

DR 29 26

Escuchas Revista de Derecho, un programa de la UNED. Los últimos minutos del programa de hoy van a estar dedicados a dar unas orientaciones de cara al examen de junio sobre cómo preparar los temas de la segunda parte del programa de Historia del Derecho Español. Escuchamos al catedrático de Historia, Joaquín Azcárraga.

Buenas tardes. Comenzamos hoy, o mejor dicho, hoy es el último programa radiofónico de apoyo a los alumnos de Historia del Derecho. Con este motivo, y como consecuencia de una serie de consultas que bien directamente a través de las convivencias que he celebrado estos días, o bien a través de las llamadas de los alumnos a las guardias, voy a intentar contestar y dar unas ideas generales en orden a la preparación y al contenido de la segunda parte del programa.

Ya en el programa anterior hablamos un poco del derecho común, hablamos un poco de los temas fundamentales de esta segunda parte del programa, pero ha habido una serie de preguntas que me mueven a hacer una aclaración mucho más completa y amplia. Concretamente, si empezamos por el tema 20, verán ustedes que en él se matizan las distintas formas de legislar que aparecen en estos momentos. Hay una intervención de las Cortes, organismo que al tratarse en el programa solo de fuentes no hemos tenido ocasión de estudiar y que es una lamentable laguna que esperamos en un futuro próximo poder subsanar.

Intervención de las Cortes que es distinta en cada uno de los reinos que componen la España de entonces. No es lo mismo unas Cortes castellanas que generalmente no condicionan ni limitan la facultad real que unas Cortes como las navarras o las catalanas donde evidentemente el papel que juegan es mucho más importante. En cualquier caso hay un tipo de legislación que es la legislación de Cortes con todas las matizaciones que quieran ustedes poner en ordena si es una legislación real a través de las Cortes, si es una participación de las Cortes, etc.

Junto con ella hay otro tipo de normas que son las emanadas directamente del Rey, lo que venimos llamando normalmente pragmática, reales cédulas, etc. Hay un tipo de normas que evidentemente su promulgación corresponde al Rey pero que emanan, nacen de otros organismos o de funcionarios como serían, por citar algún ejemplo, pues los acuerdos de los consejos, los autos acordados, que evidentemente no tienen valor de ley por sí mismos pero que una vez el Rey los promulga y normalmente no los modifica adquieren ese valor legal. Y también las propuestas de esos funcionarios, sobre todo en algunos territorios, tenemos ocasión de analizar algún tipo de normas de estas que van de inspección o visita a un organismo y esas ordenanzas que proponen estos funcionarios, ordenanzas de visita suelen llamarse, pues naturalmente constituyen también un tipo de norma por lo menos de carácter administrativo en cuanto que estos funcionarios lo que intentan es fomentar o facilitar o sugerir al monarca las posibles mejoras para el funcionamiento de determinados organismos o servicios.

Y naturalmente hay una cuarta participación o influencia en la legislación que son las decisiones judiciales. Decisiones judiciales que naturalmente no tienen el valor de la alta edad media pero que siguen teniendo un peso como tienen en nuestros días las decisiones de algunos tribunales. Y no podemos olvidar tampoco que hay una doctrina jurídica.

En todo el programa desde el principio que vienen ustedes estudiando la historia del derecho han visto que la labor de los juristas es fundamental. La labor de los juristas es condicionante importante en la formación del derecho. No olviden que la propia labor de los juristas de Alarico que no supieron hacer con los mismos materiales que habían tenido los juristas de Justiniano una buena recopilación de derecho romano influye decisivamente en el futuro de ese derecho romano en Occidente.

Mientras que unos buenos juristas como los que tuvo Justiniano motiva que ese texto o ese derecho tenga una vigencia extraordinaria. Los juristas han contribuido, contribuyen y contribuirán. La doctrina jurídica ha sido siempre una fuente importante que contribuye a la formación del derecho.

En cada uno de los territorios verán ustedes pues que se mencionan cada uno de los textos que hemos citado. Y así se habla de la labor legislativa de los reyes, la labor legislativa de los cortes, etcétera, etcétera. No quiere decir esto que evidentemente ustedes tengan que aprenderse y saber qué tipo, cuántas normas dieron los monarcas o cuántas disposiciones de cortes existen, etcétera, etcétera.

En el programa hemos destacado de cada uno de esos textos, de cada uno de esos tipos de normas, aquellos que tienen una mayor repercusión o relevancia. Así por ejemplo en Castilla pues hablamos del ordenamiento de Alcalá o de las leyes de Toro que están a medias entre disposiciones de cortes y leyes directas, más bien pueden considerarse esto último, hablamos de algunos textos concretos en cada uno de los territorios sin mencionar todos y cada uno. Pero sí es importante que sepan que existen ese todos y cada uno cuando después se planteen, y lo veremos en un momento, en la estructura de cada una de las lecciones del programa.

En un segundo plano habría que mencionar que en la época alto medieval hemos visto un derecho local fuerte, prepotente, preponderante, un derecho local, es decir, un derecho propio de cada comunidad, de cada localidad, que era prácticamente el único derecho que existía y que solamente a finales ya de este periodo alto medieval comienza por distintos caminos, por distintos momentos, a surgir un derecho territorial, un derecho con vigencia en todo el reino. Desgraciadamente es la última parte del programa, de la primera parte del programa y posiblemente muchos de ustedes no han llegado a estudiarlo, esto ha sido causa quizá de algunos no aptos de febrero, y yo sí les aconsejaría que antes de preparar la segunda parte del programa, lo tengan aprobado o no lo tengan aprobado, repasen ustedes los últimos temas de la primera parte del programa para que puedan entender ese proceso de transformación, ese proceso en virtud del cual aquel derecho local que era el prioritario va cediendo paso a un derecho territorial que a partir de este momento va a ir cobrando cada vez más auge yéndose,

quedando relegados los derechos locales a otros campos y a otros ámbitos. En cada uno de los temas que a continuación siguen en el programa, verán ustedes que primero se habla del derecho local.

¿Qué ocurre con aquel derecho local preponderante? Por un lado pues encontramos en territorios como Castilla que hay un intento por parte de los monarcas de intentar unificar todo ese derecho local por la vía, una utilizada por Fernando III y por Afonso X, por la vía de conceder un mismo texto local a varias ciudades, con lo cual por vía indirecta se está unificando el derecho. Es el caso del foro real, es el caso del foro judío que tienen ustedes citados en el programa. Otro caso es por ejemplo el caso de Cataluña, donde el derecho local prácticamente se había mantenido con carácter africanamente constitucionario, no he escrito, y que su fijación por escrito coincide con la ya incorporación o influencia del derecho romano, con lo cual los textos locales catalanes, tanto los textos de Barcelona, los de Lleida, los de Tortosa, como los de Gerona, están recibiendo junto con ese derecho tradicional, ese derecho local propio, reciben una gran influencia del derecho común en el momento de su fijación por escrito.

Y así en cada uno de los territorios, después de un derecho local, que en definitiva, pues como consecuencia de la preponderancia que va alcanzando el derecho territorial, con consecuencia de que ese derecho territorial legisla materias muy concretas, en definitiva lo que va a ocurrir es que los textos municipales van transformándose lenta, pero ineludiblemente, en ordenanzas municipales, donde se contienen normas de tipo municipal, pero que ya no se contienen normas, o que las normas que contienen de derecho privado, penal y procesal, van quedando superadas por la legislación de carácter general, la legislación territorial. El derecho territorial se estudia en cada uno de los territorios, destacando los textos fundamentales, sin que esto quiera decir que no exista una constante y permanente labor por parte de los monarcas. Esto es importante que lo tengan ustedes en cuenta, e insisto, no para que se sepan si el monarca tal promulgó 17 leyes o 22, sino para que sepan ustedes que hay una permanente y constante labor legislativa de los monarcas, de las cortes, etcétera, que es lo que contribuye a esa transformación, a esa importancia cada vez mayor del derecho territorial.

Y naturalmente esta proliferación de normas, planteaba unos problemas de orden práctico, unos problemas en su aplicación y en su conocimiento. Ustedes comprenderán que para jueces, juristas, etcétera, era casi imposible conocer la legislación vigente, porque los manuscritos andaban dispersos, no hay una posibilidad de acceso a ellos, etcétera. De aquí, la importancia trascendental que tiene la aparición y extensión por España de ese descubrimiento, invento, como quieran ustedes llamarlo, que es la presión de la imprenta.

La presión de la imprenta va a facilitar tremendamente la fijación del derecho. Inmediatamente, verán ustedes cómo en todos los territorios se generaliza el deseo, la necesidad de recoger en un volumen toda esa legislación que hay que aplicar en primer lugar. Por eso las recopilaciones están también un poco en función del orden de declaración de fuentes.

Piensen ustedes, piensen ustedes que son juristas en aquella época y que encuentran unos derechos locales más o menos vigentes, un conjunto de normas emanadas del rey, de los regimos, de los cortes, etcétera, etcétera. ¿Qué norma la que hay que aplicar? ¿Qué norma tiene prioridad sobre las otras? En cada uno de los territorios, de una manera u de otra, más pronto o más tarde, se va fijando ese orden de declaración. Naturalmente, las recopilaciones responden también un poco a ese orden de declaración.

Quizá el territorio donde más claramente y antes se plantea es en Castilla, en las Cortes de Alcalá de 1348. Evidentemente, cuando se dice que en primer lugar se aplicará la legislación real y de cortes, pragmática y ordenamiento de cortes, es natural que las recopilaciones o los intentos de recopilaciones se planten sobre estas materias. Y así en todas las recopilaciones castellanas vamos a encontrar que lo que se incluye son fundamentalmente pragmáticas disposiciones de cortes sin, por supuesto, olvidar que se incorporan a las mismas fragmentos concretos, tanto del fuero real como del fuero público, como de las partidas.

Este proceso de recopilación ocurre en todos los territorios. Pero no es más que el facilitar a los juristas y jueces lo que ya existía, lo que está existiendo, que es esa labor, esa legislación que va cada vez sobreponiéndose a los derechos locales. En el caso concreto de la Corona de Aragón, es decir, el Reino de Aragón, el Reino de Valencia, el Reino de Mallorca y el Principado de Cataluña, tenemos también que tener en cuenta el corte que supone la transformación profunda que suponen los llamados Decretos de Nueva Plata.

Es evidentemente un tema importante para conocerlo, puesto que supone una transformación profunda en estos territorios en el orden político, en el orden jurídico, porque piensen ustedes que aunque en Valencia no, pero en Mallorca, Barcelona y Aragón sí se conserva, al menos se autoriza la utilización del derecho privado, la falta de una escorte, la falta de unos órganos en los cuales ese derecho esté renovándose y acrecentándose, en definitiva supone una profunda paralización en el desarrollo de estos derechos que, sin embargo, han de pesar constantemente en nuestra historia, como veremos un poquito más adelante. En el tema de los Decretos de Nueva Plata, evidentemente es un tema que tiene vigencia hoy, puesto que explica muchas de las situaciones de nuestra vida actual. Decretos que no pueden ustedes omitir, entender y que, aunque normalmente en los manuales se tratan siempre en Aragón, que es el primer territorio que se suele citar, nosotros en el programa nos hemos repetido en Aragón, en Cataluña, en Valencia y en Baleares, puesto que para los cuatro territorios hay decretos, aunque normalmente en los manuales de uso se habla de ellos en uno de los territorios y nosotros se limitan a referirse a otro.

Es importante también que tengan en cuenta que, si entendemos por derecho español el derecho que ha nacido y se ha creado dentro de lo que llamamos España, es fundamental el conocer la gran labor que el Reino Castellano realizó en orden a dotar de un ordenamiento jurídico a aquellos territorios incorporados por el nombre de indias. El derecho indiano no es tratado muy profundamente en el programa, pero sí es importante que ustedes conozcan qué es el derecho indiano, cómo se forma ese derecho indiano, por qué nace ese derecho indiano y

algunos de los textos fundamentales o básicos de ese derecho culminando, como en todos los territorios, que evidentemente no es una obra sino es el resumen de todos los trabajos. Finalmente, la primera parte de la segunda parte, si lo queremos llamar así, trata otro tema fundamental, que es los textos de carácter especial y fundamentalmente los textos mercantiles.

La complicación que ha ido surgiendo en el orden procesal motiva que no sea aplicable la jurisdicción ordinaria a los procesos mercantiles, puesto que, en definitiva, la duración de estos procesos hacía que el resultado fuera perjudicial a ambas partes. Esto motiva que la jurisdicción mercantil se separe de la jurisdicción ordinaria y se creen esos consulados, asociaciones de mercaderes, esas ordenanzas, facilitar la solución de estos procesos y que, naturalmente, tienen... Eso por lo que hablaríamos de los consulados de tierra o los consulados mercantiles a secas, puesto que no podemos olvidar que, además, existe un derecho mercantil marítimo que no es propio de esta época, aunque se desarrolle en esta época. En algunos casos, incluso, algunos manuales lo incluyen dentro de esta época, quizá porque el origen de todo esto se pueda fijar en la Lex Rodia Dei Actu de la época romana, por muchas circunstancias.

Lo importante a destacar del derecho mercantil, a mi modo de ver, es que no es un derecho nacional. No se puede hablar de que el derecho mercantil marítimo sea un derecho de un país o de otro. El derecho mercantil se desarrolla en unas áreas.

Comprarán ustedes que no es posible que un mercante, que un barco dedicado al comercio, tenga unas condiciones en Barcelona distintas de las de Valencia, distintas de las de Mallorca, o distintas de las de Italia o Francia. Lo que va surgiendo, y me refiero que no es el único, lo que va surgiendo es un derecho uniforme, que no es un derecho catalán, ni valenciano, ni mallorquín, ni siquiera español, ni siquiera... Es un derecho del Mediterráneo. Es la costumbre del mar.

Es lo que se aplica en todos los puertos y que va a culminar en esa obra cumbre que es el libro del consulado del mar. Es una obra hispana, puesto que fue probablemente en Cataluña donde se redactó. Sin embargo, lo que es un derecho de carácter internacional, si me permiten ustedes, es el derecho del Mediterráneo.

Esto que tiene una importancia directísima, y que si ustedes observan en los decretos de una planta, se advierte que no se queda suscrito, sino que queda maricón, precisamente por eso. Porque no es un derecho del Mediterráneo español, sino porque era... Hay otros textos que tienen también trascendencia, aunque quizá menor, y en relación con lo que hemos dicho antes, está el tema del interés. Es importantísima la aportación de la doctrina jurídica en la formación y en la interpretación del derecho.

Especialmente en esta época, eran ustedes quizá para algunos algo sorprendente, que aparece la arqueología, la filosofía y la ciencia jurídica. Es evidente que en la formación del derecho, y sobre todo en la formación del derecho moderno, es un tema que ustedes deben de saber y conocer. Yo no les pido a ustedes un catálogo o lista de quiénes fueron los autores de textos, o

quiénes son los principales romanistas y comentaristas del derecho común, o quiénes son.

Lo que sí les pido es que sepan ustedes qué es la escolaridad. Algunos autores fundamentales, que sepan ustedes que las mismas técnicas que se están utilizando, o que se habían utilizado en el comentario, lo vamos a encontrar, en los que naturalmente hay nombres que tienen, no sólo los de los Suárez o Molina, de la Escolástica, sino también los Covarrubias, etc. En este sentido, viene esta lección a recordarles una vez más, que junto a la ley, junto al código, junto a la norma, está la labor del jurista interpreta, y de gran manera.

Los dos últimos temas del programa son los que se refieren a... Evidentemente la aparición de las ideas de la revolución francesa, las ideas de la enciclopedia, la incorporación de la nueva concepción del poder, tiene y supone un cambio radical, que podemos fijar, o fijarlo de alguna manera, intentar poner una fecha, en la constitución de Cádiz. Evidentemente esta constitución, esta transformación, repercute de muchas maneras. Y tenemos de un lado el estudio de lo que son las constituciones, que aunque normalmente se estudia en las instituciones de derecho político, usted debe saber cuáles son las importantes, cuáles son las líneas fundamentales, y uno despierta, al menos, qué constituciones hubo, y qué contenido, más o menos, en esa lucha, en ese planteamiento de los poderes del rey, de las prerrogativas regias, más el régimen de Navarra.

Recuerden ustedes que Navarra conserva toda su organización política, pública y privada, hasta el final de la primera guerra carlista, hasta la ley del 41, y que naturalmente es un tema importante, y es un tema que además ha dado mucho percibimiento. El segundo gran problema, o la segunda gran área de esta época, es la codificación. La codificación la van a estudiar ustedes en los otros años de carrera, a través de cada una de las asignaturas.

En civil estudian ustedes la codificación civil, en penal la penal, en mercantil la mercantil, en procesal la procesal, etc. Evidentemente, nosotros debemos de conocer, y me importa fundamentalmente, que sepan ustedes el por qué la codificación, cuál es el problema de la codificación, qué plantea la codificación, de dónde viene la codificación, qué manera se hace la codificación, en definitiva, y sobre todo, en función de lo que decíamos antes, en función de esa pervivencia de unos derechos particulares distintos del régimen general, que existen cada uno de esos. Les he de plantear, de forma clara, cruda y rotunda, si debe haber un código igual para todos, o si es el espejo de cada uno de los términos.

Con esto, yo espero que, bueno, hayan visto la idea del programa, el por qué, y de esta manera contestar algunas de las múltiples. El examen, como ustedes saben, el comentario de texto, esta vez, va a figurar solo, sin indicaciones, sin ayudas. Son dos comentarios que ya están seleccionados, dos comentarios que les dan a ustedes pie para que, espontáneamente y libremente, manifiesten todo lo que sepan sobre esos temas.

Procuren ceñirse al contenido del texto, porque no aprovechen ustedes una palabra para leer el texto con calma y analizar las posibilidades que tienen. Y con esto, repitiendo que estamos en el programa 65. Historia del Derecho Español.

Hemos escuchado al catedrático de esta disciplina, Joaquín Azcárraga. Y llegamos al final del programa. Pilar Mellado nos habló del parlamentarismo alemán e italiano.

Hablamos también de la aplicación práctica del principio de separación de poderes en el régimen de los Estados Unidos. Lo hizo María Victoria García Atanzo. El profesor Paco Eugenio expuso un nuevo caso de derecho romano referido al derecho sucesorio.

Y por último, Joaquín Azcárraga, catedrático de Historia del Derecho Español, nos informó de cómo preparar esta asignatura de cara a los exámenes de junio. Nada más, el próximo viernes será segundo curso de la carrera, el que ocupe nuestro tiempo. A todos los que nos escucháis, gracias por estar con nosotros y que paséis un feliz fin de semana.

Esto es Revista de Derecho, un programa de la Facultad de Derecho de la UNED. Antes de las noticias, sugería el profesor Puente Gido que habláramos del proyecto de ley de extranjería que pretende hoy ordenar la situación jurídica del extranjero en España. ¿Qué le parece a la profesora Pérez Vera? A mí me parece muy interesante porque realmente es un proyecto que era, al menos hay que decir, era necesario, era muy necesario a partir de la Constitución de 1978 en que hay un artículo 13, si no me equivoco, el apartado primero, en que se dice que los extranjeros gozarán de los derechos y libertades en los términos que establezcan la ley y los tratados.

Y no existía tal ley con anterioridad, por otra parte si hubiera existido también hubiera sido necesario adaptar la ley a la nueva Constitución, a la nueva legalidad constitucional, pero es que además la normativa preexistente tenía como norma de rango superior un decreto del año 74. Y a este decreto se habían sumado cantidad de órdenes, otros decretos complementarios, órdenes comunicadas, con lo que creo que podemos decir, y desde una perspectiva universitaria esto es indudablemente cierto, que la situación del extranjero en España es todavía hoy, mientras que no entre en vigor una ley de extranjería, que además tendrá carácter de ley orgánica, por referirse a derechos fundamentales de la persona, es una situación difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica. Y es tal vez desde esta propia perspectiva, desde la que podríamos examinar un poco este proyecto de ley, porque efectivamente si lo que nos preocupa es que el Estado de Derecho, que es el Estado español, lo sea a todos los efectos, tendríamos que ver si también lo va a ser para los extranjeros.

Sí, yo estoy de acuerdo que en esa valoración inicialmente positiva que este proyecto tiene. Se trata de actualizar y de sistematizar, así lo declara el legislador en el prólogo, en la introducción que hace de la ley, o mejor dicho de este proyecto, puesto que todavía no es más que un proyecto de ley. Ahora, no estoy seguro que en primer lugar esa sistematización de verdad tenga la amplitud que podría o que quizá debería tener una nueva ley de extranjería.

Eso en primer lugar. En segundo, no estoy tampoco seguro de que todavía por fortuna estamos en la fase de proyecto y entonces creo que coincidimos. La universidad debe ser una instancia crítica frente a los poderes establecidos y debemos orientar desde nuestra pequeña perspectiva y modestos criterios lo que puede ser de verdad una buena contribución a la tarea

legislativa en el país.

Creo que en algunos puntos concretos el proyecto tal y como actualmente existe rozaría, al menos desde mi modesta opinión, rozaría aspectos importantes en este tema de la protección internacional de los derechos fundamentales, sobre todo si no perdemos de vista que estamos en un marco europeo y estamos vinculados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Entonces yo sugeriría que pudiéramos entrar en dos aspectos que a mí me parecen cruciales. En primer lugar sería, por ejemplo, un tema a considerar por nosotros ahora, si nos da tiempo suficiente, el de la amplitud y el contenido con el que algunos de los derechos que se dicen defender y proteger en esta ley, si es que el proyecto accede a ser ley, y por lo tanto la insuficiencia de la concreción en esos derechos, en primer lugar.

Y en segundo lugar, la insatisfacción del mismo procedimiento de protección, es decir, del tema de los recursos. Sí, efectivamente. Yo en el primer punto no sé si estaríamos de acuerdo, pero creo que un tema que es importante es el reconocimiento que se hace de limitados derechos políticos a los extranjeros en tema de acceso a las elecciones locales, municipales en definitiva, que se condicionan a un régimen de reciprocidad necesariamente.

Esta es una posibilidad que se recogía en la propia Constitución, por otra parte, y que a mí me pareció extraordinariamente sugerente cuando lo leí, porque me parecía, y sigo manteniéndolo, que puede ser una forma de hacer mucho más estable, mucho más consolidada la postura de los emigrantes españoles ni en los países extranjeros, en los países europeos. Efectivamente, no cabe duda de que tiene mucha más fuerza un emigrante, un extranjero, que puede votar en unas elecciones locales en cuya opinión política va a poder ser tenida en cuenta por las autoridades locales, que cuando esto no ocurre, sujetarlo a un régimen estricto de reciprocidad, en lugar de hacer una oferta más generosa, más amplia, limita hoy por hoy, si no me equivoco, la posibilidad de votar a los emigrantes españoles a Suecia. Y no sé si al Reino Unido o a Suiza había algún proyecto, pero tal vez el profesor Puente Ejido conoce algún otro dato sobre este terreno.

No, yo en el caso concreto no sé si acaso Dinamarca. En Suecia, por supuesto, y vamos, yo ratifico, por supuesto, este criterio de la profesora Pérez Vera, la medida en que el criterio de reciprocidad que se establece en la Constitución y que ciertamente después vuelve a aparecer en el proyecto, es insuficiente, porque eso equivale a, digamos, colocar en una situación de inferioridad al extranjero, pongamos por caso, súbdito de un país dictatorial, que por tener además la mala suerte de tener esta nacionalidad y este régimen en este país, está penalizado en el nuestro con el no poder ejercer derechos sindicales o derechos, por ejemplo, en tanto que miembro de un municipio que ejercen todos los demás trabajadores procedentes de otros países que tienen además la suerte de poseer esa nacionalidad que les permite, por el criterio de la reciprocidad, el ejercicio de esos derechos. Pero lo que sí es cierto es que, al menos yo he estimado, y esto lo tengo que decir también con todo respeto y todo cuidado, al menos he estimado que al establecer el criterio de reciprocidad, que no es aceptable en el sentido que hemos indicado, ambos, por lo menos se ha querido huir de aquel concepto un tanto ilusorio

que aparecía en los debates de la Constitución y según el cual prácticamente se estaría ya en el, digamos, nuevo derecho internacional y en la cooperación y solidaridad internacional en una cuasi-asimilación total del extranjero al nacional en el ejercicio de los derechos políticos lo cual evidentemente no era aceptable y por fortuna fue corregido en su día en la elaboración del texto.

Pero centrándome más en el tema de los recursos a mí me provoca una cierta preocupación en advertir dos cosas. Primero, laudablemente el legislador tiene deseos de abrir la vía judicial por el contencioso administrativo a la posible crítica y por lo tanto control de las decisiones gubernativas que puedan ser tomadas al respecto. Pero yo diría que este recurso contencioso administrativo es un tanto alicorto y cosa curiosa, a lo mejor insuficiente porque la pregunta inmediata que hoy todo jurista se haría es que además del recurso contencioso administrativo no puede y no debe haber un recurso de amparo.

La historia, por ejemplo, del viejo Tribunal de Garantías indicaría ya que efectivamente los extranjeros en su época pudieron ir al recurso de amparo y estoy seguro que aun cuando la ley hoy lo establezca y lo quiera establecer con carácter limitativo será absolutamente necesario y el Tribunal Constitucional en su día lo tendrá que hacer, si es que ya no lo ha hecho lo tendrá que hacer es conceder el recurso de amparo. Sí, ciertamente lo ha hecho en una última decisión. En una última decisión el Tribunal Constitucional acepta el amparo para los extranjeros.

Lo que pasa es que todavía quizá esa no es suficientemente definitiva pero yo creo que habrá que aceptar el amparo prácticamente en las mismas situaciones siempre que se trate de defender por parte del extranjero derechos constitucionales. Pero no es este el punto. El punto que a mí más preocupación me da es aquel en donde se ve claramente que por razón de Estado, es decir por razón de seguridad interna o externa se pueden infringir normas fundamentales en esa vía de la protección de los derechos y tal como, por ejemplo, está estableciendo no sólo la jurisprudencia de la Comisión que eso ya es importante sino sobre todo el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

Es decir, eso de que como dice el artículo 34 en ningún caso podrá acordarse se entiende que por un tribunal el recurso contencioso la suspensión de las resoluciones basadas en razones concernientes a la seguridad interior o exterior del Estado me parece excesivo porque significaría lo siguiente limitar principios fundamentales del hombre por la vía de razón de Estado lo cual hoy ya está en contra de la propia idea del Estado de Derecho y ciertamente del mínimo estándar internacional. Indudablemente se nos ha acabado el tiempo pero yo quería sumar mi preocupación a la del profesor Puente Gido cuando además tenemos que en el propio proyecto de ley se considera que estas decisiones adoptadas en estas condiciones no podrán ser suspendidas su aplicación cuando se trata de expulsión de extranjeros de expulsión de España de extranjeros cuando hayan sido adoptadas por esta vía con lo cual de hecho equivale también a negar la posibilidad del recurso contencioso administrativo. Bueno, nada más, muchas gracias.

Gracias a los profesores Elisa Pérez Vera y José Puente Gido por su participación esta noche en Revista de Derecho. Cambiamos de tema. El profesor Jesús María Álvarez Carballo de Derecho Civil nos va a hablar de la revisión del dogma de la autonomía de la voluntad y la ley general de defensa del consumidor y usuario de 19 de julio de 1984.

Profesor Álvarez Carballo, ¿qué es la buena fe? La buena fe es un concepto técnico muy complejo. Es un equivalente jurídico, es un estándar jurídico una regla general de conducta un principio general. Ha dado origen a grandes discusiones doctrinales y a una clasificación entre buena fe objetiva buena fe subjetiva realmente no está nada claro qué es la buena fe.

Y sin embargo todos aludimos al principio de la buena fe. ¿Hay clases de buena fe? Hay un único principio general que es el principio de buena fe y sin embargo para tratar de explicar este concepto técnico de buena fe se acudió a una discusión doctrinal muy laboriosa, muy pesada y que prácticamente no ha servido para nada en donde han corrido ríos de tinta en torno a una clasificación en buena fe objetiva y buena fe subjetiva. ¿Qué es la buena fe objetiva? Buena fe objetiva es aquello que todos los ciudadanos de un contexto social determinado entienden por reglas normales de funcionamiento.

En cambio, buena fe subjetiva es mucho más individualista es aquella concreta de un sujeto determinado. Normalmente deberían coincidir y sin embargo realmente no coinciden absolutamente casi nunca. ¿En dónde está aludida la buena fe? Nuestro código civil ha recibido el principio de la buena fe en su nuevo título preliminar que ha sido promulgado en el año 1974.

En él hay un artículo el 7 que tiene dos párrafos muy distintos. El primer párrafo es muy breve, es el párrafo primero del artículo 7 donde nos dice literalmente que todos los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y no nos dice más. El párrafo segundo del artículo 7 habla del abuso del derecho e introduce a su vez otro equivalente jurídico el ejercicio normal de un derecho como límite para el ejercicio de los derechos subjetivos.

Comparados el primer párrafo del artículo 7 y el segundo párrafo del artículo 7 nos encontramos con que la buena fe viene a asimilarse a la forma normal del ejercicio de los derechos. Esto va a tener una incidencia muy especial y muy importante en el ámbito de la contratación, pero quizá habría que matizar cómo debe entenderse este párrafo primero del artículo 7 del Código Civil. El artículo 7, párrafo primero del Código Civil, ha sido entendido con una cierta mala suerte por la doctrina que precipitadamente empezó a comentar el nuevo título preliminar del Código Civil a raíz de su publicación en el año 1974.

Así, aunque sea una paradoja de estas más, a mí me gusta a veces situar contra las cuerdas a grandes personajes, a grandes instituciones, y así por ejemplo el Consejo de Estado español, al comentar el párrafo primero del artículo 7 del Código Civil, nos dijo campanudamente, muy seriamente, está publicado en dos volúmenes de estudios de la Academia Matritense del Notariado, que la buena fe es la ausencia de mala fe, con lo cual se quedaron tan panchos, y los

alumnos no saben qué rayo puede ser la buena fe. ¿Cómo configuramos nosotros la buena fe? ¿Cómo debe entenderse la buena fe? En base a unos equivalentes jurídicos, a unas normas sociales de comportamiento contractual que incardinan la buena fe en las condiciones generales de la contratación. La forma normal de comportarse el hombre en sus relaciones jurídicas.

Pero este planteamiento de la buena fe nos va a llevar a dos puntos muy distintos. Primero, la revisión del dogma de la autonomía de la voluntad. De otra parte, la Ley General de Defensa del Consumidor y del Usuario de 19 de julio de 1984.

De esta forma, apelando a un dogma que se revisa, apelando a una ley reciente que rellena las lagunas antes existentes, ya podríamos nosotros definir cuál es la buena fe contractual. ¿Qué son, en el nuevo ámbito de nuestro derecho civil más reciente, lo que se ha dado en llamar las condiciones generales de la contratación de las que tantos tratadistas españoles y extranjeros se han ocupado? ¿Qué son las condiciones generales de la contratación? Hay, en este terreno, que hacer una especie de pequeño prólogo. Yo no sé si esta improvisación a salto de mata va a salir viva o va a salir un poco tartajeante.

Vamos a ello. Primero, había una primera piedra que sería el artículo 1255 de nuestro Código Civil. Era el que consagraba el llamado dogma de la autonomía de la voluntad.

¿Qué era? Que el contratante podía hacer lo que quisiera. Y así el artículo 1255 de nuestro Código Civil dice literalmente. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Pero resulta que este poder hacer lo que le diera la real gana al contratante empezó a ponerse en tela de juicio cuando empezaron a divulgarse los contratos en masa. Después, con la aparición del contrato dictado. Después, con la aparición del contrato de adhesión.

El resultado final fue que se llegó a una conclusión un tanto paradójica. Creer que estábamos en presencia de una crisis del contrato y no es verdad. Realmente el contrato no está en crisis.

El contrato tiene una buena salud. No está en ningún periodo crítico, ni por su carácter masculino ni por su carácter femenino. Pero lo que sí realmente pasa es que el cambio social ha producido ya un cambio muy notable en el comportamiento de los ciudadanos.

Realmente ya el ciudadano que contrata no es un dominus como era en el antiguo derecho romano. Como era en la época primera de la codificación. Ahora hay un contagio social en virtud del cual realmente ya hay que pensar en los demás.

Desde este punto de vista hay que revisar el dogma de la autonomía de la voluntad. Pero es que esta revisión del dogma de la autonomía de la voluntad se entronca con el concepto de la buena fe en el sentido muy concreto de que realmente no actúa con arreglo a la buena fe el que calla cuando debía chillar. Y así da lugar a un error en el contrato, a una disparidad de

criterios a la hora de formalizar un documento.

Esto es atentar contra la buena fe. Pero es que damos otro paso más. Y es que entonces resulta que esta buena fe contractual va a venir plasmada en unas leyes.

En la Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario de 19 de julio de 1984 estimando tajantemente cuáles son las conductas que son atentatorias a la buena fe. Así de rebote podemos encontrarnos con una serie de conductas, una serie de definiciones que demuestran como ya el contratante no puede hacer lo que quiera. A este camino se ha salido con unas pequeñas corruptelas incluyendo determinadas cláusulas contractuales que fingen una realidad que no siempre se da.

¿Cuáles son las normas atentatorias a la buena fe en la Ley General de Defensa del Consumidor y del Usuario? En realidad habría que hablar un poco de esta ley. Esta ley, en su artículo 10, nos establece cuáles son las cláusulas, las condiciones o las estipulaciones de carácter general que atentan contra la buena fe. Podríamos decir primero qué es esta Ley General de Defensa del Consumidor y del Usuario.

Esta ley es una ley orgánica dictada en defensa de los consumidores y usuarios en cumplimiento del precepto constitucional y nos dice quién es consumidor y usuario. Todas las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes muebles, bienes inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. De esta forma, el párrafo 2 del artículo 1 nos da un concepto tan amplio de consumidor y usuario que realmente todos cabemos dentro de él.

Establece esta ley unos derechos del consumidor y del usuario y establece después unas prohibiciones que vienen señaladas en el artículo 10. ¿Pero cuáles son los derechos del consumidor y del usuario? Una protección de los riesgos que afecten a su salud o a su seguridad. Una protección de los intereses económicos y sociales.

Una indemnización y reparación de daños y perjuicios. Una adecuada información, educación y divulgación. Una audiencia en consulta.

Una participación en la elaboración de disposiciones generales y una protección jurídica, administrativa y técnica. Realmente, con esta nueva ley no queda nada fuera de su contexto. Esto va a modificar todos los contratos que se están haciendo actualmente.

Van a dejar inútiles multitud de documentos ya impresos y ya circulantes. ¿Por qué? Pues porque el artículo 10 va a agravar con la declaración expresa de nulidad de todos aquellos contratos que no respeten los requisitos que el artículo 10 señala. ¿Cómo se salva este escollo? Este escollo se puede salvar de dos formas distintas.

O bien apelando a la interpretación del artículo 1288 del Código Civil, o bien estableciendo una pequeña trampa. Trampa de hacer un borrador de contrato, entregárselo a la parte

contratante, aceptar teóricamente unas modificaciones y después redactar definitivamente el contrato estampando una cláusula en virtud de la cual cada uno de las dos partes contratantes ha colaborado en la redacción definitiva del contrato. Por este camino se puede burlar la ley perfectamente.

¿Cuáles son los requisitos de las cláusulas de las condiciones o estipulaciones de carácter general? En primer lugar, se establece que han de ser concretas, claras y sencillas de redacción con una posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos ni remisiones a documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. En segundo lugar, habrá que entregar un justificante salvo que se renuncie expresamente a la entrega de este justificante. En tercer lugar, habrá que atender a la buena fe y a un justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye, como supresión absoluta de la buena fe, la omisión de la cantidad diferida, la omisión del tipo de interés anual y de los aumentos de precio, el otorgamiento de una facultad de resolución contractual discrecional.

Tercero, las que otorguen una posición de desequilibrio contractual. Cuarto, las condiciones abusivas de crédito. Cinco, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiaciones o aplazamientos, los recargos, las indemnizaciones o las penalizaciones no susceptibles de aceptación o rechazo sin rechazar en bloque todo el contrato.

Las limitaciones absolutas de responsabilidad. La repercusión sobre el consumidor de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de los servicios. La inversión de la carga de la prueba.

La negativa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones. La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor. En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador se haga cargo de los gastos derivados de la preparación de la titulación.

Finalmente, la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorias no solicitadas. De esta forma vemos que con estos requisitos, con estas cláusulas, condiciones o estipulaciones que acarreen la nulidad del contrato, prácticamente todos los contratos que se están celebrando en el momento actual en España serían susceptibles de ser declarados nulos. De esta forma, esta ley va a ser tremendamente importante.

Se está ocupando de ella toda la doctrina y va a provocar una verdadera revolución. Revolución que se centra en dos ámbitos distintos. De una parte, revisar el concepto de condiciones generales de la contratación.

En segundo lugar, crear un concepto técnico de lo que es la buena fe. Finalmente, hay un apartado que es muy importante. Este apartado sería aquel que hace alusión a la interpretación de estos contratos.

Estos contratos hace una remisión la ley en su párrafo 2 del artículo 10 diciendo que las dudas se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares

sobre las condiciones generales, siempre que aquellas sean más beneficiosas que estas. Esto es exactamente volver a repetir el viejo precepto del artículo 1288 del Código Civil. Hasta aquí la exposición de Jesús María Álvarez Carballo, profesor del Departamento de Derecho Civil de la UNED.

Y llegamos al final del programa. El profesor Ignacio Astarloa nos habló de la nueva ley de régimen local. Hablamos del derecho de extranjería.

Lo hicieron los catedráticos Elisa Pérez Vera y José Puente Ejiro. Y por último, el profesor Álvarez Carballo hizo una revisión del dogma de la autonomía de la voluntad y la ley general del consumidor y usuario. Nada más.

Revista de Derecho volverá el próximo viernes. Gracias por estar con nosotros y hasta pronto. Revista de Derecho pone fin al tiempo de las facultades.

A partir de ahora comienza el programa del curso de acceso a la universidad para mayores de 25 años.