

DR 29 159

Tenemos ahora con nosotros al profesor Álvarez Carballo, quien va a hablarnos del tema las relaciones contractuales fácticas. ¿Podría explicarnos, profesor Álvarez Carballo, qué significa este título? En verdad puede parecer un tanto pretenciosa la expresión. Sin embargo, creo es suficientemente expresiva y tiene a su favor la frecuente utilización de esa misma exacta expresión, tanto en la doctrina civil alemana, en donde se originó, como la doctrina civil francesa e italiana, habiéndose importado a España por obra de José Luis la Cruz Verdejo, a quien después han seguido tanto Díez Picazo como Gullón Ballesteros.

A este respecto, yo deseo decir que la posición de cada uno de estos autores es perfectamente válida a efectos de examen, aunque yo me encuentre en una posición algo distinta, que trataré de explicar y a la cual, a su vez y sin saberlo, se encuentra relativamente próximo Álvarez Capero Chipi. Pero este mismo tema quiero yo me sirva para remachar alguna de las ideas más controvertidas por aquellos alumnos de Civil 1 a quienes yo he tenido que hacer repetir curso, ya que, como una especie de morbosa pesadilla intranquilizante, surgen en la expresión de los libros de texto palabras no totalmente afortunadas que llevan al grave desvío fundamental de los alumnos. Para que se vea clara esta idea, que pese a lo que crean los alumnos no es culpa del autor del libro, sino resultado del deterioro producido al sustituir unas palabras por otras que inconscientemente cambian el rumbo totalmente de la idea inicialmente expresada.

Ya sé que teóricamente no estáis obligados a redactar tan perfectamente como el autor del libro, pero si éste no ha sido afortunado en un momento determinado de un párrafo, no lo arregléis haciéndole decir al autor cosas en las que ni por asomo pensó y que además están en franca contradicción con el código. En este sentido, yo quiero remachar una vez más la inadecuación de la expresión, un tanto difusa pese a su generalidad, que enmarca el negocio jurídico como una declaración de voluntad, omitiendo o dejando en la sombra sus restantes componentes. De esa inadecuación parten una serie de las que yo he llamado muchas veces excesivas generalizaciones, que posteriormente, por la vía de la simplificación apresurada o por el camino siempre acechante del estrés del momento del examen, os hacen incurrir en lamentables desvíos que os parecen a veces juzgados con excesiva severidad por mí.

Profesor, aún no ha contestado a mi pregunta anterior y temo que se le haya olvidado. Uf, la impaciencia femenina. No me he olvidado de tu pregunta, pero la respuesta la he tomado un poco de lejos y por eso te has impacientado.

Espero no les pase lo mismo a mis alumnos oyentes. Se trata de resaltar dos cosas muy distintas. Por una parte, establecer bien claramente las exigencias del concepto de negocio jurídico señaladas en el artículo 1261 del Código Civil y al mismo efecto resaltar que la mejor definición para mí de esta institución viene consagrada por aquel aparentemente anodino precepto, siempre olvidado, contenido en el artículo 1254, que viene a conformar el contrato como eso que yo algunas veces he llamado la composición de un conflicto de intereses y que se encuentra establecido por el concurso de una oferta y una aceptación.

Precepto muy pronto respaldado de nuevo por otro, el del artículo 1262, cuando manifiesta que el consentimiento se manifiesta por el concurso de una oferta y una aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Estas apreciaciones previas servirán para situar en su justa medida la discusión un tanto por las ramas, en la cual si bien algunos autores como la Cruz y el propio Albaladejo se acercan al sentido íntimo que tiene la institución del cuasicontrato con unas acertadas pinceladas históricas, sin embargo no dan el paso definitivo de forma muy parecida, en este caso más disculpable por la necesidad de acotar el tema, a como tampoco Álvarez Caperochipi da el paso para anudar el enriquecimiento sin causa con las relaciones contractuales fácticas. No se trata tanto de acuñar realidades dogmáticas nuevas como de estar atentos a los signos de los tiempos y, desentrañando los residuos históricos, descubrir en la eterna elección de supervivencia la razón de ser de ella misma.

Si el cuasicontrato es verdad, que nació de un error de traducción del latín de los glosadores medievales, no debemos quedarnos en esa simple anécdota, sino quedándonos cuenta de cómo ella es la base de una categoría, con toda su impronta conceptual, anudar su función práctica y justificadora a una realidad nueva y distinta. El cuasicontrato era claro, hasta para los glosadores, que no era un contrato y, sin embargo, el tratamiento justo de la situación exigía imperiosamente que se tratara aquella peculiar situación como si fuera un contrato, y de ahí la denominación de cuasicontrato, que, para una mayor clarificación, dejo yo, en este medio audio que uso con gusto, en la pedestre expresión, con un cierto acento vizcaíno, que me perdonarán ellos por su claridad expresiva, pese a la incorrección lingüística en que, voluntariamente, yo quiero incurrir en algo tan peregrino como esto. El cuasicontrato no es un contrato, evidentemente, pero es como si lo seriase, y esta expresión, rogando de nuevo perdón a los adversales y manifestando expresa y terminantemente, como no hay en ella ningún acento despectivo, sino una cariñosa forma de expresar un término equívoco por parte de un hijo de breogán que se encuentra por sí mismo muy próximo al patriotismo ajeno, es un recurso técnico para poner de manifiesto una realidad.

Esa misma realidad va a funcionar en las verdaderas relaciones contractuales fácticas para hacer necesaria una aproximación de las dos figuras por su íntima razón de ser, la justicia, no los bueros preceptos formales, ni tampoco el afán, por más que sea disculpable, de originalidad. Por eso, cuando el dogmático ha perdido de vista las lecciones de la historia y se centra en su técnica dogmática, se pierde. El número de árboles no le permite ver la belleza del bosque y trata de forzar su técnica para llegar a conclusiones no correctas, como le pasó al primer autor que se ocupó del tema en el lejano año de 1941, y no supo encontrar entre los líquenes del tronco de cada árbol los signos que le retornaron al punto cardinal que estaba buscando.

Cosa semejante, perdonadme la osadía mía, le ha pasado a mi admirado maestro la Cruz, pero en cuya pequeña culpa va bien acompañado por la no menos notable presencia de René Sabatier. Se trata de reconocer en la necesidad de asimilar determinados desplazamientos patrimoniales no debidos a la existencia de un contrato al régimen previsto para cuando esos mismos desplazamientos patrimoniales tienen su originación en un contrato justificador. Para

que se vea la línea que yo pretendo instaurar, baste mencionar el ejemplo de uno de los más conocidos supuestos de cuasicontrato típico, el de la gestión de negocios ajenos y mandato, cuya regulación, dentro de ciertos límites, se asimila profundamente al supuesto, inexistente por definición, a la regulación prevista para los casos en que existe, claro y terminante, un contrato, el contrato de mandato.

Es precisamente por esto por lo que yo aproximo la teoría general del enriquecimiento sin causa a la fundamentación de la instrumentación técnica de los diversos supuestos de las relaciones contractuales fácticas y, en cambio, rechazo la mayoría de los casos que como tales aceptan los libros al uso por cuanto se enturbia la institución de una forma innecesaria cuando hay otros caminos, menos especulativos, para lo cual basta la teoría general de los llamados hechos concluyentes o, si se prefiere, doctrina de los actos propios para encuadrar esos supuestos, que de mano en mano van rodando desde el año 1941 como los llamados actos celebrados en masa, poniendo el ejemplo de la introducción del automóvil en un lugar inequívocamente destinado a la aparcamiento, caso evidente de la realización de un contrato, aunque no documentado especialmente por el simple hecho de aceptar la oferta del mismo que nos ha salido al paso cuando buscábamos en dónde poder aparcar y que, de alguna forma, tiene su expresión documental en la tarjeta expedida por la máquina automática que de forma impersonal nos abre la barrera que permite el acceso del vehículo al interior del aparcamiento. La única disculpa que tiene ese planteamiento que yo critico en el autor inicial estriba en que en el año 1941 no era posible, en el ejemplo propuesto pero sin otros, la automatización de tal menester por no estar aún aplicados industrialmente más que los rudimentos de la automatización. Profesor Álvarez Carballo, nuestro tiempo ha terminado.

Gracias por su intervención y hasta la próxima emisión de Civil 2. Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org Llegamos a la última intervención de esta noche en Revista de Derecho. Se encuentra con nosotros el catedrático de Derecho Penal don José María Estampa. Buenas noches, Profesor Estampa.

Buenas noches. El tema de esta noche se titula la libertad de expresión y derecho a un juicio justo, limitaciones y fricciones entre los superderechos constitucionales. ¿Por qué ese título de libertad de expresión y derecho a un juicio justo? Pues porque esta actuación conjunta de dos derechos constitucionales tan importantes como es la libertad de expresión, por una parte, y el derecho a un juicio con todas las garantías o juicio justo, por otra, es un tema muy de moda, como lo es el de la fricción que puede surgir a veces entre otros superderechos.

Se llaman así a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978, que se derivan todos ellos del principio de reconocimiento de la dignidad del hombre. Y entre ellos puede haber situaciones de conflicto, que es lo que yo quería reconducir en materia de libertad de expresión, por un lado, repito, y el derecho subjetivo público del ciudadano a que, si es juzgado, se le juzgue en un proceso en el que haya todas las garantías. ¿Qué es la libertad de expresión y qué es el derecho a un juicio justo? La libertad de expresión es un derecho fundamental en virtud del cual se reconoce en los ordenamientos modernos lo que antes se

llamaba libertad de pensamiento.

Tiene verdaderamente dos manifestaciones, la libertad de expresión y la libertad de información, de información tanto de darla como de recibirla, siempre que aquella y ésta sean veraces. Procede de la Declaración de Derechos de la Revolución Francesa, pues, desde 1789. Después fue reconocida en la Declaración de la ONU de Naciones Unidas de 1948 y en la de Roma de 1950.

Desde entonces, nadie duda que es un derecho fundamental el que el ciudadano pueda expresarse libremente, sin limitaciones, más que cuando éstas procedan de determinadas situaciones a las que luego me referiré, entre las cuales está la de respeto a la justicia. De modo que la libertad de expresión podría decirse que es una de las posibilidades de que se exprese por cualquier medio de comunicación social o de difusión, sea prensa, sea radio, sea televisión, sean escritos, sea críticas, lo que realmente, sin ofender a otro o sin inmiscuirse en la zona reservada a la privacidad del prójimo, se pueda decir. Y la de información, pues, es una especie de corolario o una faceta de aquella.

El derecho a un juicio justo es una cuestión menos conocida. Es lo que se llama en el derecho o *feather trial*, el juicio limpio, el proceso objetivo. Todos tenemos derecho a que se nos juzgue objetivamente, sin que haya influencias de ningún tipo en el enjuiciamiento.

Y a veces puede haber influencias en virtud de la libertad de expresión. Y precisamente es lo que nos hace venir hoy a exponer este asunto. Es posible que el derecho al juicio justo, al juicio objetivo, al proceso limpio, al proceso debido, al *due process*, al *feather trial*, como digo, son expresiones que utilizan mucho los constitucionalistas americanos, se ve a veces limitado por la libertad de expresión.

Usted conoce muy bien cómo hay campañas que intentan preordenar la decisión del juez, que hay movimientos ideológicos que se traducen en determinados medios de comunicación social, mediante los que se establece lo que se llama un juicio paralelo, o juicio en el papel, en el periódico, en la televisión, el *trial by newspapers* que dicen los americanos, y que es un prejuizar, un anticipar, una condena cuya emisión debe quedar conferida de manera exclusiva a los tribunales. Cuando se hace este juicio paralelo hay un conflicto entre libertad de expresión y derecho a un juicio justo, o entre posibilidad de decir lo que uno quiere y la posibilidad que tenemos todos de que el enjuiciamiento al que seamos sometidos sea de una manera absolutamente objetiva, sin influencias de nadie y sin que se prejuzgue, por eso se llaman prejuicios, condenas anticipadas o absoluciones anticipadas, lo que es materia reservada a la Administración de Justicia. ¿En qué legislación se plantea este conflicto con mayor intensidad? Tradicionalmente los que han planteado con mayor intensidad esta problemática han sido los juristas anglosajones.

Aquí advertimos dos tendencias, una línea muy dura, diré que es la del derecho inglés, en la cual hay una institución muy curiosa que se llama *Contempt of Court*, que quiere decir literalmente desprecio al tribunal, o desacato, si quiere una traducción más libre, y es antes de

1981 una institución que pertenece al derecho común, esto es al derecho no legislado. Desde 1981 un acta declaró como derecho escrito el Contempt of Court en varios sentidos, hay una especie de desacato que es, podría ser, el insulto al tribunal, la coacción a un testigo, la crítica acerva por detrás del tribunal a lo que éste ha hecho, los distintos módulos que en las legislaciones continentales sirven para definir el desacato, esto es la actitud de falta de respeto, de rebeldía, frente a un tribunal de justicia. Pero con independencia de esta faceta que puede solaparse con las prescripciones de otros ordenamientos continentales, repito, lo importante del Contempt of Court es que se considera desacato, se considera Contempt, aquellas actitudes de determinados medios de comunicación social que vayan dirigidas precisamente a impedir que la justicia se desarrolle libremente, esto es a impedir que haya autoridad, libertad, independencia y jerarquía de la justicia, hasta el punto de que los juristas ingleses, cuando se redacta la Convención de Naciones Unidas, influyen tanto que en el artículo 12 del convenio del 50, como una limitación a la libertad de expresión, está la del respeto a la autoridad e independencia de la justicia, que proviene precisamente, repito, de ellos, de los juristas ingleses en los cuales la idea de desacato, en este sentido, de menoscabar la función judicial, preordenando el enjuiciamiento, es consustancial a su propia naturaleza.

Ha habido muchos casos, cierre del Sunday Times, por ejemplo, del Daily Mirror, de otros periódicos, porque estaban haciendo campañas cuando había juicios pendientes que podrían considerarse como ordenadas a obtener una sentencia distinta, a lo mejor, a la que el jurado o el tribunal hubiese podido dar, y en esos momentos se establece una penalidad para quienes se comporten impidiendo esa libertad, esa autoridad, esa independencia de la justicia. En el derecho americano ocurre lo propio. Ha habido casos importantes, a los que luego me referiré, si usted quiere, en los que se ve muy bien cómo también influye ahí la idea de que este conflicto de derechos se resuelva de alguna manera.

¿Por qué se habla del derecho anglosajón? ¿Se habla del derecho anglosajón y de los casos resueltos por la justicia norteamericana? Pues mire, porque han tenido trascendencia pública los que se llaman leading case, estos son los casos que hacen como de pioneros, en el sentido de que con arreglo a ellos se resuelven luego los casos posteriores. Usted sabe perfectamente que en el derecho americano, lo mismo que en el derecho inglés, el derecho del caso del precedente juega un papel decisivo. En América concretamente ha habido dos, el de Seppard versus Maxwell, que es el asesinato de, mejor dicho diríamos en España, el parricidio de una mujer por parte del marido en 1966 y otro en 1976, que era el de la asociación de la prensa de Nebraska contra un determinado ciudadano, se llaman así los casos, para distinguirlos, Seppard versus Maxwell, Seppard contra Maxwell, en los que en estos dos pues se ve muy bien lo que es la problemática en América.

Allí lo mismo que aquí hay un derecho fundamental a la libertad de expresión en la enmienda primera de la constitución americana y un derecho fundamental a un juicio justo, a ese juicio limpio a que al principio decía, en la enmienda cuarta de la constitución americana. Pues bien, se ha considerado que en ese de Seppard versus Maxwell, hubo una especie de carnaval informativo, hubo una publicidad inflamatoria, son expresiones literales de la sentencia de la

corte supremo, que impidieron el que la sentencia se diese con calma y serenidad, con la necesaria calma y serenidad, y se anuló el proceso. Diez años después hubo de celebrarse otra vez.

En este de la asociación de la prensa de Nebraska, lo que se puso en entredicho, es la posibilidad de que los tribunales limiten a la prensa con restricciones, con órdenes de silencio y se considera que éstas pueden vulnerar la libertad de expresión. El conflicto se establece ahí y se intenta resolver mediante diversas maneras, que ahora pues son imposibles de enumerar en una intervención tan corta como la que tenemos esta noche. ¿Y los casos americanos que anulan juicios? Son prácticamente estos a los que acabo de hacer alusión.

En estos dos que le he dicho, especialmente en el primero, se considera que la sentencia estaba dada en un momento en el que se había prejuzgado al caso y que en consecuencia no era válida. Tengo en cuenta que allí, como existe la institución del jurado, se mima mucho, se cuida mucho, el que estando subyúdice a un caso, pues la prensa se abstenga de comentar para que no influya en el jurado. Se considera que son hombres frente a los cuales la influencia que pueda tener una campaña puede ser decisivo o decisiva y esto es lo que se quiere evitar, precisamente dejando a los jueces la facultad de que cuando vean que una determinada campaña publicitaria puede poner entre dichos la libertad y la posibilidad de una sentencia justa, corten aquella campaña mediante lo que se llaman órdenes restrictivas de impedimento de que esa campaña pueda influir decisivamente la decisión del jurado en la decisión del juez.

Esos son los casos americanos. Sí, estos son las legislaciones anglosajones, pero en nuestra constitución, ¿qué es lo que dicen? En nuestra constitución hay, por supuesto, el reconocimiento tajante de la libertad de expresión, como todos sabemos, pero a su vez hay una limitación que procede del artículo 24.2 de la Constitución de 1978, donde se ordena que todos tenemos derecho a una tutela judicial efectiva y una de las manifestaciones de la tutela judicial efectiva es un juicio con todas las garantías. Se estima que esas todas garantías pueden no darse cuando haya una pre campaña o un establecimiento de ordenación del pensamiento hacia una determinada solución de un caso sometido hacia el enjuiciamiento de un tribunal.

Se considera que en estos supuestos los medios de comunicación pueden interferir en la órbita del poder judicial y es lo que hay que limitar o corregir de alguna manera. La defensa, por ejemplo, del ciudadano frente a los excesos de la libertad de expresión en materia de honor o de intimidad está garantizada recurriendo al delito de injurias o a la ley de 5 de mayo de 1982, que es protectora del derecho a la imagen y a la intimidad y a la honorabilidad y al crédito de una persona. En cambio para defenderse de la libertad de expresión y obtener un juicio justo las cosas son más difíciles.

Yo creo que se puede acudir a la ley de defensa de los derechos constitucionales de 1978 con la ampliación que se operó en 1969 o incluso al artículo 13 de la ley de enjuiciamiento criminal, donde se le permite a un juez de instrucción que en beneficio del perjudicado adopte cuantas medidas estime oportunas. Una de ellas podría ser el impedir que si hay un asunto delicado

subiúdice que se está juzgando pues no haya campañas que puedan distorsionar el sentido de una decisión justa. Lo que se trata es de embridar, de encauzar, de regular estos conflictos entre súper derechos, uno la libertad de expresión, otro el derecho a un juicio justo, que insisto en la constitución española están específicamente reconocidos ambos.

Lo mismo que puedan estarlo en esas otras legislaciones anglosajonas o continentales. El problema es cómo se resuelven estas situaciones. En este momento la institución Masplanck de Friburgo está ocupada en intentar dar unas pautas que sirvieran para modular o moderar, si usted prefiere, los ámbitos de cada uno de estos súper derechos y cómo evitar fricciones.

Es muy difícil. Hay un profesor que se llama Haasemer que llega a la conclusión de que únicamente con los delitos o las previsiones de antijuridicidad que ya tenemos en los ordenamientos penales hay que contar y que un intento de legislación específica para solventar estas fricciones, y volvemos al título inicial, entre los derechos fundamentales de la libertad de expresión y del derecho a un juicio justo encontrará grandes dificultades. No obstante en Suiza, en Austria, en Alemania hay ya preceptos que están indicando la imposibilidad de que se practiquen estos enjuiciamientos paralelos que muchas veces hacen mucho daño a la calma y a la serenidad que debe presidir en la redacción, confección y decisión de las sentencias judiciales.

Pues nuestro tiempo ya se ha ahorrado. Muchas gracias profesor Estampa. De nada.

Y con su intervención cerramos esta noche Revista de la Derecha. Pero antes de despedirnos vamos a hacer un breve resumen de lo que aquí se trató. Hablamos en Derecho Internacional Público del Derecho Comunitario Europeo con el profesor Puente Gido.

La delegación administrativa fue el tema de Administrativo 1 que expuso la profesora doña Blanca Lozano. Orientaciones para los exámenes de febrero y la constitución fiscal fue de lo que habló el profesor Pablo de Diego de Hacienda Pública. El profesor Álvarez Carvallo de Civil 2 planteó el tema de las relaciones contractuales fácticas.

Y hemos terminado con Derecho Penal 2 con el profesor don José María Estampa Brown. Hablamos de libertad de expresión y derecho a un juicio justo. Revista de Derecho de hoy viernes 9 de enero de 1987.

La próxima Revista de Derecho dedicada al tercer curso será después de los exámenes de febrero el viernes 27. La semana que viene volveremos con más temas de Derecho, esta vez dedicados a cuarto curso de carrera. Os esperamos el próximo viernes 16 de enero a partir de las 8 y 10 de la noche en Revista de Derecho.

Feliz fin de semana y muy buenas noches.