,** II, 19 en The **works of John Locke, 10** vols reimpresión **de la ed** de Londres de 1823, vol 5°, Scientia Verlag Aalen, Germany 1963, p 465.

tiene que recurrir al contrato social. Y así, el hombre pierde esa libertad de la que había disfrutado y tiene que someterse a una organización. Poco importa el motivo. Poco importa cual era el estado anterior. No tiene relevancia que el hombre viviese en un estado de paz y felicidad o de continua guerra. Lo importante es que llegó el momento en que tuvo que renunciar a parte de sus prerrogativas en aras de poder desarrollar su vida. Tuvo que aprender que los conceptos de paz, libertad, bienestar, orden etc. tienen un precio. Tuvo que conocer, en suma, la idea de sujeción a un poder.

Entonces, el problema cambió de sesgo porque lo importante era la organización de ese poder, sus limites, su ejercicio, su origen, y a quién correspondía ejercitarlo. Estos son los problemas del mundo moderno. Quizá los de todos los tiempos. El hombre necesita saber como puede vivir en paz, en una sociedad organizada, pagando el menor precio posible en la moneda de la libertad y del ejercicio de los derechos, Sobre estas bases voy a estudiar el concepto de poder en sus diversas acepciones, centrandome específicamente en el poder del Estado, sus fines y caracteres para ocuparme después de la mujer con el único fin de establecer si existe algún tipo de relación entre ambos conceptos.

2. Diversos significados del término poder

La palabra "poder" procede del verbo latino possum,4 su traducción mas usual es la de poder, aunque en algunas ocasiones adopta otros significados como facultad, influencia o autoridad. Esta raíz latina es la que parece haberse conservado en distintos idiomas. Así

'Parece que possum procede de polis y sum Su forma **es irregular**. **Se enuncia** possu m-potes-posse-po W'

francés en el cual se habla de "pouvoir", Italiano "potere", o incluso inglés cuya forma es "power". Centrándonos en el castellano, el vocablo 'poder" tiene múltiples acepciones. Algunas de ellas carentes de significado jurídico. En este sentido se habla de poder para expresar algo contingente o posible, "puede que llueva mañana'; o para expresar la fuerza y vigor de un caballo o la resistencia de un buque a los golpes de la mar y del viento.

Dentro del aspecto jurídico, identificamos el poder con conceptos como: dominio, imperio, facultad o jurisdicción para mandar o ejecutar una cosa. Desde un punto de vista sustantivo, el poder es un instrumento en el que una persona da una facultad a otra para que actúe en su lugar representándola. Es el nombre que suele darse a la escritura pública de mandato. También puede significar posesión o tenencia actual, superioridad o hegemonía.'

Otro significado que interesa resaltar es el que relaciona al "poder" con la "potencia". La potencia es el poder que tiene una cosa de producir un cambio en otra.' Así, el poder, la potencia y la capacidad son entendidas cada vez en un sentido más activo. Tampoco debemos olvidar las múltiples acepciones de este término que se usan en el lenguaje coloquial como por ejemplo, "hasta más no poder", "no poderse tener', "no poder hacer más", "no se puede contar con él para nada", etc.,

'Más información sobre este tema en la voz poder" en Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana, t XLV Nueva Enciclopedia juridica Seix T.XIX OSSORIO M., Diccionario de ciencias jurídicas, politicas y sociales. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1974 RODRIGUEZ NAVAS, Diccionario completo de la lengua española, Madrid, 1905 NIERMEVER, J F., Mediae latinitatis lexicon minus, Leidegl9]6. BLAZQUEZ FRAILE, A Diccionario latino-español, Ed. Sopena, Barcelona. 1961.

'FERRATER MORA, J... Diccionario de Filosofia. T III, 9' ed, Alianza Editorial, Madrid, 1990

que aunque son distintas a las anteriormente enunciadas, sugieren una idea común. Esto es la de imposición, superioridad, fuerza para hacer algo o para castigar a aquellos que no lo hacen. Pero, al mismo tiempo y derivado de este vocablo surge el de 'potestad" en contraposición a la 'autoridad". De nuevo estamos moviéndonos en los márgenes del poder, pero visto desde distintos puntos de vista.

Por el contrario, el concepto de autoridad, la "auctoritas romana", sugiere la idea de sabiduría, de saber socialmente reconocido que tiene la fuerza suficiente para hacerse valer. Sería algo así como el poder moral, el que convence por su claridad y por la certeza de su razonamiento y se impone por su razonabilidad. Ese tipo de poder no sería, nunca lo ha sido, suficiente en la sociedad. Así surge la "potestad" como complemento,

La "potestad" se configura como la forma efectiva y coactiva de hacer valer el poder. Para muchos el poder se confunde con la potestad, pues sólo puede entenderse como forma válida de poder, aquel que puede ejercitarse, aquel que puede imponerse de forma coactiva. Esta opinión tan extendida ha tenido a lo largo de la historia y sigue teniendo hoy en día muchos adeptos y detractores. No es ahora el momento, ni este el lugar adecuado para estudiar este problema en mayor profundidad. Baste con enunciarlo para que sirva de recordatorio al realizar la reflexión sobre el concepto que nos ocupa.

Sin embargo, y sin ánimo de polemizar, creo que la noción de poder quedaría mutilada si prescindiésemos de alguno de estos dos elementos. Un poder que solo se

fundamentase en la fuerza o en la superioridad sería difícil de comprender para los hombres (o al menos para una mayoría cualificada de hombres) del siglo XX. Podría además atravesar fácilmente los límites del despotismo y del absolutismo. Pero un poder basado única y exclusivamente en la "auctoritas", en la autoridad, tampoco sería posible, entre otras cosas porque este concepto tiene mucho de subjetivo. Por otro lado, a pesar de que la idea de una sociedad donde los hombres viviesen en paz y armonía sin necesidad de leyes o penas es muy sugestiva, es utópica tal y como la historia se ha encargado de demostrar.'

A pesar de estos significados, el que a nosotros más nos interesa es el del poder desde el punto de vista jurídico que, en aras a lo que hemos dicho, podemos resumir en dos aspectos según se trate del ámbito del derecho público o del ámbito del derecho privado. En derecho público, la palabra poder se utiliza en el sentido de "facultad" para desarrollar determinadas actividades. También tiene un sentido estructural de organización. El poder, en el ámbito del derecho público se divide tradicionalmente, desde Montesquieu, en legislativo, ejecutivo y judicial. Por el contrario, en el ámbito del derecho privado, el concepto de poder se identifica con la facultad de actuar en nombre propio o por representación.

Del estudio realizado podemos deducir **que el poder se consolida y manifiesta** como **una idea esencial a toda**

'La posibilidad de una sociedad sin leyes y sin poder coactivo por parte del Estado, ha sido una constante en la historia Ejemplos de ello tenemos **en La República de** Platón, **o en la Utopia** de Tomas Moro **por señalar** dos claros **exponentes alejados** en el tiempo De hecho. los mismos autores que escribían **sobre esta** posibilidad, eran conscientes **de que estaban** especulando

sociedad, como la manifestación más clara de la actividad social que descansa sobre dos elementos: autoridad y fuerza

Una vez señaladas las distintas posibilidades de enfoque del concepto de poder, me centraré exclusivamente en el poder del Estado.

3. El poder del Estado

El poder del Estado puede entenderse como la facultad que tiene éste de obrar para el cumplimiento de sus fines. Es un poder político y civil' que debe disponer, al igual que cualquier otro poder, de las prerrogativas de fuerza y autoridad. La combinación de estas dos características intrínsecas al poder, puede determinarse por la vía de los límites del Estado que se manifiestan a través de sus fines y sus caracteres. Veamos ambos.

A) Fines

A lo largo de la historia han aparecido muchas opiniones distintas en cuanto a la finalidad del Estado. Una de las más antiguas en el tiempo sostiene que la finalidad del Estado es educar al individuo para que pueda vivir en sociedad. Este punto de vista pedagógico se ha manifestado en distintos autores como Aristóteles o Wolff.°

Utilrzamos la palabracrvd' para diferenciarla del poder eclesiastico.

'Aristoteles en **su Ética a NIcómaco** 1180 a, ed bllinglle y traducción por Maria Araujo y Julián Marlas. Instituto de Estudios políticos. **Madrid**, 1960. p 172. pone de manifiesto el hecho de que los hombres. por sus propios impulsos. no obedecen a la razón- sino a la fuerza. y par ello es necesario enseñarles a vivir rectamente. Esta labor solo la puede asumir el Estado. porque es el única con tuerza coactiva suficiente. En cuanto a Crispan Wolff. su concepción del Estado es paternalista y pedagógica. El Estado tiene una función de magisterio con relación a sus súbditos.

Para otros autores como Platón, la función del Estado es la realización de la eticidad y de la justicia. Buscan un Estado ideal concebido "a priori" cuya finalidad es la justicia absoluta. En el Estado, al ser mayor, será más fácil conseguir la justicia.10 También Agustín de Hipona habla del Estado con la finalidad de la realización de la justicia pero en su postura se aprecia alguna variante ya que él niega valor al Estado en que no reine la justicia. Pero, la justicia a la que se refiere, no es la misma virtud ética absoluta al estilo platónico. La justicia para el hiponate sólo se encuentra en la ciudad de Dios. Y por ello llega a afirmar que el Estado romano no existió nunca como tal, puesto que en él no habían reinado los verdaderos **intereses del pueblo**, **ni por tanto la verdadera justicia.' 1**

Por otro lado, el pensamiento del medievo concluye con la doctrina del origen popular del poder del Estado establecida por Marsilio de Padua. La finalidad del Estado **es canalizar el poder del pueblo. La ley y el Estado son** obra de los hombres y su única y **necesaria** justificación estriba en haber sido establecidos por el pueblo para excluir el error." A su vez, Maquiavelo manifiesta una opinión distinta en cuanto advierte que el Estado no se justifica por las buenas o las malas leyes. Su única justificación, la única que precisa, es su propia realidad, su propia fuerza, de la que la ley es sólo su instrumento." **No es necesario ningún fundamento ético, ni la**

°PLATON. La **República**. II, 10, 368 c, 369 b, **ed. bilinque**, traducción y notas por José Manuel **Pabon y Manuel Fernández Galiano TI, Instituto de Estudios** 'políticos, **Madrid**, 1949 p. 75

AGUSTIN DE NIPONA, **La ciudad de Dios, en la ed**. **bilingue preparada por el Padre Jose Morán**, 2' ed, T XVII, BAC, Madrid. 1965, p. 500

"MARSILIO DE PADUA, **El defensor de la paz**. 1, II, III. Estudio preliminar traducción y **notas de Luis Madinez Gómez**. Tecnos, **Madrid**. 1988 p 46 ss

'ÑAQUTAVELO. **N., Discursos sobre la primera década de Tito Livio, en sus Obras políticas**. traducción de Luis Navarro, **Biblioteca clásica**, **Madrid, 1895, p. 62 ss**

realización del bien, la paz o la justicia. El Estado existe, es una realidad constatable, de la misma manera que lo es para este autor el hecho de que el hombre por naturaleza es malo y necesita verse sometido a una fuerza para cumplir las leyes. Esa fuerza está encarnada en el Estado a través de la realización de su poder.

El hecho de que el fundamento del poder legítimo no es únicamente el Derecho sino el uso de a fuerza por parte del Estado se manifestó también en la obra de Lutero, que señaló que para los cristianos no perfectos no es suficiente el Derecho del Estado y por ello se debe recurrir al poder de este último. Y tampoco faltan autores como Hobbes, para los que el Estado con su poder absoluto nació para la conservación de la especie 14 El origen de la sociedad, y por lo tanto del poder del Estado, no está en la mutua simpatía ni en la realización de ningún tipo de ideal sino en el recíproco temor que los hombres se inspiran entre sí.

En sentido similar se expresó Spinoza, que identificó el estado de naturaleza con la fuerza, Al igual que sucedía en el pensamiento hobesiano, Spinoza concibió un hombre movido por la utilidad, un hombre en el que la pasión dominaba mucho mas que la razón. Los hombres vivían de forma mísera, sin seguridad, y por ello debieron unirse entre sí y hacer que el derecho que por naturaleza todos poseían sobre todas las cosas, lo poseyeran colectivamente y que estuviera determinado por el poder y voluntad de todos, y no por la fuerza.15 Esta necesidad

"HOBBES. T De cive V.1 en su Opera **Philosophica**, ed de Gulielmi Moleswodh 5 vols. vol II. Londini 1839, 2' rermpreson. Scientia Verlag Aalen. Germany. 1966 p. 209.
"SPINOZA **6** **Tractatus** Theologico-**politicus** ed a cargo de Tierno Galvan Tecnos. Madrid 1966. p. 55 ss.

de acudir a la creación de una sociedad, de un Estado con poder sobre sus miembros, es habitual en los pensadores de este momento, pero, sin embargo, **resulta** curioso constatar el hecho de que Spinoza sólo utiliza este recurso en su Tractatus theológico-politicus, mientras que en las obras posteriores, Ethica y Tractatus politicus, no encontramos referencias precisas.

Otros autores como Pufendorf, no están absolutamente seguros de que el estado de naturaleza, es decir, la situación anterior **en la que el** hombre no vivía en sociedad ni sujeto por lo tanto a ningún poder, tuviera existencia real. Esta afirmación **se sustenta** en la Biblia, ya que en las **Sagradas** Escrituras **se recoge** el hecho de que Adán y Eva vivían junto con sus hijos en una sociedad organizada. Siendo ellos nuestros primeros padres, antes no existía el hombre y por tanto el estado de naturaleza como anterior al estado de sociabilidad del ser humano. Rechaza por tanto **las teorías hobesianas** y se manifiesta a favor de la paz como estado natural del hombre e intrínseco a su propia naturaleza con anterioridad a cualquier convenio,'ó

Locke también se manifestó a favor de la naturaleza humana. El estado de naturaleza según él, era un estado de perfecta libertad y de igualdad en el que todos los poderes eran recíprocos no pudiendo ninguno mas que el otro." Siendo todos iguales e independientes nadie realizaría ningún acto contra la vida o propiedad de los otros. En el estado de naturaleza anterior a la sociedad y

1BPUFENDORF. **5** **De jure naturae et gentjum** , II II. 11 Ed. Mascovius. TI, reprod de la ed. de Frankfurt und Leipzig, 1759. Minerva. G MBH Unveranderter Nachdruck-Frankfurt, 1967, p 170.
°LOCKE, **J, Two Treatises of Goverment** 11,4 en The **works of John Locke, 10** vols., reimp. de la ed de Londres de 1823, vol. V. Scientia Verlag Aalen, Germany, 1963, p. 351

por lo tanto al poder del Estado, los hombres vivían 11 according to reason", sin ningún superior común, Sin embargo este estado que parece tan envidiable en realidad no lo es porque la naturaleza humana no es perfecta. Los hombres conocen la ley de la naturaleza mediante la razón, pero no todos están dispuestos a cumplirla, y de hecho no la cumplirían si no existiese un poder superior, con fuerza coactiva capaz de vincular al ser humano por el temor al castigo. En el estado de naturaleza, en realidad falta una autoridad.

Locke reconoce la necesidad de que se instaure el poder del Estado pero éste no debe anular la libertad del hombre. La función del Estado es garantizar y asegurar los derechos que el hombre ya poseía en el estado de naturaleza, y para ello debe estar sujeto a una serie de límites. En este sentido, el poder supremo del Estado que Locke configura como poder legislativo debe sujetarse a estas condiciones: 1) Nadie puede transferir a otro más de lo que posee. Por ello la ley positiva no puede ir en contra de la ley natural 2) Se establece la prohibición de gobernar con decretos extemporáneos y arbitrarios, lo cual se completa con el deber de administrar justicia por medio de leyes promulgadas y estables y con jueces preconstituidos y públicamente investidos de autoridad 3) También existe la prohibición de privar a cualquier hombre de parte de su propiedad sin su consentimiento, y por último 4) Prohibición de transferir el poder de hacer leyes a otras manos, ya que este poder ha sido delegado por el pueblo que es su único propietario y por tanto el único que puede cederlo.1e

'° Mas información sobre estos ;Imites al poder del Estado en'. LOCKE, J., Op. Cit. **ll. XI. p. 416 ss**

También Montesquieu se preocupó de los límites del poder. Fue un pensador interesado por la realidad histórica. El hombre del estado de naturaleza, es un hombre "supuesto, como caído de las nubes". Lo que le interesa es el hombre de sociedad, el hombre real. Y este hombre está sometido a un poder que no puede ser absoluto ni irracional. Por ello propugna la separación de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, para que "no se pueda abusar del poder y que por la disposición de las cosas el poder frene al poder".19 Por su parte, Rousseau también pensó **que el** estado anterior a la sociedad era sólo una hipótesis. Sin embargo la desarrolló y afirmó que el hombre vivía en paz y sin necesidades. Pero, el ser humano fue encontrando dificultades y ello le indujo a usar la fuerza complicando así su vida. Esta progresiva complicación trajo como consecuencia directa la formación de agrupaciones sociales. En todo este proceso que puso fin al estado originario de naturaleza y empujó el hombre al estado societario, tuvo mucho que ver la introducción de la idea de propiedad. **En este** sentido, la propiedad es la causante de la sociedad civil. A consecuencia del derecho de propiedad se rompió la igualdad del ser humano y, entonces, "los ricos **que eran** los que tenían más que perder propusieron reglamentos de justicia y paz" y ese parece que fue el origen de la sociedad y de las leyes 20

Sin embargo, una vez que el hombre se había alejado definitivamente del estado de naturaleza, fue preciso dar a la sociedad la forma adecuada para que el hombre

"MONTESQUIEU, **O El espíritu de las leyes** %14, trad y notas por Siro García del Mazo, Biblioteca de Derecho y ciencias sociales, TI Madrid 1906, p 225.
"ROUSSEAU. J. J **Discursos sobre CI origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres,** ll, ll, estudio preliminar, traducción y notas por Antonio Pintor Ramos.. Ternos, Madrid, 1990, p 161 ss.

viviese en ella, conservando el respeto en el mas alto grado posible, por sus derechos y libertades. El hombre perdió su libertad natural y sus derechos ilimitados, pero gano la libertad civil limitada únicamente por la voluntad general. El Estado y su poder nacieron de la voluntad general. La razón de ser del Estado, y por lo tanto su legitimidad y finalidad, están en asegurar a los ciudadanos el goce de sus derechos, especialmente de los de libertad e igualdad, tan arraigados en la naturaleza humana. Otra postura distinta, es la que manifiesta Kant, para quien la razón de ser del Estado es la tutela coactiva de los derechos de sus miembros. Estos derechos ya existían con anterioridad al Estado puesto que se erigen como su única justificación racional 21 Y por eso, el poder coactivo del Estado no tendría ninguna razón de ser ya que constriñe la libertad del ser humano. Sólo se soporta por el hecho de que asegura los derechos y libertades que el hombre tiene por su propia naturaleza.

Las posturas señaladas hasta este momento muestran de alguna manera el estado de la cuestión. En la actualidad el problema del poder del Estado se aborda fundamentalmente desde la vertiente de la fuerza coactiva. En este sentido Hart afirma que 'dondequiera que haya un sistema jurídico, es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que estas ordenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán

`IKANT ! **Introducción a la Teoria del derecho**. (**1. Introduccion a la metafísica de las costumbres**) Ed a cargo de Felpe Gonzalez Vicen. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1978. p. 83 ss

probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia".22

Toda sociedad necesita un sistema jurídico y todo sistema jurídico tiene que asegurarse, para su supervivencia, un poder coactivo unánimemente reconocido y aceptado. **Esta fuerza** coactiva es una exigencia ineludible del poder del Estado, No se debe olvidar que la vida en sociedad precisa un orden establecido, conocido y comúnmente aceptado. Necesita de un derecho y el derecho considerado en su totalidad "no puede ser concebido sin la presencia del **elemento de la fuerza aunque esta no tenga que** establecerse en todo momento'." Como dice Segura Ortega: "el derecho para cumplir sus fines y si quiere que **sus reglas queden suficientemente garantizadas frente a** todos los sujetos -los que las cumplen y los que las violan-, **debe contar con la posibilidad de recurrir a la imposición forzosa**, **En otro caso**, **no tendría ningún sentido". '' Segura** aborda en este párrafo la ineludible necesidad de que el **Estado disponga de un poder** "**potestad**" **con fuerza** coactiva para hacer cumplir **sus fines**. El Estado debe tener la posibilidad de recurrir a la imposición forzosa. En otro caso, si sólo dispusiese de la autoridad, no tendría sentido y no lo tendría porque **el jurista debe enfrentarse a** la realidad y admitir que una sociedad o un estado de **naturaleza** (**empleando la terminología que hasta ahora hemos** utilizado) **sin leyes**, **donde el ser humano viviese en** paz, respetándose y haciendo posible el ejercicio de los derechos y libertades,es una utopía y lo ha sido siempre.

31HART, HL A_ El **concepto de derecho**, Editora Nacional, México, 1980, p 32.
"SEGURA ORTEGA, **M., Teoría del Derecho**, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1991, p 92.
"SEGURA ORTEGA, M., Op Cit., p. 93.

Una bella utopía quizá, pero en todo caso, no podemos contar con ello.

En este sentido Ortega y Gasset dijo que 'para lograr que predomine un mínimo de sociabilidad, y gracias a ello la sociedad como tal perdure, necesita hacer intervenir con frecuencia su interno "poder público" en forma violenta, y hasta crear un cuerpo especial encargado de hacer funcionar aquel poder en forma incontrastable. Es lo que ordinariamente se llama Estado"." Y de nuevo aparece la idea de Estado y de sociedad unida ala fuerza, al poder. No estamos ante conceptos muy diferentes. Todos ellos se complementan y se implican. El hombre es sociable por naturaleza y por ello necesita vivir en sociedad. Pero la idea de la sociedad sugiere y precisa de una organización jurídica, del Estado. Y este Estado requiere de un poder, de una fuerza para hacer cumplir sus preceptos en orden a hacer posible la vida en sociedad. Y de nuevo el círculo vuelve a cerrarse.

Sin embargo no podemos reducir lodo ala fuerza y al poder de imposición. El poder del Estado quedaría mutilado si lo enfocásemos únicamente desde el aspecto de la fuerza. Efectivamente, uno de los componentes de este poder es la fuerza, pero queda el otro, la 'auctoritas", el saber socialmente reconocido. El último reducto que nos queda para salvar un orden jurídico y social basado únicamente en la fuerza. Decía Legaz Lacambra que "la vida social no excluye la libertad pues en sentido radical, las formas sociales de vida son hacer humano y, por ello,

"ORTEGA Y GASSET J El hombre **y la gente** Revista de Occidente. Madrid. 1957. p 312.

obra de la libertad".'° Y en ese sentido, hacía una llamada de atención que no se puede desaprovechar. En efecto, afirmaba que el orden social y la organización estatal exigen un poder fuerte que garantice el cumplimiento de sus fines, pero ese poder, por sí solo no sirve. Es necesario fundamentarlo en la "auctoritas" y conseguir que de esa mezcla surja una perfecta armonía que regule la vida del ser humano.

En función del estudio realizado podemos sintetizar 8 posturas distintas en cuanto a los fines que suele cumplir el poder del Estado. Estas son:

1) educar al individuo para que viva en sociedad

2) realización de la justicia

3) canalizar el poder del pueblo

4) la propia realización del Estado a través de las leyes

5) uso de la fuerza

6) conservación de la especie

7) garantizar y asegurar los derechos del hombre y

8) posibilitar **la tutela** coactiva de los hombres y de sus derechos

Todas estas posibilidades se han producido a lo largo de la historia, tal y como lo hemos constatado con los autores estudiados. En la actualidad hemos localizado especialmente referencias a la fuerza coactiva del Estado, a su poder de imposición de preceptos y castigos,

"LEGAZ LACAMBRA, L **Filosofía del Derecho** 5' ed. revisada. Bosch. Barcelona, 1978,p 287.

aunque ello no quiere decir que sea el único punto de vista existente hoy en día sobre este concepto.

B) Caracteres

Ademas del carácter ético-racional que suele atribuirse al Estado, es conveniente enumerar otros caracteres que suelen pasar mas desapercibidos. Estos son: 1) Ser uno. Esto no se opone ala variedad de manifestaciones. El Estado puede manifestarse de distintas maneras, pero debe conservar en todo caso la unidad. Problema distinto es el de admitir la posibilidad de existencia de distintos Estados donde antes existía uno solo. Esa posibilidad es perfectamente válida y no contradice, en ningún caso la postura manifestada. La característica de la unidad se refiere a cada Estado concreto una vez constituido como Estado, no a la posibilidad de existencia de un número determinado de entidades estatales. 2) Ser incompartible o indivisible. El Estado no puede ser compartido con ningún ente que no sea él mismo. De no ser así, se vería gravemente comprometido su poder. e incluso su soberanía. Cuando se habla de los poderes particulares nos referimos siempre al mismo y único poder del Estado, pues sólo el Estado puede ejercer el poder del Estado. 3) Ser inalienable. Ya que si el Estado enajenase de alguna manera su poder o parte de él, dejaría de existir. En este sentido algunos autores como Santamaría Paredes prefieren utilizar el termino intransmisible, que se refiere a la misma realidad de hecho, pero puede conducir al error de suponer que no se puede transmitir en cuanto a su representación, de unas personas a otras. 4) Ser imprescriptible. Esta característica resulta de la anterior, del carácter Inalienable. El poder del Estado no puede ser objeto de enajenación, renuncio o prescripción, porque ello iría en contra de su propia naturaleza y de su función.

5) Ser soberano. No puede existir ningún poder que se coloque por encima del Estado. Dentro de su esfera, el Estado es el poder supremo. 6) Ser inviolable. Ya que de no ser así no estaría capacitado para cumplir su función.

Este carácter ha planteado a lo largo de la historia distintos inconvenientes que se centran en el interrogante de si deben ser cumplidos los mandatos del Estado aunque sean injustos. Algunos autores consideran que deben ser cumplidos **aún en este** caso y aún a la fuerza, ya que de no ser **así sería estéril** la misión del Estado. No tendría sentido, según ellos, la existencia de un Estado si la ley no se cumpliera en la práctica, so pretexto de no coincidir con el criterio individual (de cada individuo concreto) de lo justo. Y llevando esta postura a sus últimas consecuencias, en cada momento de la vida jurídica, cada individuo podría negarse a cumplir un mandato legislativo, o un fallo de los tribunales alegando (incluso de buena fe) que no se adapta a su **idea de** justicia. Y por ello, hablar de poder o función del Estado sería impensable.

Sin embargo el problema de la posibilidad de que a través del poder del Estado y fundamentándonos en él, puedan producirse situaciones injustas, es grave y no puede ser pasado por alto en un Estado de derecho. Pero tampoco debemos olvidar que el poder del Estado se encuentra limitado y que sus mandatos, para que tengan la característica de inviolables, no deben exceder la esfera destinada al Estado, y para ello es necesaria alguna garantía para el individuo y los demás organismos contra posibles extra limitaciones.

4. La mujer

Una vez analizado el concepto de poder en general y de poder del Estado, con los fines y caracteres que lo determinan, pasare a estudiar el otro concepto que quiero poner en relación con este. Me refiero a la mujer.

La palabra 'mujer" procede del latín mulier-erem o mulier-eris y significa, persona del sexo femenino 21 Por otro lado, la condición de 'persona" o "ser humano" es aplicable por igual a los dos sexos. Y por eso, la característica o diferencia sexual no afecta a la condición de persona, es más, es irrelevante para este concepto.

Por otro lado tenemos el otro concepto que queremos poner en relación, el 'poder" sobre el cual ya hemos realizado el estudio precedente. El poder es un concepto que para un jurista no tiene relevancia si no se predica del ser humano. Esto no quiere decir que no sea posible una reflexión sobre el poder como concepto impersonal. De hecho hemos mencionado la posibilidad de hablar del poder del mar o del viento sin ir más lejos. En estos casos se utiliza la palabra poder como sinónimo de fuerza. Sin embargo, el poder como fenómeno jurídico necesita la existencia del ser humano en cuanto a su aplicación, Es cierto que hemos hablado del poder del Estado, del poder del gobierno, del poder legislativo, ejecutivo o judicial, y en ese sentido no nos referimos al poder o a la fuerza de una o varias personas. El poder se entiende como una facultad, potestad o autoridad, que para que pueda ser realizada requiere la concurrencia

° Mas información sobre el tema en la voz mujer" en **Enciclopedia universal** eu **ropeo-americana** T XXXVII Nuevo **diccionario ilustrada de lengua española** ed Sopena T II BLAZQUEZ FRAILE A Diccionario **latino-español.** ed. Sopena. T. II.

del ser humano. **En este** sentido es la facultad, la potestad o la autoridad que tiene una persona en su nombre o por delegación de otros, para hacer, prohibir o imponer algo.

Hasta ahora hemos relacionado los conceptos de poder y persona, pero no es esa nuestra meta. Lo que pretendemos es el estudio de la relación, si es que existe, entre el poder y la mujer. Para ello debemos volver de nuevo a la definición que habíamos seleccionado del término "mujer'. Mujer es la persona de sexo femenino. Pero la condición de persona no aporta demasiada luz al problema. De hecho ya hemos establecido la relación entre poder y persona. Y por tanto, parece que debemos acudir a la otra consideración que permite definir a la mujer. Me refiero al sexo femenino.

Fijándonos en este aspecto sí que encontramos diferencias. La primera y más clara se refiere a los órganos sexuales con distinta función en cada uno de los casos. Esa diferencia, en condiciones normales, es la que marca desde el nacimiento otras peculiaridades que se irán incrementando. De hecho, el ser humano al nacer no presenta grandes diferencias por razón de sexo, si excluimos las **relativas** a los órganos reproductores y al hecho de que el **varón suele ser un** poco más largo y más pesado que la mujer. A partir de este momento, y en función del crecimiento, las diferencias van variando ya que antes de la pubertad suele alcanzar mayor desarrollo la mujer, y sin embargo después de que ésta se produce la relación varía y el hombre alcanza mayores y más rápidos cambios. También es distinto el esqueleto, menos robusto en la mujer; las costillas, que en el caso del varón se ensanchan mas; la longitud del tronco, brazos y piernas, la masa muscular, el tamaño y la forma de la cabeza y hasta el tipo de piel.

Todas estas diferencias, puramente físicas, y las costumbres sociales (que varían según la comunidad de origen), favorecen el hecho de que la división del trabajo y el tipo de ocupaciones pueda ser distinto. Sin embargo, el aspecto cultural también es muy importante, porque en muchos casos las aptitudes personales o físicas se relegan a un segundo plano, cuando la sociedad y sus tradiciones consideran que aquella ocupación determinada para la que el ser humano se siente inclinado y capacitado, no es propia o habitual en su sexo.

Sobre esta cuestión se ha escrito mucho, especialmente en los momentos en los que las reivindicaciones femeninas alcanzan su grado más elevado. No es este el lugar, y sin duda yo no soy la persona mas indicada para hablar del machismo o del feminismo. Entiendo que es un problema grave, pero lo es cuando el ser humano no es tratado de acuerdo con su dignidad, o no se le dan las mismas oportunidades, o es discriminado frente a la ley, o no es tratado en suma de acuerdo con el derecho. Este tipo de ataques se producen independientemente del sexo o de las "circunstancias personales o sociales" que señala el art. 14 de nuestra Constitución, cuando habla del derecho a lo igualdad. Precisamente porque estoy convencida de la igualdad que debe existir entre el hombre y la mujer no encuentro la necesidad de especificar ninguna cuestión relativa al sexo cuando se establecen relaciones de derecho.

Sin embargo también soy consciente de que hay que actuar de acuerdo con la realidad en la que se vive, y, en esa realidad, todavía quedan resquicios de diferencias de trato, especialmente en lo que a la esfera del trabajo

se refiere. Todas estas actuaciones que supongan un trato indigno y no adecuado a derecho, deben ser corregidas pero insisto en que la forma más adecuada sería la de hacerlo sin que la circunstancia de sexo femenino o masculino tuviera ninguna relevancia.

5. Conclusión

Una vez realizado el estudio precedente en cuanto al poder, y al poder del Estado más específicamente, creo que podríamos concluir afirmando que el concepto de poder en todas sus acepciones es independiente de cualquier connotación sexual y por tanto referida a la circunstancia de ser hombre o mujer el que lo detente.

El poder es un concepto asexuado, que necesita del género humano (en cuanto al aspecto jurídico del mismo se refiere), en aras a su realización. Pero esta necesidad se refiere a "la persona", y no hay razón alguna para especificarla en ningún tipo determinado de persona. Ejercerá el poder aquel ser humano que esté más capacitado para ello. Esta capacitación no tiene nada que ver con la fuerza física, masa muscular, capacidad torácica, altura, peso o tipo de piel, y por ello tampoco tiene nada que ver con las circunstancias físicas que diferencian al hombre de la mujer.

Sin embargo, es cierto que habitualmente el poder del Estado ha sido ejercido por los hombres. Creo que eso se ha debido a circunstancias coyunturales, culturales e históricas y desde luego no quiere decir que existan unos condicionantes en el género masculino más adecuados para asumir las funciones de poder. Es más, creo que el camino adecuado para abordar esta situación es prescindir dei sexo a la hora de elegir aquellas personas

que han de detentar el poder y que esta posibilidad recaiga en aquellos seres humanos que sean capaces de hacerse merecedores de ello. Cualquier otra decisión, basada en circunstancias puramente físicas es irrelevante.

Capítulo II.
División de poderes. Antes y ahora

1. Introducción

El principio de división de poderes surge históricamente con la finalidad de limitar el poder. Esto es, con la intención de organizar un sistema a través del cual la distribucion del poder haga que éste se frene a sí mismo. De hecho, lo que se pretende evitar es la concentración de poder en unas únicas manos, ya que ello conduciría al abuso en la mayoría de los casos. En realidad, lo que se busca es crear una situación de equilibrio que garantice el respeto por los derechos de cada individuo y con ellos los de cada comunidad.

En principio, no parece aventurado asegurar que esta fue la intención con la que apareció históricamente ese principio. Sin embargo, tanto entonces como ahora su aplicación práctica resulta complicada, porque no significa la separación clara y tajante de los tres poderes tradicionalmente admitidos. Es más, creo que de lo que se trata es de asegurar el reparto de funciones y no la división de poderes. Por otro lado, y a pesar de lo que se ha dicho, esa es la idea que defiende el Tratado de Maastricht en cuanto a la Unión Europea se refiere. Ya que, habida cuenta del hecho de que cada Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía en las que se siguen rigiendo por el derecho nacional, lo que habría que asegurar es la adecuada identificación de funciones y competencias de cada Estado a fin de poder establecer "a posteriori" un reparto de funciones, y

no una división de poderes "stricto sensu".ie Y por eso hoy en día la división de poderes como principio genérico, es de muy difícil consecución, a pesar de haber sido aceptada como principio general'` Sin embargo, y a pesar de esta constatación, el principio de división de poderes sigue funcionando, posiblemente con un valor más tópico que real. No es real porque no puede llevarse a cabo en la actual estructura nacional e internacional. Y sin embargo se sigue aludiendo a él para alejar el fantasma del absolutismo y del uso arbitrario y abusivo del poder concentrado en unas únicas manos.

En el presente capítulo me propongo realizar un estudio relativo al surgimiento histórico del principio de división de poderes, a fin de establecer en qué circunstancias y con qué finalidad nació y sobre todo, en qué sentido puede entenderse hoy en día.

2. Antecedentes y evolución histórica del principio

Aunque la autoría del principio de división de poderes corresponde a Montesquieu, es preciso analizar el antecedente que surge en la obra de Locke, puesto que es él el que advierte, por primera vez, del peligro que supone la concentración de poder en unas únicas manos.a0 En este sentido, cuando afirma que "el poder

"Más información en MANGAS MARTIN, A. **Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia, en**. ***El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial***, Civitas, Madrid, 1993, p. 58 es.

jBSobre este extremo ha **realizado valiosas** aportaciones GONZALEZ SÁNCHEZ, **E La estructura institucional de las Comunidades europeas y el proceso de toma de decisiones en: Estudios *de Derecho Comunitario europeo***, Consejo General del Poder Judicial, **Madrid**. 1989.. p 15 ss

`Antes de esto podemos encontrar manifestaciones en la filosofía griega, o en autores como Aristóteles. Sin embargo no nos referiremos a ellos porque estas **alusiones son sesgadas** y no responden a un planteamiento claro de base Por otro lado, su análisis excederla con mucho el ámbito de este trabajo.

puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana, demasiada afecta ya de por sí, a aferrarse a él"," está sentando la base sobre la que sustenta el principio de división de poderes. En realidad, de lo que se trata, como ya he dicho, es de evitar los abusos y el exceso. Sin embargo, la división de poderes no nació inicialmente para establecer una ordenación determinada sino únicamente para evitar la concentración de poder Y por eso surgió como una consecuencia, como el resultado de la necesidad de evitar el peligro que suponía la tendencia humana a la acumulación, en este caso de poder. No obstante, este peligro no es el único que puede surgir en cuanto al gobierno de la sociedad se refiere, ya que ademas hay que tener en cuenta la necesidad de asegurar el orden y las prosperidad social. Por eso esta división no puede ser excesivamente estricta, porque de otro modo, se perdería la fuerza de la república al no estar en contacto con la sociedad." De hecho, la tensión entre necesidad de atender, coordinar y relacionar todos los poderes del estado a fin de conseguir un buen funcionamiento de la sociedad, y necesidad de evitar el abuso de la concentración de poder en unas únicas manos, se mantiene todavía hoy en día y esta en el centro del problema al que nos estamos refiriendo. Ya que se debe evitar el peligro advertido, pero se tiene que hacer mirando a la sociedad, y no de espaldas a ella y a sus necesidades. Y por ello, la división de poderes debe

11 LOCKE J **Dos ensayos sobre el Gobierno civil** Ed J Abellan Coleccion Austral- Espasa-Calpe. Madrid. 1991 & 143. p. 310. Esta sera la edición a la que me referiré a partir de este momento. No obstante he confrontado las citas con **Works of John decae di ten volume**s e orla Veriag trAalen s Germar 1963 Es una reimpresión de la edición den es d 1823 Los *trata* d*otr* sobre *l* *l* *civil* s e deu ntran V Lo trabajos *erala* *sobre e/ entendimionlo humana* Lock e dedica l XXI del libra 1 l1 l pl 3o2 r.
"oíd. p. 312.

suponer una distribución y no una desunión. Pero para obtener un conocimiento más claro de este principio es conveniente **tener en cuenta** el momento **histórico en que** nació, así como las circunstancias históricas que rodearon su nacimiento. Y para ello debemos atender a la obra de Locke, Dos ensayos sobre el gobierno *civil,* publicada en octubre de 1689 en Londres yen inglés.

Se dice que este libro responde, en gran medida, a una polémica con Filmer, pero esta afirmación debe ser **matizada**. **Pienso que la pretensión de Locke al escribir su** obra no era tanto polemizar con ningún autor **sino rebatir la tesis** de la monarquía absoluta. De hecho cuando Locke escribió su obra, Robert Filmer había muerto hacía más de 30 años. Y el mismo Locke pide disculpas, en el prefacio de sus *Tratados* sobre *el Gobierno Civil,* por haber escrito contra un "adversario muerto". Pero al mismo tiempo, y a renglón seguido justifica este hecho diciendo **que se encuentra en la necesidad de hacerlo porque había habido otras personas que "habían** pregonado sus escritos y se habían adherido a su doctrina". Esta adhesión no habría sido grave, y por tanto no habría precisado del **esfuerzo** de Locke por **desmontarla**, si **no fuera por el hecho de que por avatares** de la vida se había puesto de moda la obra de Filmer titulada *El Patriarca, y* era comúnmente utilizada para apoyar las tesis de la monarquía absoluta. Y es por este motivo, y no por afán de polemizar con un muerto, por el que Locke se dedica a rebatir las posturas expresadas por Filmer en su obra. Sea como fuere, lo cierto es que Sir Robert Filmer representaba el pensamiento absolutista del momento. Su figura se alzaba como la gran defensora del sistema establecido y llegó a tener mucha significación política en el momento. Locke, por el contrario, era más

liberal y buscaba sobre todo, asegurar el ejercicio de la libertad.

El problema de base entre ambos autores se centraba en el pensamiento vertido por el primero, Filmer, en su obra *Patriarcha*, or *the Natural Power of King.* En ella se defendían los intentos de los Estuardos, amigos de los católicos, de alcanzar una posición preeminente en Inglaterra, al estilo de la obtenida por Luis XIV en Francia. Por su parte, Locke atacaba los argumentos esgrimidos por su oponente, con la finalidad de negar el poder absoluto del rey. De hecho, no argumentaba en contra de la monarquía, sino de la monarquía absoluta cimentada sobre la idea del origen divino del poder que se traslada al monarca. Locke entendía, y es lo que defiende en su obra, que el Estado nace de una unión política realizada a partir de hombres libres e iguales. De hecho afirmaba que el poder se entrega para el cumplimiento de un fin y siempre que ese fin se incumpla, retorna a las manos de quienes lo entregaron. Esto es, del pueblo. Y por ello "la comunidad retiene a perpetuidad el poder supremo de substraerse a los manejos y designios de cualquiera"." Con estas palabras Locke ataca la concepción de la monarquía absoluta, pero no se enfrenta a la institución en sí, sino a su uso de forma absoluta. Y prueba de ello son sus referencias continuas a que sólo es legítimo el uso de la fuerza frente a los mandatos del príncipe cuando se ejerza una fuerza injusta e ilegal. De otro modo se conseguiría únicamente la anarquía y la confusión.`

')bid , p 313

hbld p. 353. En este parrafo el autor responde a la pregunta que el mismo se hace. sobre si se puede ofrecer resistencia frente a los mandatos de un prl ncipe. Se cuestiona si pueden los súbditos negarse a obedecer siempre que se sientan

Ahora bien, si los actos ilegales se generalizan, si están en peligro sus leyes, sus haciendas, sus libertades, sus vidas e incluso su religión, Locke no ve como se puede evitar la resistencia por la fuerza. En esos casos, el gobernante se pone, por su propia voluntad, en una situación de máximo peligro ejerciendo un poder injusto y arbitrario y entonces no debe ser compadecido, ya que él mismo habrá alentado la rebelión de sus súbditos. Al pueblo de hecho no le gusta la lucha y sólo acude a ella cuando la situación se hace insostenible. Y, en ese caso, "el pueblo no puede ser culpable de actuar como criaturas racionales y considerar que las cosas son tal y como encuentran y sienten que son"'s La postura de Locke es clara. Admite la monarquía y la necesidad de asegurar el orden y la paz, pero sobre cualquier otra consideración defiende la libertad, y por ello la posibilidad de tener que acudir a la violencia para **impedir que se ejerza una fuerza injusta.**

Sin embargo el recurso a la fuerza debe ser considerado como la última posibilidad y por ello arbitra un mecanismo para evitar la concentración de poder y el posible mal uso del mismo. Así, sobre la base de que el poder reside en la sociedad y a ella retorna siempre, establece las funciones que éste debe cumplir y la forma de hacerlo

Por ello afirma que lo primero que hay que hacer como ley política primera y principal de toda la república, es el establecimiento del poder legislativo. Este poder, como

agraviados e imaginen que el derecho **está de su parte**. Y contesta afirmando que si actuáramos siempre así se correría el peligro de desquiciar **y desbaratar todas** las sociedades políticas, **y en lugar de** orden y gobierno, **no habría más que** anarquía y confusión

35Ibíd, p 372.

los demás, corresponde al pueblo pero ante la imposibilidad de que éste lo ejercite en masa debe cederlo a otro. Pero en todo caso, la cesión será temporal ya que el pueblo podrá reclamar de nuevo para sí su poder cuando sea necesario. En realidad lo que se produce es un depósito, que puede entregarse en una o varias manos, y cuya finalidad es siempre la misma. Esto es, dirigir la fuerza de la república hacia la preservación de la comunidad ." De todos modos, aclara, el poder legislativo no tiene por que estar siempre en activo ya que no siempre tendría algo que hacer. Y en ese caso, supondría una tensión excesivo para el ser humano. Sin embargo, y aunque el poder legislativo pueda residir en una sola mano, parece más conveniente que se deposite en varias personas reunidas en asamblea. Pero una vez cumplida su tarea, se deben separar de nuevo y convertirse en súbditos de esas leyes. De esa manera pondrán especial cuidado en que éstas sean justas y concretas. No obstante, y como las leyes precisan de una ejecución permanente, es necesario crear otro poder que se encargue de hacer que éstas se cumplan. Surge así el poder ejecutivo, que por su propia naturaleza está frecuentemente separado del legislativo.3J

Se crea así un segundo poder, que a diferencia del legislativo, tiene que estar siempre en activo, porque siempre es necesario que se ejecuten las leyes. Este poder puede tener la prerrogativa de convocar y disolver las convenciones del legislativo, pero no por ello es superior a él." En realidad, es mas bien al contrario, ya que Locke advierte taxativamente del hecho de que 'cuando el poder ejecutivo descansa en las manos de alguien que

¡bid. p. 310
Ibid, p. 311
"Ibid. p 319

no participa del legislativo, está visiblemente subordinado y ha de rendirle cuentas".30 Así, y según este esquema, los poderes legislativo y ejecutivo se configuran respectivamente como dos poderes distintos con distintas funciones y finalidades. Por ello es conveniente que estén separados. Pero no siempre lo están, y Locke es consciente de ello. De hecho no podemos olvidar la situación histórico-política en la que surge su obra y la vivencia tan clara del autor en relación con la monarquía absoluta a la que se quiere oponer. Y así en su obra pueden apreciarse palabras como "frecuentemente" o "cuando el poder ejecutivo descansa en manos de alguien que no participa del legislativo", que indican que pese a que establece la conveniencia de que no se produzca la concentración de poder, sabe que la realidad práctica confirma normalmente lo contrario. Quizá ni siquiera él mismo tenía muy asimilada la división. Quizá sencillamente exponía algo que consideraba adecuado y que quería que fuese una realidad política futura y no una utopía.

Además de estos dos poderes, establece un tercero al que califica de natural d0 que es el federativo. Este poder debe ser confiado a la prudencia y sabiduría de aquellos en cuyas manos descansa. Su misión es la de declarar guerras, firmar la paz y ostentar algo así como la representación de la república frente a las potencias extranjeras. Se configura, desde este punto de vista, como un poder diferente al ejecutivo, pero normalmente se

"Ibid, p 315 Y continua diciendo que el legislativo no tendrá más subordinación ^ue aquella a la que él mismo se preste, la cual no será mucha.

Ibíd p 311. Advierte que existe otro poder en toda la república al que podemos denominar natural, pues responde al poder que cada hombre tenia por naturaleza'. Contiene el poder de "declarar la guerra y firmar la paz, de construir ligas y alianzas y de llevar a cabo cualquier tipo de negociación con las personas y comunidades ajenas a la república. A tal poder podemos denominarlo federativo'

deposita en las mismas manos. Ya que de hacerlo de otro modo, la fuerza de la república estaría en manos distintas con lo cual se debilitaría y se produciría la ruina y el desorden en la sociedad.

En función de los datos analizados podemos afirmar que la preocupación central del pensamiento de Locke es evitar el abuso de poder. Para ello establece mas que una división de poderes, una organización de funciones, ya que poder sólo hay uno (al que él llama poder supremo), y corresponde al pueblo. Y es el pueblo el que lo entrega a sus mandatarios pudiendo recuperarlo cuando éstos incumplan la función para la que le fue entregado. Por otro lado, de los tres poderes que establece, legislativo, ejecutivo y federativo, entiende que el primero, el legislativo es el más importante[4] y todos los demás se deben subordinar a él. Pero a pesar de ello este poder no es en sí mismo más que un poder fiduciario. Esto es, un poder para cumplir ciertos fines concretos. Y es el pueblo el que tiene en todo caso el poder supremo ya que incluso puede expulsar o alterar al legislativo siempre que éste actúe traicionando su confianza. Por todo ello podemos afirmar que Locke no estableció el principio de división de poderes. No habló de él en ningún momento. Sin embargo, es el antecedente claro del mismo en tanto en cuanto vio la necesidad de limitar el poder y propuso un modo de hacerlo. Aunque con relación al sistema actual, el poder judicial no aparece y el ejecutivo a su vez aparece subdividido en el ejecutivo propiamente dicho y el federativo.

°Ib,d. p. 313

Siguiendo esta línea, y posiblemente conociendo el antecedente lockiano, se publico en 1748 la obra de Montesquieu, *El Espíritu de* las leyes.

El punto de partida es el mismo' pero la forma que arbitra para alcanzar su finalidad es distinta. En realidad ambos parten de la misma preocupación, la necesidad de frenar el abuso del poder simbolizado en la monarquía absoluta del momento. Y esta similitud no es la única que les une ya que ambos poseen muchos puntos en común. De hecho, los dos eran muy aficionados a viajar. Los dos vivieron en Francia y en Inglaterra y los dos adquirieron con ello una gran experiencia y un profundo conocimiento de ambos países. Además, creo que Montesquieu conoció la obra de Locke y la tuvo en cuenta a la hora de crear la suya propia. Y Locke a su vez, aunque pudo haber conocido a Montesquieu, no pudo haberlo leído por un problema simplemente cronológico,sa ya que cuando murió Locke, Montesquieu sólo tenía 14 años.

En cuanto a la cuestión de la división de poderes, Montesquieu establece dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, de forma clara. Pero en cuanto al judicial surgen ya problemas de concreción. A veces lo presenta como una subespecie del ejecutivo en palabras como

OeMONTESQUIEU **El Espiritu de las leyes** , Introd E. Tierno Galván, Trad. M. Blazquez y P Vega, Tecnos, **Madrid** , 1987. Esta es la edición de la obra a la que me *referirá* a partir de ahora En el & XI, p. 106, dice que para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al Qoder

Para aclarar esta afirmación conviene señalar las fechas vitales de ambos autores así como de las obras a las que nos estamos refiriendo John Locke vivió entre 1632 y 1704 y publico sus Ensayos sobre el Gobierno Civil el 1689 En cuanto a Montesqule, sus fechas vitales se sitúan entre 1689 y 1755 El Espíritu de las Leyes es de 1748 Por lo tanto Montesquieu nació el mismo año en el que se publico la obra de Locke. cuando este ya contaba 57 años de edad Y cuando murió Locke, Montesquieu, como queda dicho, tenia 14 años.

éstas. 'hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil".4` Y solamente cuando explica a que se dedican estos tres poderes aparece el poder judicial. También advierte que por el poder legislativo se promulgan las nuevas leyes y se enmiendan o derogan las existentes. Por el segundo poder, esto es el ejecutivo, se dispone la guerra y la paz y se envían y reciben embajadores; se establece la seguridad y se previenen invasiones. Y por el tercero, el judicial, se castiga los delitos o se juzgan las diferencias entre particulares.

La mención clara al poder judicial introduce una diferencia en relación con la obra de Locke en la cual no aparecía este poder como tal. De hecho las referencias al mismo son del tenor de la que se recoge en el Capítulo XI, #136 de su obra, en el que explica que 'el poder legislativo está obligado a dispensar justicia y dictaminar los derechos de cada súbdito de acuerdo con las leyes vigentes promulgadas y por medio de jueces conocidos". Con lo cual parece que no pretende establecer un poder judicial diferenciado sino que entiende que esta misión corresponde al legislativo.45 Por otro lado ambos autores hablaban en sus obras del poder legislativo aunque con distintas funciones, Y en cuanto al ejecutivo y aunque ambos lo mencionen, aparecen algunas modificaciones ya que Montesquieu concreta este poder en lo que Locke

44MONTESQUIEU Op. cit_ XI VI. p. 07

45 OBBIO N. Locke e ir **diritto naturale**, O. Glappichelli-Edltore. Torno 1963. p 263. Afirma que el poder judicial, según el pensamiento genuino de Locke. no constituye un poder autónomo. sino que se encuentra incluido dentro del legislativo. En este mismo sentido se manifiesta LASKI H Political **thought in England.** Greenwood Press. Publishers. Westport Connecticut 1977. p 48 ss

‖amaba federativo y gubernativo y establece "ex novel' el poder judicial.

Pero en *El Espíritu de las* leyes se aprecian más diferencias, ya que poco después se afirma que el poder legislativo no puede en ningún caso estar unido al ejecutivo porque de ser así no habría libertad. Además señala que tampoco la habría si el poder judicial, ahora sí emplea esta terminología, estuviera unido al legislativo y al ejecutivo."" Esta afirmación tan tajante supone un avance en cuanto a la configuración del principio de división de poderes, ya que si recordamos la obra de Locke se puede observar que se expresaba en forma condicional afirmando que convenía que el legislativo y el ejecutivo estuvieran separados, pero admitiendo que no siempre sucedía así. Montesquieu es más tajante en su concepción y plantea la necesidad de la división de poderes y no únicamente la conveniencia de que así sea. No obstante sabemos que este autor no desconocía la existencia real de los problemas de la concentración de poder; y de la imposibilidad de que pudieran ser evitados sus efectos en la realidad. Sin embargo, simplemente no quería asumirlo. En realidad, lo único que asume y defiende a ultranza es la libertad y por ello toma como modelo a Inglaterra, país que consideraba como ejemplo del respeto por este valor.` Y con razón o sin ella,

" Ibid, p. 107 Dice exactamente cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el *poder* judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo

"Frente a la afirmación de que Inglaterra es el país en el cual se respetaba más a fondo la libertad Condorcet muestra su total desacuerdo. En su opinión lo único que hay que respetar verdaderamente en ese pais **es la férrea** voluntad de una nación que quiere su organización y que es capaz de defenderla hasta el punto de haber depuesto a seis o siete de sus reyes. Para más Informacion sobre este tema. DESTUT DE TRACY, **Comentarios sobre El Espíritu de las leyes de**

basándose en este modelo, establece el reparto de funciones del poder en un esquema tripartito. En él, el poder legislativo debe estar en manos del pueblo ya que "todo hombre considerado como poseedor de un alma libre debe gobernarse por sí mismo".4e No obstante como esto no es posible ni en los grandes ni en los pequeños Estados, el pueblo deberá delegar en unos representantes para que estos realicen en su nombre aquello que no pueden hacer por sí mismos.

El poder reside en el pueblo, al mas puro estilo democrático, pero como el mismo Montesquieu reconoce, éste no está preparado en muchos casos para discutir asuntos y ello constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia. Sin embargo siempre existen en los Estados personas distinguidas por sus riquezas, nacimiento u honores, con una serie de capacidades y necesidades distintas. Y por eso, y para que estas personas puedan ejercitar su libertad de la misma manera que el resto de los ciudadanos, es preciso que sus inquietudes sean tenidas en cuenta. Por eso el poder legislativo debe estar formado por un cuerpo de nobles y otro que se escoja para representar al pueblo.'9 Este cuerpo de nobles debe ser hereditario y debe tener la facultad de impedir, pero no de estatuir, ya que debe tener gran interés en conservar sus prerrogativas, odiosas por sí mismas y en peligro constante en un Estado libre.

El tenor de estas palabras produce extrañeza. Por un lado parece querer amparar los derechos de los nobles

Montesquteu, can las observaciones Inéditas de Montesguieu trad de R Salas. Barcelona 1835, p. 134.

'"MONTESOUIEU Op. cit. p. 109.

3 "Ibid. p. 110. Continúa diciendo que `cada uno de ellos se reunira en asambleas y deliberaré con independencia del otro. y ambos tendran miras e intereses separados

como diferentes de los del resto del pueblo, y por otro lado, y a renglón seguido, no sólo los califica de "odiosos" sino que limita sus poderes a "impedir" prohibiéndoles "estatuir". Pues bien, esta actitud, aunque puede ser poco clara en sí misma, no es extraña en lo que al pensamiento de Montesquieu se refiere. Ya que no se puede olvidar la circunstancia de que este autor era noble y estaba profundamente marcado por este hecho, a pesar de que posiblemente no encontrase racionalmente muy defendible esta situación, al menos como elemento diferenciador.

En relación con el poder legislativo, se dice que el barón de La Bréde siempre lo consideró como el más importante. Incluso llegó a decirlo así en su obra, pero me inclino por pensar que en realidad lo que buscaba era lograr un cuerpo legal único aplicable a toda la nación (salvando quizá las diferencias por razón de cuna). Con ello pretendía facilitar la tarea de los otros dos poderes. Especialmente del judicial, al cual le unía un vínculo especial, a pesar de que siempre lo trató peor, al menos de palabra. No en vano él mismo se dedicó durante un período de su vida a ejercer esta función.

Por lo que se refiere al poder ejecutivo afirma que debe estar en manos del monarca ya que esta parte del gobierno necesita normalmente de una acción rápida. Y por eso suele ser conveniente que lo detente una sola persona. Es preciso además que esté en relación con el legislativo pero separado de él. De hecho advierte que podrá frenar las aspiraciones del legislativo para evitar que éste pueda atribuirse tanto poder que aniquile a los demás. Y a su vez, el legislativo debe tener derecho a examinar cómo son cumplidas las leyes que él ha

promulgado.50 De esa manera legislativo y ejecutivo, aunque en manos distintas, estarán permanentemente controlándose y limitándose, sin que pueda decirse por ello que ninguno tenga primacía sobre el otro. Y creo que es aquí donde está el verdadero sentido de la división de poderes que propugna Montesquieu. No tanto en que se produzca una tajante separación entre ellos sino en que se arbitre la posibilidad de que unos puedan ejercer control sobre los otros.

En cuanto al poder judicial advierte que no debe darse a un Senado permanente sino que lo deben ejercer personas del pueblo.S1 De esa manera se conseguía que ese poder tan terrible en su concepción se viese suavizado al no ligarse a ninguna profesión concreta. Además, en las acusaciones graves, se establecía la posibilidad de elegir juez o al menos recusar a todos los que no se considerasen adecuados.

También establece la conveniencia de que los jueces sean de la misma condición que el acusado, con lo cual, y aunque posiblemente su intención fuese favorecer al reo estableciendo que lo juzgase alguien más próximo, en realidad está dando muestras de nuevo (al igual que lo había hecho antes con el poder legislativo) de querer mantener unas claras diferencias entre los ciudadanos por razón de cuna. No obstante, y aunque ello resulte contrario al principio de igualdad, este hecho debe ser entendido en relación con la situación histórico-política del momento a fin de comprender su significado. En cuanto a la relación de este poder con los poderes

s`Ibid. p 111.

`Ibid. p 108 Que según el debería ser nombrados en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley para formar un mbunal que solo *dure el* tiempo que la necesidad lo requiera

legislativo y ejecutivo, entiende que en general no debe estar unido a ninguna parte del legislativo,52 aunque admite algunas excepciones, la más clara es una consecuencia lógica de su postura en relación con los nobles y a la cual ya nos hemos referido con anterioridad. Pero salvando algunas excepciones, su postura es clara y la manifiesta abiertamente afirmando que los tres poderes no están distribuidos ni fundidos. Es mas, cada uno tiene una atribución particular que debe ser cumplida para evitar el despotismo5a

De lo visto hasta **ahora** creo que **podemos extraer tres** conclusiones:

1°) Cuando Montesquieu **se refiere al** principio de división de poderes no lo elabora como un modelo universal a seguir. En realidad sólo se refería en su obra al gobierno inglés de su momento, y en función de ello estableció la división del poder de forma tripartita. Se ocupó **del poder legislativo,** ejecutivo y judicial, pero no como tres poderes distintos sino como uno sólo con distintas manifestaciones. Según él, estos tres poderes deben estar en reposo, pero como ello no siempre será posible, cuando se muevan deberán respetarse y armonizarse para evitar la concentración de poder y el consecuente abuso. De lo que se trata por tanto, no es de una escisión clara, sino de una organización equilibrada que busca la libertad y cree poder conseguirla a través del establecimiento de la posibilidad de que los distintos poderes puedan controlarse entre sí.

" Ibid, p 112 Afirma que " **el cuerpo legislativo no debe tener potestad para juzgar la persona**, **ni por consiguiente la conducta del que ejecuta Su persona debe ser sagrada** , porque, **como es necesaria al Estado para que el cuerpo legislativo no se haga tiránico** , en el momento **en que sea acusado o juzgado ya no habría libertad**
`Ibld, p 115.

2°) En relación con el antecedente de Locke, Montesquieu introduce una serie de modificaciones tendentes a determinar de forma más clara, el alcance de este principio. No obstante, ambos autores buscan la libertad, pero difieren en la forma de alcanzarla. Locke propone una serie de funciones del poder a las cuales denomina poder legislativo, ejecutivo y federativo, El poder legislativo tendría la función de elaborar las leyes. El ejecutivo de ejecutarlas; y el federativo, subespecie del ejecutivo, se encargaría de las relaciones exteriores. Sin embargo, no parece adecuado extraer de estas apreciaciones la afirmación de que en la obra de Locke se anticipa el principio de división de poderes. De hecho este autor no habla de ello en ningún momento aunque sí establece el precedente sobre el que más tarde se centraría Montesquieu.

3°) Después de analizar estos precedentes creo que se puede afirmar que hoy en día el principio de división de poderes está asentado como una garantía de la libertad. A través de él se pretende asegurar que no se produzcan situaciones de concentración de poder que conlleven abusos. En cuanto a la historia y evolución de dicho principio, creo que en su última manifestación procede de Montesquieu aunque tiene un claro antecedente en Locke. Por otro lado, y cara a la consecución de una adecuada intelección del mismo, no se deben olvidar las circunstancias históricas en las que se produjo. Se trataba de resolver un problema concreto y en un país determinado. Y, a mi juicio, esto implica el hecho de que hoy en día la concepción del principio debe variar porque ya no se adapta a la situación actual. Y el motivo por el cual se mantiene posiblemente se centra en que posee una gran fuerza como tópico. Además su finalidad de hecho sigue siendo valida, aunque la forma de

conseguirla deba cambiar. De hecho, hoy en día se trata de conseguir un equilibrio armónico entre la funciones de un único poder y no de dividirlo de forma tajante 54 Se trata, en realidad, de buscar un reparto de competencias y no una separación o división tajante a pesar de que el principio siga valiendo como tal, al menos, y como ya se ha dicho, en cuanto a su finalidad **se refiere.**

En el epígrafe que expondré a continuación propongo una somera reflexión en relación con las funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en la actualidad, a fin de comprobar mi afirmación anterior.

3. Funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en la actualidad

El sistema jurídico actual español se fundamenta en la división de poderes. Sin embargo, entiendo que el sentido que se debe dar a este principio en la actualidad se mueve en la línea de una organización en la cual no se produzca una separación tajante sino una división de funciones.

De hecho, en cuanto al poder legislativo se refiere, debemos advertir que es un atributo de soberanía cuya titularidad cambia. En algunas ocasiones estuvo depositado en unas únicas manos, normalmente las del monarca, En otras, esta potestad fue compartida por la Cortes y el rey. Actualmente el Parlamento es soberano y

"Sobre este punto es interesante: TARELLO, **G. Per una interpretazione sistemática de L' espirit des lois en Materiali per una storia della cultura giuridica** (1), 1971. TROPER, **M. Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti, en Materiali per una storia della cultura giuridica**, op. cit., XX, 1990. AGAPITO SERRANO, **R, Libertad y división de poderes. El "contenido esencial" del principio de división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieo**, Tecnos, Madrid. 1989. pp. 148 ss.

en él descansa fundamentalmente la potestad legislativa. En ese sentido, el art. 66 de la CE. establece que son las Cortes Generales las que ejercen la potestad legislativa del Estado. Con lo cual nos encontramos con el hecho de que se ha producido una habilitación por una norma **superior en cuanto a la titularidad del poder legislativo se refiere. A pesar** de ello, **el Parlamento no ejerce esa** titularidad de forma exclusiva ya que el art. 82 C.E. **establece que las Cortes generales podrán delegar en el** gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley". Y a continuación, yen los cinco **parrafos restantes de este** capítulo, se estudian las distintas posibilidades de **delegación legislativa.**

Por otro lado, el art. 86 del mismo texto legal regula la **posibilidad de que el gobierno, en caso de extraordinario** y urgente necesidad, dicte disposiciones legislativas provisionales que adoptaran la forma de decretos-ley. Sabido es que esta posibilidad presenta unos limites en **cuanto a la materia de la que se ocupan y de su forma. Además exigen un debate urgente y posterior en el Congreso que deberá convalidarlos o derogarlos en el** plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. **Pero, de todos modos y aún admitidas estas cautelas, se** ha introducido la ruptura del principio de división de poderes entendido en el sentido estricto, ya que el **resultado, aunque sea excepcional, es la intromisión del** poder ejecutivo en las funciones del legislativo tanto en el **ámbito del estado central como en el de las Comunidades Autónomas ." ya que, aunque en relación** con estas últimas no hay una habilitación expresa, sí **puede entenderse que existe diferida a los Estatutos de**

Esta intromis ion tanibidn se produce en cuanta a la posa biiid ed que tiene la Adminstracion de elaborar reglamentos Me ocuoaré mas en profundidad de este extrema al referirme al *poder* ejecutivo

Autonomía. Por otro lado, el poder legislativo presenta una serie de límites y un privilegio. Los límites se establecen en el sentido de que no puede ocupar reservas de otros poderes ni de la Constitución. Además, su actuación, a pesar de ser discrecional, no puede ser arbitraria, a fin de no excederse en los límites que le marca el interés público. Respecto al privilegio me refiero al aspecto jurisdiccional en tanto en cuanto las normas por él emanadas no pueden ser inaplicadas o anuladas por ningún juez. Para ello existe únicamente el juez constitucional al cual el ordinario puede elevar sus dudas.`

Por lo que respecta al poder ejecutivo, también se puede observar el mismo fenómeno, aunque quizá de forma todavía más clara. Ello se debe al hecho de que la Administración Pública, es un producto de la Revolución francesa. En ese momento se produjo una crisis económica, política y social que trajo, entre otras muchas consecuencias, una nueva concepción de la legalidad. Apareció así una administración pública sometida a reglas. Y esta nueva Administración se vio muy fortalecida por el principio de división de poderes en cuya filosofía estaba la prohibición expresa de intromisión del poder legislativo o judicial en sus dominios. El resultado de esta evolución se tradujo en el surgimiento de una Administración pública fuerte cuya función estaba, en principio, referida a ser ejecutora de las leyes, aunque sometida al control de los tribunales ordinarios. Sin embargo, más tarde se produjo la misma exención jurisdiccional de la Administración pública, aunque esta situación se corrigió con la ley de 5 de abril de 1904 que impuso la definitiva judicialización del sistema con el pase

`Estos extremos están recogidos en los arls 163 y 161.1. a) de la C E

del contencioso de la Administración a la jurisdicción ordinaria. Esta es la situación que se vive en la actualidad y evidentemente no puede ser la misma que aquella en la que pensaron Locke o Montesquieu. Parece difícil poder imaginar siquiera que la mente de estos autores pudiera concebir un poder como el que ostenta en la actualidad la Administración Pública. Y por ello todo lo que establecieron en relación con el poder ejecutivo, debe adaptarse a la situación actual, con las modificaciones que ello impone,

No obstante es preciso establecer el hecho de que la Administración Pública participa hoy en día del poder legislativo, al menos en lo que a la potestad reglamentaria se refiere." Con lo cual, el resultado que se produce de nuevo es la intromisión de un poder, en este caso el ejecutivo, en las funciones de otro, el legislativo. De todos modos, y a pesar de que se produzcan algunas injerencias, es preciso establecer el hecho de que la Administración Pública en tanto en cuanto detenta el poder ejecutivo, tiene unas funciones determinadas frente al legislativo y al judicial, aunque existen distintos puntos de vista en cuanto a su determinación, En realidad, algunos entienden la función administrativa como la encargada de la realización de actos. Y así, su trabajo se concretaría en emanar actos unilaterales en los cuales no se incluirían los reglamentos. Otros opinan que esta función debe concretarse, por el contrario, en la ejecución de las leyes. Y el grupo más numeroso se inclina por considerar la función administrativa como una actividad estatal con una finalidad determinada que

`r Mas informa-ion sobre estos temas en PÉREZ FRANCESCH, **J.L El gobierno** Reimpresión de la 1' ed Tecnos Madrid, 1994 p. 117 ss. CHINCHILLA & LOZANO Nuevas **perspectivas del Derecho Administrativo** Chitas. Madrid 1992.

puede ser la de realizar los fines del Estado o los intereses públicos.

Otro sector de la doctrina pretende determinar las funciones propias de la Administración, y con ellas las del poder ejecutivo, por la vía de la exclusión. De esa manera, todo lo que no correspondiera específicamente a los poderes legislativo y judicial, se incluiría dentro del ejecutivo. Por otro lado, la Constitución española se ocupa del gobierno y de la Administración en el título IV poniendo de manifiesto que ésta debe servir con objetividad al interés general actuando de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103-1), y sometida al control judicial (art. 106-1). Sea como **fuere** lo que **interesa** destacar en este momento es que hoy en día el poder ejecutivo que ostenta la Administración mantiene relaciones con los otros poderes llegando a interferir en sus funciones, de lo que se sigue que el principio de división de poderes, enfocado en un sentido estricto, no se aplica.

Por lo que se refiere al poder judicial, la función primordial que debe desarrollar es declarar de manera vinculante y previo proceso, cuál es el derecho en el caso concreto.5Ñ No obstante ese "caso concreto" al que nos referimos es muy amplio, ya que abarca cualquier tipo de conflicto concebible; desde los juicios entre los particulares, hasta los producidos entre un particular y un

`'En relación con este tema y para un estudio historico es interesante, APARICIO. **M El "status" del poder judicial en el constitucionalismo** espanol, Universitat, Barcelona. 1995

ente público pasando por el ejercicio del "ius puniendi".'' En cuanto a los principios por los que se rige este poder, la Constitución española establece tres. A saber, reserva, exclusividad y unidad. Por lo que a la reserva se **refiere** conviene advertir que se regula **en al art** 117 de la C.E, toda vez que en él se establece que ningún órgano que no pertenezca al poder judicial podrá ejercer funciones de naturaleza jurisdiccional. Si trasladamos esa afirmación al problema que nos ocupa, el resultado que se produce es que ni el legislativo, ni el ejecutivo pueden inmiscuirse **en las tareas** del judicial. Con lo cual parece que, en principio, en lo que a este poder respecto, sí se cumple el mandato establecido por el principio de división de poderes.ó0 Por lo que **se refiere a** la exclusividad, **el art.** 117 4 entiende que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las que la CE. les señale y las que le sean atribuidas expresamente por la ley en garantía de cualquier derecho, la exclusividad se aprecia en el sentido de que el poder judicial tiene, como hemos visto, el monopolio de la potestad jurisdiccional y toda su actividad debe dirigirse únicamente **a esto**. Por último corresponde referirse al principio de unidad en el sentido de que todos los órganos judiciales comparten una organización única. De tal manera que el poder judicial

"En cuanto al elemlao de. 111s pUn¡endi así c relación con las deltas perseguibles de oficio, es clara la necesidad de Intervención del poder judicial ya que afectan a bien común Sin embargo. cuando el conflicto afecta únicamente a particulares la Intervención del poder judicial n se produce siempre. yâ que el principio de autonomía de la voluntad imperante en el sistema juridico español posibilita el hecho de que las partes no acudan **a un juez a** dirimir sus *conflictos* Si así lo prefieren, ya que la soWCdn. como hemos dicha, les afecta escriv,amente a ellos y pueden solucionarla de otra manera

"Nuestra Constitución solo admite dos excepciones a esta af ación 1_es tribunales milita es. r cogidos en el ad 175 ya que so o estén Integrados en pone en el poner judicial Y e! Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales jart 123-ti Mas Información en TOLIVAR ALAS L El **derecho administrativa y el poder judicial** Tecnos Madrid. 1996 y GARGARELLA R La **justicia frente al gobierno** : **sobre el caracter contradictorio del poder judicial,** Arel Barcelona. 1996.

es uno para todo el territorio nacional con independencia de que puedan existir tribunales en las distintas Comunidades Autónomas. Además conviene señalar, como rasgo definitorio del poder judicial, lo relativo a su independencia. Esta aparece recogida en el art. 117-1 de la C.E. que determina que los jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, son independientes, inamovibles y responsables y están sometidos únicamente al imperio de la ley. Esta independencia puede apreciarse "ad extra', esto es frente a los demás poderes, y "ad infra", es decir, referida a la propia organización judicial.

Por consiguiente podemos **afirmar** que hoy en día, el poder judicial es el que cumple con el principio de división de poderes de forma más estricta. Ya que es el único que no admite **injerencias** del legislativo ni del ejecutivo **en sus funciones**. Además mantiene su independencia en tanto en cuanto está sometido únicamente al imperio de la ley. Sin embargo, esta afirmación **resulta** excesiva **en alguna** medida ya que la **ausencia** de injerencias **no se** observa de manera absoluta y por ello debe ser matizada. Y en ese orden de cosas y fijándonos en el derecho comparado, conviene recordar, a modo de ejemplo, que la tradición jurídica anglosajona admite algunas funciones judiciales a las Cámaras. Así, la Cámara de los **lores** dispone de seis lores jurídicos o de apelación que **son juristas**, nombrados barones por la Corona, con funciones judiciales. Y en cuanto al ámbito nacional **se refiere**, recientemente se ha discutido en relación con la posible interferencia en el poder judicial, que supone la modificación de la forma de elección de los miembros del Consejo del poder judicial. En relación **con este extremo** pienso que si bien se debe tener en cuenta, no supone una intromisión ya

que el Consejo del poder judicial no tiene función juzgadora sino únicamente organizadora y de gobierno. No obstante creo que la tendencia actual es tratar de extender la posibilidad juzgadora a otros operadores jurídicos distintos de los políticos o legislativos dándoles competencia dictaminadora. Y quizá uno de los casos en los que se aprecia con más claridad este fenómeno es en lo que se refiere a la lry de arbitraje. Por ello no se puede entender que el poder judicial esté absolutamente libre de intromisiones de los demás poderes en cuanto al ejercicio de sus funciones se refiere. No obstante creo que en la actualidad es el que más se aproxima a ello.

4. Conclusión

Después del análisis expuesto creo estar en condiciones de afirmar que el principio de división de poderes nació en la obra de Montesquieu titulada El *Espíritu de* las leyes. Sin embargo existe un antecedente muy claro en la obra de Locke, Dos ensayos sobre el *Gobierno civil,* que debe ser tenido en cuenta, La finalidad por la cual nació este principio fue correcta. Se pretendía asegurar el ejercicio de la libertad y se veía la concentración de poder en unas únicas manos como un obstáculo muy grave para conseguirlo. A fin de remover ese obstáculo Locke estableció que el poder, único en esencia, debia desarrollar tres funciones distintas. Y así habló del legislativo, ejecutivo y federativo. Sin embargo no fue capaz de asegurar que estas tres funciones del poder estuvieran siempre separadas, a pesar de que creía que ello era lo adecuado. Posteriormente Montesquieu retomo este tema haciéndolo suyo y estableciendo unas diferencias fundamentales. Hizo surgir, de forma clara, el tercer poder, esto es el judicial. Y además lo separó totalmente de los otros dos. Así, el

principio de división de poderes quedó definitivamente concretado. Su finalidad era la separación de poderes concebida de modo absoluto. De tal forma que bajo ningún concepto podía admitir la injerencia de un poder en las funciones de los otros. Por otro lado, de estos tres poderes así entendidos, el más importante era, para ambos, el legislativo. Y el que tenía menor trascendencia, el judicial. Hoy en día la situación entiendo que es distinta. El principio de división de poderes sigue siendo la base del ordenamiento jurídico y se puede conceder que la finalidad de la búsqueda de la libertad y el adecuado ejercicio de los derechos no ha cambiado. Sin embargo lo que sí ha cambiado es la forma de conseguir ese objetivo. El poder legislativo ha cedido parte de su protagonismo. Ya no es el poder más importante ni tiene en exclusiva la potestad de dictar leyes. De hecho, esa potestad está ahora compartida (aunque en pocos y muy determinados casos) por el ejecutivo, en cuanto a la posibilidad que tiene éste de evacuar decretos-leyes, decretos-legislativos o reglamentos. A su vez, el poder ejecutivo ha variado mucho en cuanto a su configuración y funciones, especialmente después de la Revolución Francesa que introdujo un nuevo concepto de Administración Pública. Sin embargo, quizá el cambio de mayor entidad se haya producido en cuanto al poder judicial. Ya que este poder, cuyo surgimiento fue más complicado y subordinado a otros, se entiende hoy en día como el más independiente (aunque también con sus limitaciones, tal y como se ha establecido a través de algunos ejemplos). Y sobretodo como aquel en el cual los otros dos, legislativo y ejecutivo, no pueden inmiscuirse (o al menos tienes más dificultades para hacerlo). La situación es distinta. En realidad tendría que ser así ya que el ordenamiento jurídico y sus principios deben cambiar para adaptarse a las nuevas circunstancias. Y por tanto

sería punto menos que imposible que un principio formulado en los siglos XVII y XVIII tuviera el mismo sentido en la actualidad. No obstante, considero fundamental llamar la atención sobre el hecho de que con sus modificaciones, el principio de división de poderes sigue siendo válido hoy en día. Y lo es porque su finalidad es inatacable. Pretende asegurar la libertad y para ello pone frenos al ejercicio abusivo del poder, Esto no puede pasar de moda. La forma concreta de realización de esta finalidad varía según la epoca de la historia a la que nos refiramos, En sus orígenes se busca la separación tajante, hoy en día se pretende el equilibrio y la armonización, pero la finalidad, esto es, la lucha por el adecuado ejercicio de la libertad, es la misma y la humanidad sabe que esta demasiado empeñada en ello para poder deshacerse de el.

Capítulo III.
La estabilidad. Una forma adecuada de ejercicio del poder

1. Introducción

El ordenamiento jurídico tiene la misión de regular la vida de los hombres en sociedad a través de un sistema tendente a la realización de un ideal de justicia. Ahora bien, manteniendo este principio genérico, la realidad practica muestra que muchas de las normas que integran el derecho objetivo sólo cumplen una misión reguladora y organizativa que no plantea tensiones con la justicia. A pesar de que, como dice Del Vecchio 'cada uno sabe que la vida del Derecho se sustancia en la lucha continua contra lo injusto. Pero lo que tal vez con frecuencia no se piensa es que las mas graves ofensas ala justicia no suceden tanto en oposición a las leyes cuanto por obra de las leyes mismas" °1 Esa situación que seria la de la falta de adecuación del derecho positivo al ideal de justicia, no es lo que ahora nos ocupa.

En las siguientes paginas me propongo analizar los problemas que surgen en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la falta de estabilidad que experimentan continuamente las normas. No obstante, esta circunstancia no puede ser analizado de forma

' DEL VECCHIO G. **Mutabilidad y eternidad del Derecho** . en "Anuario de Filosofia del Derecha'. III. Madrid. 1955. p II Este trabajo *fue* publicado siete años después con el mismo titulo. en el 'Anuario de Filosofia del Derecho y Sociología'. Universidad Nacional de La Plata 1962. p 23 ss

aislada sino al hilo de otros valores jurídicamente perseguibles como la seguridad y la certeza. Y todo ello debe ser armonizado a fin de conseguir el fin último del Derecho, esto **es la realización de la justicia.**

El problema de base surge en torno a la necesidad de conjugar el cambio y la permanencia ya que en principio los hombres buscan, a través del derecho, "la eliminación de la inseguridad y de la incertidumbre en el ámbito de las relaciones sociales y sienten la urgencia de saber a qué atenerse"..6' Puesto que, como advierte Kelsen, "el contenido de las normas que forman el orden estatal se refiere esencialmente a la conducta humana, y ésta se desenvuelve en el tiempo y en el espació'.°j Por ello, y en función de tales coordenadas, las normas son por su propia naturaleza variables y variadas.

Sin embargo, esta variabilidad no puede suponer una falta de seguridad o de certeza, porque el hombre necesita saber en cada caso lo que se exige de él. Por ello debe estar en situación de saber cómo actuar en cualquier situación. Y esto se convierte en una tarea difícil cuando las normas jurídicas varían con una velocidad excesiva en un mismo espacio.

Esta falta de estabilidad a la que me estoy refiriendo es especialmente apreciable en algunas ciencias jurídicas como el Derecho Financiero o el Derecho del Trabajo, en donde se crea semejante 'inflación" que como dice Pérez Luño, se está produciendo un grave menoscabo de la estructura formal de las normas legales que trae como

r2 FERNÁNDEZ GALIANO, A. y DE CASTRO CID, B. Lecciones **de Teoría del Derecho y Derecho Natural**, Ed Universitas S A. Madrid. 1993, p 152
°KELSEN H Compendio **de Teoría General del Estado**. trad Luis Recasens y Justino de Azcérate, 2° ed Bosch Barcelona. 1934 p 149

consecuencia el hecho de que 'el flujo incesante de leyes y disposiciones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación"." Y si esto sucede en el ámbito de los especialistas en derecho, es obvio que el problema se acentúa cuando lo referimos al resto de los hombres que se encuentran muchas veces en situaciones si no de indefensión, al menos de gran incomodidad porque no conocen aquello a lo que están obligados. En este sentido se adelantó con gran visión de futuro Hegel al denunciar en su tiempo el error de que el derecho sólo sea patrimonio de unos cuantos especialistas ya que este "concierne a la libertad que es lo más digno y sagrado del hombre y por ello lo debe conocer en la medida en que para el es obligatorio".&s

El problema se agrava por "la necesidad ética de que el Estado mantenga firme, constante y unívoca su voluntad, en lugar de dispersarla en un flujo de normas que la hacen de por sí móvil e inconsistente, corrompiendo de ese modo la naturaleza del Estado mismo" 66

No obstante, y a pesar de haber detectado el problema de la excesiva variabilidad, hay que tener en cuenta igualmente la otra faceta de la cuestión. Esto es, la necesidad de disponer de un orden dinámico que asegure "el proceso continuo de formación de las

"PFREZ LUÑO. A E. **La seguridad** juridtca Arlel Derecho Barcelona. 199'.. 45 ss.

HEGEL G WF Principios **de la Fllosofia del Derecho** trae y prologo de Juan l uis *Vermal.* EDHASA. Barce'ona 198852'5

LOPEZ DE OÑATE. **F La certeza del Derecho**. Ediciones luridlca Europa-Amenca Buenos Ares. 1953. p 99

normas".°J De hecho, no podemos olvidar, en ese sentido, que la seguridad, aún siendo un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tiene **que estar** al servicio de la justicia entendida como el valor fundante y fin último de todo el ordenamiento,

Así planteado el problema parece que nos encontramos ante un "callejón sin salida", ya que por una lado propugnamos la necesidad de estabilidad del derecho para que este pueda cumplir adecuadamente con la finalidad a él encomendada, y por otro lado aparece la necesidad de respetar la movilidad propia que por su naturaleza tienen las acciones humanas.

En las páginas que siguen me propongo analizar esta situación sobre la base de que no se debe plantear el problema en clave de estabilidad "versus" justicia. El derecho debe ser como observa Rovira "estable y evolutivo" ya que la seguridad tiene también la finalidad de reconocer situaciones cambiantes d8

Sin embargo, la dificultad está en encontrar el punto medio de la virtud aristotélica en el que se respeten al mismo tiempo, las necesidades de cambio y permanencia. Y sobre todo, debemos saber si en el actual Estado de derecho en el que vivimos, se ha alcanzado este equilibrio.

°'OLIVECRONA K. El Derecho como hecho. **La estructura del ordenamiento** jurídico. Ed Labor, Barcelona. 1980, p 110

ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES. M. 0 Seguridad **y Estado de** Derecho en Anales de la Catedra Francisco Suarez 11-1. 1971 p 74.

2. La estabilidad en el ordenamiento jurídico

Dice Rawls que "una sociedad bien organizada exige la condición de la estabilidad" °G Y relaciona esta condición con el hecho de que todos saben y aceptan que los demás conocen los mismos principios y tienen la misma concepción de la justicia. De este modo la condición de estabilidad y de común aceptación van juntas y se refieren a una sociedad bien ordenada que exige siempre equilibrio. De hecho, esta sociedad equilibrada y bien organizada tiene, precisamente por medio de estas circunstancias, mayores posibilidades de cumplir con las expectativas de proteger los derechos de cada uno de los individuos que la integran.

Este equilibrio permitiría, además, conjugar el hecho de que la ley el es un producto histórico que pretende garantizar 'cierta constancia en las relaciones interhumanas"."' Esta manera la estabilidad se presenta, al menos en principio, como algo deseable en tanto en cuanto aporta equilibrio en las relaciones humanas. Y, sin embargo, esta apreciación es insuficiente porque la estabilidad no supone siempre la justicia ni la legitimidad. De hecho, como apunta Garzón Valdés "desgraciadamente la legitimidad de un sistema jurídico-político (entendida como coincidencia de sus normas con principios y reglas de ética), no es condición ni suficiente ni necesaria de la estabilidad","

e'RAWLS. J. en Justicia **como equidad,** Tecnos. Madrid. 1986 p 103 ss Estas ideas ya rabian sido anteriormente esbozadas en otra obra del mismo autor. **Teoria de la justicia**, Fondo de cultura económica. México-Madrid-Buenos Aires. 1979. p. 503 ss.

'' LARENZ **K Metodologia de la ciencia del derecho** trad Rodriguez Molinero Ed. Ariel, Barcelona. 1994. p 347

" GARZON VALDES **E, Seguridad juridica y equidad en Derecho**, **etica y pollbca**, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. *p. 307* También es

Con estas palabras se muestra la otra cara de la moneda, esto es, la posibilidad de que la estabilidad posibilite un conformismo y un deseo de no cambiar las cosas que perpetúe situaciones de injusticia intolerables en un estado de derecho. Y así nos encontramos de nuevo ante la tensión justicia-estabilidad que no debe existir. Y no debe existir porque si entendemos que la justicia es el valor supremo del ordenamiento jurídico, ningún otro valor o función del derecho se le puede oponer.

No obstante, saldar el problema planteado de esta manera parece excesivamente sencillo. Por otro lado, ya hemos adelantado nuestra posición al comienzo de estas líneas, en el sentido de que entendemos que justicia, estabilidad y seguridad son valores que lejos de excluirse guardan gran relación entre sí. Pero, para lograr encontrar esta armonía debemos, en primer lugar, conocer en mayor profundidad los términos que pretendemos conjugar para lograr de esta manera el resultado pretendido. De no hacerlo así correríamos el riesgo de toparnos con disonancias que lejos de permitirnos disfrutar de la melodía, distorsionan la propia visión de la realidad jurídica en este caso.

Por tanto comenzaré por analizar el concepto de estabilidad a fin de establecer su correcto significado. Para ello realizaré, en primer lugar, un pequeño estudio histórico para concluir con un esbozo sobre la situación actual.

Interesante su articulo El concepto de estabilidad en los sistemas políticos datado en 1987 e Incluido en esta misma obra

A) Antecedentes históricos

El término estabilidad procede del latín 'stabilitas-atis" y significa, permanencia, duración en el tiempo; firmeza y seguridad en el espacio. Con esta primera incursión en el terreno de a filología hemos relacionado los elementos que se muestran como fundamentales en el estudio que estamos realizando. Esto es, espacio y tiempo como punto de partida y seguridad como meta a alcanzar, como punto de encuentro. Y si seguimos avanzando, llegamos al adjetivo estable que en este caso implica algo constante, firme y permanente.' Por otro lado, hay que señalar que esta cualidad apareció en la historia del pensamiento jurídico con autores como Aristóteles, aunque no llegaron a formularla de forma clara. Otros posteriores como San Agustín ya realizaron alguna referencia más precisa manifestándose a favor de que los preceptos legalmente establecidos no fuesen usualmente modificados con excesiva rapidez a menos que entrañasen graves injusticias; ya que, de lo contrario, el efecto que se produciría sería negativo para el pueblo ya que éste no sabría a qué atenerse,

Sin embargo y a pesar de que surge el germen de la idea, ésta no llega a manifestarse de forma clara e inequívoca. Y así autores como S. Isidoro de Sevilla que realizan definiciones tan prolijas de la ley a través de la manifestación de sus caracteres, no llegan a ocuparse directamente de la estabilidad." No obstante, algunos

`Estos calificativos son en principio claramente apetecibles por el derecho Poseen ademas una clara lradicibn que los avala Recordemos por ejemplo la definición de justicia de Sto Tomas de clara procedencia aristotélica. que definía a esta como habito según el cual uno. con constante y perpetua voluntad da a cada cual su derecho **Summa**. 2-2 q 58 a 1

S ISIDORO define la ley como honesta, justa. posible. de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres. apropiada al lugar y a las circunstancias temporales. necesaria. útil. clara no vaya a ser que por su oscuridad

autores como Santo Tomás, aunque no incluyen la estabilidad como característica que deba acompañar a la norma jurídica, preparan el camino para su introducción. Y así el doctor angélico afirma en la "Summa", (1-2- q.97.a.2), que las leyes deben ser modificadas siempre que se ofrece la ocasión de decretar otras mejores, pero el mero cambio de una ley es en sí mismo un perjuicio para el bien común. Y, por ello, no debe modificarse la ley humana salvo en el caso de que el nuevo decreto establezca un provecho muy grande y notorio o en el caso de extrema necesidad.

La primera definición de ley que incluye la estabilidad como característica, se debe a Suárez, el cual establece que ley es un 'precepto común, justo y estable, suficientemente promulgado".'" Pero antes de llegar a esta definición se ocupa de la "perpetuidad" afirmando que la perpetuidad que se espera de la ley es "cierta estabilidad, la cual lleva consigo que conserve su ser como valor y virtud para obligar tan fijo y permanente en fuerza de su origen e institución, que de suyo dure siempre o por un tiempo indefinido y prolongado"." Sin embargo no entiende que la ley deba ser de tal modo permanente o estable que no pueda ser revocada, ya que como el mismo afirma, la ley humana no es irrevocable porque su autor próximo, su sucesor, la materia, la costumbre u otras circunstancias pueden hacer que varíe. De hecho explícita que las leyes no sirven de igual manera para todos los tiempos sino que deben cambiar según las circunstancias, pero esto no impide que tengan su

Induzca a error, no dictada para beneficio particular. sino en provecho del bien común de los ciudadanos. **Etimologías**, Lib. II, 10.
10SUAREZ. E. Tratado **de las leyes y de Dios legislador**, Lib. I, Cap XII. Cito por la edicion del Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1967
"SUÁREZ, F Op cit, Lib I, Cap. X-1°.

perpetuidad en tanto en cuanto no cambie el estado de las cosas o no sean revocadas. Por otro lado, cuando establece la estabilidad se refiere a una triple consideración. La primera en relación con el autor, se refiere al hecho de que la ley es estable porque no desaparece con su autor sino que puede pervivir con independencia de quien la haya dictado. La segunda razón esta en relación con los súbditos para quienes se da, ya que no obliga únicamente a los presentes sino también a los futuros hasta que sea revocada. Yen tercer lugar la ley es estable en relación con sí misma ya que perdura hasta que sea revocada o su materia o la causa cambien de tal manera que deje de ser justa.'6 Esto es así según la concepción suareciana, porque la tendencia de la ley es la realización del bien común.

Creo que la aportación realizada en su día por este autor no solo fue de gran trascendencia en su momento, sino que sigue siéndolo hoy en día siempre que la adecuemos a las actuales circunstancias." Pensemos que en su momento Suárez difícilmente podría imaginarse la trascendencia que en el futuro podría tener el hecho de incluir la estabilidad como una de las notas que debía acompañar a ley. De hecho incluso los juristas del siglo pasado quedarían perplejos ante el hecho de que el BOE publica en la actualidad mas normas y disposiciones en una semana que todas las que podrían ser emanadas del legislativo en un año. Y ello por referirnos solo al BOE ya

"suAREZ F Op cit Lib. I. Cap. X-]°

Prueba de ello son las numerosos trabajos realizadas sobre esta concepción entre los que me permito recomendar. por su concamrento sobre ei autor y el tema. los siguientes a modo de ejemplo TRUYOI SERRA A. **Lo mutable v la inmutable en la moral y el derecho** . **según Francisco Suarez** en Boletin de la Universidad de Santiago de Compostela 55 56. 1950 ROMMEN. H Variaciones **sobre la Fllosofia jurídica y política de Francisco Suárez en** Pensamiento n0 e suárez, mano tGeneral R ECASoNS I_ **Filosofía del Derecho de Francisco Suárez**, Librefia de Victoriano gu ares. Madrid. 1927.

que si pensamos además en las Comunidades Autónomas, entes autónomos, como por ejemplo la Universidad, Organismos internacionales etc., la lista se hace verdaderamente inmanejable. Por ello resulta, si cabe más llamativo el hecho de que un autor como Suárez intuyera en su época la conveniencia de incluir la estabilidad como una de las notas de la ley.

B) Situación actual

Una vez realizado este breve repaso histórico sobre el surgimiento de la estabilidad como característica que debe acompañar a la norma jurídica, nos preguntamos si esto es asumible hoy en día. Y en el caso de que así sea, cual es el sentido que debemos otorgarle.

En principio, y después del estudio realizado, creo que se puede afirmar que, en general, los iusfilósofos actuales prefieren "no mencionar' la estabilidad como requisito o característica de la ley. Con ello no quiero decir que nieguen este carácter sino que sencillamente procuran obviarlo. Este hecho posiblemente se deba, como dice Soriano, al "extraordinario dinamismo del derecho".'`

1°SORIANO **R, Compendio de Teoría General del Derecho**, 2- ad Ed Anal Barcelona, 1993, p 93 Soriano no incluye la estabilidad como una de las caracteristicas de las normas El habla de validez, bilateralidad y protección institucionalizada como notas reales y de la eficacia y legitimidad como notas ideales Dentro de las manifestaciones más recientes, otros autores que no incluyen esta caracteristica son, a modo de ejemplo, MARTINEZ ROLDAN y FERNÁNDEZ SUAREZ. **Curso de Teoría del Derecho y Metodologia jurídica,** Ariel, 1994. DE LUCAS y otros, **Introducción a la Teoria del Derecho, 2a ed.** Tiran lo blanch, Valencia, 1994 La parte dedicada a la norma jurídica la desarrolla Encarnación Fernández y en ella tampoco se incluye la estabilidad como característica de la norma jurídica. SEGURA ORTEGA, **M. Teoría del Derecho,** Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 3' reimpresion, **Madrid**, 1995. Sin embargo, otros autores como FERNÁNDEZ GALIANO y DE CASTRO CID, **Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural, Ed**. Universitas SA..

No obstante, autores un poco mas alejados en el tiempo, sí reconocen esta característica, ya sea de forma implícita o explícita. Ejemplos del primer tipo los tenemos en juristas como Coing que se manifiestan claramente en favor de la necesidad de crear "situaciones e instituciones duraderas", ya que "el hombre quiere sustraer su existencia a cambios permanentes y dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarla del asalto constante de lo nuevo".'9 Efectivamente este autor no habla de la estabilidad como tal pero entender que se refiere a ella no parece forzar excesivamente una interpretación extensiva. A su vez otros autores como Stammler relacionan, tal y como advierte Legaz, la estabilidad con la inviolabilidad, con la finalidad de evitar la arbitrariedad. Y en ese sentido afirma que el Derecho como ordenación permanente de la vida social debe mantenerse inconmovible "y no disponer una regulación nueva para cada caso, a merced de las veleidades del que ocupa el poder, como una serie de órdenes conminando al azar y tan pronto dictadas como revocadas, sin asiento social alguno".50

Disponemos también de manifestaciones mucho más explícitas entre las que se encuentran las de Legaz. Henkel, Luño Peña o Villoro Toranzo. Para ellos, la estabilidad como tal es una de las características que debe acompañar a la norma jurídica para lograr con ello la seguridad, la certeza, la paz, el orden y la armonía en justicia,

Madrid. 1993. aunque no incluyen directamente la caracteristica de la estabilidad. aluden **a ella al** mencionar la seguridad y la previsibilidad

"COING. **H Fundamentos de Filosofia del Derecho** Priel Barcelona 1961

40

STAMMLER. **R Tratado de Filosofia del Derecho** . trad de la 2' ed alemana *por W.* Roces. I° ed Reus. Madrid 1930. p 117.

Y así Legaz Lacambra define la estabilidad no de forma caprichosa sino para **alcanzar un fin superior, En** efecto, afirma que al **Derecho le** corresponde la función de seguridad, y para ello "es menester que las normas sean estables" 8' Pero no defiende cualquier tipo de estabilidad o permanencia sino que siguiendo la pauta de Suárez entiende que la norma permanece en tanto en cuanto no sea derogada. De hecho no **se trata de** defender el inmovilismo sino de buscar un equilibrio,82 y de defender de alguna manera la prudencia en la producción legislativa. También a favor de la prudencia se manifiesta Luño Peña en tanto en cuanto para él la cuestión de la estabilidad **no se centra** tanto en **el tiempo** de permanencia como en la derogación o revocación, con lo cual sitúa el problema en las mismas coordenadas en las que ahora nos encontramos ¿Donde está el equilibrio adecuado?a' Creo que **ese es el punto central** del que debemos ocuparnos **a pesar** de que autores, como Villoro Toranzo, ni lo establecen, **ni en realidad** parece preocuparles, en tanto en cuanto se ocupan de la estabilidad, junto con la uniformidad, predominante exterioridad, coercibilidad y bilateralidad creadora de deberes y derechos correlativos como características de

°"LEGAZ IAGAMBRA. L. **Filosofia del Derecho**. 9 ed, Bosch, Barcelona. 1979 p. 407. En todo caso, esta defensa que hace no le lleva a cerrar los ojos ante la necesidad de cambio Y así en otro pasaje de la misma obra afirma que ninguna norma debe durar mas alla de lo que duran las circunstancias para las que fue dada.

"Vid. WRIGHT! **G H Normas de orden superior en El lenguaje del derecho** homenaje a Genaro R Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1983, p 459 ss.

°"LUÑO PEÑA. E, **Historia de la Filosofía del Derecho**. T II. Ed. La Hormiga de Oro. Barcelona 1949. p 110 ss Luño Peña siguiendo el esquema de Suarez, advierte de que este no se refiere a la perpetuidad por parte del principio a parte ante" sino a la perpetuidad por parte del fin "a parte post'. Y a esta última es a la que llama estabilidad moral". **En su libro Derecho Natural, 2' ed** _ Ed Hormiga de Oro, Barcelona 1950. p 240 ss. mantiene la misma postura

las normas jurídicas, pero sin prestar mayor atención al problema e4

No obstante lo visto, otros juristas como Henkel siguen una tónica más general en cuanto a la manifestación de la necesaria matización que debe experimentar el concepto de estabilidad. Y así, aunque por un lado manifiesta claramente que la estabilidad representa un elemento de la seguridad jurídica, por otro lado advierte que ésta no puede ser entendida en ningún caso como inmutabilidad. Las normas jurídicas, y con ellas el ordenamiento en su conjunto deben cambiar y adaptarse a las circunstancias y a las expectativas de los individuos a ellas sometidos pero, una regulación "contraria a la idea de estabilidad y modificada en rápida sucesión, menoscabaría, considerablemente, el importante momento de confianza que necesitan los sujetos para orientarse en las relaciones jurídicas" es De hecho entiende la estabilidad únicamente como exclusión de un cambio rápido, frecuente y brusco en el establecimiento de las normas.

La idea es, en principio, muy clara y creo que adecuada, pero la cuestión hasta ahora planteada sigue **sin respuesta** ¿cuándo se entiende que el cambio es rápido o brusco? ¿cuál es la periodicidad que podría ser **admisible en** cuanto al cambio **se refiere? La respuesta a estas preguntas** puede darse aunque no es exactamente cuantificable en el tiempo. De hecho no parece posible

"VILLORO TORANZO. **M Introducción al estudio del derecho** 9' ed Ed Porrda. México. 1990. p 479 Afirma que las normas]uridicas deben ser estables y uniformes porque constituyen las reglas de juego social y estima que no se debe cambiar de reglas a mrtad del luego a no ser que existan motivos muy serios para hacerla

°SHENKEL **H Introducción a la Filosofía del Derecho** Trad E Gimbernat Taurus. Madrid. p 550.

que pueda establecerse un tipo concreto de frecuencia y por ello coincido con Fuller cuando manifiesta que "es difícil imaginar una convención constitucional lo suficientemente imprudente para decidir que ninguna ley deberá modificarse más a menudo digamos que una vez al ano"."` Sin embargo, y sigo coincidiendo con él, afirma que uno de los ocho modos de frustrar el intento de crear y mantener un sistema de normas legales es "la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que los súbditos no puedan orientar sus actos por medio de las mismas' "

La postura que se desprende de lo expuesto y con la que coincido, es la de la necesidad de variabilidad, pero dentro de un orden que asegure la adecuada y ordenada realización del Derecho ya que éste debe buscar y alcanzar la justicia y por tanto tiene que adaptarse a cada nueva circunstancia que introduzca alguna variación notable en cuanto al logro de este fin se refiere. Pero, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico debe asegurar el orden y evitar con ello situaciones en las cuales los individuos se sientan desprotegidos o ignoren sus derechos y la forma de hacerlos valer. El equilibrio es difícil pero necesario y cualquier solución a esta tensión que se incline de forma indiscriminada hacia un lado de la balanza sería inadecuada, ya que en realidad de lo que se trata es de armonizar la necesaria movilidad de las normas jurídicas con la estabilidad del Derecho. Y eso

eFULLER, **L. La moral del Derecho** Ed E. Trillas, México D. F., 1967, p 92 ss
s.EULLER L 'bid, p. 49. Los otros siete modos de frustrar el intento de *crear y* mantener un sistema de normas legales son abuso de legislación retroactiva, dejar de crear leyes, falta de publicación, leyes incomprensibles, promulgacion de leyes contradictorias. leyes que estan fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada, y falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgan y su verdadera administración.

aunque en teoría resulta claro, en la práctica resulta en muchas ocasiones muy difícil de conseguir.

La pregunta que surge de modo inevitable es si la estabilidad entendida como nota de la norma en particular y del ordenamiento jurídico en general, está o no contemplada en nuestro actual ordenamiento jurídico. En ese sentido, y tomando como base la Constitución española actual debemos afirmar que en su articulado no se encuentra tratado con claridad este tema. De hecho no existe ningún artículo donde se mencione la necesidad de la estabilidad. En todo caso, y haciendo una interpretación extensiva, podemos referirnos únicamente a lo establecido en el título X de la C.E que al abordar la reforma constitucional regula las condiciones que deben producirse para que se produzca el cambio, entendiendo que si bien este es posible cuando sea necesario, no podrá hacerse de cualquier manera sino siguiendo las pautas previamente fijadas para ello. Con lo cual permitiendo la variabilidad cuando ello sea necesario, parece abogar por la estabilidad en cuanto impone ciertos límites restrictivos.

Por otro lado, y a pesar de que este título X se refiere únicamente a la reforma constitucional puede servirnos de pauta. Sin embargo, y a pesar del resultado obtenido en cuanto a la presencia clara de a estabilidad en nuestra Constitución, creo que ésta sí recoge menciones muy claras que aunque no se refieren concretamente al concepto de estabilidad deben ser analizadas al hilo de ésta, a fin de poder obtener una adecuada visión de conjunto. Me refiero a conceptos como el de seguridad y el de certeza que entiendo que se muestran como inescindibles del que nos ocupa. A continuación me referiré brevemente a cada uno de ellos, pero antes y en

aras a la claridad expositiva, adelantaré una serie de conclusiones obtenidas en cuanto a la estabilidad se refiere.

C) Conclusiones sobre la estabilidad como característica de la norma jurídica

Una vez analizada la cuestión de si la estabilidad debe entenderse o no como una característica de la norma jurídica, y en función de los datos obtenidos creo que podemos extraer una serie de conclusiones. Pero antes de proceder a enumerarlas es preciso aclarar una consideración de gran importancia. Me refiero a la necesidad de realizar una llamada de atención sobre la diferencia entre norma y ordenamiento jurídico. Entiendo, como ya he dicho antes, que la estabilidad debe buscarse en cuanto al ordenamiento jurídico se refiere y no en relación con las normas, pues **éstas,** por su propia naturaleza, deben ser variables. No obstante, y hecha esta puntualización creo que son válidas las siguientes apreciaciones: 1) Los autores consultados que se ocupan de la estabilidad advierten de que el ordenamiento jurídico, entendido como conjunto de normas jurídicas, no puede ser estático ni invariable. Antes bien, debe adaptarse a las circunstancias espacio-temporales que lo acompañan. 2) No obstante lo anterior, al ordenamiento jurídico tampoco le conviene una variabilidad excesiva pues esta conduce a una falta de certeza y seguridad así como a una dificultad de conocimiento, incluso por parte del especialista en leyes, de tal modo que, aquel que no es especialista, "el hombre de la calle", al que se dirige y al que vincula el ordenamiento, puede tener una peligrosa sensación de arbitrariedad e indefensión. 3) Algunos de los autores estudiados se manifiestan a favor de incluir la estabilidad claramente como característica

que debe cumplir la norma jurídica. Otros prefieren obviar este dato, Cronológicamente hablando los primeros se corresponden en general con los más antiguos en el tiempo, mientras que los segundos son más recientes. Creo que este hecho se debe simplemente a circunstancias históricas de menor o mayor inflación legislativa. 4) Sin embargo, no me parece detectar, salvo algunos excepciones, una gran diferencia entre ambas posturas. Posiblemente se trate de una cuestión mas de moda. Y, por el contrario me parece que la discusión hoy en día se centra en mayor medida en el problema del equilibrio. En ese sentido creo que la casi totalidad de las muestras doctrinales traídas a colación admitirían el hecho de que el ordenamiento jurídico debe variar y tener flexibilidad para ello cuando las circunstancias históricas o de oportunidad así lo recomienden. La justicia no puede sufrir en ningún caso, pero, no obstante y eso es lo que me gustaría resaltar, esas modificaciones deben hacerse de un modo prudente para evitar la producción de los problemas antes aludidos. No podemos sacrificar la justicia en ningún caso pero, a veces, lo mejor es enemigo de lo bueno y al final el temor a la falta de seguridad y de certeza, la angustia de sentirse prisionero de un sistema que todo lo quiere organizar y no deja ningún resquicio al individuo, puede convertirse claramente en injusticia. 5) En cuanto a la estabilidad enfocada desde el punto de vista constitucional, debemos advertir del hecho de que en nuestra actual Constitución no aparece mencionada de forma explícita, aunque existen algunas referencias a ella por vía de otros conceptos próximos. 6) En función de los datos obtenidos y como punto de encuentro propongo llamar la atención sobre la importancia de la estabilidad dentro del ordenamiento jurídico ya que la rebaja ya vendrá dada por la propia naturaleza de los cosas. Y además creo que

se debe procurar el establecimiento de unas normas que no precisen de tanta y tan constante modificación ya que crean gran confusión y desconfianza en el administrado. Por otro lado y aunque ya hemos establecido el hecho de que una cosa son las normas jurídicas, de por sí variables y otra el ordenamiento jurídico que entendemos debe ser más estable, en la realidad práctica el resultado que percibe el administrado es muy similar.

En el sentido de que el individuo que observa la gran inflación legislativa que se está produciendo se siente inseguro y desprotegido porque no alcanza a plantearse el hecho de que el ordenamiento en su conjunto puede, aún así, mantenerse estable. El individuo desconoce en muchos casos la vigencia de las leyes y con ello la consecuencia directa que se produce es la sensación de falta de certeza y con ella la inseguridad.

3. Conceptos **afines a la estabilidad**. **La seguridad y la certeza**

En este apartado me propongo realizar una pequeña aproximación a los conceptos de seguridad y certeza. Sin embargo mi intención no es la de hacer un estudio conceptual sobre los mismos. Muy al contrario, me interesan en esta ocasión únicamente como figuras afines a la estabilidad. Como valores que no pueden ser preteridos al lado bien de la estabilidad o de la variabilidad. Pero sólo como acompañantes que coadyuven a fin de conseguir que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, pueda alcanzar la finalidad a él encomendada. Además, el motivo por el cual defiendo la necesidad de estabilidad en el ordenamiento jurídico es el de asegurar la realización de la certeza y de la seguridad. Un ordenamiento que está continuamente

variando produce una agobiante sensación de falta de seguridad, de debilidad, de mala salud que creo que no es deseable en ningún caso. Coincido en este sentido con Radbruch cuando después de exponer que es posible que durante períodos de paz largos las gentes ‖eguen a cansarse de una seguridad y estabilidad tan persistentes" a la larga es necesario valorar en su justa medida el bien de la seguridad porque está en la base del logro del bien común.aa Y aunque existen voces como la de Jerome Frank que defienden la falta de seguridad y certeza como una ventaja y una muestra de madurezd° del respectivo ordenamiento del que se trate, opino que si bien la excesiva estabilidad puede tender hacia el inmovilismo o incluso al servilismo esa no sería la situación normal sino, como dice Peces-Barba una "desviación patológica".'ñ Es más, creo que hoy en día se perfila claramente en las sociedades democráticas avanzadas un concepto de seguridad entendido como un valor jurídico superior que no presenta ningún tipo de fricción con la justicia. Creo en este sentido que está superada la preocupación de Atienza cuando afirmaba que en su opinión era preciso mostrar que seguridad y justicia no son valores contrapuestos.

En efecto creo que no lo son y también coincido con él en afirmar que la seguridad no debe ser un valor que

"RADBRUCH G. Introducción **a la Filosofía del Derecho**. Fondo de Cultura Económica, México. Madrid. 4° ed en español. 1974. p. 42 Afirma que en su propia experiencia la seguridad jurídica debe ser buscada y apreciada como uno de los valores jurídicos mas deseables. como uno de esos valores que sólo llega a valorarse adecuadamente cuando se pierde. y entonces suele ser demasiado tarde

°3FRANK J. Law and the modern mind, Stevens Nueva-York-Londres 6"reimpreslón 1949. p. 7 ss.

oPECES BARBA. **G. La seguridad jurídica desde la Filosofía del** Derecho en 'Anuario de Derechos humanos', 6. 1990. p 216 ss Este mismo artículo fue publicado 5 años después con el titulo "Legal Security from the point of view of the phllosophy of law'. Ratio Jurls, 8,2 1995 p 127 ss

remita a una ideología de signo conservador,91 sino a cualquier tipo de ordenamiento jurídico que desee regular en paz, justicia y armonía las relaciones de los particulares entre sí y las de estos con el Estado. Necesitamos vivir en una sociedad segura, pero no podemos aceptar cualquier tipo de seguridad sino aquella en la que se cumplan las exigencias de que "la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre' 92 Necesitamos en suma vivir en un Estado de derecho que garantice una serie de valores como los que cita nuestra Constitución en el art. 1. Esto es, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Pero para que el Estado de derecho sea plenamente efectivo necesitamos asimismo que estos valores se conjuguen con los que expone el mismo cuerpo legal en el art. 9-3. Me refiero a todo el elenco de principios fundamentadores del ordenamiento jurídico español entre los que se encuentra el de seguridad. De hecho, este art. 9-3 recoge principios que deben ser considerados igualmente superiores y fundamentadores del ordenamiento jurídico, los cuales yo no dudaría en considerar tan "superiores" como aquellos que especifica el primer artículo de nuestra Constitución.

La seguridad presenta un tratamiento constitucional claro. Aparece como valor, como principio y como derecho. Como valor se muestra en el preámbulo de forma genérica, aunque echamos en falta que no se recoja en el art. 1, a pesar de que algunos autores como

"'ATIENZA, **M. Introducción al Derecho**, Barcanova, Barcelona, 1985, p 116 ss
"DIAZ, E, **Sociología y Filosofia del Derecho**, 2a reimpresion de la la eb. Taurus, Madrid. 1976, p. 47 Más información sobre este tema la ofrece el mismo autor en **La seguridad jurídica en el Estado de Derecho en** "Cuadernos **para el** diálogo 17 extraord, 1969, p 7 ss

Peces-Barba estiman que puede entenderse presente en este lugar por la vía de los valores justicia e igualdad. Como principio, **su más clara manifestación aparece en el art. 9-3 al que ya nos hemos referido, al lado de otros de gran trascendencia que se muestran como rectores del ordenamiento** jurídico español. **En este sentido hay que advertir que en la actualidad, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución ha determinado en numerosas sentencias, que todos los principios recogidos en el art. 9-3 deben ser interpretados de forma que se conjuguen sus distintos aspectos y estos con los valores establecidos en el resto de la Constitución. Y así, principios como el de seguridad aparecen en muchos casos inescindiblemente unidos a otros como justicia, libertad e igualdad.**

Y **por último, en cuanto a derecho, la seguridad aparece en aras. como el 17, 24, 25 o 51 enfocado desde puntos de vista muy diversos. Esto es, al lado de la libertad (art. 17), en cuanto a la necesidad de obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus intereses legítimos (art. 24J, en cuanto al principio de irretroactividad de las disposiciones penales sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 25) o en relación con la defensa de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos (art. 51-1).**

Sin **embargo, y a pesar de que el tratamiento constitucional es claro en materia de seguridad es preciso analizar otra serie de situaciones** cuya conjunción **indicará si en la actualidad se cumplen las exigencias que conlleva un Estado de Derecho. No olvidemos en este sentido que el individuo debe vivir en una situación no sólo de legalidad sino también de legitimidad. De estas**

exigencias a las que me he referido, unas son de carácter estructural y otras funcional.

Dentro de las primeras, esto es, de las de carácter estructural, hay que asegurar la adecuada formulación de las normas jurídicas. Para ello hay que atender a la promulgación (que debe ser "suficiente" en el más puro estilo de Suárez), a la claridad, a la plenitud, a la jerarquía normativo, al hecho de que sea previa y por tanto calculable, y por último a la estabilidad.

Por lo que **se refiere al** ámbito funcional o interno debemos advertir que la seguridad responde normalmente a la necesidad de limitar el poder y de evitar la arbitrariedad. Esta necesidad de limitación de poder **se muestra** en muchos casos, a través de principios de organización y funcionamiento del sistema y tienden a asegurar el Derecho sobre la fuerza. Entre estos principios se encuentran los de carácter penal como "in dubio pro reo", los de carácter laboral "in dubio pro operario', normas cautelares, principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables al reo, garantías penales, respeto por los derechos adquiridos etc. Sólo la adecuada conjunción de todas estas garantías proporcionará al individuo la seguridad que demandada para vivir en un Estado de derecho, esto es una seguridad en justicia y libertad. Otro tipo de seguridad podría realizarse en un Estado policía con un gran engranaje represivo. Quizá sería más fácil de conseguir y presentaría menores problemas de funcionamiento, pero, no es la que nos interesa.

Junto a la estabilidad y a la seguridad que esta implica, se muestra otro valor del ordenamiento jurídico que no aparece generalmente explicitado en los cuerpos

legales como tal. Me refiero ala certeza que creo que no coincide exactamente en cuanto a su conceptualización se refiere con la seguridad, pero que sin embargo entiendo con Bobbio que debe ser considerada como un valor a respetar `s Por certeza del derecho se entiende la determinación de forma clara y precisa que tiene que tener cada individuo en cuanto a la posibilidad de ejercicio de sus derechos y de cumplimiento de sus obligaciones. El ciudadano para tener certeza tiene que estar en condiciones de saber de antemano las consecuencias de sus actuaciones.

Y en este sentido, certeza y seguridad son distintas aunque están muy próximas. La seguridad se configura desde un punto de vista objetivo como carencia de riesgo resultante de un ordenamiento donde están cubiertas las exigencias de claridad, promulgación, plenitud, generalidad, jerarquía normativa, previa calculabilidad, irretroactividad o estabilidad, por citar algunas de ellas, Mientras que certeza es una cuestión de carácter subjetivo ya que hace referencia a la necesidad que tiene el sujeto de conocer su situación personal dentro (ya que no necesariamente frente) al ordenamiento jurídico."' La seguridad implica por tanto una situación general de adecuado funcionamiento del derecho, mientras que la certeza es la proyección en cada situación personal de la seguridad general. En todo caso, debo advertir del hecho de que el concepto de

"BOBBIO N Contribución **a la Teoría del Derecha**, Ed. a cargo de Alfonso Ruiz **Miguel,** Valencia. 1980. p. 305 Este autor afirma que la certeza junto con la estabilidad son valores de la norma luridica, mientras que la generalidad y abstracción son requisitos Mas datos sobre la dificultad de configuración de este tema en La certeza **del dlfltto ¿un** mito?. Rivista mternazionale di Filosofia del Dintto 2811. 1951 p 146ss

Mas información sobre este tema en PÉREZ LUIDO A E, **La seguridad jurídica.** ed, p 22 ss v PEREZ LUNO **A E. La seguridad coma funcion** jurídica en Punciones y fines del Derecho Universidad de Murcia. 1992 p. 273 ss

certeza supone por sí solo una gran problemática en cuanto a su formulación, determinación y regulación de la cual yo no puede ocuparme en este momento ya que excedería con mucho los límites propuestos para este trabajo.

En cuanto a la Constitución española se refiere no encontramos tratado con claridad el concepto de certeza, lo cual no quiere decir, a nuestro juicio, que no haya sido considerado. Creo que esta ausencia se debe a considerar que éste es un valor **subsumible** dentro de la seguridad, y no a pretender preterirlo. No obstante opino que nuestro ordenamiento **debería** haber incluido a la certeza de forma clara y contundente evitando así las posibles disfunciones que pueden **presentarse en la** actualidad para aquellos que no recurran a una interpretación **extensiva del** artículo 9-3.

Una vez realizado el estudio precedente en relación con la seguridad y certeza como valores afines y posibilitadores de la estabilidad, creo que se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) La seguridad y la certeza son valores que deben ser tenidos en cuenta y protegidos como tales por el ordenamiento jurídico. El primero de ellos, la seguridad se encuentra explicitado en el art. 9-3 de la C.E, mientras que el segundo, el de certeza, no aparece como tal de forma exenta. En cuanto a esto, y como ya he dicho, creo que nuestro ordenamiento debería haber considerado a la seguridad como valor fundamental y debería asimismo haber incluido a la certeza de forma clara y contundente, aunque esta ausencia puede deberse más bien a un problema discursivo que de verdadero contenido. 2) Ambos valores si bien muy próximos son distintos ya que uno de ellos, la seguridad, se refiere a situaciones

objetivas, mientras que el segundo, la certeza, hace referencia a aspectos más subjetivos. 3) Una vez conocida la diferencia entre estos conceptos entendemos, sin embargo, que una de las finalidades de la seguridad es la de proporcionar certeza a los individuos. Y en ese sentido entendemos que el sistema funcionaría mucho mejor procurando, hasta el límite de lo posible, la estabilidad de las normas. Estabilidad que no consideramos un fin en sí misma sino un medio para alcanzar la certeza y la seguridad

4. Conclusión general

En función del estudio realizado y remitiéndome a las conclusiones extraídas en cada uno de los apartados en los que metodológicamente he estructurado este trabajo, creo poder afirmar a modo de conclusión general que la estabilidad, la seguridad y la certeza son cuestiones distintas e independientes, aunque ínfimamente ligadas entre sí ya que la estabilidad conduce a la seguridad y esta a la certeza. Me parece asimismo que de estos tres temas al que doctrnalmente se le concede menor valor es al de la estabilidad y estimo que es un error habida cuenta de que precisamente es éste el que ayuda a la realización de los otros dos. Por ello, me permito llamar la atención sobre la necesidad de recuperar la presencia de esta nota como característica o requisito a cumplir por las normas jurídicas ya que conjugado adecuadamente con la justicia como valor supremo, ayudaría en gran medida a la realización del Estado de Derecho.

Capítulo IV.
El abuso de poder. La arbitrariedad

1. Introducción

La Constitución española de 1978 establece en el art. 9-3° la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos junto con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. De este modo, la prohibición dirigida hacia los poderes públicos de actuar de forma arbitraria en el ejercicio de sus funciones se muestra en el texto constitucional en un lugar privilegiado y al lado de principios como la 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 y la responsabilidad.

El objetivo del presente trabajo se centra en el estudio de la arbitrariedad desde el punto de vista conceptual ya que entiendo que sólo conociendo el contenido del principio será posible cumplir con el mandato constitucional de frenarla. Sin embargo, la delimitación de este concepto no se muestra tarea fácil y por ello procederé, en primer lugar, a establecer sus límites por vía de exclusión con otras figuras afines que, a pesar de haber sido tradicionalmente confundidas con la arbitrariedad, no podemos considerarlas técnicamente como tal cosa. Desde esta perspectiva me ocuparé brevemente de la discrecionalidad y de la injusticia.

A continuación, extraeré los elementos que aparecen en los estudios realizados sobre el tema a fin de poder confeccionar, por síntesis, una delimitación del concepto que permita conocerlo un poco mejor para poder así cumplir de la forma más adecuada con el precepto constitucional del art. 9-3°.

2. Figuras afines a la arbitrariedad

Mi intención en este epígrafe es determinar qué actuaciones, aunque muy próximas, no constituyen arbitrariedad, con el objetivo de establecer así, contrario sensu, lo que sí sería censurable como comportamiento arbitrario. Para ello me centraré, tal y como he anunciado, en dos situaciones; *discrecionalidad e injusticia,* que son las que, a mi juicio, reflejan mejor el problema.

3- Arbitrariedad y discrecionalidad

Hoy en día la figura de la arbitrariedad resulta poco estudiada, al menos en lo que a su aspecto conceptual se refiere, creciendo sin embargo la preocupación por su determinación en campos específicos como el derecho administrativo, financiero o tributario. En el ámbito del derecho administrativo, que es el que **parece prestarle en** este momento mayor atención, se parte **de la base de** que no es lo mismo discrecionalidad que arbitrariedad. Y, en este sentido defienden la primera como parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la Administración y condenan **la segunda** como ausencia de control y simple capricho. No obstante, esta afirmación de condena y defensa resulta simplista en exceso. La realidad jurídica, muy rica en situaciones particulares, demanda de la doctrina un estudio mucho más profundo. Quizá por ello en estos últimos años se han producido

distintas manifestaciones, a veces incluso muy vehementes, que tratan de deslindar estos conceptos y de estudiar las relaciones entre ellos,

La polémica se centra en las posturas de dos administrativistas Tomás-Ramón Fernández y Luciano Parejo que mantienen opiniones enfrentadas sobre el desarrollo de las técnicas de control judicial de la discrecionalidad y sobre la imprecisión de los posibles límites de control. El problema suscitado nos afecta ya que la arbitrariedad se presenta como una conducta censurable que se produce como consecuencia del abuso de poder, mientras que la discrecionalidad se muestra como un poder necesario del cual precisa la Administración para alcanzar sus fines de la mejor manera posible. La discrecionalidad implica un necesario control, aunque este sea muy difuso, mientras que la arbitrariedad sería el resultado de la falta de control.

Por ello, el hilo conductor de este trabajo debe trasladarse, aunque sólo sea de forma provisional, al ámbito de la discrecionalidad ya que ella determina, por defecto, la aparición de la arbitrariedad. Según Tomás-Ramón Fernández "el poder discrecional es una capacidad incondicionado de imposición libre y exenta de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera, de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una palabra".94 Este poder tan amplio deriva, según él, de la interpretación de la división de poderes que propugnaban los revolucionarios franceses como separación de poderes, La Administración quedaría así exenta de todo control judicial, reservándose el

"FERNÁNDEZ T R **Arbitrariedad y discrecionalidad** Madrid Cuadernos Civitas. 1991. p. 1/

contencioso-administrativo para aquellos casos en los que fuese necesario corregir los errores, por fuerza graves pero excepcionales, de las decisiones administrativas. Y este poder, así concebido, es el que la Constitución de 1978 concede a la Administración ya que según su opinión "no le ha aportado una legitimación que siglo y medio atrás no tuviera. Siempre fue legítimo y siempre será necesario" 9°

Por ello, y haciendo legítimo uso de este poder, la Administración puede elegir la solución que le parezca más acorde con los intereses del momento en cada caso determinado siempre que ello sea legalmente indiferente, Puede elegir lo que considere más conveniente siempre que la norma que le habilite para actuar no le imponga expresamente condiciones determinadas de actuación, No obstante, hay que distinguir la indiferencia legal de la jurídica ya que "indiferente jurídicamente no hay nada "a priori" en un Estado material de Derecho que reconozca un orden de valores preexistente y se ordene a su efectivo realización".` Lo que se trata de evitar es la arbitrariedad entendida como abuso o desviación de poder, así como falta de control sobre el mismo y esto no se produciría ya que, según él, toda decisión de la Administración, por muy discrecional que sea, es susceptible de control judicial de juridicidad (no de legalidad como apostilla Parejo).90 No en vano el juez puede controlar los actos discrecionales de la Administración hasta el punto que le permite el derecho establecido en los arts. 103-1° y 106-

nFERNANDEZ **T R, De la arbitrariedad de la Administración**, Madrid, Guitas, 1994. p. 147.
"FERNÁNDEZ **T R D. la arbitrariedad de la Administración** , cit, p 151.
9°PAREJO L **Administrar y juzgar**: **dos funciones constitucionales distintas y complementarias**. Madrid Tecnos. 1993, p 48 ss

7 ° de la C.E,'9 De esta forma, el control queda asegurado y la anulación del acto discrecional se mantiene como una medida de carácter excepcional.

Sin embargo, los actos discrecionales deben estar respaldados por datos objetivos a fin de que no puedan convertirse en arbitrariedad. Por ello conviene fijar unos criterios claros y precisos dentro de los cuales puedan moverse las autoridades administrativas sin riesgo, en el ejercicio de sus funciones. La finalidad de esta medida, según García de Enterría es "poder contar con toda normalidad con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso, de la finalidad pública de utilidad o interés general'.100 Porque, de no ser así, el acto discrecional desviado de su fin incurriría en un vicio que debe ser fiscalizado por los tribunales.

En cuanto a la enumeración de los criterios a tener en cuenta, Fernández afirma que son los de motivación y racionalidad. La motivación (que entiendo como un ensayo mental preparatorio de una acción para animar o animarse a ejecutarla con interés y diligencia) se perfila como un criterio de suma importancia ya que en su ausencia 'el único apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente como es obvio en un Estado de Derecho'.... Por ello, la motivación

aConviene recordar que el ad 103-1° de la C E afirma que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la *ley y* al derecho. Idea que se complementa en el art . 106-1° que afirma que los tribunales controlan ta potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa as¡ como el sometimiento **de esta a los fines que** la justifican

O'GARCIA ENTERRIA E **La lucha contra las inmunidades del poder 3a ed** Madrid Cuadernos Omitas. 1989. p. 27 Del mismo autor La interdicción de la **arbitrariedad**. Revista de la Administración Publica 30. p. 113 ss

0'FERNANDEZ T R **Arbitrariedad y discrecionalidad** cit p 105 ss

debe existir, aunque sea sucinto, siempre que sea suficientemente indicativa tal y como recoge la ST de 18 de junio de 1982. Además debe ser razonable, esto es, debe poder ser justificada con datos objetivos, sin olvidar, en ningún caso, el mandato constitucional del art. 103-1 ° de servicio a los intereses generales.

Frente a esta postura nos encontramos con la de L. Parejo que difiere, en buena medida, en muchos de los planteamientos hasta ahora expuestos. Parte igualmente de la necesidad de cumplir el mandato del art. 9-3° de la C.E en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad se refiere pero, frente a Fernández, se muestra muy pesimista en cuanto a la situación actual. Por ello advierte del peligro de desbordamiento por el juez contencioso-administrativo de los límites de su función, lo cual implicaría el riesgo del subjetivismo y decisionismo que conllevaría de forma irremediable el grave error de sustitución de la discrecionalidad por la arbitrariedad".1°'

Por otro lado, y a pesar de que defiende la necesidad de que la Administración disponga de un poder discrecional tampoco cree que los criterios de motivación y racionalidad expuestos por Fernández para su control sean efectivos. Según él, el primero, el de la motivación, es válido y por ello no es discutible, pero no aporta nada a la solución del problema de los límites del control judicial.

En cuanto a la necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa, opina que la racionalidad no es algo objetivo ni preciso y por tanto es tan fácil de defender come difícil de controlar. Con lo cual el riesgo

10. PAREJO L **Administrar y juzgar** ... cil p. 36

de que el poder discrecional de la Administración se convierta en arbitrariedad está mucho más presente en las preocupaciones de Parejo que en las de Fernández.

Frente a estas dos posturas, aunque no enfrentándose a ellas, se encuentra M. Sánchez Morón. Según él, la Administración debe disponer de un poder discrecional dentro de unos límites que no están destinados ni a reducir, ni ❑ eliminar este poder, pero que deben ser establecidos, ya que "los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o de cualquier forma no jurídicos de la decisión" J°' Por ello propugna la necesidad de establecer una cautela en el uso de los criterios mencionados de motivación, racionalidad o cualesquiera otros a fin de evitar el encubrimiento de una apropiación por los órganos judiciales del ámbito de lo discrecional que la ley atribuye expresamente a la Administración.

En cuanto a los límites a establecer entiende que son de varios tipos, a saber de carácter sustantivo, competencial, organizativo y procedimental. No todos ellos son fáciles de establecer y controlar y sobre todo no lo es el de "interdicción de la arbitrariedad que no puede ser utilizado como una fórmula multiuso para, con su sola invocación o sobre la base de pruebas no concluyentes, justificar cualquier imputación de falta de lógica externa o de coherencia interno de una decisión discrecional" J°' Así, no deberá calificarse de arbitrario ningún acto que tenga justificación razonable 'aunque puedan existir

4OSANCHEZ MORON M **niscreclonaliead administrativa y control judicial** Madrid recnos 1994. p. 92
"SANCHEZ MORON M op. nt p. 139

soluciones que puedan parecer más lógicas o más atendibles o preferibles por su racionalidad",tos

Sin embargo y a pesar de la posible dificultad de establecimiento de estos límites de control del poder discrecional de la Administración, no está de acuerdo **con Fernández** en cuanto al hecho de que **no deba existir** fiscalización del uso que la Administración haga de su poder discrecional ya que esta imagen no se correspondería con el régimen democrático actual en el que no puede existir ninguna potestad exenta de justificación Toda actividad tanto gubernativa como administrativa **está sometida** de hecho **a la crítica de la** opinión pública, a la crítica política, a la responsabilidad política y a todas las instituciones y órganos públicos cuya misión es la de fiscalizar la acción administrativa.106 Y a pesar de que, como señala Rovira, algunas de estas responsabilidades son insuficiente o difícilmente exigibles10J debemos procurarlas a fin de evitar que el control judicial sea el único, desvirtuando así tanto su función como la de la Administración **que pretende** controlar.

De todo lo dicho creo que podemos concluir que entendemos que arbitrariedad y discrecionalidad son conductas distintas aunque relacionadas. Están relacionadas porque ambas suponen la posibilidad de

1°'E, este sentido las Sts del Tribunal Constitucional 108/ 1986 y 6566 y 67 /1990. Sólo es decisión discrecional **arbitraria la absolutamente irrazonable y** manifiestamente **carente de** explicación teniendo en cuenta el interés público.

18Pensemos en el Defensor del pueblo Tribunal de cuentas, interventores, inspectores etc cuya única actividad es la de control de las posibles ilegalidades y abusos de *poder*

'"ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES. **M G. La responsabilidad en el Título Preliminar de la Constitución en Jornadas de Estudio sobre el Titulo Preliminar de la Constitución**, V Vol, Madrid, Ministerio de Justicia. 1988, p 3581 ss

actuar sin sometimiento a unas normas rígidas preestablecidas. Difieren en el sentido de que el poder discrecional significa una posibilidad de actuación no reglada pero sometida a unos principios y directrices generales, mientras que la arbitrariedad supone una ausencia total de criterio. Y, en consecuencia, la segunda debe ser evitada como abuso de poder, mientras que la primera, por el contrario debe ser permitida, aunque limitada, a fin de que la Administración pueda cumplir adecuadamente con su propósito y así servir, de la mejor manera posible, a los intereses generales.

4. Arbitrariedad e injusticia

Entendemos que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho mientras que la justicia es uno de los valores fundamentales objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en algunas ocasiones el mandato concreto que impone una ley puede no ajustarse estrictamente a los parámetros de la justicia, de tal manera que una *ley* concreta puede resultar injusta.

Para evitar esta situación, el derecho dispone de una serie de medidas correctoras, de tal manera que la modificación de un precepto para ajustarlo a la justicia, es una práctica corriente. Por ello ignorar una norma cuando todavía está vigente, supone la realización de una conducta antijurídica aunque el motivo que se esgrima para ello sea la búsqueda de una mayor justicia. Y en este sentido se expresó Legaz Lacambra cuando advirtió que "la arbitrariedad no debe confundirse con la injusticia ya que el derecho puede ser considerado

injusto, pero nunca arbitrario".108 Ello es así porque la arbitrariedad significa siempre negación del derecho en su forma. Y, la justicia no puede ser considerada como un valor que se comporte de "modo **neutral" ante el** derecho y ante la arbitrariedad. La justicia sólo puede ser realizada a través del derecho ya que su adecuada consecución está en relación con otros valores como la proporcionalidad y sobre todo la igualdad. Y así no sería justa una solución que no pudiera ser garantizada por igual en todos los casos en que concurriesen idénticas circunstancias.

Además, según señala Recasens, "la calificación de arbitrariedad no se refiere al acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de un precepto, sino que se refiere a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico".109 Puesto que, aunque hipotéticamente un acto arbitrario buscase únicamente alcanzar la justicia, tendríamos que negar su bondad jurídica como una forma inadecuada de conseguir un fin adecuado. Por otro lado, no debemos olvidar que la calificación de justicia o injusticia se predica del contenido de las normas mientras que la arbitrariedad se refiere a la form.10 Por ello, el derecho puede contener leyes justas e injustas siempre que reúnan las características de la juridicidad. Mientras que lo arbitrario está siempre al margen de la ley.

No obstante lo visto, este planteamiento choca con la dificultad de admitir la existencia de leyes injustas frente a

0°LEGAZ LACAMBRA. L **Filosofía del Derecho** 9 ed Barcelona Bosch. 1979 p.632

°`RECASENS SICHES, L **Adiciones a la Filosofia del** Derecho de G Del Vecchio. 2a ed corregida y aumentada. TI Barcelona, Bosch. 1935, p 523ss.

10RECASENS SICHES. **L Introducción al estudio del derecho** , 7r ed Méx,co. ed Porrua.1985 p. 107

la posibilidad de alcanzar un resultado mas justo a través de un acto arbitrario. Y aquí es donde entran en juego otra serie de valores del ordenamiento jurídico como son la seguridad y la certeza que deben ser conjugados con los datos hasta ahora extraídos. Sabemos que un ordenamiento jurídico adecuado debe protegerlos aunque los distintos autores han manifestado opiniones distintas en cuanto a la jerarquía de los mismos en caso de conflicto. Así, para el Radbruch de la primera época "por regla general la seguridad jurídica que el derecho confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del derecho positivo en cierta medida injusto"." Sin embargo, este mismo autor en su última etapa ya se mostraba partidario de la protección de la justicia frente a la seguridad.

Otros ejemplos clásicos los aportan autores como Carnelutti, Corsale y López Oñate. El primero, Carnelutti, se muestra claro defensor de la justicia advirtiendo que la certeza debe ser el reflejo de la justicia, hasta tal punto que si se produce un enfrentamiento entre ambas, debería resolverse a favor de la justicia, ya que sólo así se garantizaría el derecho."2Y en este sentido critica a Lopez Oñate ya que éste tiende a conceder un papel más trascendente a la certeza frente a la justicia, siempre que el grado de injusticia que se produzca no sea total."3 Corsale por su parte, prefiere armonizar la certeza y la

" RADBRUCH G **Introduccion a la Filosofia del derecho.** Mexrco-Madrid -Buenos Aires. Fondo de Cultura Economrca. 1974. p 44.
"CARNELUTTI **F . nlscorsl interno al dlrltto vol** ll Padova 1953. p 24 ss
'LOPEZ OÑATF **F La certeza del derecho Buenos Aires** Ed juridicas Europa -america. 1953. p 73 os

justicia considerándolos aspectos de una misma realidad.110

Por esta vía de relación certeza-seguridad-justicia y arbitrariedad podríamos continuar abordando esta problemática, pero no es este el momento oportuno para hacerlo ya que excede los límites del trabajo ahora propuesto.' 15 En todo caso, y a modo de resumen conviene recordar con Henkel que "como certeza del orden, la seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación de regulación".116 Y por ello la arbitrariedad, como conducta contraria a la certeza y a la seguridad, debe ser perseguida con independencia del posible grado de justicia que pueda alcanzar **en su** contenido. El jurista en su elaboración y realización del derecho debe perseguir la justicia, pero no cualquier tipo de justicia, sino aquella que garantice el orden, la estabilidad y la igualdad entre otros valores. Y ese orden no podrá ser alcanzado más que a través del derecho, del derecho justo claro está, pero del derecho en cualquier caso. Si este derecho no fuera el adecuado tendría que ser variado y para ello existen mecanismos adecuados, pero, en ningún caso podría admitirse la existencia de una conducta arbitraria que pretendiera enmascarar su antijuridicidad con la eventual realización de la justicia en ese caso concreto.

'"CORSALE. **M., Certessa del diritto e crisi di legittimitá 2** ' ed, Milano, Giuffre, 1979. p. 24 ss

'"Existen muchos trabajos de este tipo en el ámbito español Entre ellos PECES BARBA, **G. La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho en** : `Anuario de derechos humanos 6. 1990 y PEREZ LUÑO, **A E La seguridad juridica.** Barcelona. Ariel Derecho. 1991

'"HENKEL. **H., Introducción a la Filosofía del derecho** . trad Glmbernat. **Madrid.** Taurus, 1968 p 546.

Injusticia y arbitrariedad no son situaciones equivalentes. Puesto que, como regla general, el derecho persigue la justicia, mientras que la arbitrariedad supone la imposición por la fuerza, del capricho de un órgano de poder público. Y de forma excepcional, en aquellos casos en los que la arbitrariedad persiguiera la realización de la justicia, tampoco sería admisible, desde el punto de vista del derecho, porque supondria la negación del orden y de la seguridad. Y, por lo tanto, del derecho.

Una vez finalizado este epígrafe sabemos que situaciones, aunque muy próximas, no constituyen arbitrariedad. Ademas nos ha ayudado a sentar algunas bases comunes de las que creo que se debe resaltar el hecho de que la arbitrariedad consiste siempre en una conducta contraria a derecho desde el punto de vista formal, con independencia del contenido material de la misma.

Sin embargo esta apreciación es simple en exceso y por ello voy a proceder al estudio de los requisitos que debe contener una conducta para ser arbitraria a fin de elaborar un perfil, lo mas completo posible, de este concepto.

5. La noción de la arbitrariedad

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razon o las leyes, dictado por la voluntad o capricho. El termino procede del latín "arbitrarius" que significa, además de arbitrario! incierto y dudoso. Si analizamos esta primera aproximación al concepto, observamos que se entiende que lo arbitrario es lo contrario al derecho, a la justicia y a la razón.

Además es lo dictado únicamente en función de un capricho y **por lo tanto no se ajusta a ningún tipo de regla u orden**. Y de ahí la **consecuencia de falta de certeza y duda que contiene el término latino.**

Sin embargo, un examen más detallado de los términos nos permite obtener un punto de vista más positivo relacionado con la libertad y la capacidad de opción reservadas al hombre por su condición de ser racional. De hecho, si nos fijamos en el significado del término "arbitrio", observamos que procede del latín "arbitrium" que significa elección, voluntad, libertad y albedrío. Y de ahí se derivan otros términos como árbitro, o arbitrar, que hacen referencia a la posibilidad de elegir utilizando la capacidad humana de entendimiento y raciocinio.

La raíz de ambas acepciones es la misma. No obstante, la utilización del término "arbitrio", o de la expresión "libre arbitrio' al modo agustiniano o luterano, tiene un matiz que podemos calificar de positivo; mientras que, por el contrario, la arbitrariedad sugiere generalmente algo negativo, como una conducta antijurídica. Sin embargo, autores como Goldschmidt o Ihering hablaron de la posibilidad de concebir la arbitrariedad desde lo que llamaban "el buen sentido" identificándola con el libre albedrío.'" Desde su punto de vista, la arbitrariedad tomada en este sentido, junto con la autonomía, representa la voluntad funcionando libremente de acuerdo con la ley. Sin embargo creo que esta acepción se refiere más al término "arbitrio" que al

1'GOLSCHMIDT. **W., La arbitrariedad en el mundo jurídico en Justicia y verdad,** Buenos Aires, Ed. La ley, 1978, p 469 ss. GOLSCHMIDT, **J, Estudios de Filosofía jurídica traducción**, notas y comentario por R Goldschmidt y C. Pizarro, Buenos Aires, Tipografía editora **argentina**, 1947, p. 18 ss. Y VON IHERING R_. El **fin en el derecho**, **Madrid**, **Ed. Rodríguez** Serra, sla, p. 227 ss.

término "arbitrariedad", que es el que ahora interesa. La arbitrariedad supone siempre, como ya hemos visto, una conducta contraria a derecho y por lo tanto negativa desde nuestro punto de vista.

En todo caso, no es nuestro punto de vista el que interesa sino el que expone la C.E en su art. 9-3° al manifestar claramente el mandato de la interdicción de la arbitrariedad indicando que lejos de considerar un posible aspecto positivo del término, lo condena como conducta contraria a derecho. De hecho, la inclusión de este principio en el art. 9-3° junto con otros como la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad y la responsabilidad, no fue prevista, al menos inicialmente, por el Congreso de los Diputados. En efecto tanto en la redacción de 1 7 de abril de 1978 como en el texto de proyecto de Constitución aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 24 de julio de 1978 no aparecía este principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como fundante y rector del ordenamiento jurídico español, Su posterior inclusión se debió al Senado ya que fueron los senadores Martín-Retortillo Baquer y la Agrupación independiente, los que en su turno de enmiendas creyeron conveniente dar cabida en el texto constitucional a esta figura advirtiendo **de la necesidad** de que un principio, calificado por ellos de "tan importante" no fuese preterido."'

`Mas información en los Trabajos Parlamentamos de la C.E. Cortes generales. Madrid 1980 Las enmiendas presentadas fueron Sr. Martin-Retortillo Baquer. la n° 1 y A.G. la n° 657.

De este modo, el dictamen de la comisión de la Constitución (publicado en **el Boletín** oficial de las Cortes de 6 de octubre de 1978) ya incluía en el art. 9-3° la interdicción de **la arbitrariedad** de los poderes públicos. Inclusión que se plasmó, aunque todavía no con la redacción definitiva, en las modificaciones propuestas por el pleno del Senado al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados (B.O.C. de 13 de octubre de 1978).

Este principio pasó con posterioridad, y ya con la redacción definitiva, al dictamen de la comisión mixta (B.O.C. de 28 de octubre de 1978) y de allí a la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 31 de octubre de 1978 en la que fue aprobado. Villar Palas¡ y Suñé Llinas afirman que la razón de ser de esta inclusión está en que "ningún poder pueda traicionar con su arbitrariedad la confianza que en él depositaron los particulares".19 Y lo adecuado sería que esta previsión se cumpliera y que el principio que según Garrido Falla tiene un origen claramente doctrinal, sirviese para realizar una labor de control efectiva y no fuese simplemente "una forma muy personal y ciertamente elegante" de referirse al control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa10 ya que el art. 9-3° hace referencia a todos los poderes públicos.

Por último, me referiré a los requisitos que debe reunir una conducta para poder ser calificada de arbitraria a fin de poder confeccionar, con ellos, la definición de este concepto.

'°GOmentarios a las leyes politicas , Constitución española dirigidos por Oscar Alzaga *Madrid,* Ed Revista de Derecho 1983, p 391

'GARRIDO FALLA **E. Comentarios a la C.E, Madrid** , Civitas,1980, p 123.

6. Requisitos de la arbitrariedad

Pretender enumerar una lista cerrada de requisitos resulta siempre una tarea ardua, pero en esta circunstancia el problema se agrava ya que nos encontramos ante una figura difícil de acotar, al menos en el aspecto practico. Por ello al establecer la serie de requisitos que citaré a continuación, no tengo la pretensión de la exhaustividad. No se si existira alguno más que yo no haya apreciado, pero lo que sí creo es que todos aquellos a los que me referiré a continuación deben ser cumplidos para poder calificar una conducta de arbitraria. Estos son los siguientes: conducto *antijurídica, poder público e irregularidad caprichosa.* Veamos cada uno de ellos.

A) Conducta antijuridica

Esta primera característica es muy amplia ya que en ella incluyo, además de los casos específicos de conductos contrarias a derecho, aquellas otras de difícil clasificación y que se refieren a irregularidades formales. En este sentido son esclarecedoras las palabras de Legaz Lacambra que entendía la arbitrariedad como la conducta antijurídica de los órganos del Estado bien por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada, bien por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar con relación a una norma superior; o bien por transgresión de la esfera de la propia competencia ejecutiva "' Estos actos antijurídicos, y por tanto contrarios a derecho no se hallan necesariamente sancionados como delitos y de ahí la necesidad de

`LEGAZ LACAMBRA L **Filosofa del derecho** cil p 630

intentar frenarlos, al menos por la vía de la interdicción de la arbitrariedad.

Por otro lado, y a pesar de que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho, presenta, como recuerda Caamaño, algunos elementos comunes con él."' De hecho ambas son formas de expresión de un poder autárquico, aunque no tenga que ser necesariamente aceptado por los sometidos a ella. Sin embargo, la arbitrariedad carece de la nota de inviolabilidad. Así, la norma arbitraria no vincula al sujeto que la creó, ya que éste obra en contra de ella sin que haya sido abolida, porque tiene potestad para hacerlo. Sólo obliga a los súbditos porque no tienen posibilidad de incumplirla.

Con esta afirmación Caamaño, siguiendo a Stammler,13 proporciona una dato más a tener en cuenta en cuanto a la consideración de la arbitrariedad como conducta antijurídica ya que en un Estado de Derecho, el derecho es inviolable vinculando por igual al sujeto que lo creó y a aquellos a los que está dirigido, hasta que no sea formalmente derogado.

B) Poder público

Esta segunda característica responde a la apreciación de que sólo se produce arbitrariedad, técnicamente hablando, cuando la conducta antijurídica de que se trate procede del Estado o poder público. Según Ihering, el Estado se halla en distinta situación que el súbdito porque tiene no sólo la misión, sino el poder de realizar el

"'CAAMAÑO MARTINEZ, J **La arbitrariedad** en Estudios juridicos, homenaje al prof- A. Otero Vareta, Universidad de Santiago 1981 p 353 ss
"'STAMMLER. **R_ Tratado de Filosofía del Derecho** Y ed, Madrid. Reus, 1930 p 11]ss.

derecho. El Estado ordena y el súbdito obedece y si no lo hace será castigado. Mientras que si quien incumple es el superior su conducta no puede ser objeto de castigo. Por ello, Ihering califica a la arbitrariedad de "injusticia del Estado".'"

En este mismo sentido, pero de forma aún más clara, se manifestó Recaséns afirmando que aunque toda arbitrariedad es negatoria de derecho, no todos los actos contrarios a derecho implican arbitrariedad sino " solamente aquellos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo". Es decir, son arbitrarios "los actos antijurídicos de los poderes públicos con carácter inapelable'J25 Ya que los actos presuntamente arbitrarios de los poderes inferiores serán antijurídicos o ilegales, pero no técnicamente arbitrarios ya que no sólo pueden sino que tienen que ser anulados por los poderes superiores. Mientras que si el acto antijurídico es cometido por el poder superior no existe ninguna otra instancia a la que poder recurrir De ahí la afirmación del antiguo proverbio que establece que "duele menos el puño del derecho que el dedo meñique de la arbitrariedad".

En función de lo expuesto, creo que para que se produzca arbitrariedad es necesario que la conducta antijurídica, presuntamente arbitraria, sea realizada por un poder público que actúa excediéndose en la esfera de su propia competencia ejecutiva. De no ser así, no tendría mucho sentido el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

"1HERING **R El fin en el derecho** , ciL p 225
"'RECASENS SICHES L Introducción **al estudio del derecho**, cit. p 107 En sentido similar se expreso TERAN. J M Filosofía **del derecho** , 12° ed México, Porrúa, 1993, p 73

(recogido en el art. 9-3° de la C.E.), puesto que sería imposible realizarlo.

C) Irregularidad caprichosa

Este punto de vista es quizá uno de los más comúnmente mencionados en lo que al intento de conceptuar la arbitrariedad se refiere. Entendemos que obrar de acuerdo con el derecho implica siempre seguir unas normas preestablecidas, un orden, mientras que la arbitrariedad supone 'obrar sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo y estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque si, sólo en virtud del capricho o antojo subjetivo del momento".`

El ser humano necesita la seguridad que le proporciona el orden. Necesita saber a qué atenerse en caso de que opte por contravenir las normas jurídicas. Y por ello la humanidad ha caminado históricamente hacia la lucha contra la arbitrariedad y consecuentemente hacia la instauración de un Estado de Derecho aunque a veces, como dice Atias, este esfuerzo histórico para reducir la parte de la actividad humana abandonada a la arbitrariedad "está lejos de haber sido consciente y deliberado".'"

Para terminar me ocuparé, sucintamente, de la desigualdad de trato, habida cuenta de que muchos autores consideran que esta característica debe ser incluida como requisito de la arbitrariedad. De admitirla habría que relacionarla con el epígrafe ya estudiado, en

i'RECASENS SIGNES, L **Adiciones a la Filosofa del Derecho** de G De¡ Vecchia cit p 524

° ATIAS Ch.. Contra **la arbitrariedad**. **Teoría**, Madrid, Ed Revista de Derecho Privado, 1988. p. 2.

el que relacionábamos la arbitrariedad y la justicia. En aquel momento afirmabamos que aún en el caso de que el contenido de una conducta arbitraria pudiese ser más justo que el mandato de una norma jurídica, la primera no debía ser preferida, sino que había que modificar el segundo. Y una de las razones que entonces se esgrimían era la desigualdad que ello podría producir. Pues bien, ahondando un poco mas en esa cuestión podemos fijarnos en las palabras de Radbruch en las que advierte que una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, con independencia del mayor o menor grado de justicia alcanzado, no sería derecho sino arbitrariedad. Ya que sólo se puede hablar de derecho cuando el trato o pretensión a la que nos estemos refiriendo pueda ser otorgado de igual manera a otros situados en iguales circunstancias. 2'

Coincido con esta afirmación en el sentido de que es imprescindible que el derecho garantice la igualdad de trato ante idénticas circunstancias. Pero disiento en la apreciación de que la desigualdad sea requisito de la arbitrariedad ya que de hecho ésta puede producirse respetando el principio de igualdad en aquellos casos en los que los poderes públicos, excediéndose en sus funciones impongan, por la fuerza una actuación caprichosa a todos los administrados.

7. Conclusión

En virtud de los datos obtenidos podemos establecer, la siguiente definición de la arbitrariedad **puesta en** entredicho por la C.E. La arbitrariedad prohibido por la

°9RADBRUCH G Fllosofia del **Derecho**, 2° ed. Medrid Ed Revista de derecho Prado. 1944. p 137 ss v 244 ss

C.E. en el art. 9-30, es el acto o proceder antijurídico de un órgano del poder público que actúa por puro capricho y amenazando con la fuerza del derecho, o empleándola de hecho. La arbitrariedad es una conducta adoptado negadora del orden ya que significa la ausencia de un criterio constante de actuación, adoptado con independencia del resultado que produzca. Sus consecuencias más inmediatas son la falta de seguridad, certeza, y justicia. Y por lo tanto constituye una práctica que debe ser evitada, tal y como establece nuestra Constitución, puesto que constituye un atentado **frente al** derecho establecido.

Capítulo V.
Cuando **el poder no es suficiente. Los deberes**

1. Introducción

En 1948 y después de un considerable esfuerzo realizado por distintos pueblos de la tierra, se firmaba la Declaración Universal de los derechos humanos. Esta Declaración no nació por generación espontánea sino que muy al contrario surgió como una consecuencia inevitable. Se gestó como el resultado de un proceso en el cual la humanidad fue tomando conciencia poco a poco de que había que luchar contra la barbarie y de que el género humano tenía que alcanzar, sin más dilaciones, y por sus propios méritos, la condición de hombres.

Antes de este texto ya habían aparecido otros con mayor o menor fortuna, pero en realidad, y como dice Sommermann fue preciso que transcurriera la terrible catástrofe de la II Guerra Mundial para que los Estados llegaran al convencimiento de que era suya la tarea de velar por la salvaguarda de los derechos humanos. Y que además esta tarea no admitía mucha mayor dilación. Para ello debían garantizar a cada individuo derechos que éstos pudieran hacer valer ante sus propios Estados. Pero además la protección de los nacionales "no debía seguir siendo competencia exclusiva de los estados" sino

que debía ser asumida de forma colectiva por la comunidad de los pueblos.19

Y en ese sentido se comenzó a trabajar y creo que es justo afirmar que se produjeron avances, a pesar de que hoy en día subsisten todavía deficiencias especialmente en lo que se refiere a la aplicación de los derechos humanos, y a pesar de que éstos han sido paulatina y progresivamente reproducidos en numerosos tratados y documentos. De hecho, quizá el problema fundamental con el que nos encontramos es que los órganos instituidos encargados del control de estos derechos, carecen, en general, de la suficiente fuerza vinculante (si exceptuamos, en parte al tribunal Europeo de Derechos humanos.) Pero la realidad es que en las actuales circunstancias las Naciones Unidas no están en situación excesivamente ventajosa para ejercer ninguna autoridad en cuestiones internas de las naciones. Y por otro lado hay que contar también con la necesidad de armonizar las ideologías, intereses y la propia forma de ser de cada uno de los pueblos implicados. Porque no todos somos iguales, ni tenemos los mismos problemas. Y ni siquiera encontraríamos como válidas y aceptables las mismas soluciones.

Los hindúes, por ejemplo, tal y como señala Pandeya, consideran el art. 29 de la Declaración Universal (a partir de ahora D.U), esto es el que habla de los deberes, como la "guía de la declaración misma" y desearía ver todos los demás artículos subordinados a éste.10 De hecho, afirma

"'SOMMERMANN **K-P El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración Universal de 1948, en Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio** . Madrid, Pons. 1996. p 99

10PANDEYA. **R C Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva** hindú, en Los **fundamentos filosóficos de los derechos humanos,** Serbal. UNESCO, 1985, p 303

que los hindúes se sienten incómodos mientras se habla de derechos fuera del contexto de la historia. Y sobre todo mientras se habla de la prioridad de los derechos sobre los deberes o de derechos sin referencia a deberes correspondientes. Con lo cual se produce una situación curiosa ya que a pesar de que como nación han aceptado la Declaración, en su tradición cultural, en la India, los derechos se derivan de los deberes, mientras que la Declaración presupone que siendo los derechos humanos básicos, los deberes estarán vinculados por esos derechos"." La diferencia es claramente sustancial.

Otros países, como Japón, matizan un poco mas esta postura, aunque aportando su peculiar punto de vista. Y así Inagaki, menciona como dato curioso que "no existía ninguna palabra japonesa que correspondiera a "derecho", hasta que los traductores de los libros holandeses se vieron obligados a acuñar un término apropiado a mediados del s. XIX'. Y ello se debía, continua diciendo, a que "el hecho de exigir y defender los propios derechos abierta y públicamente no se consideraba virtuoso, ni siquiera decente en esa cultura, .'3' De hecho es al menos "curiosa" la ausencia general de un vocablo que signifique "derecho" en una cultura en las que los términos que expresan deberes y obligaciones eran tan abundantes y estaban tan altamente desarrollados.

Y en cuanto a la Unión Soviética se refiere, se observa en cambio un intento de union de derechos y deberes, o al menos, es lo que postula Kudryautsen al afirmar que esta fusión, así como la responsabilidad de los individuos

PANDFYA R C Fundamentos filosóficos op. c' p 299

INAGAK R Los derechos **humanos en** Japón en Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. op at p 215

por sus acciones, asegura a éstos "una verdadera libertad, adquirida no a través del aislamiento de la sociedad y del Estado, sino por el contrario, a través de íntimos lazos con ellos".""`

Frente a estas posturas otras como la de Diemer, se oponen frontalmente afirmando que las declaraciones de derechos "van siempre destinadas a aquellos que pueden atentar contra los valores en la actualidad o en el futuro. **En ese** sentido, una declaración de derechos humanos nunca entraña deberes".'b Y por ello es absurdo y económicamente poco conducente discutir, **siquiera esta** posibilidad.

Las posturas como vemos son distintas, y pienso que muy enriquecedoras, **a pesar de habernos referido sólo a** algunas de ellas a modo de ejemplo. Pero la realidad es **que a diferencia de la Declaración americana de derechos y deberes humanos**, **ni la D.U.**, **ni ninguno de los** Pactos gemelos de derechos económicos, sociales y culturales o políticos y civiles, intentan exponer deberes sin los cuales los derechos podrían llegar a "carecer de sentido".'" Y ello es grave porque como afirma Imbert, **hay que desechar la idea de que los derechos humanos** son textos o mecanismos que se violan o se olvidan con rapidez. Son en realidad una "escuela de vida" que nos deben ayudar a "conservar en nosotros mismos una capacidad de indignación, pero de forma paciente y

°JKUDRYAUTSEV, **VN, Los derechos humanos y la constitución soviética,** en Los **fundamentos filosóficos de los derechos humanos**, op cit p 98.
°.DIEMER, **A Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos desde una perspectiva europea**, **en Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos**, op. cit p 108.
°BHUMPHREY, J **La declaración internacional de derechos en los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, op** cit, p. 70.

tolerante '.16 Y por eso no podemos entender que las violaciones de estos derechos son únicamente violaciones de la ley. En realidad nos encontramos ante un vacío. El que ha dejado el hundimiento de muchas ideologías y el que ha producido el progresivo desencanto del género humano al cual le cuesta hoy por hoy mucho trabajo buscar asideros axiológicos.

Pero eso no indica que el trabajo hasta ahora realizado haya sido malo o infructuoso. Sólo indica que hay que seguir y que hay que hacerlo con nuevas propuestas que abran los ojos al mundo y le permitan olvidar otros **intereses,** que con ser importantes **deben estar** subordinados, Y precisamente con esta idea de base surgió en su momento la D.U, y no fue mala. De hecho, y como afirma uno de sus grandes creadores René Cassin, ya fue bastante ponerse de acuerdo, después de los antecedentes vistos, sobre los términos de un documento **que pretendía** vincular a todos los estados **en la fijación** de un ideal común. Pero se hizo, y aún con sus **fallos se** alcanzó un proyecto amplio y universal que casi podría considerarse unánime. No se puede olvidar que fue votada por 48 países con sólo 8 abstenciones. Y ello en un momento en el que Naciones Unidas contaba aún con muy pocos miembros.

Desde ese mismo momento, esto es desde el 10 de diciembre de 1948, la Declaración, (considerada en si misma como un tríptico en cuyo panel central se contendría su texto que más tarde se completaría por otra serie de medidas como los Pactos gemelos para hacerla efectiva,) comenzó a tener una gran repercusión moral

°LIMBERT **PH Los derechos humanos en la actualidad**, **en Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio** Madrid Pons 1996. p 85

entre las naciones. Los distintos pueblos, incluso los que se habían abstenido a la hora de proporcionarle su voto positivo comenzaron a percibir que su destino, el de la **comunidad internacional comenzaba a traspasar los** límites de cada país y resucitaba, por así decirlo, la antigua idea de un "ius gentium", de un derecho entre gentes cuya finalidad no se ceñía al bien de un pueblo o de unas potencias más o menos fusionadas. Sino que, por el contrario dependía y buscaba el bienestar de todo el orbe intentando alcanzar un bien común que superara la suma de los bienes individuales. Con todo este proceso, los distintos pueblos unidos y también separados por opiniones ideologías y sistemas de vida distintos comenzaron **sin embargo** y quizá por propia supervivencia **a darse** cuenta de que la comunidad internacional se interesaba por su destino. Y así los países socialistas, parte del bloque que se había abstenido de la votación de la declaración, advirtieron al resto del mundo de que su actitud no significaba oposición llegando incluso a invocar el texto en muchas ocasiones.

Quizá el único caso en donde la abstención si supuso un voto negativo fue en África del Sur. Y para justificarlo se dijo que se habían introducido disposiciones económicas así como de índole liberal y jurídica que no podían ser aceptadas por ellos. Pero el verdadero motivo se centraba en la negativa de estos países a suprimir la discriminación racial. Por su parte, el llamado tercer bloque en discordia, esto es Arabia Saudita tenía un motivo real de carácter religioso. No se puede olvidar que es un país que ostenta principios religiosos muy antiguos y no podía, o no quería admitir, al menos con facilidad,

que el cambio de religión fuera moneda de cambio habitual admitida para todos los hombres."'

Pero a pesar de todo, la D.U. tenía poco mas que valor moral, aunque éste fuera mucho y no debiera ser desdeñado. En realidad incluso adopto esta forma de declaración porque no podía ser inmediatamente adoptada por muchos países. Por otro lado, y tal y como muestra Szabo, presenta también una serie de "imprecisiones" que deben ser tenidas en cuenta. Así, por ejemplo y por citar algunas de ellas, no condena los abusos de los derechos humanos con suficiente vigor, no se ocupa de forma contundente de los derechos económicos, sociales y culturales, no muestra una idea clara de la escala de valores que defiende, no trata de forma amplia problemas tan importantes como la soberanía y otra serie qua podría ser mas larga de "deficiencias" que se han ido poco a poco constatando con el tiempo." Y por eso quizá sea llegado el momento de introducir un factor de cambio en el estudio y sobretodo en la protección de los derechos humanos. Y así coincido con Cumaraswamy en que la posible revisión de la declaración no significa que ésta haya fracasado sino que ha pasado el tiemoo y que han surgido nuevas situaciones, muchas de as cuales precisan nueva respuesta urgente. En realidad esta revisión deberían abordarse como parte del proceso de reforma de la estructura de Naciones Uniclas".3 Pero sin sensación de

CASSIN R El problema de la real ación efectiva de los derechos humanos **en la sociedad** universal en Veinte años de evolución de los derechos humanos. Instituto dInvestigaciones Ju/ditas. UNAM. México. 1974. p 398 ss

99Mas Infonnacion sobre este tema en SZABO I. HIstorIcal foundatlon of human **rights and** subsequent developments en VASAK K The internacional **dimensions of human rights** vol I Greenwood Press UNESCO. 1982. p 23 ss "CUMARASWAMY D The Universal **declaration of human rights Is it universal? en** Human rights law lournal'. 1997. vol 18 . 19-121. p 476.

fracaso sino con la necesidad de mirar hacia adelante para adaptarse a las nuevas necesidades. Esto es, con un punto de vista en el que se conjugase la tradición y la evolución y que se huya de un cambio brusco y destructivo en sí mismo.

Y quizá ese "factor de cambio" al que nos hemos referido venga de la mano, como dice Goyard-Fabre de la "organización de sanciones frente a los incumplimientos". Porque los derechos del hombre ya no pueden ser considerado como obligaciones morales o naturales, (aunque posiblemente también lo son). Y sobre todo no puede hacerse así para aquellos que no se sientan especialmente obligados por ese tipo de "requerimientos". Por ello entiendo que es preciso, reforzar el proceso de protección. Y que así "la protección y garantía de los derechos del hombre sean obligaciones y encuentren su expresión como deber jurídico".14p Y al mismo tiempo no se produzcan situaciones continuadas como la que Camps y Giner definen como "los polizones de la vida social". Esto es, las de las personas que no muestran ni se sienten obligados hacia nadie, pero, por el contrario, no dejan de aprovecharse constantemente de lo que otros pueden ofrecerles 141

En la misma opinión abunda Asís Roig que entiende que "el problema fundamental que afecta a los derechos humanos puede ser enunciado con un único término, la fuerza". Y más concretamente desde dos puntos de vista. A saber: a) la fuerza frente a los derechos y b) la fuerza de

00G0YARD-FABRE, S Por **los derechos del hombre como obligación y sanción** en Derechos y libertades 1993. (1), p 144 ss
'°'CAMPS, V & GINER, S. **Manual de civismo**, Ariel, Barcelona. 1998, p 48 ss

los derechos."` Pero la fuerza no puede imponerse sin más porque para ser aceptada, sin que nos encontremos en una vorágine de continuas guerras, que es en parte lo que queremos evitar en relación con los derechos humanos, es preciso disponer de una base previa de aceptación. Y por eso y aunque soy consciente de que la realización de los derechos humanos es una búsqueda sin fin, debe ser algo a perseguir siempre y creo que tiene una gran relación, en cuanto a aproximarnos a su consecución, el desarrollo moral de los individuos y de las comunidades en las que éstos se integran. El problema es en gran parte de soberanía y por tanto de admitir la injerencia de otros países en las cuestiones internas de los estados soberanos. Y eso resulta, al menos difícil de armonizar, aunque creo que uno de los caminos a intentar al menos en ese sentido, viene de la mano de introducir deberes" rompiendo un poco el lacónico discurso que incluye únicamente a los derechos.

2. Los deberes humanos. Intento de aproximación conceptual

Soy consciente de que de modo genérico se me podría objetar que en principio, y en un Estado de derecho, el respeto por los derechos conlleva inevitablemente unida la necesidad de realización efectiva de los deberes. Ya que si los seres humanos tienen derechos" a que se les respeten y protejan sus prerrogativas, de la misma manera tiene que tener el mismo deber de abstenerse de lesionar los derechos de los demás. Pero eso me temo que no es suficiente, porque nunca es lo mismo una obligación moral de respeto que un deber jurídico de cumplimiento, a pesar de que

16ASIS ROIG. R Derechas **y fuerzas**: Doce problemas de derechos **fundamentales** en Derechos y Ilbedades 1993 (11 p 113

tengan íntimas conexiones entre sí. Y sobre todo no es lo mismo en los casos en los que el particular o algún país no acepte de grado una obligación no suficientemente respaldada por una sanción efectiva.

Por eso, y sin renunciar al "grado de responsabilidad" de los estados creo que desde el punto de vista jurídico **conviene hacer un serio intento de fundamentación que** proceda **del asentamiento del deber** jurídico y no como **simple llamada de atención o expresión de buena** voluntad. Porque a pesar de lo que Hart afirma, en el **sentido de que es una característica muy importante que el titular de un derecho, aunque él lo llame moral** (terminología que yo no comparto),` sea concebido como poseedor de una justificación moral para limitar la **libertad del prójimo, no es ésta justificación la que ahora interesa sino la jurídica. Y ello porque la "noción de ser titular de un derecho y la de ser beneficiario del** cumplimiento **de un "deber"** ("**duty") no son idénticas.144**

Inevitablemente **tenemos que llegar al problema de la** libertad y más concretamente al límite de esta porque como afirma Dworkin "para **proteger la igualdad se** necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente compromisos que afectan a la libertad" J45 Y cuando nos encontramos ante países con problemas y puntos de vista tan distintos, aunque quisiéramos, lo cual supondría una gran ejercicio de imaginación, dar por sentado al menos el fin último del logro de la paz y el respeto, no sería fácil llegar a conseguirlo. Y ello simplemente porque **la escala**

-Mas información en SEGURA ORTEGA. **M, Reflexiones sobre los llamados "derechos morales** en "Derechos y libertades. 1998. (6) p 445 ss

144HART **H L A Derecho y moral**, Ed Depalma. **Buenos Aires**, 1962, p. 73

05DWORKING. **R. Los derechos en serio**, 1' ed Ariel-Derecho **Barcelona, 1984.** p. 382

de valores de los distintos pueblos es muy variada, por no hablar ya de intereses de soberanía o de carácter económico. Mientras subsistan países que no tienen lo indispensable para vivir y se sientan abocados a llamar a la puerta de los grandes para "exigir sus derechos", la situación será mala. Y lo será porque siempre es contraproducente cualquier tipo de negociación realizada en pie de manifiesta desigualdad. Y por eso acudir a la moral es bueno y deseable, pero muchas veces desgraciadamente poco útil. Quizá esa labor deba realizarse, es mas estoy segura de ello, pero en un plano de trabajo distinto. Posiblemente en la línea de Kirpal construyendo primero esta necesidad de lucha en la mente y los corazones de los individuos" a través de una educación de futuro que proporcione especialmente a la juventud el respeto por la búsqueda y la práctica de los derechos humanos. 146

Pero de nuevo no es suficiente aunque sí atractivo porque debemos buscar derechos-deberes. Esto es, formas efectivas de hacer valer los derechos en los casos de eventuales incumplimientos. Debemos localizar, en palabras de Peces-Barba, aquellos derechos que "junto con el derecho a ejercerlos por parte de su titular tengan también un deber de hacerlo". Y sobre todo "que el estado o los poderes públicos se vean obligados a satisfacerlos y a exigirlos ".14J Pero esta búsqueda no se puede hacer prescindiendo totalmente del ámbito del que podríamos llamar "compromiso moral". Y ello porque aunque el ser humano sepa que debe obedecer para

l@KIRPAL P **Las derechos humanas y su situación actual**. **Nuevas orientaciones en la educación**. **Mirando hacia el futuro**, **en Los fundamentos filosóficas de los derechos humanos**, Serbal. UNESCO. 1985. p 322 es
—PECES BARBA **G Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución**, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 1979. p 47

evitar una sanción, lo hace en general de mejor grado cuando de alguna manera está convencido de lo adecuado de su actuación. Y por eso me parece innecesario prescindir de esta ayuda que se podrá manifestar inclinando, en última instancia, la balanza a favor del fin que ahora perseguimos. Esto es el de lograr el respeto cada vez mas normalizado por el ejercicio de los derechos humanos.

Aunque en este mismo orden de cosas también podríamos preguntarnos, como hace Fernández García, ¿por qué tenemos que actuar moralmente? La respuesta evidentemente exige un punto de partida común, pero no parece difícil de adoptar. Y quizá ese punto de partida sea la consecución del bien común y de la justicia. Ya que llamémosle como prefiramos, creo que no es muy discutida en su esencia, aunque sí en la forma de llevarla a la práctica.`

Sin embargo, esta respuesta tampoco puede entenderse como definitiva porque de nuevo chocamos con el escollo de que según ese punto de vista, en realidad sólo nos veríamos obligados a obedecer el derecho y con el los deberes moralmente justos. Y aunque sea bastante habitual entender que cumplen este requisito los que combinan una legitimidad de origen, esto es una creación contractual y democrática, con una legitimidad de ejercicio entendida como respeto a los derechos humanos fundamentales, el problema puede volver a surgir. Y por eso no hay más remedio que aceptar, y lo hacemos al menos en mi caso con sumo gusto, que la teoría moral y la jurídica en cuanto al

"'Mas Información en FERNÁNDEZ GARCIA, **E, La obligación moral y la obligación juridica en Obligatoriedad** y derecho, XII Jornadas de estudio de Filosofía jurídica y social, Universidad de Oviedo, 1990. p 47 ss

cumplimiento del derecho están llamadas a colaborar estrechamente. Porque la obligación moral de obedecer el derecho nos compromete a reconocer las normas válidas de un orden jurídico como fundamento suficiente de nuestras obligaciones jurídicas", aunque a algunos de ellas podamos oponer ciertos reparos (y siempre que éstos no sean insubsanables).'" Ya que aunque se puede defender que deber y obligación son conceptos distintos, tal y como afirma Puy, también pueden ser "sistemáticos e idénticos" aunque retóricamente diferentes porque dicen lo mismo en el fondo, Pero al decirlo con palabras distintas funcionan de forma muy diferente.15' Y aunque así sea, desde el punto de vista de los juristas debemos exigir algo mas. Debemos buscar la existencia de deberes jurídicos respaldados por normas jurídicas y frente a cuyos incumplimientos puedan ser exigidas y obligadas sanciones jurídicas. De otro modo correríamos el peligro de movernos continuamente en el mundo de los deseos y del "deber-ser" sin aterrizar, como es nuestra obligación, en el mundo del "ser".

Y aún dentro de los deberes jurídicos debemos admitir la existencia de diversos tipos. En este sentido Pérez Luño señala tres clasificaciones en función de su origen, fuerza vinculante y extensión 151 Por su origen los deberes pueden clasificarse en naturales, que no dependen de la voluntad del obligado ni necesitan asentimiento previo, a la vez que vinculan a todos por igual, y positivos que se adquieren por pertenencia a distintas instituciones o por la

'"DELGADO PINTO J **El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho en Obligatoriedad y derecho** op cit p 1739.

"`PUY MUÑOZ. **F. El tópico deber juridico. en Obligatoriedad y derecho**. op cit. p 419.

` PÉREZ LUÑO **AE ¿Qué deber**?. **Consideraciones sobre el deber de obediencia al derecho, con especial referencia a las tesis de H.L.A.Hart, en Obligatoriedad y derecho**. op di p 394 ss

prestación de previo consentimiento. Por su fuerza vinculante podrían ser absolutos o relativos. Los primeros son fines en sí mismos y no pueden estar supeditados en cuanto a su cumplimiento a otros deberes. Mientras que los relativos pueden ser omitidos o desplazados ya que son medios para conseguir otros fines. Por último, por su extensión entendemos que los deberes pueden ser "ergo omnes" cuando se refieren a la colectividad de forma general o "intuitu personae" cuando afectan únicamente a sujetos concretos y determinados.

Otros autores como Garzón Valdés por su parte prefieren otra clasificación distinta y así hablan de deberes positivos y negativos. Unos, los positivos presuponen una acción de hacer algo y por tanto prohiben omisiones. Y los otros, los negativos mandan la realización de una conducta y por tanto prescriben omisiones. Pero ambos "no pueden colocarse a la misma altura ya que el incumplimiento de unos puede dejar la vía abierta para que ortos cumplan y eviten un mal". Mientras que la violación de un deber negativo conlleva siempre, inevitablemente un mal."' Sin embargo no existe diferencia entre el daño que causa la violación de un deber positivo y la de un deber negativo siempre que se trate de un mismo bien y se den las mismas motivaciones.

Por su parte Asis Roig, después de establecer una distinción entre deber y obligación afirmando que "deber es un término que se utiliza como justificación, como fundamento moral, como algo bueno, mientras que esto

.2GARZON VALDES. E. Los deberes positivos generales y su fundamentación en Derecho, Ética y Politica, Centro de estudios Constitucionales, Madrid 1993, p 339 ss

no ocurre con la obligación",'" determina que existen dos tipos de obligaciones jurídicas. A saber, las básicas y las ordinarias. Dentro de las básicas destaca a su vez tres clases; las obligaciones jurídicas superiores, las fundamentales y las constitucionales. Las superiores las entiende como aquellas que acompañan al sistema jurídico-político constituyendo la expresión de sus postulados máximos. Se suelen encontrar en el título preliminar y su revisión está especialmente protegida. A su vez, las obligaciones fundamentales son las que afectan a intereses, pretensiones exigencias y necesidades básicas de los individuos. Mientras que las constitucionales son las demás expresadas en la Constitución española.

La pregunta inmediata que surgiría a continuación se refiere a que tipo de deber jurídico entrañaría el destinado a proteger el ejercicio de los derechos humanos. Entiendo que aunque la respuesta no puede ser única ni universal, estos deberes deberían ser naturales (aunque positivizados para aquellos destinatarios no muy proclives a su espontáneo respeto). Absolutos en tanto en cuanto no estuvieran supeditados a otros fines y "erga omnes", aunque en casos especiales y debido a su naturaleza los sujetos personales pudiesen ser "intuitu personae , En cuanto a la doble visión de positivos y negativos, tiendo a preferir la versión positiva de realización activa de un comportamiento porque en principio entiendo que proporciona mayor protección. Y ya en relación con la tercera clasificación, la realizada por Asis, aunque no desdeño el calificativo de deber fundamental o constitucional, me quedaría con el de

A515 ROIG R. **Deberes y obligaciones en la Constitución** Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1991. p 95 ss.

superior. Y lo haría precisamente por constituir la expresión de los postulados máximos de cualquier sistema jurídico-político.

Por tanto, y a modo de conclusión provisional, creo que estamos en condiciones de afirmar que no sólo es deseable, sino que es posible la realización de una protección más fuerte y directa de los derechos fundamentales a través de la instauración de deberes. Y que estos deberes pueden entenderse más allá del puro sistema de moralidad de cada uno. Esto es como órdenes de fuerza vinculante y ejecutiva. A continuación pasaré a indagar si esta afirmación, que hasta ahora entendemos como posibilidad, se realiza efectivamente en la práctica y si es así, en qué medida. Para ello tomaré como ejemplo los textos legales, especialmente en lo que al ámbito de influencia de la Declaración Universal se refiere.

3. Los deberes humanos en la legislación internacional

El proceso de positivación de los derechos humanos realizado en la D.U de 1948 partió del mandato establecido en el art. 56 de la Carta de Naciones Unidas, en relación con el art. 55 del mismo texto. En ellos se establecía el compromiso de los miembros de la Organización de Naciones Unidas de adoptar "medidas para el logro del respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Y para ello se hacia imprescindible la formulación de una lista de derechos que posibilitasen semejante compromiso.

Inmediatamente la Organización de Naciones Unidas se puso a trabajar en ese ambicioso proyecto, aún a sabiendas de tener que conjugar múltiples imponderables y de que aún así su eficacia jurídica sería puramente testimonial. No obstante el empeño merecía la pena, pero todos los que en él estaban ocupados sabían que lo que se pretendía era "en todo caso", la confección de una lista de derechos que pudieran ir adquiriendo poco a poco carta de naturaleza. Se pretendía con todo ello salvaguardar el valor supremo de la persona y la igualdad básica de todos los hombres. Principios evidentemente muy difíciles de conseguir no sólo en 1948 sino hoy mismo, 50 años después.15" Por otro lado y aunque posiblemente pudiera descubrirse un sistema de valores subyacente a muchas de las declaraciones de derechos realizadas, resultaría casi totalmente imposible localizar una uniforme en la que concurrieran el mayor numero de fundamentaciones posibles. Y por ello la verdadera efectividad social de los derechos fundamentales creo que hoy por hoy depende de la propia actitud de los individuos y de los países que de los efectivos mecanismos de protección a pesar de que estos estén mejorando considerablemente.

Y desde ese punto de vista me reafirmo todavía más en reivindicar una especie de 'catálogo de deberes" aunque soy consciente de que eso tampoco llegaría a ser ninguna "panacea". Creo que sería muy importante que el género humano en su conjunto aceptase como propio el sentido de su responsabilidad. Que supieran que todas las relaciones tienen un haz *y* un envés *y* que aunque a veces las prerrogativas puedan ser impuestas por la fuerza

"'CASTRO CID **8 El reconocimiento de los derechos fundamentales**. Tecnos. Madrid, 1982. p. 83 ss.

nunca quedan igual de asentadas si sólo gozan de ese asidero. Por otro lado si realizamos un somero estudio a lo largo del tiempo y de las progresivas declaraciones de derechos producidas en el ámbito internacional, se puede observar que, aunque de forma muy tímida, siempre han estado presentes los "deberes".

Así, la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 mencionaba en su punto XVI el deber recíproco de todo individuo de practicar la paciencia, el amor y la caridad para con el prójimo. Y a su vez, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, la **emblemática declaración de la revolución francesa, en** sus primeras palabras (que no preámbulo) recuerda a todos que deben tener en cuenta sus derechos y deberes. Y sin embargo a continuación y lamentablemente cuando se refiere a la Asamblea nacional como la que realiza por propio derecho la siguiente declaración sólo recuerda los derechos omitiendo los deberes de forma absoluta. Sin embargo, ya dentro del articulado concreto de esta declaración de derechos del hombre y del ciudadano, podemos localizar una clara mención a los deberes en los artículos 7, 12 y 13. No obstante no son muy claros, ya que el art. 7 se refiere a la obligación de cualquier citado o aprehendido a colaborar con la ley, mientras que los arts 12 y 13 se refieren más bien a la necesidad de colaborar con la fuerza pública al sostenimiento de los gastos de la administración en función de sus posibilidades.

Poco después, en 1918 surge la Declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado que en realidad no es una declaración de derechos sino una proclamación de principios y criterios de organización jurídica y política. En ella, en el art. 3-f se establece el

deber del trabajador de colaborar de forma obligatoria en el sostenimiento de la vida económica del país.

Parece que hasta ahora, el repaso histórico que estamos realizando es un poco decepcionante, pero quizá para paliar mejor esta sensación surge en Bogotá en 1948, el texto que contiene más deberes de todos los que hasta ahora han surgido. Me refiero a la declaración americana de derechos y deberes del hombre que constituye el primer documento de reconocimiento de los derechos humanos con alcance supraestatal. Presenta además otra característica importante y es que en ella se muestra un gran paralelismo, a veces casi literal, a excepción desgraciadamente de los deberes que recoge, con la D.U de derechos producida el mismo año. Resulta muy interesante de este texto la deliberada búsqueda del paralelismo entre derechos (arts. 1 al 28) y deberes (arts. 29 a 38).

Por otro lado, ya desde el preámbulo se ocupa de manifestar esta intención de realizar un estudio conjunto. Los deberes que recoge son de género muy dispar. Así junto al de convivir en paz, está el de instrucción primaria, obediencia a las leyes, pagar impuestos, trabajar, votar, etc. Pero echo un poco en falta deberes de carácter más internacional como los de ayuda a otras potencias o el de no inmiscuirse en los problemas de las paises soberanos.

Con todo, este es el intento mas serio hasta ahora de crear una declaración de deberes y desde luego es mucho más importante que el que procuró un poco después la D.U que además ya contaba con este precedente. De hecho el texto señero, o al menos el que hoy festejamos de una manera especial, proporciona una

imagen mas bien pobre en cuanto al tema de los deberes se refiere. Posiblemente podría decirse en su descargo que no pudo hacer mucho mas, pero lo que hizo fue poco. En su favor podemos afirmar que con ella se consolida el proceso de internacionalización de los derechos humanos que se había iniciado con la Declaración Americana de derechos y deberes. Además presentó una incorporación mucho mayor de otra serie de derechos económicos, sociales y culturales que ya habían sido introducidos, al menos en parte, por la Constitución mexicana de 1917. Pero, en cuanto a los deberes, no proporciona mucha a excepción de un lacónico art. 10 que se refiere al derecho de toda persono a ser oída públicamente para la determinación de sus derechos y obligaciones y ya por último el art. 29. Este artículo es breve pero está bien concebido. Afirma que 'Yodo persona tiene deberes respecto de la comunidad puesto que sólo en ella puede desartillar libre y plenamente su responsabilidad". Está claro, pero es una pena que no esté más desarrollado.

Si seguimos con el despliegue internacional llegamos a los pronunciamientos menores como los realizados por el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertases fundamentales, de 1949 que en su art. 10-2° afirma que el ejercicio de libertades siempre entraña deberes y responsabilidades que pueden ser sometidos a ciertas condiciones o restricciones.

Por su parte, la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 menciona también un deber aunque sea genérico. Lo hace en el art. 7 referido a todos los Estados en cuanto a la no intervención en los asuntos internos de los demás soberanos respetando siempre su integridad territorial.

Otro hito medianamente importante lo marcó la Carta Social Europea de 1961 que sistematizó, por primera vez, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales ya tratados en la D.U. Pues bien, la Parte III de esta Carta recoge en su art. 20, cinco párrafos que rotula obligaciones y que aunque no son excesivamente convincentes recogen un intento de contemplar deberes.

A continuación aparecen ya los llamados Pactos gemelos, Esto es, el pacto de Derechos civiles y políticos de 1966 y el de Derechos económicos, sociales y culturales de la misma fecha. Ambos tienen una misión muy importante que es la de prestar fuerza efectiva a los principios declarativos contenidos en la D.U. Pero en ellos, si bien se menciona la palabra deber en distintos momentos, no podemos entender que se pretenda una efectiva regulación de los mismos. Más bien, al contrario parece que lo que se busca es dotar de efectividad a los derechos que se estaban reconociendo, dejando, posiblemente para después, la preocupación por los deberes.

Pero la lucha de los deberes por ocupar un puesto relevante en los textos internacionales no cede protagonismo y así en 1969 surge la Convención Americana sobre derechos humanos con un ritmo de ratificaciones muy lento, aunque si realiza una buen estructuración de órganos de control del efectivo cumplimiento por parte de los Estados. En el texto, en Capítulo V se reserva a los deberes de las personas y el art 32 habla de las correlaciones entre deberes y derechos afirmando en el párrafo 2 una idea que me parece digna de ser recalcada. me refiero al hecho de que manifiesta que 'los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y

por las **justas exigencias del bien común en una sociedad** democrática',

Además de estos textos existen otros como la Declaración de derechos del niño 1959 (principios 4,5,6,7,8,9,10), la Declaración de derechos del retrasado mental de 1971 (arts. 4 y 5), Declaración sobre el desarrollo y progreso en lo social, 1969 (art. 3), o Declaración de los principios de cooperación cultural internacional 1966 (art. V), por mencionar algunas de ellas que de una forma u otra se ocupan del reconocimiento parcial y somero de algunos deberes.

4. Conclusión

Del estudio realizado, podemos concluir afirmando que hace falta un tratamiento más amplio **de este** tema. Un tratamiento que no va a suponer evidentemente la solución a nuestros problemas. Un tratamiento del que no podemos esperar una solución definitiva que **en base a la** mayor fuerza de la convicción y el menor empleo de la sanción como único medio de imposición. Pero tampoco hay que olvidar, como **señala** Imbert que "el respeto de los derechos humanos no es competencia tan sólo del derecho. Las violaciones de los derechos humanos no son sólo violaciones de la ley. Y la ley no es el único medio de asegurar el respeto de los derechos humanos".'ss No olvidemos tampoco que los derechos humanos no son algo innato sino un hábito adquirido que no pueden ser impuestos únicamente por decreto. La D.U„ como claro fundamento e intento de recopilación de los derechos humanos ni ha fallado ni está anticuada, pero sólo será

'"IMBERT. P H. *L. derechos humanos* en **la actualidad**, *en* Derechos **humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Pons. Madrid, 1996, p 84

realmente efectiva cuando ya no sea necesario invocarla y quizá en esa consecución tenga un papel relevante el progresivo reconocimiento de los deberes del hombre como parangón imprescindible de los derechos.

Nos movemos desgraciadamente en el ámbito de lo que nos gustaría y no podemos conseguir. Yo he pretendido con esta visión que hoy aporto abrir una nueva posibilidad que sé que tiene fallos y sobretodo posiblemente es muy utópica. No está cerrada, en realidad deja abierto un gran margen de actuación casi a la "buena voluntad" más o menos forzada de sus efectivos cumplidores. Pero creo que es un camino mas, no el único pero sí otro a añadir que merece la pena intentar, porque en última instancia cualquier intento tendrá siempre mucho mas que ofrecer que perder habida cuenta de la inmensidad de lo que nos jugamos.

EL PODERYLOSCIUDADANOS. Se terminó de Imprimir en el mes de noviembre de ¹998, en losfalleresde Pliego Impresores, S A de C V, ubicados en Pedro Cortes 4o 402, Tels.':14-29-20 • 14-04-08 • 14-01-86, Col Sana **Bárbara**. Toluca, Méx.. C.P 50050. El firme fue de 1 000 ejemplares.