

CONFUSIONISMO JURÍDICO, HOY (*)

Rafael Domingo

Hace ya algo más de cinco lustros, pronunció Álvaro d'Ors una conferencia en Roma sobre el vulgarismo jurídico como fenómeno renovado en nuestros días. Con ésta, la mía de hoy, quisiera continuar la suya de 1966 refiriéndome a la que yo considero, a su vez, nota principal del vulgarismo jurídico: el confusionismo conceptual.

Esta palabra confusionismo procede de la latina *confusio* (de *cum fundo*, verter conjuntamente), que ha pasado sin alteraciones a todas las lenguas cultas. Significa la idea de mezcla, fusión, desorden y, en el plano psicológico, turbación, inquietud. Los juristas empleamos desde antaño este término para referirnos a ciertos modos de adquisición de la propiedad y de extinción de derechos.

Utilizaré yo aquí la palabra confusión o la expresión confusión jurídica (*confusio iuris*) en el sentido de equivocaciones o corrup-telas jurídicas, producidas por una desnaturalización de conceptos o ideas básicas, que considero imprescindibles para el buen funcionamiento de la teoría jurídica que toda sociedad bien organizada necesita. Estas confusiones, muchas veces, tienen su causa en que el Derecho ha dejado de ser una ciencia autónoma, que estudia lo

(*) Conferencia pronunciada el día 21 de febrero de 1994, en el Aula Magna del Edificio Central de la Universidad de Navarra, con ocasión del acto académico conmemorativo de S. Raimundo de Peñafort.

justo, para pasar a ser una ciencia al servicio de la Economía, de la Política, de la Sociología, etc. De ahí que los juristas se hayan visto obligados a deformar conceptos –sacándolos de su horma– para aplicarlos a nuevos campos.

En nuestros días, el éxito del iuspositivismo en casi todos los ordenamientos jurídicos ha contribuido decisivamente a la proliferación de las confusiones jurídicas. En efecto, al no reconocer el positivismo más fuente del derecho que la ley, y al ser ésta aprobada por políticos y no por juristas, es natural que en ellas se encuentren con frecuencia equívocos y confusiones.

Confusiones jurídicas se producen también cuando los juristas de una época de decadencia no son capaces de entender los conceptos jurídicos creados en una época de esplendor. Ésta es la causa de la confusión jurídica que existe actualmente entre los conceptos de convenio, contrato, pacto, estipulación y compromiso, bien diferenciados hace siglos y usados hoy como sinónimos.

Me parece que es misión de los juristas todos, pero muy especialmente de los romanistas, debido a su perspectiva histórica, detectar las distintas confusiones jurídicas, con el fin de que el confusionismo no nos impida salir de esta época de vulgarismo jurídico que atravesamos.

* * *

A lo largo de su vida académica, Álvaro d'Ors ha ido descubriendo interesantes fenómenos de confusionismo. Para este autor, por ejemplo, una de las más graves confusiones jurídicas de nuestro tiempo es la de pensar –contra el antiguo aforismo *pecunia non paret pecuniam*– que el dinero puede producir frutos civiles, ya que una cosa consumible puede ella misma ser fruto, pero no puede producir frutos, pues se agota con el primer uso. De esta afirmación, deriva otra gran confusión jurídica, a saber: considerar

al inversionista como un socio de la empresa y no como lo que es verdaderamente: un prestamista de renta variable.

También ha detectado d'Ors una confusión a propósito del concepto de presunción. Irónica pero muy gráficamente, suele ejemplificarla con la contradictoria frase: la "presunción" de inocencia de un "presunto" delincuente. En efecto, esta frase evidencia cómo el concepto de "presunción", infectado de confusionismo, ha llegado a confundir la sospecha de delito con la presunción de delito y la suposición de inocencia con la presunción de inocencia. Tampoco es una verdadera presunción la pretendida presunción de constitucionalidad de las leyes que han cumplido los requisitos formales previstos por el ordenamiento jurídico.

En general, las presunciones, aunque puedan estar previstas en la ley, son operaciones judiciales que conllevan una dispensa de prueba por aceptar de antemano (en latín *prae-sumere*) un hecho probable que depende de otro evidente o ya probado. Fuera del ámbito judicial, por tanto, no existen *stricto sensu* presunciones, y éstas difícilmente se podrán aplicar en el campo penal.

Pero, sin lugar a dudas, la más clara aportación de mi maestro en la "lucha contra el confusionismo jurídico" ha sido su fecunda distinción, de origen romano, entre el saber socialmente reconocido –*auctoritas*– y el poder socialmente reconocido –*potestas*–. De esta *confusio iuris*, traté yo en esta misma sede, en 1986, cuando defendí mi tesis doctoral, que versó precisamente sobre este tema.

Aunque no tenía previsto centrar mi atención en este punto, la presencia de miembros de la carrera judicial, por una parte, y el reciente conflicto entre los dos más Altos Tribunales de la Nación, por otra, hacen que la tentación de mencionarlo, tan siquiera brevemente, sea irresistible.

En mi opinión, la expresión poder judicial –como tuve ocasión de escribir en un artículo en memoria del Profesor Gutiérrez de Cabiedes– es una confusión jurídica que deriva de que el Estado moderno no ha sabido distinguir la autoridad de la potestad.

Las actuaciones procesales de autoridad eran designadas en Roma con el verbo *dicare*; de ahí que la sentencia fuese una *ius dicatio* o judicación. Las actuaciones procesales de potestad, en cambio, como una ejecución o una asignación, se designaban con compuestos del verbo *dicere*, de donde deriva *ius dicere*, jurisdicción. La distinción entre *dicere* y *dicare* ha caído en desuso, lo que ha facilitado considerablemente la divulgación de la confusa expresión poder judicial.

Poder judicial fue la formulación que empleó la teoría de la división de poderes para referirse al poder estatal, delegado en los Tribunales de justicia, que limita al ejecutivo y al legislativo, y cuya misión consistía en enjuiciar los conflictos civiles y penales fundamentalmente. Posteriormente, esta terminología fue recogida por casi todas las constituciones liberales. Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría de la *auctoritas*, la expresión poder judicial, como digo, es confusa, porque el adjetivo judicial significa lo relativo al juicio, y éste es expresión de la autoridad y no de la potestad. Un calificativo como judicial, por tanto, nunca podrá calificar con precisión el sustantivo poder, pues al poder le conviene más propiamente el adjetivo jurisdiccional.

Pero demos un paso más. Si la expresión poder judicial es contradictoria, y, a su vez, la jurisdicción, en cuanto potestad en los conflictos jurídicos, debe formar parte del poder ejecutivo, podemos concluir que los tres poderes de la teoría de la división de poderes son, en realidad, dos: el legislativo y el ejecutivo. Por un camino muy distinto al de la *auctoritas*, llegó también el propio Montesquieu a esta misma conclusión cuando afirmó, en "El espíritu de las leyes" (11, 6, 14), que el poder judicial "devient pour ainsi dire invisible et nulle". El hecho de que, por la propia mecánica del sistema de partidos, el poder legislativo se subordine en la práctica al poder ejecutivo, es un fenómeno distinto, al que no voy a referirme ahora.

Mi negación de la existencia del poder judicial no significa en modo alguno una crítica a la institución judicial, sino más bien todo

lo contrario, pues considero que el reconocimiento de su autoridad, desligada de todo poder, es el mejor camino para salir de la crisis institucional en la que se encuentra el más importante y noble cuerpo jurídico.

La otra precisión que quería hacer sobre confusiones relacionadas con la *auctoritas* deriva de la lectura de un artículo publicado en el periódico "El Mundo", el domingo, día 6 de febrero. Su autor, Jorge de Esteban, catedrático de Derecho Constitucional, en relación al reciente conflicto de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, afirmaba que las funciones del monarca español pertenecen más al ámbito de su *auctoritas* que al de su *potestas*, la cual "es —dice— prácticamente inexistente".

En mi opinión, el hecho de que las Monarquías parlamentarias, como la española, hayan despojado al Rey de su originaria potestad, no significa que deba ser revestido de una *auctoritas* institucional. Un rey parlamentario sin potestad podrá gozar de más o menos fama, de más o menos prestigio, pero su carencia de potestad no podemos suplirla con autoridad. La autoridad nunca puede ser el residuo de una potestad, sino la expresión de un saber socialmente reconocido. Por eso, para ser monarca parlamentario, ninguna Constitución exige al candidato saber leer y escribir, aunque obviamente se procure que reciban los príncipes herederos la mejor formación posible, de acuerdo con la alta función a la que están llamados. Es decir, la *auctoritas* que un monarca tenga será en todo caso personal, pero no oficial, pues la funciones de un monarca, aunque hayan sido reducidas a un mínimo irrelevante, siguen perteneciendo al ámbito de la potestad.

* * *

Quisiera ahora referirme a dos principios jurídicos a los que hasta la fecha no había prestado atención: el primero versa sobre el

concepto de bien jurídico protegido; el segundo, sobre la necesidad de que todo lo ilegal esté sancionado.

En 1834, Birnbaum publicó en el volumen 15 de la Nueva Serie del "Archiv des Criminalsrechts" un artículo "Sobre la necesidad de la existencia de lesión jurídica en el concepto de delito, con especial consideración del concepto de ofensa". En este trabajo, el autor reconocía expresamente que el concepto de bien constituye el centro de toda la teoría del delito. Esta idea fue recogida y perfeccionada posteriormente por Karl Binding, quien, cuarenta años después, en 1872, en el primer volumen de su tratado "Las normas y su infracción", formuló por primera vez el concepto de "bien jurídico". Diré que también esta invención "en horas veinticuatro pasó de las musas al teatro", pues la expresión "bien jurídico" comenzó a aparecer en autos y sentencias, como si de un antiguo concepto jurídico se tratara.

Como es sabido, se entiende hoy por bien jurídico todo aquello que debe ser efectivamente protegido por la ley penal (la propiedad privada, la vida, la fama, etc); de ahí que, según esta doctrina comúnmente aceptada, el delito no sea sino la lesión de un bien jurídico.

Misión primordial del legislador y de los tribunales es decidir sobre los posibles conflictos que pueden surgir entre los diversos bienes protegidos. Así, por ejemplo, el bien salud entra en conflicto con el bien propiedad cuando un pobre enfermo hurta un medicamento porque no puede pagarlo. Las legislaciones abortistas han utilizado la doctrina del bien jurídico protegido para despenalizar el aborto en aquellos casos en que la protección del bien jurídico "vida" del *nasciturus* entra en conflicto con otros bienes jurídicos de la embarazada, como su dignidad, el desarrollo de su personalidad, el derecho al honor, etc. Según estas legislaciones, cuando los bienes jurídicos de la madre prevalecen sobre los del feto, puede quedar despenalizada la práctica del aborto.

La teoría del bien jurídico está en evidente conexión con la filosofía de los valores, de modo que la preferencia de la defensa

jurídica de unos bienes sobre otros depende del valor contingente que se quiera asignar a tales bienes.

El gran problema que plantea esta teoría del bien jurídico, sobre todo al aplicarla a los delitos contra las personas, es el de no captar los diversos planos en los que estos valores se encuentran. Estos planos, en mi opinión, son tan entitativamente distintos que imposibilitan un tratamiento comparativo. Llevada a sus últimas consecuencias, la teoría del bien jurídico acaba con la más tradicional división del derecho en personas y cosas, pues, en el ámbito penal, incluso la persona en cuanto tal es reducida a bien, es decir, a cosa, y puede, ella misma, entrar en conflicto con otros bienes materiales. En efecto, como están tan íntimamente unidos el concepto de vida humana y el de hombre, de suerte que sin uno no existe el otro, al convertirse la vida en un bien jurídico, se acaba convirtiendo el mismo hombre en un bien, incorporado al campo penal en pie de igualdad con los demás bienes.

Por este camino, se pueden producir resultados absurdos, como, por ejemplo, pensar que es punible la conducta de la mujer que clava un cuchillo por la espalda a un secuestrador armado que está llevándose a su marido, porque el bien jurídico "salud" prevalece frente al bien jurídico "libertad", o que no sea punible la conducta de una chica soltera de veinte años que aborta porque, de lo contrario, pierde la línea. De la antigüedad de este aborto, que podemos llamar estético, tenemos noticia por una laudatoria con la que Séneca, desde el destierro, quiso consolar a su querida madre Helvia: "Nunca —escribía el filósofo cordobés a su madre— nunca, siguiendo la costumbre de otras mujeres, preocupadas en exceso por su belleza, escondiste tu vientre hinchado como si fuese una vergonzosa carga, ni abortaste dentro de tus entrañas una esperanza concebida de hijo" (*Consolación a Helvia* 16, 3).

La teoría del bien jurídico en conflicto confunde, como digo, los dos conceptos jurídicos más primarios: persona y cosa. Entre ambos conceptos debe establecerse, sin embargo, una barrera insuperable a la hora de su tratamiento jurídico.

La misma distinción que existe en el plano filosófico entre "ser" y "tener" es la que existe en el plano jurídico entre la persona y la cosa: se "es" persona, pero se "tienen" cosas. La tenencia de cosas en concepto de dueño se llama propiedad. Sobre este concepto ha girado durante siglos todo el derecho privado. Así, las personas pueden ser propietarias, pero no tienen propietario; en tanto que las cosas no pueden ser propietarias porque están en propiedad. La libertad esencial del hombre consiste precisamente en no tener dueño, por no ser una cosa objeto de propiedad.

De esta reducción de la persona a un bien como otros, se derivan insospechadas consecuencias. La primera se refiere a la naturaleza jurídica del cuerpo humano, que entra en el "ser" de las personas, y no en el "tener" de las cosas, por lo que no puede estar en propiedad. Jamás un hombre o una mujer pueden decir "yo soy propietario de mi cuerpo", porque ellos mismos son su propio cuerpo, ya que el cuerpo es parte constitutiva del propio "yo". Afirmar que nadie es propietario de su cuerpo es tanto como afirmar que nadie está legitimado a utilizarlo de forma contraria al fin para el que ha sido creado. De ahí la esencial ilicitud del suicidio; y de ahí también que el cuerpo humano no deba ser considerado objeto venal, pues el ser del hombre no tiene precio.

Recientemente, los alemanes han vuelto a agredir este principalísimo binomio persona-cosa con la incorporación de un nuevo párrafo al parágrafo 90 del BGB. en el que se afirma que los animales no son cosas en sentido jurídico: "Tiere sind keine Sachen". En esta misma línea, está en marcha una propuesta de declaración universal de derechos de los animales, similar a la de "derechos humanos". Quizá las amebas, aunque unicelulares, estén dispuestas a interponer un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo si no se reconoce su condición de no ser una cosa.

En mi opinión, la consideración de los animales como cosas es correcta, ya que éstos no pueden ser propietarios y, sin embargo, sí que pueden estar en propiedad. La necesaria protección de los animales, tengan o no dueño, no debería hacerse por la vía de la

declaración de derechos, sino más bien mediante leyes especiales que impongan a los hombres el deber de respetarlos y protegerlos, como debe ser respetada y protegida la Naturaleza. Vemos aquí un ejemplo claro de cómo el ámbito de los deberes jurídicos es más amplio que el de los derechos, pues, si bien a cada derecho le corresponde un deber, no todo deber lleva implícito un derecho.

* * *

Pasemos a la segunda confusión, que, como dije, deriva de la transgresión del principio jurídico de que "todo lo ilegal debe ser sancionado". Me parece que pertenece a la esencia de la ley prohibitiva el que su infracción dé lugar a una sanción. Una ley prohibitiva sin sanción dejaría de ser ley en sentido jurídico para pasar a ser uso social o ley moral. Naturalmente, el tipo de sanción dependerá de la naturaleza de la ley que se infrinja –penal, administrativa o civil–, pero, en todo caso, la sanción deberá existir, aunque sólo sea la de la nulidad de las declaraciones jurídicas ilegales.

¿Se imaginan ustedes un Código penal que prohibiera el hurto pero que, en vez de imponer penas a los delincuentes, recomendará persuasivamente la no comisión de delitos, o un Código civil que prohibiera la poligamia pero que no declarara nulos de pleno derecho los sucesivos matrimonios de personas ya casadas, o una ley administrativa que prohibiera edificar en las playas pero que no previera la destrucción de lo edificado ilegalmente?

La confusión entre derecho y ley, impuesta por el positivismo, es la causa de esta distensión entre lo ilegal y la sanción, pues el derecho no es coactivo y la ley, sí. Al confundirse el derecho con la ley, se ha pensado que puede haber leyes prohibitivas meramente persuasivas. Un ejemplo de cuanto estoy diciendo lo tenemos en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28 de mayo de 1993, en materia de aborto. A pesar de su enorme

trascendencia, esta decisión no llegó nunca a ocupar las primeras páginas de los rotativos españoles, dedicados por entonces casi en exclusiva a noticias de la pequeña vida política nacional.

La extensa sentencia del Tribunal Constitucional alemán –183 páginas oficiales, aparte los dos votos particulares– ha declarado inconstitucional la nueva redacción que la ley de 27 de julio de 1992, sobre ayuda a las mujeres embarazadas y a las familias, hace del artículo 218 letra a, número 1 del Código penal alemán. El motivo es que el Tribunal Constitucional alemán considera que atenta contra la Constitución declarar "no ilegal" ("nicht rechtwidrig"), es decir, "legal" la interrupción voluntaria del embarazo solicitada por una mujer, pasados tres días desde que haya tenido lugar la debida orientación a la embarazada, siempre que sea realizado por un médico en las doce primeras semanas de embarazo.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional alemán, el hecho de que esta declaración de "no-ilegalidad" de la práctica abortiva no sea constitucional no significa que deba ser necesariamente penalizada. Según este alto Tribunal, es constitucionalmente admisible que, si el legislador lo considera más eficaz, opte por un sistema de protección del *nasciturus* que, en la primera fase del embarazo, centre su atención en la orientación y ayuda a la embarazada más que en la propia represión penal. De hecho, haciendo uso de las atribuciones conferidas por el artículo 35 de la ley reguladora del Tribunal Constitucional alemán, este Tribunal ha establecido unas disposiciones transitorias que no legalizan, pero sí despenalizan el aborto realizado por un médico en las doce primeras semanas de embarazo, siempre que la mujer lo consienta y hayan pasado al menos tres días desde que la embarazada recibiera el oportuno asesoramiento.

Pero el Tribunal Constitucional alemán, no sólo permite dejar sin sanción penal determinadas prácticas abortivas que él mismo considera ilegales, sino que incluso omite las consecuentes sanciones civiles que de un acto ilegal se derivan. En efecto, en el punto VI de la sentencia, el Tribunal Constitucional alemán señala

que "la obligación estatal de proteger la vida del no-nacido no puede llevar a considerar jurídicamente ineficaces los contratos de los médicos y hospitales sobre abortos no penalizados en virtud del sistema de orientación a la embarazada. Este sistema exige más bien que el intercambio de prestaciones entre el médico y la embarazada tenga la consideración de relación jurídica, a fin de que se realicen con fundamento jurídico".

¿Cómo es posible que el Tribunal Constitucional alemán se atreva a considerar jurídicamente eficaces los contratos de abortos ilegales pero no penalizados? Consecuente con su afirmación de que, en principio, el aborto es ilegal, este Tribunal no podía menos de concluir sino diciendo que los contratos de prácticas abortivas son, en principio, nulos de pleno derecho en virtud del parágrafo 134 del Código civil alemán, que establece que "todo negocio jurídico que infrinja una prohibición legal es nulo".

¿Es acaso competente el Tribunal Constitucional alemán para declarar *ad casum* la inaplicabilidad de un parágrafo del Código civil indiscutiblemente constitucional?

Por otra parte, el parágrafo 138,1 del BGB. dispone que "un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo", y un contrato de aborto -no lo olvidemos-, cuyo objeto consiste en matar a un ser humano en fase intrauterina, atenta contra las buenas costumbres, porque no hay nada más contrario a éstas que el hecho de que una mujer odie "a muerte" al hijo de sus entrañas. Por eso, el feticidio —éste es su nombre correcto y no el eufemístico de interrupción voluntaria del embarazo— se reconoce como ilegal en sí mismo, aunque falte la sanción penal correspondiente.

Así, pues, en mi opinión, el Tribunal Supremo alemán no tiene por qué aceptar la doctrina del Constitucional acerca de los contratos de prácticas abortivas, ya que esta materia excede de la competencia del Tribunal Constitucional.

La cuestión de los conflictos de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no es sólo un tema que preocupe sin más a los juristas españoles y que pueda quedar

resuelto con una modificación legal consensuada. Se trata más bien de una cuestión jurídica de fondo, fuente de abundantes conflictos de togas, también en otros países, que nos obliga a plantearnos de nuevo la naturaleza del Tribunal Constitucional.

Actualmente, los Tribunales Constitucionales no sólo tienen encomendada, según el esquema kelseniano, la exclusiva función de controlar la constitucionalidad de las leyes, sino que se han erigido en órganos supremos de todo el orden nacional. Éstos tienen competencia para anular leyes y actos administrativos, pero también para casar sentencias de las Supremas Cortes judiciales. Las Cortes Supremas han quedado así supeditadas de hecho a estos poderosos Tribunales Constitucionales, cuyos miembros en su mayoría son designados por instancias políticas, y que de ser guardianes de la Constitución han pasado a ser dueños y señores del ordenamiento jurídico.

Si comparamos la figura de Augusto con la de los Tribunales Constitucionales, encontraremos cierto paralelismo histórico: de la misma manera que Augusto fundó su poder en su personal autoridad —la *auctoritas Principis*— introduciéndose como protector de la constitución republicana, así también los Tribunales Constitucionales encubren su potestad en una aparente autoridad que custodia las modernas constituciones.

Esta deformación de la función de los Tribunales Constitucionales deriva en parte de la propia desnaturalización del concepto de Constitución. En efecto, la ley constitucional no debe pretender ser un compendio de todo el ordenamiento jurídico, sino una carta convenida en la que se fijen los límites del poder; y uno de estos principales límites es el de la intangibilidad de las sentencias del órgano de suprema autoridad judicial.

* * *

El Derecho es ante todo arte; no en vano Celso, con su elegancia característica, lo definió como "el arte de lo bueno y de lo justo" (D. 1, 1, 1 pr.). Cuando el arte del derecho, arrastrado por el confucionismo conceptual, refleja con deformaciones la naturaleza que intenta ordenar racionalmente, acaba por desfigurarse, no sólo el propio arte, sino también la misma naturaleza que refleja. Y aquí radica precisamente la más grave confusión de todos los tiempos, causa primigenia del desorden jurídico, social y moral, a saber: la de pretender respetar la naturaleza sin aceptar los principios naturales que ella misma nos impone.

