

EL DERECHO CIVIL EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

AGUSTÍN LUNA SERRANO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA
VOCAL PERMANENTE DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

I. EL DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA LOS AÑOS CINCUENTA

Puede decirse con bastante razón que, desde los años 1888-1889, en que se culmina el trabajoso proceso de la codificación española, hasta los años 50, no se produce en el derecho civil español modificaciones o avances de un extraordinario relieve.

Cabe recordar, en efecto, que, en sus primeros treinta y cinco años de existencia, el Código civil español únicamente experimentó dos leves modificaciones de su contenido en los años 1904 y 1928, la primera de ellas para reformar sus arts. 688 y 732, relativos al testamento ológrafo y al testamento hecho en país extranjero, y la segunda para modificar los arts. 954 a 957 en relación al llamamiento a suceder *ab intestato* a favor del Estado.

Más adelante, y como consecuencia casi obligada de la desgarradora experiencia que supuso la guerra civil, se modificó en 1939 el título VIII del libro I del Código relativo a la ausencia, se dictó una ley sobre construcción, gravamen y régimen de viviendas de pisos o partes determinadas -que dio lugar a una nueva versión del inicial art. 396 del Código- y se modificó el art. 1108 de este mismo cuerpo normativo en relación al interés legal del dinero, al par que por la ley de 5 de mayo de 1941 se adicionaron al Código civil los conocidos arts. 1863 *bis* al 1873 *bis* sobre prenda sin desplazamiento, acogiendo las figuras de la prenda agrícola y la prenda industrial, más tarde derogados por la ley de 16 de diciembre de 1954, que reguló, al margen ya del Código civil, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. A propósito de las situaciones personales y de las relaciones sociales que se habían ido generando al socaire de las consecuencias de la guerra y de la inmediata postguerra, debe también recordarse el significado normativo de la ley de 13 de diciembre de 1943, sobre fijación de la mayoría de edad, que vino a cifrarse en los veintiún años, unificando la mayoría de edad en toda España -antes en Castilla se alcanzaba a los veintitrés y en Aragón a los veinte-, tanto a los efectos civiles como mercantiles, puesto que el Código de Comercio ya situaba dicha mayoría en los veintiún años.

Es cierto, no obstante, que, en el período ahora considerado de la primera mitad del siglo XX, se promulgaron diversas disposiciones civiles de gran importancia tanto económica como social, hasta el punto de no merecer ser calificadas, como algunas de las hasta ahora indicadas, como meros retoques de la disciplina positiva. Me refiero a la

llamada ley Azcárate o de represión de la usura de 23 de julio de 1908, a la ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 -debida al canonista andaluz Don Manuel Jiménez Fernández, muy imbuido de las doctrinas institucionalistas que se reflejan en dicha disposición- y, por lo que se refiere al derecho hipotecario o inmobiliario registral, a las poco relevantes leyes de 21 de abril y de 16 de diciembre de 1909 y a la más trascendental y casi definitiva redacción de la ley hipotecaria llevada a cabo en los años 1944, en que aparece la ley de autorización para dictar el texto articulado, y 1946, año en el que con fecha de 8 de febrero se aprueba el texto refundido de esta importantísima disposición legal.

En cambio, en la segunda mitad del siglo recién acabado, nuestro derecho civil ha venido experimentando cambios de notable significación y trascendencia que, aunque sea de manera necesariamente sucinta, vamos a tratar de valorar.

II. LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL ENTRE LOS AÑOS 1952 Y 1975

1. Las reformas de la reincorporación española al concierto internacional

Como es bien sabido, como consecuencia del resultado de la guerra civil, a la que acabamos de hacer referencia, España quedó aislada de la comunidad internacional, circunstancia que se evidenció de manera muy vistosa mediante la masiva retirada de embajadores extranjeros de Madrid.

Sea como fuere, lo cierto es que tal situación fue cambiando de signo poco a poco y que, en particular a partir de los acuerdos alcanzados con los Estados Unidos y del concordato suscrito con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953, el gobierno español consiguió ir venciendo el cerco internacional.

En esta perspectiva temporal y política deben encuadrarse, a mi modo de ver, ciertas reformas del Código civil de los años 1952, 1954 y 1958.

La primera de las reformas aludidas, realizada mediante la Ley de 20 de diciembre de 1952, trajo consigo la modificación del art. 321 del Código civil. Este precepto, con cuya modificación se pretendía superar la imagen de país atrasado que en no pocos aspectos ofrecía España, venía estableciendo que la mujer, aunque fuera mayor de edad, no podía abandonar la casa paterna, sin el beneplácito de sus padres, hasta haber cumplido los veinticinco años, salvo si el padre o la madre hubieran contraído ulteriores nupcias o como no fuera para tomar estado, lo que había sido restrictivamente interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de para contraer matrimonio. La reforma de 1952 -muy criticada por no haber significado la pura y simple abolición del precepto-modificaba el mismo en el sentido de alcanzar la facultad legal de abandonar la mujer el domicilio paterno no sólo al caso de contraer matrimonio, sino también, en general, al de tomar el estado religioso, lo que permitía a la mujer mayor de edad pero menor de veinticinco años abandonar libremente la casa paterna para entrar en una orden religiosa, en una congregación o en un instituto secular.

Mediante la Ley de 15 de julio de 1954 se modificó todo el Título I del Libro I del Código, que bajo el rótulo "de los españoles y extranjeros" se refiere a la nacionalidad. Como bien se sabe, la reglamentación de esta materia es muy sensible a las circunstancias políticas y a los planteamientos que en cada momento tengan los Estados sobre sus relaciones internacionales. Ello explica que en la perspectiva de la reincorporación española a la sociedad internacional se hiciese conveniente su modificación, al igual que, como veremos, la han ido aconsejando ulteriormente, en diferentes ocasiones, la alteración de las circunstancias políticas. Esta Ley de 15 de julio de 1954 dio una nueva

redacción a los arts. 17 a 28 del Código y, entre sus innovaciones más significativas, destaca la adopción por parte de España del concepto de la doble nacionalidad, la española y la de los países que, teniendo con España vínculos históricos o culturales de particular intensidad y transcendencia, hayan firmado con el Estado español el convenio correspondiente.

Sin embargo, la reforma más importante del Código civil español que ha de situarse en el contexto de la reincorporación de nuestra Patria al concierto internacional es la acometida por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron determinados artículos -casi un centenar- del propio Código. La ocasión de esta reforma obedecía esencialmente a la necesaria adaptación del contenido disciplinar del Código en materia matrimonial al concordato suscrito con la Santa Sede, pero se aprovechó la circunstancia para modificar numerosos preceptos del Código que se situaban al margen de la estricta materia matrimonial y se referían más en concreto, además de a la adopción y a algunos aspectos de la sucesión *mortis causa*, al régimen económico del matrimonio. El signo más destacado de esta trascendental modificación del Código fue el de recibir con fidelidad el derecho del Estado los principios y postulados del derecho de la Iglesia en materia matrimonial, instaurando así de una manera muy neta dos diferentes *clases* de matrimonio reglamentadas por normas distintas (el canónico para los españoles de religión católica y el civil para los no católicos) y abocando a la jurisdicción eclesiástica todas las causas matrimoniales a las que hubiera de aplicarse el derecho de la Iglesia aunque sus soluciones tuvieran efectos civiles. En cuanto al régimen económico matrimonial se refería, la reforma, a pesar de ser bastante profusa en esta materia, sólo supuso en realidad una tímida dulcificación de la situación de la mujer en el aspecto patrimonial frente al tradicional protagonismo y a la inveterada supremacía en esta materia del marido. Por lo que a la adopción atañe, esta importante Ley de 24 de abril de 1958 dio a la misma una nueva regulación basada fundamentalmente en la distinción entre la *adopción plena*, a la cual se quiso equiparar en mayor grado a la filiación biológica, y la *adopción menos plena*, que venía a establecer, en realidad, una suerte de muy débil relación cuasi-parental sin consecuencias sucesorias, menos intensa acaso de la que en algunos ordenamientos se conoce a veces como afiliación: en la práctica, la denominada *adopción menos plena o luego llamada simple* era sobre todo utilizada para ceder por precio los estancos, para cuya adjudicación oficial tenían preferencia los parientes más cercanos de los estanqueros, que de esta manera los traspasaban a los adoptados en esta forma simple. En el orden sucesorio, esta Ley trajo consigo algunas novedades de interés en relación a la sucesión de los hijos adoptivos y a las legítimas de los ascendientes y del cónyuge viudo, señaladamente por la ampliación de la cuantía de los derechos legitimarios del consorte sobreviviente.

2. Las reformas determinadas por los planes de estabilización económica.

La convergencia de los países de la Europa occidental hacia la formación de la Comunidad Económica Europea, que había de cristalizar en el Tratado institutivo firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, suscitó en el gobierno español, gracias sobre todo a la incorporación en su seno de una serie de ministros que se vinieron a designar como tecnócratas, la idea de la conveniencia de orientar nuestra economía por referencia a las prácticas seguidas en los demás países europeos. Reflejo de esta convicción, que en el terreno estrictamente económico cristalizó en el llamado Plan de Estabilización y en diferentes leyes que lo intentaron aplicar directamente, fueron dos interesantes reformas del Código civil en materia de prelación de créditos y de régimen jurídico

de la llamada propiedad horizontal o comunidad de casas por pisos.

En efecto, por la Ley de 17 de julio de 1959 se declararon preferentes los créditos ocasionados por descubiertos en la cotización de seguros sociales y mutualismo laboral, modificándose con esta finalidad la redacción del art. 1924 del Código. La finalidad política de la reforma de referencia era bastante clara, en cuanto que a través de la misma se intentaba paliar o aligerar el sacrificio que con frecuencia los trabajadores habían de soportar en la realización de la nueva orientación económica.

Por lo que a la propiedad de casas por pisos se refiere, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, contiene una completa reglamentación de esta importante figura del derecho privado y su aparición se inscribe indudablemente en el diseño de reactivación económica a que nos venimos refiriendo. Esta importante Ley de 1960, que se ha mantenido en vigor con algunas pequeñas modificaciones hasta la Ley 8/1999, de 6 de abril, que la reforma más profundamente, contiene una completa y minuciosa reglamentación de la copropiedad de casas por pisos -ahora también aplicable a ciertos complejos inmobiliarios privados- y mediante la misma se dio una nueva redacción al art. 396 del Código civil, asimismo otra vez modificado por la reciente Ley de reforma de 1999 hace un momento citada. De esta manera, el destacado precepto del Código *citado* ha visto ya a lo largo del tiempo cuatro versiones -de 1888, de 1939, de 1960 y de 1999- de su formulación positiva.

3. Las reformas para la adaptación institucional

A partir del inicio de los años setenta y hasta el año 1975, en que acaba, por su muerte, el régimen político creado por el general Franco, se va suscitando, a impulso de los más sensibles de los grupos políticos que lo apoyaban, un afán de renovación en todos los órdenes de la vida social, de los que no se excluía el ordenamiento civil. En efecto, podemos observar, dentro de este periodo, la aparición de un importante conjunto legislativo que reforma el Código civil en la dirección apuntada, en la idea, sin duda, de propiciar la conformación de un ordenamiento más abierto y modernizado.

En el sentido expuesto, debe hacerse referencia a diversas leyes de los años 1970, 1972, 1973-74 y 1975.

Mediante la Ley 7/1970, de 4 de julio, se dio un nuevo tratamiento legislativo a la figura de la adopción en su completa normativa disciplinar. Reformada la disciplina de esta figura jurídica, según se ha visto en el año 1958, la aplicación de la disciplina reformada había puesto de relieve no pocas disfunciones que eran provocadas por el propio planteamiento de la misma, tanto por lo que se refiere a la tajante dicotomía que se había establecido entre la adopción plena y la adopción ahora llamada simple como por lo que atiene a la insuficiente equiparación entre la adopción y la filiación biológica, ya sea en orden al reforzamiento del vínculo entre adoptantes y adoptado o bien en relación a la supresión o el debilitamiento de la relación entre el adoptado y su familia de origen. Aspectos interesantes de esta reforma de la adopción, aparte de admitir la posibilidad de transformar la adopción simple en plena, fueron la supresión de la llamada prohibición de descendientes para adoptar y la permisión de adoptar a los propios hijos naturales reconocidos. Como veremos posteriormente, ésta no había de ser la última de las modificaciones del Código civil en materia de adopción, puesto que esta categoría civil tiene progresivamente una mayor aceptación y utilización social, de manera, por otra parte, que la adopción plantea cada vez problemas de mayor complejidad, a los que no es ajeno el hecho, cada vez más frecuente, de la adopción de carácter internacional. En este contexto y en la perspectiva de adaptación institucional propia

del momento de la reciente evolución de nuestro derecho civil que estamos examinando, no es de extrañar que las fuerzas vivas del régimen franquista no quisieran dejar de atender a esta figura en su propósito de renovación y adaptación institucional.

Mediante la Ley 31/1972, de 22 de julio, se modificaron los arts. 320 y 321 del Código civil, así como otros de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de edad, para dar mayor coherencia formal al sistema del ordenamiento y para suprimir definitivamente las limitaciones que afectaban a la mujer mayor de edad, pero menor de veinticinco años, para abandonar el domicilio paterno.

En los años 1973 y 1974 se materializó una importantísima reforma del Código civil que se venía gestando desde al menos ocho o diez años antes. Me refiero a la íntegra reforma del Título Preliminar de nuestro primer cuerpo legal, relativo a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia” y comprensivo de los arts. 1 a 16 del Código civil. Esta reforma se llevó a cabo en dos fases, la primera mediante la emanación de la Ley 3/1973, de 17 de julio, sobre bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil, dictada con el significado de consentir al gobierno, mediante la conocida técnica de la legislación delegada, llevar a cabo la reforma con arreglo a dichas bases y la segunda mediante la aparición del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, sancionando con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar preparado por el gobierno. No es este el momento de resaltar la enorme importancia que, para el ordenamiento jurídico español, supuso la reforma a que ahora hacemos referencia. Para subrayar su trascendencia basta, en realidad, con indicar los diferentes puntos de carácter general a los que el Título Preliminar se refiere, como son el relativo a la fuentes del derecho, el que atañe a la aplicación de las normas jurídicas, el que se refiere a la eficacia general de las mismas, el que se reporta a las normas de derecho internacional privado o el que predispone la aplicación de los diversos regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional español.

Dentro de esta etapa de adaptación institucional experimentada en la fase final del régimen autoritario del general Franco, ha de hacerse finalmente referencia a la Ley 14/1975, de 2 de mayo, reformando determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges. Esta disposición quiso ser la contribución española a la conmemoración del “Año Internacional de la Mujer” que durante 1975 decidieron celebrar las Naciones Unidas, que con frecuencia han dedicado diversos años a subrayar las cuestiones que afectan a diversos colectivos humanos, habiendo declarado en este sentido años dedicados al niño, al anciano, al emigrante, al refugiado, etc.

El Código civil español, reflejando las concepciones propias de la sociedad burguesa del siglo XIX, colocaba a la mujer casada en una situación de constante supeditación a su marido, declarando expresamente que al mismo debía obediencia, que al mismo debía seguir a donde éste quisiera fijar su domicilio (salvo por justa causa cuando decidiese trasladarse a ultramar o a país extranjero) y que del mismo debía obtener la llamada “licencia marital” para poder decidir sobre sus propios bienes privativos o parafernales. La reforma del Código civil a que ahora se hace referencia, promovida por las mujeres procuradoras de las Cortes franquistas, suprimió los preceptos del Código que hacían referencia al deber de obediencia de la mujer y a la necesidad de obtención por parte de la misma de la licencia marital, de manera que, por otra parte, en cuanto a la determinación del domicilio conyugal, éste habría de ser fijado de común acuerdo por ambos cónyuges, decidiendo en caso de discrepancia la autoridad judicial. Esta reforma del Código se formuló de manera muy deficiente, acaso por las prisas de las parlamentarias españolas por sumarse a la conmemoración decretada por las Naciones Unidas como

muestra de la participación española en el concierto internacional, y los preceptos reformados del Código en que cristalizó han sido rectificadas en modificaciones ulteriores de nuestro primer texto legal.

III. LAS REFORMAS DEL DERECHO CIVIL PROPICIADAS POR LA NUEVA CARTA CONSTITUCIONAL

1. Las reformas encaminadas a recibir anunciados postulados constitucionales

La muerte del general Franco y la consiguiente instauración de la monarquía abrieron un proceso de democratización de la sociedad española que culminó en la Constitución política aprobada el 6 de diciembre de 1978. Esta nueva etapa de la vida social española había de tener, como veremos en seguida, importantes repercusiones en el ordenamiento civil, ya que numerosos preceptos constitucionales hacían referencia, tanto en el orden sustantivo o interno (particularmente, arts. 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 32, 33, 34, 39, 58, 128 y 131 de la Constitución) como organizativo o formal (especialmente art. 149.1, 8ª de la Constitución sobre competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio para legislar en materia de derecho civil), a las materias propias y al sistema del derecho civil. Incluso antes de que la Constitución se promulgara, los postulados que la misma había de afirmar en relación a la organización de la vida social española trascendieron inmediatamente a la legislación civil, en sendas disposiciones dictadas en el propio año 1978.

La apertura democrática había de conformar, como es habitual que ocurra, una sociedad en muchos aspectos permisiva o, al menos, comprensiva y aceptadora de ciertos comportamientos que anteriormente se habían considerado incompatibles con la moral oficialmente aceptada. Tal fue el caso de la despenalización de los tradicionales delitos de adulterio y amancebamiento, que dejaban de tener algunas transcendencia en el orden civil en relación a los impedimentos matrimoniales tradicionales o a la indignidad para suceder. Precisamente para evitar aquella represión penal y estos reflejos civiles se dictó la Ley 22/1978, de 26 de mayo, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil en relación con aquellas conductas anteriormente consideradas delictivas.

En otros aspectos, como el cambio democrático había de suponer dotar de posibilidades de actuación e integración en la vida social del mayor número de personas, en seguida se pensó en la necesidad de rebajar la mayoría de edad, de manera semejante a como la regulaban los demás países europeos de nuestro entorno, a los 18 años, tal como efectivamente hizo, de una manera ya prácticamente irreversible por la solemnidad que supone tal declaración, el art. 12 de la Constitución. Poco antes de la aparición de la Carta Fundamental, el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, modificó, en efecto, en la dirección apuntada, determinados artículos del Código civil en relación con la mayoría de edad.

2. Las reformas de adaptación a la Constitución del derecho de familia

Uno de los preceptos más importantes de la Constitución española de 1978 es, sin duda, su art. 14, que afirma en términos generales el principio de igualdad ante la ley o de no discriminación. No es necesario abundar en este punto para percatarse con facilidad de la virtualidad que tal precepto ha llegado a tener en un ordenamiento civil que, como casi todos los formulados desde la óptica de la concepción religiosa o luego

burguesa de la vida, se basaba en multitud de discriminaciones entre hombre y mujer, entre esposo y esposa y entre hijos legítimos e ilegítimos, clasificados además éstos entre naturales e ilegítimos en sentido estricto por referencia a los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. El principio enunciado en el art. 14 encontraba sus convenientes especificaciones en los arts. 32.1 y 39.2 de la Constitución a propósito de la igualdad de los esposos y de los hijos, lo que naturalmente había de repercutir de manera muy notable en la regulación de todo el derecho familiar.

Hay que tener también en cuenta que, como ya se ha puesto anteriormente de relieve, la reglamentación del matrimonio era en todo caso respetuosa con los planteamientos del derecho de la Iglesia católica, lo que sin duda podía contrastar con el postulado constitucional de la aconfesionalidad del Estado afirmado en el art. 16.3 de la Carta Fundamental, principio que fácilmente había de converger con la idea de corresponder al Estado la entera regulación del derecho matrimonial formulada en el art. 32.2 del propio texto constitucional.

Todos estos planteamientos han trascendido normativamente en la reglamentación de la familia en el derecho español.

Ya al poco de ser dictada la Constitución, el Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 de diciembre, determinó el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial, sin distinción de que se tratase del matrimonio canónico o del matrimonio civil, y asimismo vino a reglamentar la materia la Ley 78/1980, de 12 de diciembre. Poco más tarde la entera disciplina matrimonial fue objeto de una amplia reforma mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, en relación al matrimonio, a la nulidad y a la separación matrimoniales y al divorcio vincular. Esta importantísima disposición modificadora del articulado del Código ha supuesto un cambio de orientación muy señalado del derecho matrimonial español, no ya sólo en el sentido de la equiparación de los cónyuges en cuanto a derechos y obligaciones sino también en el de la superación de la tradicional distinción entre el matrimonio canónico y el matrimonio civil, que ahora ya *no van a considerarse como dos clases diferentes* de matrimonio sino únicamente como *dos formas alternativas* de la contracción del matrimonio. La Ley a la que ahora hacemos referencia contiene una serie de disposiciones adicionales reguladoras de los aspectos procesales de las causas matrimoniales, por lo que la misma puede considerarse que reúne en su más amplio sentido toda la disciplina legal relativa al matrimonio. Tanto de la normativa sustantiva que contiene como de la de carácter procesal, se puede extraer con facilidad la tendencia del legislador español hacia una suerte de *contractualización* del matrimonio, frente a la *tradicional idea institucional del mismo*, contractualización que se puede observar en relación a la *separación por mutuo acuerdo* de los esposos una vez pasado un año de la celebración del matrimonio, *en relación a la posibilidad ulterior de solicitar el divorcio*, *en relación a la posibilidad de los esposos de prever las consecuencias de la crisis matrimonial a través de la suscripción del llamado convenio regulador* y a través de la posibilidad de *iniciar de común acuerdo* los procedimientos o causas matrimoniales. Al lado de este aspecto ahora reseñado, la Ley de 7 de julio de 1981, a menudo impropriamente llamada ley del divorcio, se proyecta en diferentes aspectos en el sentido ya expresado de pretender reglamentar el Estado todo el derecho matrimonial, de manera que, en efecto, la plenitud de efectos civiles del matrimonio canónico requiere su inscripción en el Registro civil, que únicamente se practicará si el matrimonio reúne los requisitos de validez exigidos por la ley civil y las resoluciones eclesiásticas en materia de nulidad matrimonial o de matrimonio rato y no consumado sólo tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al derecho del Estado.

Aunque sólo de una manera muy indirecta puede conectarse su contenido normativo con los principios constitucionales, cabe recordar también aquí como norma de reforma del Código en materia matrimonial la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, sobre autorización del matrimonio civil por parte de los alcaldes.

Al lado de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que acabamos de considerar, la traducción de los postulados constitucionales en materia familiar a la legislación ordinaria se ha llevado a cabo también mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que contiene un tratamiento igualitario de los hijos y concede igual protagonismo a los cónyuges en relación al ejercicio de la patria potestad y en relación a la gestión de la economía matrimonial. Otro aspecto interesante de esta ley de reforma del Código civil es haberse introducido con la misma en el derecho español codificado la investigación de la paternidad, tradicionalmente rechazada, por razones que no dejaban de tener un claro ingrediente de hipocresía por los Códigos civiles de inspiración burguesa. En España, la posibilidad de la investigación de la paternidad únicamente era posible, por el componente institucional canónico que en buena parte lo inspira, en el derecho civil catalán, pero después de esta ley de 1991 la investigación de la paternidad se admite en general, aunque no exenta de problemas en orden a la *posibilidad de la negativa a someterse* a las llamadas pruebas biológicas, en el entero derecho civil español. En materia de filiación, a la que habría que conectar también otros apartados objeto de ulterior consideración -como, por ejemplo, el de la regulación de la vecindad civil- debe hacerse asimismo referencia, en cuanto que modifica el texto del Código en aras de una mayor autonomía privada en el ámbito del derecho familiar, a la reciente Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, por la que se reforma el art. 109 del Código civil para admitir que el padre y la madre de común acuerdo puedan decidir el orden de transmisión de su primer apellido, antes de llevarse a cabo la inscripción del hijo en el Registro civil.

Sin que pueda decirse que su aparición deriva necesariamente de una exigencia de carácter constitucional, salvo la genérica de protección de los niños, jóvenes y disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (arts. 39.4, 48 y 49 de la Constitución), conviene hacer referencia en este apartado relativo a las modificaciones del Código civil en materia de derecho de familia a la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, y a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. De la primera ha de decirse que ha dado una nueva redacción a todo el Título X del Libro I del Código civil, intitulado "de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados" y comprensivo de los arts. 215 a 306 (quedando sin contenido los arts. 307 a 313). En cuanto a la segunda, relativa a la adopción, debe significarse que dio una nueva redacción a todo el Capítulo V del Título VII del Libro I del Código en que se contiene la disciplina propia de esta materia. Las reformas del Código sobre estas figuras no habían de acabarse, sin embargo, con estas leyes, pues, como veremos, tanto la regulación de la tutela como la de la adopción habían de sufrir todavía nuevos cambios con la aparición de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

3. Las reformas de adaptación a la Constitución del derecho de la persona

Como se acaba de indicar, uno de los principios cardinales de la Constitución española es el principio de no discriminación. Por otra parte, como hemos visto, la Consti-

tución hace a veces referencia directa a los niños y a los jóvenes (arts. 39.4 y 48), y hace también indicación de los principios rectores del tratamiento disciplinar de la nacionalidad (art. 11).

Las modificaciones del Código civil en materia de no discriminación por razón de sexo se contienen particularmente en la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modifica el articulado de nuestro primer cuerpo legal en aplicación de dicho principio. Entre otros preceptos del Código civil, esta ley ha dado una nueva redacción a su art. 14 relativo a la importante figura de la vecindad civil, específica del derecho civil español y muy trascendental dentro del mismo en cuanto que determina la sujeción de la persona a alguno de los diversos ordenamientos civiles coexistentes en España. En la determinación de tal vecindad a través del criterio llamado del *ius sanguinis* se venía adoptando tradicionalmente la solución de atribuir al hijo la vecindad civil del padre, lo cual se podía considerar que atentaba al principio de no discriminación por razón de sexo, de modo que la reforma se orienta a solventar esta posible discriminación.

A la misma preocupación constitucional de afirmación del principio de igualdad, así como también para seguir orientaciones de los organismos internacionales sobre adopción de medidas que hagan desaparecer cualquier tipo de disposición sexista en relación al derecho al nombre, obedece la Ley 4/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, a la que ya antes se ha hecho en este pequeño trabajo una mínima referencia. Mediante tal disposición se modifica, en efecto, según se ha señalado, el texto del art. 109 de Código civil, en el sentido de que, si bien como norma general los apellidos se impondrán al hijo con arreglo a la legislación relativa al Registro civil (esto es, imponiéndole, de ser ambos progenitores conocidos, el primer apellido del padre y primer apellido de la madre, por este orden), los progenitores podrán, si así lo deciden antes de la inscripción registral del nacimiento del hijo, establecer el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, de modo que el orden decidido respecto del primer hijo regirá en las inscripciones de nacimiento de sus hermanos del mismo vínculo. En todo caso, como ya se preveía anteriormente -desde la reforma operada, según antes se ha recordado, del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio por la Ley 11/1981, de 13 de mayo-, el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

La protección de los menores, niños y adolescentes, a la que ya fue particularmente sensible la recordada Ley 21/1987, de 18 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, es el objetivo básico de la anteriormente aludida Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil y también de la Ley de Enjuiciamiento civil. En esta importante norma legal, a través de cuyo articulado se intenta propiciar, en sus más variados aspectos, una completa protección de la persona del menor, se vienen a modificar, por medio de sus disposiciones finales, unos cuarenta y cinco artículos del Código civil para ponerlos en sintonía con el espíritu propio de la ley en aspectos tan variados como los relativos a los alimentos debidos a los hijos, a la adopción, a las situaciones de abandono, al acogimiento, a la tutela e incluso a la patria potestad. De esta importantísima disposición modificativa de numerosos artículos del Código civil debe significarse que encuentra paralelismo y a veces complemento en numerosas normas de carácter autonómico. La institución de la adopción, a la que se acaba de hacer una puntual referencia, todavía había de ser objeto de una nueva disposición legal de carácter reformador a través de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, por la que se modifica el art. 9.5 del Código civil con el propósito de dar mayor virtualidad a la llamada adopción

internacional.

Por su parte, la Ley 51/1983, de 13 de julio, ya dio una nueva redacción a los arts. 17 a 26 del Código civil relativos a la nacionalidad. Ulteriormente esta materia, que, como ya tuvimos ocasión de señalar, es particularmente sensible a las circunstancias políticas y a las condiciones de las relaciones internacionales, ha sido de nuevo totalmente reformada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, y poco después la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha dado una nueva redacción al art. 26 del Código civil referente a la recuperación de la nacionalidad española por parte de quien la hubiera perdido.

En este apartado sobre las reformas del Código civil no puede dejarse de hacer mención a la Ley 6/1984, de 31 de marzo, por la que se suprimen y modifican determinados preceptos sobre interdicción civil de los Códigos civil y de comercio y de las Leyes de Enjuiciamiento criminal, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas e Hipotecaria. Es de notar que esta figura jurídica, que tradicionalmente venía a suponer una restricción de la capacidad de obrar con sometimiento a tutela del interdicto y repercusiones de esta calificación personal en orden a la suspensión de la patria potestad, a la posibilidad de testificar en los testamentos y a la continuidad de la relación de mandato, vino a desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico precisamente a través de la norma en este momento recordada.

En relación al aspecto de la adaptación normativa del derecho de la persona a los postulados constitucionales, entre los que se encuentra la garantía del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 de la Constitución), es necesario recordar en este apartado, aunque de una manera inmediata y directa no suponga una modificación del texto del Código civil, la importante Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

IV. OTRAS REFORMAS DE NUESTRO DERECHO CIVIL

1. Algunas reformas de significación económica

En los últimos tiempos el Código civil ha sufrido algunas reformas de indudable interés por razón de la materia a que se refieren y a su significación y trascendencia en determinados aspectos económicos de la vida social española, como los relativos al contrato de seguro, al interés legal del dinero y al arbitraje de derecho privado.

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre contrato de seguro, ha derogado los arts. 1791 a 1797 del Código civil, así como también determinados artículos del Código de comercio. Esta supresión de preceptos se debe a que el legislador español se ha orientado por regular la importante materia de los seguros privados en una ley especial que consintiera un minuciosidad que no permitía la mera reforma de un corto número de preceptos en los textos codificados.

En relación a la Ley 22/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, hay que tener en cuenta que ha venido a modificar el art. 1108 del Código civil suprimiendo el segundo párrafo del mismo. En la nueva normativa el interés legal se determinará no mediante una regla constante y general sino teniendo en cuenta en cada momento el tipo básico señalado por el Banco de España, salvo que la ley de presupuestos generales del Estado establezca uno diferente.

También ha de hacerse referencia, en este apartado, a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, que ha venido a derogar los arts. 1820 y 1821 relativos a los

compromisos. Esta vigente ley de arbitraje, que deroga la de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulaban los arbitrajes de derecho privado, reglamenta con cierto detenimiento el convenio arbitral y sus efectos, los árbitros, el procedimiento, el laudo arbitral, su posible impugnación, la ejecución del mismo y los posibles supuestos en que en relación al arbitraje pueda hacerse necesaria la intervención jurisdiccional, sin olvidar la cuestión de la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros así como la normas de derecho internacional privado en relación al arbitraje.

Finalmente, no hay que olvidar, siempre por relación a las reformas de nuestro derecho civil de significación económica, la Ley 29/1987, de 2 de agosto, de aguas, que, aún sin modificar directamente los preceptos del Código civil relativos a esta importante materia, determina expresamente que su trascendencia está condicionada a su falta de oposición a los preceptos de la legislación especial. Tampoco puede dejarse de señalar, por la significativa proyección social de su normativa, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, dictada en desarrollo del art. 34 de la Constitución y ahora sustituida, en cuanto a las fundaciones, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. Todavía hay que hacer referencia en relación a estos aspectos relativos a materias de significación económica, en conexión con el art. 20 de la Constitución, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, que complementa los arts. 428 y 429 del Código civil. En esta misma materia de carácter económico ya se había promulgado, muchos años antes y como complementos del los arts. 426 y 427 del Código, la Ley 22/1973, de 21 de julio, en materia de minas, a cuyas disposiciones se han de conectar las de la Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de hidrocarburos, ahora sustituida por la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

Además de las leyes recordadas tienen también un particular interés para el derecho privado, aunque no se relacionen formalmente para modificarlo con el texto del Código civil, ciertas disposiciones que no deben dejar de mencionarse en este apartado. Tal ocurre, por ejemplo, con la legislación relativa a las condiciones generales de la contratación, materia que se relaciona directamente con la de protección de los consumidores y usuarios postulada por el art. 51 de la Constitución, pero que tiene, sin duda, una potencial proyección jurídica de mayor alcance y amplitud. Promulgada en su día la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y publicada posteriormente la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que en buena parte modifica la anterior, constituyen ambas un conjunto normativo de gran trascendencia en las relaciones económicas, a veces superador y en todo caso complementario de la disciplina sobre la contratación en general contenida en el Código civil.

Dentro de las reformas de nuestro derecho civil de significación económica, debe hacerse también mención en este lugar, por cuanto que está muy relacionado su contenido con la protección de los consumidores y usuarios la importante Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Como bien se sabe, esta disposición legal se refiere fundamentalmente, de una parte, a la calidad y seguridad de la edificación y, de otra, a las obligaciones y eventuales responsabilidades que pueden corresponder a los diferentes agentes intervinientes en el proceso edificatorio, que la ley identifica con minuciosidad, distinguiendo entre el promotor, el proyectista, el constructor, el director de la obra y el director de su ejecución. El art. 17 de esta ley se refiere, como se sabe, a la responsabilidad civil que a cada uno de ellos puedan corresponder frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de ellos por los daños materiales ocasionados en los mismos dentro de los plazos a los que se refiere el propio

precepto. Cabe reseñar que, aunque la regla general establecida en la ley es la de que la responsabilidad correspondiente será exigible en forma personal e individualizada, la propia disposición legal contiene importantes excepciones -así en el caso de no poder individualizarse la causa del daño, en el supuesto de la concurrencia de culpas o cuando exista actividad conjunta- con un planteamiento, en buena parte superador, aunque sea respetuoso con ella, de la tradicional opción legislativa a favor de la mancomunidad y en detrimento de la solidaridad, que hoy debe considerarse, al menos a mi juicio, como una solución poco compatible con las exigencias del mercado en una sociedad dinámica como la nuestra. Aunque sería un tema interesante a considerar, no podemos abordar aquí la discutida cuestión de si el art. 17 de la ley ha venido a sustituir o derogar el importante y debatido art. 1591 del Código civil.

Todavía en el contexto de que venimos hablando, merece una referencia la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles de uso turístico, que, como se sabe, fue inducida por la Unión Europea a través de la directiva del Parlamento y del Consejo de 26 de octubre de 1994. Mediante esta ley, que establece una figura claramente alternativa a la de la llamada multipropiedad, la utilización de cuya palabra la disposición prohíbe, propone una regulación de la utilización, configurada como derecho real, de inmuebles turísticos, ordenada a corregir ciertos excesos que venían deteriorando la confianza de muchos extranjeros que se proponían pasar sus vacaciones entre nosotros.

Dentro de este pequeño apartado dedicado a las reformas de nuestro derecho civil de significación económica, cabe señalar, aunque se trate de una norma de menor incidencia en la vida social, la Ley 28/1998, de 13 de julio, sobre venta a plazos de bienes muebles, que ha venido a sustituir a la obsoleta anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre la misma materia.

Siempre dentro de este apartado relativo a los desenvolvimientos de nuestro derecho civil de significación económica, cabe señalar, aún a riesgo de trasvasar en parte el objeto propio de esta conferencia, que no pocas de las normas comunitarias inciden fuertemente en nuestro derecho privado y que, asimismo, es cada vez mayor la preocupación entre no pocos civilistas por la conveniencia de proponer una codificación europea de la contratación, en orden a la cual ya trabajan, desde hace algunos años, varios grupos de juristas. No es propio que abordemos aquí y ahora, ni siquiera a nivel informativo, los principios que inspiran los trabajos en orden a la propuesta de un código europeo de los contratos ni tampoco el estado de elaboración de los mismos; pero me ha parecido interesante hacer esta referencia en cuanto que trata de una necesidad sentida en muchos de los ámbitos jurídicos culturalmente cercanos al nuestro.

2. Reformas del Código aconsejadas por el realismo de la experiencia

En no pocas ocasiones, la experiencia diaria señala con frecuencia ciertas disfunciones presentadas en la práctica por la rigidez, la limitación o la generalidad de las soluciones normativas, de manera que, cuando las mismas llegan a hacer mella en la sociedad, ésta suele influir sobre el legislador reclamando las oportunas modificaciones de los textos legales.

Por lo que a las modificaciones del Código civil se refiere, podríamos también recordar aquí la ya señalada Ley 35/1994, de 23 de diciembre, en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes, que vino en su día a remediar ciertas dificultades que a la celebración de las nupcias se presentaban en algunas ocasiones, pero, aparte de ella, debe hacerse ahora mención de la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de

los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad del profesorado, de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos y de la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

La primera de estas tres últimas leyes viene a reformar los arts. 1903 y 1904 del Código civil. La normativa codificada existente con anterioridad a la modificación hacía responsables a los maestros por los perjuicios causados por sus alumnos mientras permanecieran bajo su custodia, de manera que dicha normativa venía determinando, sobre todo después del pronunciamiento de diversas sentencias condenatorias del profesorado de educación secundaria que fueron convenientemente aireadas, que muchos profesores se negasen a realizar actividades extraescolares de apoyo a la enseñanza y actividades complementarias. La reforma del Código civil se ha orientado acertadamente en el sentido de responsabilizar por los daños causados por los alumnos menores de edad a las personas o entidades que sean titulares de los centros docentes de enseñanza no superior, sin perjuicio de poder repercutir lo satisfecho sobre los profesores si éstos hubieran incurrido en dolo o causa grave en el ejercicio de sus funciones.

La Ley 30/1991, de 20 de diciembre, ha dado, por su parte, una nueva redacción a los arts. 696 a 699 y 706, 707, 709, 710 y 711 del Código civil, en materia de testamentos. El aspecto más interesante de la reforma se orienta fundamentalmente en el sentido de no exigirse necesariamente, según había sido la solución normativa tradicional, la presencia de dos testigos idóneos en el otorgamiento de los testamentos autorizados notarialmente. Esta exigencia era, desde luego, poco explicable, en cuanto que el otorgamiento se hacía ante notario que de por sí es un testigo especialmente cualificado, y en la práctica se había venido a convertir, en muchas ocasiones, en una mera formalidad intrascendente por cuanto que los testadores, que no siempre quieren que se conozca el contenido de su testamento, no solían llevar los testigos a la notaría y en tal caso se hacía que prestasen tal cometido personas que accidentalmente se encontraban en ella. A solventar estos inconvenientes se orienta la reforma del articulado del Código y, en efecto, al otorgamiento del testamento notarial abierto sólo habrán de concurrir ahora dos testigos cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar, cuando el testador, aunque pueda firmar el testamento, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí o cuando el testador o el notario soliciten la presencia de los testigos.

Los -en muchos supuestos de desaparición de una persona- excesivamente largos lapsos de tiempo necesarios para que su transcurso, a partir de la falta de noticias de aquélla o de su desaparición pudiera dar lugar a la presunción de su muerte y, consecuentemente a la declaración de su fallecimiento, provocaban, a veces, que, dadas las precisiones normativas introducidas en el Código por la ya citada Ley sobre ausencia o falta de presencia de las personas de 8 de septiembre de 1939, al dolor de la probabilidad vehemente de la muerte de una persona se añadieran, para sus familiares, no pocos inconvenientes de tipo patrimonial -transmisión hereditaria de los bienes del presunto difunto, cobro de seguros, cancelación de cuentas y depósitos bancarios, etc.), que, sin duda, hacían todavía más penosa la situación en la que dichos deudos se encontraban. Ello trascendía también respecto de la tramitación de pensiones y beneficios en materia de seguridad social, cuya legislación intentó, sin embargo, por su parte, poner remedio a estos inconvenientes.

Tomando ocasión, sobre todo, de reiterados naufragios de pesqueros gallegos, se ha dictado, en el afán de solventar estas situaciones, la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros. Por ella se reforma, sin duda con acierto, el

contenido de los arts. 193 y 194 del Código civil, acortando, en el primer caso el tiempo a transcurrir para que opere la presunción de muerte de dos años a un año en caso de riesgo inminente por causa de violencia contra la vida y de dos años a tres meses en caso de siniestro, y determinando, en relación al segundo de los preceptos, el acortamiento de dos años a tres meses del tiempo necesario para presumir el fallecimiento por haber ocurrido el naufragio de una nave o haber desaparecido sus pasajeros, presumiéndose dicho naufragio si el buque no llega a su destino o no retorna a su puerto de origen en seis meses (anteriormente, tres años), y de dos años también a tres meses en caso de siniestro de aeronaves, presumiéndose este siniestro si, en viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabitadas, transcurrieren seis meses contados desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha del inicio del viaje.

Dada la complejidad del tema en estudio, he tenido forzosamente que soslayar aspectos de gran trascendencia como son los que se refieren a la extracción y trasplantes de órganos regulados por la ley de 27 de octubre de 1979 o a la donación y utilización de gametos, embriones y fetos humanos o sus estructuras biológicas, regulados, respectivamente, por la ley 35/1988, de 22 de noviembre, y la ley 42/1988, de 28 de diciembre, o bien a la firma electrónica, objeto del Real Decreto 14/1999, de 17 de septiembre.

Por otra parte, soy consciente de que, con estas breves pinceladas sobre la evolución de nuestro derecho civil en la segunda mitad del pasado siglo XX, no he hecho sino una exposición muy esquemática y también un tanto superficial sobre una materia que hubiera requerido un discurso de mucha más enjundia.

Es posible, sin embargo, que el panorama normativo presentado haya ofrecido una razonable visión de conjunto y también que la *heterogeneidad temática* de mi conferencia haya sido adecuada a la composición multidisciplinar que caracteriza a esta docta corporación cordobesa. En este sentido, si mi intervención ha pecado de poco rigurosa, quizá haya sido también más soportable y llevadera para un distinguido público dentro del cual muchos no son juristas. A todos Ustedes les agradezco profundamente la atención que me han dispensado al escucharme.

EL DERECHO PENAL EN EL SIGLO XX

ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ
FISCAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades modernas y actuales. Uno más, pero no el único, aunque, sin duda, el que más repercusiones y consecuencias genera en el entorno social, porque tiende a evitar aquellos comportamientos que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen.

Se trata, además, de una forma de control social monopolizado por el Estado, significándose como una de las parcelas fundamentales del poder estatal por lo que, desde la Revolución Francesa, se ha considerado siempre como instrumento cuya utilización es preciso delimitar con la máxima claridad posible, porque la exigencia de una ley penal previa, escrita y estricta, verdaderos pilares sobre los que se asienta el principio de legalidad, constituyen una de las garantías fundamentales del ciudadano.

El Código Penal no es sólo, como afirmara VON LISZT, la Carta Magna del delincuente, sino que diríase que opera como verdadera Carta Magna de las Libertades, porque, como "Constitución Negativa" que es, contribuye a delimitar el ejercicio de los derechos y libertades de todos los ciudadanos y, en definitiva, permite la consecución de la paz social.

En los últimos años, las reformas del Derecho Penal se han caracterizado por la utilización que ha hecho el Legislador de este poderoso instrumento para luchar contra los grandes riesgos generados por la sociedad de nuestro tiempo: Economía, medio ambiente, mundo de la informática, salud colectiva, corrupción, criminalidad organizada etc... Y no siempre el famoso dicho de "a grandes males, grandes remedios" se ha manifestado como infalible, porque, a veces, la política criminal sustentada sobre las tres reglas: Las penas ayudan; si no ayudan, entonces se recurre a penas más severas que ayudan. Y si tales penas más severas aún no ayudan es que entonces los Tribunales habrán fracasado, se revela como totalmente incapaz para satisfacer los deseos de justicia de la sociedad.

Además, a ello se ha unido que los Tribunales Penales, en no pocas ocasiones, han tenido que hacer frente a determinados casos (como el de la Colza) en los que la dogmática acuñada por el Derecho Penal clásico, basada esencialmente en la causalidad entre la conducta realizada y el resultado producido y en la atribución de responsabilidades individualizadas se antojaba como tremendamente insuficiente para solucionar los múltiples problemas técnicos que suscitaban dichos supuestos.

Y por si aún el conjunto de dificultades suscitadas no se hubiera todavía completado, hay que añadir, en el caso de nuestro País, que la profunda transformación experimentada por nuestra sociedad en las casi tres décadas de democracia ha generado, en el

ámbito de la política criminal, una serie de exigencias a las que el Legislador Penal, de una parte, y los operadores jurídicos, de otra, han de hacer frente.

La existencia de un marco de convivencia democrático y los valores introducidos por la Constitución de 1978, que consagra la vigencia y vinculación de los poderes públicos a la observancia y aplicación directa de los derechos fundamentales ha supuesto también para la dogmática penal española la asunción de importantes retos en orden a alcanzar la plena efectividad de los mismos.

Los principios de legalidad, seguridad jurídica, mínima intervención, proporcionalidad y resocialización constituyen hoy en día los fundamentos del Derecho Penal dentro de una sociedad moderna, porque permiten el libre desenvolvimiento del derecho a la libertad, en sus más amplias manifestaciones.

¿Cómo hacer frente a tal cúmulo de problemas?:

Desde luego, la visión utópica de una futura sociedad capaz de resolver sus conflictos sin necesidad del Derecho Penal es una constante histórica. Mucho autores y escuelas han vaticinado desde siempre la desaparición del Derecho Penal, apresurándose a extender su certificado de defunción, reemplazado por un nuevo Derecho preventivo o correccional.

Sin embargo, la evolución histórica del control social penal no parece dar la razón a estas posiciones tan optimistas. El Derecho Penal no tiene los días contados y, por el contrario, goza aún de buena salud porque ha sabido adaptarse a las exigencias de los tiempos.

Y hoy los tiempos modernos demandan, en palabras de GARCIA PABLOS, una racionalización del Derecho Penal que se traduce en una redefinición de sus metas y objetivos, en el establecimiento de unos nuevos criterios de intervención y en la utilización de nuevos medios e instrumentos que sean idóneos para satisfacer las necesidades sociales.

Tres son, por tanto, las ideas sobre las que ha de asentarse este proceso de racionalización del Derecho Penal:

En primer lugar, que el moderno Derecho Penal debe cumplir una función *instrumental*, preordenada a la exclusiva tutela de los bienes jurídicos más valiosos del orden social.

Su cometido genuino no se agota en la creación de deberes jurídicos, ni puede pretender ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia, como decía WELZEL, ni tampoco aspirar a la realización utópica del valor justicia, sino que su función se reduce, simplemente, a la de hacer posible la convivencia entre los ciudadanos asegurando los valores supremos de ésta mediante la amenaza del castigo.

En segundo término, si bien el Derecho Penal es un instrumento necesario para la protección de bienes jurídicos, no es el único. El Estado dispone en nuestros días de otros recursos para hacer frente al problema criminal y prevenir el delito. Desde los poderosos mecanismos de control que hoy permite la informática, el acceso a los datos de la intimidad a través de los sistemas ofimáticos, permite un mejor y más detallado cuando no preocupante también conocimiento de la situación de los ciudadanos, por la extraordinaria información que los bancos de datos de las diferentes Administraciones Públicas suministran cada día para poder tomar decisiones (los datos fiscales, la situación patrimonial, la salud e integridad de las personas, etc...), pasando por los sistemas de vigilancia electrónica que tanto afectan también a la intimidad de los mismos, sin olvidar tampoco los importantes resortes legales que el propio Estado se ha procurado para alcanzar una mayor efectividad administrativa.

Por tanto, cuáles deberían ser los criterios que permitieran considerar como legí-

tima la utilización del Derecho Penal: Básicamente, dos: El del coste social y el de la efectividad.

En lo que atañe al primero, es un hecho cierto que la intervención penal genera un gasto elevado. La pena es, sin duda, el instrumento socialmente más caro y gravoso, sin que su altísimo coste se justifique por el efecto beneficioso de aquélla en el culpable ni por su pretendida capacidad para resolver los conflictos.

La efectividad real del Derecho Penal suscita una debatida cuestión en la doctrina, pues que sea el instrumento más drástico y temible del arsenal del Estado no significa necesariamente que sea, también, el más eficaz y resolutorio de todos.

Además, la experiencia parece demostrar que los modelos disuasorios, producto más de trasnochados prejuicios y coartadas defensivas que de lo que se constata en la realidad social, ponen de manifiesto que la capacidad preventiva de una determinada estrategia no depende de su naturaleza (que esta sea o no penal), sino más bien de sus efectos. Más utilización de la Ley Penal no significa automáticamente menos delincuencia; Más leyes y penas más severas, no conduce necesariamente a una menor criminalidad. Cuando se llega al último recurso de la pena es porque nos encontramos ante un verdadero fracaso social al que no se ha puesto remedio con anterioridad. Ninguna política criminal realista puede prescindir del castigo, pero tampoco cabe degradarla hasta limitarla al estricto campo de la mera política penal.

La eficacia preventiva del Derecho Penal parece muy limitada: Interviene tarde y mal en el conflicto social: tarde, porque opera, no cuando éste se produce, sino cuando el mismo ya se ha manifestado y muestra sus crueles consecuencias. Y mal, porque no aporta un remedio que permita atajar las causas del problema, sino que su tratamiento es meramente sintomático, acorde a sus signos externos.

¿Cuándo y dónde debe operar, pues, el Derecho Penal?. En aquello que sea estrictamente necesario. Es decir, la intervención penal ha de ser mínima, sometida a límites eficaces, selectiva, y subsidiaria.

Esto que es obvio, deja sin resolver la eterna cuestión de cuándo se entiende que el Derecho Penal debe operar, es decir, cuando es estrictamente necesario. La respuesta pudiera parecer escueta pero es muy determinante: Cuando el conflicto social no pueda resolverse mediante medidas alternativas.

Para ello es necesario, en primer lugar, detectar las causas y magnitud de dicho conflicto social.

En segundo término, valorar la posibilidad de que con programas o estrategias alternativas "no penales" que incidan en los factores, datos y elementos que integran el escenario criminal tal vez sea posible realizar una labor de prevención general.

En muchas ocasiones el delito no es un fenómeno casual o fortuito, sino la consecuencia de un conjunto de factores que conducen a escoger el momento oportuno, el espacio adecuado y la víctima propicia. Salvo excepciones, el delito surge siempre de una necesidad anímica o material que desencadena un proceso interior que más tarde se traduce en la desbordada irracionalidad del hecho. El origen, pues, del problema radica en anticiparse a la existencia de esa necesidad.

Una completa labor científica de prospección de las variables personales, espaciales, temporales o estructurales del delito permitirá, en muchos casos, la neutralización de las mismas con una alta eficacia y un bajo coste social. Junto a ello, la elaboración de programas de prevención social con políticas encaminadas a la mejora de las condiciones de vida de los estratos sociales más deprimidos; programas de información y concienciación a los grupos que exhiben más elevados riesgos de victimización; códigos éticos de conducta por los que deban conducirse los medios de difusión social en

orden sobre todo a la transmisión de valores acordes con la dignidad humana, suprimiendo el constante "bombardeo" de violencia en cualquiera de sus manifestaciones; políticas efectivas de reinserción social de los que han cumplido ya la pena, etc...

Y, al final, si se constata la imposibilidad y el fracaso de tales medidas alternativas o, en su caso, no es posible su aplicación, habrá que optar por la vía del Derecho Penal, utilizándolo con criterios de proporcionalidad.

Criterios de proporcionalidad que pasan:

1) En primer lugar y, como ya tuvo ocasión el TC de pronunciarse (STC 136/1999. Caso Herri Batasuna) afirmando que *"la proporcionalidad de una reacción penal tiene lugar cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución"*.

Tal doctrina debe tener en cuenta tres factores fundamentales:

En primer lugar, debe indagarse si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, fundamento jurídico 7^a)

En segundo término, si la medida punitiva a adoptar es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión.

Y, finalmente, en tercer lugar, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

2) En segundo término, es necesario acentuar la preocupación por la víctima. La Jurisprudencia constitucional se ha mostrado particularmente sensible y de modo primordial por los derechos fundamentales del imputado dentro del proceso penal y mucho menos por quienes padecen el delito. Tal preponderante inclinación, no puede, en principio, dejar de suscitar una profunda inquietud a quien se acerca al estudio de este problema desde la otra vertiente de la relación delictual, la de la víctima, en primer lugar porque, tradicionalmente, el proceso penal ha supeditado la búsqueda de la verdad material localizada en el esclarecimiento del delito y en el castigo de sus partícipes, a la observancia de una serie de garantías procesales que podrían sintetizarse en el vocablo *"derecho a un juicio justo"* en el que aparecen imbricados, no sólo ya el precitado derecho a la presunción de inocencia, sino también otros de no menor relevancia en este campo como los de los derechos a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho al juez natural e imparcial o, incluso, el derecho a no sufrir discriminaciones en aquellos aspectos en que la Ley no distinga. Y, en segundo lugar, porque, como se ha encargado de reiterar, tanto la Jurisprudencia del TC¹, como la del TS², pues aún siendo respetables los intereses de la víctima del delito, no pueden hacerse prevalecer, «contra legem», en perjuicio de los derechos fundamentales del acusado.

Si a lo expuesto añadimos el constatable pavor que en muchos casos inclina a quien

¹ SSTC. 157/90, 199/96, 41/97 y 232/98, entre otras muchas.

² El ATS. de 1 de febrero de 1999 (Ref. A. 406) es bastante ilustrativo al respecto al señalar de modo tajante que: *"la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a obtener una satisfacción en forma de sentencia condenatoria por el delito sufrido, toda vez que el ius puniendi constituye una consecuencia del ejercicio de las atribuciones que corresponden en exclusiva al Estado"*.

padece hechos criminales reprobables a no salir del anonimato, ocultando sus propios sufrimientos y no denunciando las vejaciones de todo tipo, físicas, psíquicas y morales, proferidas contra su dignidad e integridad, nos hallaremos, por tanto, a priori, ante una difícil tarea, que por su propia dificultad, entraña, también, un notable interés, como es la de analizar cuál es el papel de la víctima en los procesos penales, cuál la eficacia probatoria de sus testimonios y en qué medida, también, el Legislador y la Jurisprudencia generada en torno a la interpretación de sus normas, ha querido establecer un marco de protección, ciertamente necesario por justo y merecido, a quienes osan asumir la importante responsabilidad personal, familiar e incluso social que supone afrontar, mediante su testimonio, el tortuoso camino que conduce a la búsqueda de esa verdad material que es lo que al final debe perseguir el proceso penal.

La Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo lapidario, afirmaba que, en materia penal, *“hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: El de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse”*. La víctima se convierte así en la gran ignorada por el proceso penal.

En efecto, tradicionalmente, el protagonismo de la víctima se ha visto reducido a la puesta en marcha del procedimiento penal, pues a través de ella, es como únicamente llega a conocimiento de las Autoridades la *notitia criminis* y, paradójicamente, a medida que el procedimiento va siguiendo sus trámites esta intervención se hace poco a poco más trascendente, en función de la siempre omnipresente primacía de los intereses públicos sobre los privados.

De ahí que se haya producido en el seno de la Criminología un movimiento destinado a primar el papel de la víctima dentro del proceso penal. A ello ha contribuido la Victimología o rama de la ciencia criminal dedicada al estudio de la víctima y de todos los factores y aspectos que inciden en esta figura clave del proceso penal.

Los victimólogos ven, pues, en el sujeto pasivo del hecho criminoso, en especial en aquellas manifestaciones delictivas que atentan contra bienes tan personalísimos como la propia intimidad y dignidad humanas, determinados factores de victimización que, amén de los propiamente derivados del delito sufrido, tienen mucho que ver con los procesos judiciales que, iniciados por la puesta en conocimiento del hecho por parte de la víctima, generan en ésta determinados factores que han venido a constituir lo que se ha denominado *“victimización secundaria”*, incluyendo dentro de esta categoría todos los sufrimientos que a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: Policías, jueces, fiscales, peritos, criminólogos, etc... Supone, pues, el frustrante choque entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional.

Esta segunda experiencia, añadida a la anterior primaria, puede incrementar aún más el daño causado por el delito, al acentuarse todavía con mayor intensidad en su dimensión psicológica o social. Así, al hallarse en contacto con la administración de justicia o con la policía, las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo, cuando no sufriendo incomprendiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema de justicia, o, lo que es peor, simplemente son ignoradas.

En algunos casos y con relación a ciertos delitos, las víctimas pueden llegar a ser tratadas de alguna manera como acusados y sufrir la falta de tacto o la incredulidad de determinados profesionales³.

³ A veces, los interrogatorios en los juicios orales, preponderantemente de las defensas, se orientan a

Por ello, no puede extrañar que esta victimización secundaria se considere aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige al mismo solicitando justicia y protección, añadiéndose al daño causado directamente por el delito, el de la propia nocividad que deriva de la desatención y la falta de interés por quien lo ha padecido.

Para paliar estas circunstancias, no han faltado desde el entorno europeo loables iniciativas que pretenden hacer frente a esta situación. Tal es el caso del Comité de Ministros del Consejo de Europa que en su reunión del 28 de junio de 1985 aprobó una serie de recomendaciones encaminadas a mejorar la situación de la víctima en el Derecho y el Proceso Penal, requiriendo de los Estados miembros la adopción de una serie de medidas referidas al trato que ha de serles deparado por la Policía y por los operadores jurídicos; la necesaria información que ha de suministrárseles sobre las posibilidades legales de recibir ayudas materiales, médicas y psicológicas por parte de instituciones públicas o privadas; darles cuenta de cuáles son sus derechos, la forma de ejercitarlos y las medidas de reparación, ya sea a cargo del propio delincuente o, en su defecto, del Estado. Es decir, un conjunto de recomendaciones que ponen de manifiesto la especial preocupación del Consejo de Europa por la victimización secundaria, pero que están muy lejos de verse reflejadas de forma satisfactoria en los diferentes ordenamientos jurídicos⁴. Una mejor atención y preocupación del legislador por la víctima contribuirá, sin duda, también a la necesaria "suavización" de los denostados efectos que tiene el delito en cualquier sociedad civilizada.

3) Y finalmente, en tercer lugar, una mayor agilización del proceso penal que pasaría, no sólo ya por las reformas procesales que han entrado en vigor el pasado día 28 de abril, sino también por el establecimiento del principio de oportunidad. Razones de utilidad pública o de interés social unidas a la necesaria armonización y homologación de nuestra Administración de Justicia Penal con la del entorno europeo que nos rodea llevan a una necesaria reforma de los principios que caracterizan el actual modelo de persecución penal.

Es necesario sustituir el modelo de legalidad que, incluso en el proceso actualmente vigente presenta notables connotaciones⁵ de una importante evolución de aquél a

tergiversar su intervención en los hechos que se juzgan, lo que ocurre con cierta frecuencia, por ejemplo, en las causas seguidas por delitos sexuales en los que a la víctima de la agresión se intenta hacer "confesar" que fue con su consentimiento, cuando se trata de prácticas y actitudes inadmisibles que exigen de una urgente rectificación. (Puede consultarse, en este sentido, el interesante trabajo de VERIN J. "La víctima y el sistema penal" en la Revue de science criminelle et de Droit Penal Comparé. Paris, 1980. Pág. 770.)

⁴ En nuestro País, la Ley 35/95, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual destaca en su Exposición de Motivos que tal conjunto de recomendaciones ha constituido un referente de primer orden en el tratamiento de esta materia. Igualmente, la reciente Ley 38/2002, de 24 de octubre, que ha modificado el procedimiento abreviado y ha introducido el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, tratan de paliar esa secular desatención a la víctima haciéndola también protagonista del proceso mediante la puesta en su conocimiento de todas las vicisitudes por las que el proceso vaya discurriendo, desde la inicial noticia criminis hasta el conocimiento final de la terminación del proceso y su resultado con la notificación de la sentencia dictada.

⁵ El principal exponente del principio de oportunidad en nuestro proceso penal lo constituye la institución de la conformidad (arts. 655, 694-700) la cual vendría a encuadrarse dentro de los sistemas puros de transacción penal, puesto que la finalización anormal del procedimiento se produce mediante la sola declaración de voluntad de la defensa, sin que el acusado pueda ser sometido al cumplimiento de prestación alguna. La tardía ubicación de dicho trámite (fase intermedia y comienzo del juicio oral) producía, sin embargo, una escasa economía procesal, que era necesario corregir y que, en parte se ha solucionado con la introducción de un sistema de conformidad privilegiada que se regula en el nuevo art. 801 de la LECrim., luego de la reforma introducida por la L.O. 8/2002, de 24 de octubre.

parámetros mucho más flexibles, y, por otro lado, más acordes con lo tiempos actuales, como serían los del reconocimiento formal y legislativo del principio de oportunidad, que en el ámbito de una eventual fase preprocesal previa, por tanto, al enjuiciamiento, podría consistir, bien en la suspensión de la persecución penal durante un determinado período de tiempo, por ejemplo dos años, de tal manera que, una vez transcurridos los mismos y verificado que el imputado no hubiere delinquirido durante ese marco temporal, se procediera al archivo definitivo del expediente, bien el instituto de la conversión de la acción pública en privada, esto es, acordar el archivo de las actuaciones, notificándose al perjudicado por si deseara entablar la acción penal en otro procedimiento de instancia puramente privada y especial, que podría tener lugar ante el Organismo Jurisdiccional y en los que el Ministerio Fiscal no interviniera, bien derivando la solución del conflicto a tareas de mediación.

Tales formas alternativas de finalización de la investigación penal podrían exigir la concurrencia de una serie de garantías que pudieran revestir las siguientes características, de acuerdo con los precedentes del Derecho Comparado antes descrito:

1) La escasa lesión producida mediante la comisión del delito y la falta de interés público en su persecución.

2) El estímulo o la pronta reparación a la víctima, unido a otros como el pago al Estado de los beneficios obtenidos mediante la infracción, la edad avanzada o el estado de enfermedad del inculcado, etc...

3) Evitar los efectos criminógenos de una eventual condena judicial a una pena privativa de libertad de corta duración⁶, de tal manera que cuando se tratare de delitos castigados con esta modalidad de pena privativa de libertad y, además, hiciera referencia a primodelincuentes o a jóvenes, pudieran conferirse al Ministerio Fiscal las oportunas prerrogativas para acordar la no continuación del procedimiento e instar el sobreseimiento de la causa.

4) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo podría quedar subordinado el archivo de las actuaciones⁷.

Como puede verse, en este breve trabajo se reflejan notables problemas e inquietudes que hoy aquejan a nuestro sistema penal y a los que no siempre es posible dar una respuesta inmediata y adecuada. Lo importante es, ante todo, diagnosticar con profundidad y rigor cuáles son los males porque, conociéndolos, se podrán arbitrar las terapias necesarias para su curación.

⁶ A esta finalidad responden, por ejemplo, los institutos del "*plea-bargaining*" americano, o del "*patteggiamento*" italiano. Por virtud del primero, el Fiscal en ciertos Estados de USA., tras los oportunos dictámenes psiquiátricos, puede llegar al convencimiento de acordar el archivo de las actuaciones, cuando se trata de jóvenes delincuentes que han cometido un hecho delictivo menos grave, para evitar que los mismos ingresen en prisión para cumplir tales penas de corta duración. En el caso del Derecho Italiano, la institución nombrada, introducida por la Ley de 24 de noviembre de 1.981, permite al imputado solicitar del Juez, previo acuerdo del MF, la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad de corta duración por otra como la multa, o incluso, la posibilidad de la probation, esto es la suspensión condicional de la persecución penal durante un período de tiempo determinado, supeditándola a que no vuelva a delinquir en dicho período.

⁷ Este procedimiento se encuentra regulado, por ejemplo, en el Derecho Francés. Conforme al art. 40, 1º del CPP Francés, el MF. recibe las denuncias y "quejas" (*plaintes*) y aprecia el procedimiento a seguir. Pues bien, al amparo de esta redacción, la Ley francesa de 31 de diciembre de 1.970 sobre la lucha contra la toxicomanía facultó al MF. para requerir a las personas que hubieren hecho un "*uso ilícito de estupefacientes*", a someterse voluntariamente a un procedimiento de "*desintoxicación o a aceptar una vigilancia médica*", acordando, entre tanto, el archivo provisional de las diligencias de investigación. Si el imputado incumpliere dicho compromiso, el MF. puede disponer la reapertura de la investigación.

El Derecho siempre ha de adaptarse a los flujos sociales y los cambios de pensamiento, filosofía de vida y mentalidad de una comunidad tan viva como la nuestra, exigen también de un notable esfuerzo, primero del Legislador por adaptarse a los nuevos tiempos, y más tarde de todos los operadores jurídicos por hacer aplicables las Leyes aprobadas al entorno social al que van destinados. Es es el gran reto que a todos nos incumbe.

LA JUSTICIA INTERNACIONAL, DEL SIGLO XX AL SIGLO XXI

IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA
PRESIDENTE DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

I.- EL MARCO SOCIO JURÍDICO Y POLÍTICO JURÍDICO EN QUE SE DESENVOLVERÁ LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI

1.- *El marco socio-jurídico*: el fenómeno de la mundialización o globalización.

Dicho fenómeno se determina con los siguientes datos:

A) La Justicia en el siglo XXI es la Justicia de un mundo globalizado, que ha de ejercerse en el marco de una nueva situación histórica de homologación e igualación creciente, dentro de lo que se ha dado en llamar globalización, fenómeno generado por múltiples y diversos factores: la creciente intercomunicación mundial, que propicia la creación de un pensamiento común, a internacionalización de los flujos financieros y mercados de capitales, los fenómenos igualitarios de carácter social -la igualdad entre sexos, razas, religiones-, el desarrollo uniforme de conductas sociales y familiares que afectan a las estructuras matrimoniales y paterno-filiales.

B) En la nueva sociedad mundializada se produce lo que se ha dado en llamar tercera revolución industrial, caracterizada por el empleo de nuevos materiales de origen químico y bioquímico, la introducción generalizada de la informática en la producción y en el consumo privado y sobre todo por la adopción de nuevas formas organizativas productivas y de comercialización.

En esta innovación organizativa destaca la proliferación de las empresas transnacionales o multinacionales, generalmente aglutinadoras de diversos aspectos o ramas de actividad industrial, comercial y de servicios, con una notable flexibilidad organizativa y de actuación, rapidez de instalación y operatividad, producto, a su vez, de la flexibilización o eliminación de las barreras aduaneras y de los obstáculos arancelarios y de circulación de capitales.

Jurídicamente, esta innovación organizativa se traduce en la creación de nuevas categorías negociales -el *factoring*, la franquicia, el *merchandising*- u organizativas -el *joint-venture*, la uniones o asociaciones de empresas-, en la regulación de formas societarias atendiendo a la nueva realidad pannacional, en la creación y proliferación de bienes de naturaleza inmaterial, tanto en mercados financieros como de otra índole -futuros, opciones de compra sobre futuros, seguros sobre futuros, derechos de imagen y publicidad, derechos de propiedad industrial, marcas, patentes y signos distintivos, etc.-, y en la mercantilización de los bienes de la nueva sociedad de la información

(programas informáticos, bases de datos, etc.), así como en la aparición y regulación de nuevas formas de contratación traídas por las nuevas tecnologías y la nueva sociedad de la información (contratos a distancia y, en particular, contratos *on line*).

2.- *El marco jurídico-político*

Desde el punto de vista político-jurídico el Siglo XXI presencia la modificación de la estructura de poder a consecuencia del fenómeno de la mundialización: actualmente cobra preponderancia la esfera privada en la estructura de poder político, que se bipolariza en lo que se ha denominado un soberano privado supraestatal de carácter difuso, configurado por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y los conglomerados financieros, y un Estado o asociación estatal abierta (cf. UE), sobre la que aquél impone determinadas políticas, fundamentalmente en la configuración del ámbito económico a través de diversas instancias -convenciones interestatales como el G7, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, o simplemente a través de la aplicación de una nueva *lex mercatoria*-, que este Estado o asociación estatal abierta ha de instrumentalizar.

II.- EL MARCO JURÍDICO. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

1.- *La uniformidad legislativa en general*, a través de Convenios internacionales.

Hay que tener en cuenta los siguientes datos:

A) *La Justicia del S. XXI* cuenta con un sistema legislativo de derecho privado uniforme creciente, que parte de las normas supranacionales producto de las Conferencias Internacionales de Derecho Privado desarrolladas en:

a) El seno de las Naciones Unidas -cf. Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, de 11 de abril de 1980.

b) En el seno de la Conferencia de La Haya, como son:

a') Convenio sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961.

b') Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.

c') Convenio sobre adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

d') Convenio sobre ley aplicable en materia de obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973.

e') Convenio sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de octubre de 1961.

f') Convenio sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971.

g') Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973.

c) En el seno de otras conferencias o sedes internacionales. Conferencia interamericana de Derecho Internacional Privado.

d) En el seno del Consejo de Europa, y producto de la integración europea y formación de la realidad supranacional comunitaria:

a') Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 11 de

junio de 1980 o de asociaciones europeas de libre comercio.

b') Convenio de Lugano sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988.

Estas normas supranacionales contienen bien reglas de derecho internacional privado uniformes, atinentes a la ley aplicable a las relaciones o situaciones jurídicas que contemplan o a la distribución de las competencias de las jurisdicciones nacionales, bien reglas materiales uniformes, referidas a los distintos aspectos de la institución, negocio o situación jurídica que regulan, como su forma, validez y eficacia.

En sus relaciones con los ordenamientos internos, estas normas supranacionales se imponen a las internas por virtud de mecanismos de integración generalmente establecidos en los textos constitucionales o cartas magnas (cf. arts 93 y 96 CE); y en sus relaciones entre ellas se subordinan a las propias normas de relación contenidas en los propios textos supranacionales, o a los principios del derecho internacional, incluidos los relativos al derecho de tratados.

B) *En la esfera procesal* también se produce esa misma tendencia armonizadora, no obstante las dificultades existentes derivadas de las distintas concepciones procesales en el derecho continental y en el mundo anglosajón. En los últimos años la uniformidad de las normas procesales se ha llevado a cabo por vía convencional, en el marco de la cooperación jurídica internacional, y fundamentalmente en el seno de la Conferencia de La Haya.

a) Convenio sobre notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales de 15 de noviembre de 1965.

b) Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero, de 4 de mayo de 1970.

c) Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980.

d) Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos, de 5 de octubre de 1961. En el presente Siglo, la tendencia uniformadora es si cabe mayor.

Exponente de ella es el Proyecto de Reglas de Derecho Procesal Civil Transnacional elaborado por iniciativa del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y del *American Law Institute*, cuyo objetivo es reducir la falta de certeza y la inseguridad del extranjero que se ve obligado a litigar en un foro judicial extraño, sometido a unas leyes procesales que desconoce. El Proyecto analiza las similitudes y las diferencias entre los sistemas jurídico-procesales continentales y anglosajón, y construye un conjunto de reglas sobre la base de unos principios comunes relativos a la jurisdicción independencia, imparcialidad y competencia del tribunal, a las partes en el proceso igualdad y derecho de defensa, derecho a la asistencia letrada, derecho de audiencia a la ley aplicable al proceso, y, en fin a la propia estructura de éste.

C) Particularmente, la uniformidad y armonización jurídico-procesal consecuencia del fenómeno de la globalización se manifiesta en la generalización de los mecanismos de cooperación jurídica internacional. Esta tendencia se pone de relieve en la multiplicación de los convenios sobre esta materia el último que ha entrado en vigor para España es el celebrado con El Salvador y en la creciente adhesión de los Estados a los distintos Convenios multilaterales de cooperación jurídica internacional y de reconocimiento de decisiones extranjeras. En el ámbito comunitario merece especial mención la constitución de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, con fundamento jurídico en los arts. 61 y 65 del TCE, y que obedece a la realización del objetivo doble impulsado por el Consejo Europeo de Tampere de reforzar de manera coordinada y

homogénea los mecanismos de cooperación judicial en toda la Unión, y la puesta a disposición del público de informaciones de carácter práctico en caso de litigios transfronterizos para asistir a las personas físicas y jurídicas en sus gestiones. La Red judicial Europea se configura como un instrumento de cooperación judicial y una herramienta de información a disposición de las administraciones y del público, en particular a través de la red Internet.

2.- *En particular, el ordenamiento comunitario*

A) La armonización legislativa en el seno de la UE se lleva a cabo a través de las normas de derecho originario y derivado que tienen efecto prevalente sobre los ordenamientos nacionales, ya con eficacia directa, ya necesitadas de transposición: los Reglamentos y las Directivas.

Debe tenerse en cuenta, ante todo, que el ámbito del derecho originario determinadas normas del Tratado CE relevantes para el derecho privado presentan aplicación directa: así, arts. 28 (prohibición de establecer restricciones cuantitativas a la importación o medidas de efecto equivalente), el art. 81 (prohibición de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia), o el art. 82 (prohibición de abuso de posición dominante en el mercado).

En el ámbito del derecho derivado, cabe tener en cuenta los siguientes Reglamentos y Directivas:

1) Reglamentos :

a) En materia de competencia judicial y reconocimiento de decisiones: Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que sustituye al Convenio de Bruselas sobre dicha materia de 1968; Reglamento CE 347/2000, de 29 de mayo, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes.

b) En materia concursal: Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo, que fundamenta el actual proyecto de Ley Concursal.

c) En materia societaria: Reglamento CE sobre Sociedad Anónima Europea.

2) Directivas (más significativas):

– Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a agentes comerciales independientes.

– Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, modificada por la Directiva 1999/34/CE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

– Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a viajes combinados.

– Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores.

– Directiva 97/5/CE, del Parlamento y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas.

– Directiva 97/7, del Parlamento y del Consejo, sobre protección a los consumidores en materia de contratos a distancia.

– Directiva 1999/44, del Parlamento y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo.

– Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular el comercio electrónico.

– Directiva 2000/35/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de junio de 2000, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

– Directiva 2002/65, del Parlamento y del Consejo, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

B) Junto con las normas de derecho originario y derivado, la armonización del ordenamiento comunitario se produce de forma indirecta, paulatina y progresivamente, a través de los mecanismos de integración del propio sistema jurídico como determina Paolo Mengozzi. Los tribunales comunitarios integran las lagunas del ordenamiento acudiendo, en primer lugar, a principios generales extraídos del derecho internacional general (el principio de buena fe, por ejemplo, en sentencia de 22 de enero de 1997, as. Opel Austria c. Consejo); en segundo término, a principios del derecho internacional convencional, en donde, por un lado, cobra especial importancia el proceso de recepción de la protección de los derechos fundamentales que conforman principios comunitarios básicos como el de la protección de la confianza legítima, la proporcionalidad, y la tutela judicial completa y efectiva de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario, y por otro, se destaca la recepción en el acervo comunitario de los acuerdos celebrados al margen del Tratado CE por los Estados miembros entre sí o con terceros Estados, como tuvo ocasión de señalarlo el TJCE en materia de regulación del comercio internacional, en particular sobre la regulación contenida en el GATT 1947, en la sentencia de 12 de diciembre de 1972, as. International Fruti Co.; y, en tercer lugar, acudiendo a los principios deducidos de los ordenamientos de los Estados miembros de una forma selectiva para integrar a su vez los indicados principios de confianza legítima, de proporcionalidad, de tutela completa y efectiva y, en definitiva, de seguridad jurídica.

3.- Especial mención a los derechos fundamentales

Que se determina a través de los siguientes datos:

A) El marco jurídico europeo de protección de los derechos fundamentales en las puertas del siglo XXI es doble: por un lado, se encuentra el que dispensa el régimen del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por otro, el que ofrece el ordenamiento y los tribunales comunitarios.

a) El mecanismo de garantía del Consejo de Europa se ha visto profundamente modificado a partir del Protocolo de Enmienda del Convenio Europeo nº 11, abierto a la firma el 11 de mayo de 1994, y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Con él desaparece el sistema de protección basado en dos organismos, el Consejo y el Tribunal, que se había revelado lento e ineficaz. El Tribunal Europeo es desde entonces el único competente para decidir si ha habido violación de los derechos reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos, funcionando de forma permanente y con jurisdicción obligatoria, tanto si se trata de demandas interestatales como si son deducidas por particulares, limitándose las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa a vigilar la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal. El Protocolo configura la jurisdicción del Tribunal sobre un sistema de doble grado, distribuyendo las competencias entre las Salas y la Gran Sala. El nuevo sistema ha resuelto de forma satisfacto-

ria uno de los objetivos básicos de la reforma, el reforzamiento de los rasgos de independencia del mecanismo de protección, lo que ha sido posible a través del mecanismo de reexamen como elemento estructurador del sistema, permitiéndose que los asuntos que presenten especial importancia puedan ser nuevamente examinados por la Gran Sala.

b) En el ámbito comunitario. Durante un largo periodo de tiempo el derecho comunitario había sido ajeno a los derechos fundamentales, rechazando el TJ su competencia para tener siquiera en cuenta derechos de esta naturaleza no contemplados expresamente en el TCE. Esta orientación cambia radicalmente a partir de la sentencia de 12 de noviembre de 1969, en el as. *Stauder*, a partir de la cual se pasó a considerar los derechos fundamentales como parte integrante del derecho comunitario en cuanto principios generales. Esta concepción se asentó posteriormente en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, as. *Internationale Handelsgesellschaft*, y en la sentencia de 14 de mayo de 1974, as. *Nold*, en la que se señaló que el TJ, al garantizar la protección de los derechos fundamentales, tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, reconociendo que los tratados internacionales para la protección de los derechos fundamentales también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario. De este modo, consideró garantizados por el ordenamiento comunitario derechos no expresamente previstos en las constituciones de algunos Estados miembros, como el derecho a la intimidad o el respeto a la vida privada, la protección de los datos personales, la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información, y el derecho a la no discriminación por razón de sexo a favor de los transexuales, sin olvidar los derechos y garantías procesales; y contempló algunos derechos, como la propiedad y la libertad de comercio, no de forma absoluta, sino limitados por la función social de los bienes y las actividades objeto de protección; lo cual fue matizado en la sentencia de 13 de diciembre de 1979, as. *Hauer*, en el sentido de que constituye un punto de referencia de cara a la necesaria coordinación entre la exigencia de dar el más amplio desarrollo posible a la protección de los derechos fundamentales y la de permitir la consecución de los objetivos comunitarios. La inclusión de los derechos fundamentales en el seno del derecho comunitario constituía, además, una necesidad impuesta por la pervivencia del principio de primacía del ordenamiento comunitario, que cedía si éste no incluía en su sistema jurídico la protección de tales derechos que, en cambio, sí dispensaban los ordenamientos nacionales.

La contribución del TJ a la recepción de los derechos fundamentales, que ha servido, a su vez, para integrar las lagunas del ordenamiento, se ha completado con la labor de las instituciones. El problema que suscitaba, por un lado, que la CE no sucediese formalmente a los Estados miembros, y de otro, la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales, condujo inicialmente a plantearse la conveniencia de que la CE se adhiriera al Convenio Europeo de derechos humanos, lo cual fue, sin embargo, rechazado por el TJ en su dictamen de 1996 al considerar que la Comunidad no tenía competencia para adherirse a la Convención. Con anterioridad, la cuestión se había abordado con motivo de la redacción del Acta Unica Europea de 1984, a través del Informe Spinelli, y posteriormente en el Proyecto Herman de Constitución Europea adoptado en el seno del Parlamento Europeo en 1994. El Informe del Comité de Expertos sobre los Derechos Fundamentales creado por la Comisión europea de 1999 ya establecía la necesidad de la creación de un plan global de protección de los derechos fundamentales que incluía el marco de relaciones entre el TJ y el TEDH. Tras los Consejos de Colonia y Tampere la Comisión decidió la elaboración de una Carta Europea de derechos funda-

mentales conectada al proceso de constitucionalización de UE de cara a la reforma de los Tratados con motivo de la ampliación de la Unión. Este proceso, que continuó en la cumbre de Helsinki a través de la creación de la Conferencia intergubernamental en cuyo seno se habría de elaborar la Carta, culminó con el Tratado de Niza y la redacción final de ésta. En la cumbre de Niza, además, se acordó convocar otra Conferencia intergubernamental para 2004 con el objeto de revisar el ordenamiento comunitario de cara a la ampliación de la UE, y de cara a la posibilidad de contar con un proyecto de constitución europea a discutir en el siguiente quinquenio.

La Carta integra, pues, los derechos de la Convención europea y los reconocidos por los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, y sirve al TJ como un elemento interpretativo e integrador del ordenamiento comunitario, y constituye un instrumento que ha sido ya invocado por diversos Abogados generales y por el TPI.

En la actualidad, y de cara al presente Siglo, puede decirse, pues, que se está avanzando hacia un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales que comprende el sistema comunitario, el del Consejo de Europa y el de los propios Estados miembros. La consecución de una constitución europea, que ha de ser la base de este sistema integrado y armónico de protección, encuentra su pilar de apoyo en la propia Carta, que debe completarse con la necesaria reforma de los tratados de la Unión. El nexo de unión se encuentra en el art. 6 del TUE, que incorpora los principios del Estado de derecho, la democracia y el respeto a los derechos humanos como principios comunes de los Estados miembros. Es preciso que en el desarrollo de este sistema de protección se superen los conflictos derivados de los tres niveles de protección de los derechos fundamentales existentes: el de los jueces nacionales, ordinarios y constitucionales; el de los tribunales comunitarios, y el del TEDH, sobre la base de que los derechos fundamentales reconocidos en la Carta constituyen no sólo un estándar de contenido típico de tales derechos, sino verdaderos derechos subjetivos de obligatoria tutela atribuidos no sólo a los nacionales de los Estados miembros, sino a los de terceros Estados, imponiéndose su cumplimiento a todos los tribunales de la UE.

III.- LA ESTRUCTURA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL DEL SIGLO XXI. LOS RETOS A LOS QUE SE ENFRENTA

Son los siguientes:

a) La estructura jurisdiccional internacional comienza en la organización jurisdiccional de los Estados: el Juez nacional es juez internacional en la medida en que viene obligado a aplicar el ordenamiento supranacional. Esta caracterización del Juez nacional se hace especialmente patente en el seno de la UE. El Juez nacional es juez comunitario, el primer eslabón en la estructura jurisdiccional comunitaria, y como tal tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias dejando inaplicadas, si fuese necesario, toda disposición contraria de la legislación nacional, la cual, ante todo, ha de interpretar en el sentido de posibilitar el efecto útil de las normas comunitarias. Para ello el ordenamiento comunitario cuenta con las modalidades de procedimiento nacionales, a los que reenvía; pero el Juez nacional, en su aplicación, está sujeto a los principios de subsidiaridad que exige la ausencia de reglamentación comunitaria específica, de equivalencia por virtud del cual las vías de derecho nacionales han de ser puestas a disposición, sin discriminación alguna, del derecho comunitario, y de efectividad que impone un determinado nivel mínimo de protección.

Los escollos que se encuentra este primer escalón jurisdiccional derivan, por un

lado, de la falta de armonización entre los ordenamientos y procedimientos nacionales, cuya diversidad tiene como consecuencia un distinto grado de esfuerzo a la hora de aplicar con toda su eficacia el derecho comunitario por los tribunales de los distintos Estados; de ahí la conveniencia de establecer cauces y reglas de procedimiento que presenten la mayor uniformidad posible, dentro de los diferentes sistemas jurídicos que coexisten en la esfera comunitaria. Por otro lado, las dificultades derivan de las exigencias del principio de aplicación uniforme del derecho comunitario, de la dinámica de aplicación de determinados actos comunitarios las directivas, concretamente, y de la utilización de términos abstractos en la legislación comunitaria que, enfrentados a los sistemas y conceptos jurídicos de los diferentes Estados, pueden llevar a resultados distintos. Así, en las legislaciones nacionales pueden existir criterios de determinación de la responsabilidad diferentes, o nociones diferentes de conceptos tales como daños y perjuicios. La cuestión se ha suscitado recientemente con motivo de la aplicación de la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados en la STJCE de 12 de marzo de 2002, as. *Simona Leitner vs. TUI Deutschland*, que abordó el problema de la inexistencia en algunos Estados miembros de la obligación de reparar los perjuicios morales y la forma en que el juez nacional debía atender a su indemnización conforme a la Directiva citada, interpretando su ordenamiento en sentido favorable a dicho resarcimiento, en aras a evitar distorsiones en la competencia. También reciente es el problema que se suscitó a un Juez español, y que dio lugar al planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial al TJCE, con motivo de la aplicación de la legislación nacional sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos –Ley 22/1994, de 6 de julio- y sobre protección al consumidor Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, principalmente, que conferían al perjudicado mayor protección que la dispensada por el ordenamiento comunitario. La STJCE de 24 de abril de 2002, as. *González Sánchez vs. Medicina Asturiana*, dejó claro que la aplicación uniforme del derecho comunitario permite y exige una restricción o limitación del grado de protección dispensado por el ordenamiento nacional. De este modo, lo que en algunos Estados es preciso, por imperativo de la legislación comunitaria, en otros es, en cambio, excesivo.

b) Los tribunales supranacionales: en particular, la justicia comunitaria.

Desde que con el Acta Unica Europea se agregó al Tribunal de Justicia un Tribunal de Primera Instancia la jurisdicción comunitaria no había tenido modificaciones. Sin embargo, la existencia de un número cada vez mayor de recursos, la insuficiencia de asuntos resueltos en relación con los recursos interpuestos, la existencia de procedimientos cada vez más largos y las perspectivas de futuras adhesiones condujeron al TJ a elaborar un Documento de reflexión en 1999 sobre el futuro jurisdiccional de la UE cuyas líneas generales fueron adoptadas en la Conferencia Intergubernamental y reflejadas en la nueva redacción del art. 220 TCE tras el Tratado de Niza. Estas líneas generales se pueden resumir del siguiente modo, según los tres pilares del sistema jurisdiccional comunitario que se diseñaba:

a') El primer pilar lo constituye el Tribunal de Justicia, con tres tareas fundamentales:

a'') Responder a las cuestiones prejudiciales.

b'') Resolver en primera o única instancia algunos recursos directos cuya urgencia o importancia fuera incompatible con un doble grado de control jurisdiccional. Se debe tener en cuenta que el nuevo art. 220 TCE ha ampliado las competencias del TJ a algunos aspectos del TUE confiriéndole competencias en el procedimiento de suspensión por el Consejo de determinados derechos derivados de la aplicación del Tratado a

un Estado miembro en que se constate la existencia de una violación grave y reiterada de los principios contemplados en el art. 6.1 (libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y Estado de derecho). El TJ se pronuncia a petición del Estado miembro en el plazo de un mes a partir de la constatación por el Consejo.

Por otro lado, el art. 229^a del TCE, insertado por el Tratado de Niza, confiere competencias al TJ para resolver litigios relativos a la aplicación de los actos adoptados sobre la base del Tratado por los que se crean títulos comunitarios de propiedad industrial. Y el Tratado de Niza amplía la legitimación para interponer el recurso de anulación al Parlamento, que la ostenta junto con los Estados miembros, la Comisión y el Consejo.

c'') Asegurar la uniformidad en el sistema jurisdiccional mediante el recurso de casación o de un recurso en interés de ley en caso de competencias prejudiciales atribuidas al TPI o en materias competencia de las Salas de recurso.

Desde el punto de vista organizativo, se amplía el número de sus miembros, que ahora es de quince, para ser uno por cada Estado miembro, en previsión a la ampliación de la UE. Si actualmente funciona en Salas y en sesión plenaria, pasa a actuar en Salas y Gran Sala, y el Pleno constituirá la excepción, reservado para procedimientos de destitución del defensor del Pueblo y destinados a cesar o a privar de pensión a un miembro de la Comisión o del Tribunal de Cuentas, así como a los asuntos que revistan excepcional importancia.

b'') El segundo pilar lo integra el Tribunal de Primera Instancia, con estas tres funciones esenciales:

a'') ser el tribunal de primera instancia en los recursos directos de su competencia (acciones ejercitadas por particulares, personas físicas o jurídicas, en los litigios que les enfrentan con instituciones comunitarias).

b'') ser el tribunal de última instancia en los contenciosos especiales. El nuevo art. 225 A permite al Consejo crear salas jurisdiccionales encargadas de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas, como función pública comunitaria o patentes. Sus decisiones serán recurribles en casación ante el TPI o bien serán apelables ante el mismo órgano, si la norma de creación de la sala especial lo permite. Con carácter excepcional sus resoluciones podrán ser reexaminadas por el TJ cuando aprecie grave riesgo de que se vulnere la unidad o coherencia del derecho comunitario.

c'') conocer en algunos casos recursos prejudiciales.

El art. 225 TCE confiere al TPI competencia en materia prejudicial en determinadas materias establecidas por el Estatuto del Tribunal, lo que constituye una importante novedad respecto del régimen actual que atribuye competencia en esta materia exclusivamente al TJ. Ahora bien, la aplicación práctica de esta competencia va a resultar difícil vista la estrecha relación que presentan las materias en derecho comunitario, que va a dificultar la escisión competencial entre TJ-TPI. Las decisiones de éste, podrán en todo caso, ser reexaminadas por aquél con carácter excepcional a través de un procedimiento de urgencia.

c'') El tercer pilar estará constituido por las salas de recurso especiales ya citadas, que conocerán la primera instancia de los recursos directos competencia de ellas.

Merecen una especial mención las reformas atinentes a la figura del Abogado General. Por un lado, ve reforzadas sus misiones y competencias, pues se prevé la creación de un Primer Abogado General que tiene la capital misión de proponer al TJ el reexamen de las resoluciones del TPI en los casos excepcionales que considere que

existe un riesgo grave de vulneración de la unidad o coherencia del derecho comunitario. Por otro lado, el nuevo art. 222 modifica en general su función, pues deja de intervenir necesariamente mediante la elaboración de sus conclusiones motivadas sobre todos los asuntos competencia del TJ para permitir que éste dicte sentencia sin las conclusiones del Abogado general cuando el asunto no plantee ninguna cuestión de derecho nueva; novedad ésta que no ha sido acogida favorablemente por la totalidad de la doctrina, pues se prescinde de un importante elemento de imparcialidad e independencia.