

DR 29 433

Hola, buenas noches, con esta sintonía damos comienzo cada viernes a Revista de Derecho, un programa que la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia ofrece a sus alumnos y, por supuesto, a toda aquella persona interesada en los temas jurídicos. Hasta las diez y media de la noche estaremos contigo, para ampliar, aclarar, motivar y orientar en todos aquellos aspectos jurídicos, científicos o pedagógicos que puedan resultar más complejos y que se centran en las materias relacionadas con las asignaturas de la carrera de Derecho. Para ello contamos con la colaboración de los profesores de la Facultad de Derecho de la UNED.

Esta noche, último viernes del mes de marzo, la Revista de Derecho va a estar dedicada a las asignaturas de tercer curso, donde te ofreceremos los siguientes contenidos. Los primeros minutos estarán ocupados por el comentario y solución del caso práctico de los pasados exámenes de febrero de la Asignatura de Derecho Internacional Público. En Derecho Civil II se hablará de liberalidad, gratuidad y ánimos donandi en la donación.

Se verán también los aspectos reales y monetarios de la política fiscal dentro de Hacienda Pública y un amplio comentario a los pasados exámenes de febrero. Seguirá Derecho Administrativo con el tema la relación de causalidad en la responsabilidad de la Administración. Y, por último, en Derecho Penal, intrusismo, consideraciones sobre el delito y la falta.

Y ya, sin más, vamos a dar paso al profesor Don José Puente Ejido, Catedrático de Derecho Internacional Público. Vamos a hablar con él para que nos comente ampliamente las pruebas presenciales que tuvieron lugar en el pasado mes de febrero. Buenas noches, profesor Puente Ejido.

Buenas noches, Charo. ¿Cuál es el planteamiento general que puede hacer sobre los exámenes pasados? Pues sí, como teníamos previsto ya en esta emisión, corresponde hacer un planteamiento general de los exámenes que sirva de comentario y orientación para el próximo examen. Y, ciertamente, yo diría que, por lo que se refiere a la prueba objetiva o test, vamos ganando.

Es decir, ha habido un aumento notable del nivel de aciertos en esta pregunta objetiva. Menos satisfactoria, en cambio, es la situación respecto de la pregunta de desarrollo, en la pregunta teórica del programa, y, ciertamente, sobre el caso. Y es, precisamente, del caso del que yo querría ahora hablar, y aprovechando al máximo la utilidad de este espacio, y puesto que uno de los dos casos puestos ya había sido explicado antes, voy a centrarme, sobre todo, en el caso de la segunda semana, el caso práctico que se puso como examen la segunda semana, y que, por si acaso alguno de ustedes no lo recuerdan bien, Leido decía así, de conformidad con una disposición del Código Penal Alemán, los delitos menores cometidos en el extranjero son solamente punibles en Alemania cuando así lo hayan previsto o leyes especiales o tratados internacionales.

En un asunto concreto había sido cometido, cometido, perdón, un delito de estos en territorio del Estado Austriaco, y procesado el autor en la República Federal Alemana, se planteó si en tales circunstancias era o no perseguible en este país según la referida disposición. Entre los dos Estados existía, ciertamente, un acuerdo de existencia recíproca en materia penal adoptado por los respectivos Ministerios de Justicia. El Tribunal Alemán de primera instancia estimó que no había lugar al procesamiento, y, apelada esta sentencia por el Ministerio Fiscal, el Tribunal de Apelación confirmó el primer fallo.

Se deseaba saber a. Cuál fue el fundamento jurídico de ambas sentencias, b. Según lo que se conoce de las normas de la Constitución de la República Federal de Alemania en materia internacional, se pedía una breve exposición de los datos relevantes en este caso, y, finalmente, c. La opinión de un destacado especialista en la materia era que, no obstante, había lugar al procesamiento, porque, además del referido acuerdo que se había celebrado en estos países, se había establecido una práctica, entre ellos, de 1945 a 1953, que equivalía a una costumbre y que permitía ese procedimiento. El Tribunal rechazó este argumento con esta referencia, dando aún por buena, cosa en la que no entraba, la existencia de ese acuerdo, el argumento de la práctica era rechazable, porque ello supondría la admisión de la analogía en materia penal, y, por lo tanto, inaceptable. Entonces, ¿cuáles son los datos fundamentales que el alumno debería haber mirado en este caso práctico? Sí, yo creo que lo primero que tendríamos que hacer ahora, y que deberían hacer los alumnos, fue, después de una lectura reposada, comprender exactamente los términos del problema que se planteaban.

Muchos de ellos, de estos alumnos, han querido ver, en este caso, un supuesto de extradición, por el que el autor del delito habría sido entregado para Austria a la República Federal de Alemania, y nada hay en el texto que autorice una tal lectura. Se nos dice bien claro que el delito había sido cometido en territorio austriaco, y que el presunto delincuente había sido procesado en la República Federal de Alemania, y ante los tribunales de este país, y ningún dato de ese supuesto permitía suponer que la presencia del procesado era como consecuencia de un procedimiento de extradición. Al contrario, se podría haber presumido muy bien que, cometido el delito por este alemán en territorio austriaco, él es después procesado en Alemania, a donde ha retornado voluntariamente.

Un dato, dentro del muy importante, y que la mayor parte de los alumnos pasó por alto, es que la disposición aludida del Código Penal Alemán establece esa condición de las leyes penales especiales, o de la existencia de un tratado, a efectos de punibilidad. Y nosotros, en la Catedral de Hecho Internacional, tenemos, de hecho, a esperar que los alumnos, después de haber estudiado la parte general del derecho penal, conozcan exactamente en qué consiste esta noción de la punibilidad. El delito seguía siendo delito, y como tal, conducta incriminada por las leyes penales alemanas, y era perseguible, sin más, cuando tal delito se hubiere cometido en territorio alemán.

Cualquiera que fuera la nacionalidad o ciudadanía del presunto delincuente. Ahora bien, por razones de política penal, el legislador de la República Federal de Alemania había excluido la

punibilidad del delito cometido en el extranjero, si es que no se daban alguna de las dos condiciones a las que antes he aludido. Finalmente, otro dato suplementario que se les daba, pero sólo a efectos de ilustración o orientación, era que se trataba de un, yo cito textualmente, delito menor.

Esto tiene la siguiente explicación. Mientras que nosotros, nuestro Código Penal, hemos prescindido de la antigua clasificación de crímenes, delitos y faltas, el legislador alemán las ha conservado, y el Código Penal alemán conoce todavía la clasificación tripartita de delitos graves, delitos menos graves y faltas. Entonces, profesor Puentejido, ¿dónde está en este caso el problema principal y concreto? Pues bien, verán, tenía que haberse diferenciado muy bien dónde estaba la discrepancia entre los dos tribunales, el de primera instancia y el de apelación, por una parte, y el mantenido por el Ministerio Fiscal y el especialista en Derecho Penal, tal y como se manifiesta en ese informe.

Y aquí es precisamente donde está la clave de nuestro problema. La falta de contestaciones aceptables revela que, en el fondo, no hubo una adecuada comprensión de que el problema estaba precisamente de modo nuclear en este supuesto. Verán, todo giraba en torno a la noción que se tuviera de Tratado o de Acuerdo Internacional, porque, por la teoría general del Tratado Internacional, que se estudia en este curso, se puede intuir bien, y se sabe, que desde el punto de vista del derecho internacional, el nombre no hace al caso.

En el derecho internacional se habla de acuerdo, de tratado, de convenio, de convención, de carta, y todo es lo mismo en la medida en que todo puede ser expresión de un acto consensual, concertado entre dos o más estados, con voluntad de obligarse según las normas de derecho internacional. No impuesta, pues, la forma en que haya sido concluido, ni importa el número de participantes, ni, salvado a ciertas cuestiones en las que ahora no puede entrar, el contenido más o menos amplio de las obligaciones que así se han estipulado. Ahora bien, el derecho internacional no tiene categorías normativas en este sentido, como lo tiene, por ejemplo, el derecho interno, y todos sabemos muy bien distinguir entre un contrato de compra-venta, o de arrendamiento, o de acomodado, y por lo tanto, hay que decir, el derecho internacional no tiene esas categorías normativas, todos son acuerdos internacionales, pero lo que sí se sabe, es que, a pesar de todo, en el derecho internacional se suele distinguir entre acuerdos solemnes, y en forma simplificada, de un lado, y esos son acuerdos de estado, y otra clase de acuerdos de tipo menor, que se ha convenido llamar, aproximadamente con la terminología de acuerdos administrativos, que son los acuerdos que se conciertan entre las distintas administraciones, e insisto, en el primero el estado actúa como tal, y se obliga a sí mismo, en los segundos son más bien las administraciones, y cierto, es verdad que el derecho internacional tiene dificultad para establecer diferencias entre una y otra clase de acuerdos, y si la voluntad de obligarse entre ambos estados es clara, poco importa que haya sido concertado el convenio por sólo los ministerios de justicia, puesto que éstos, en última instancia, actúan en representación de sus respectivos estados, pero la diferencia existe, el derecho internacional no deduce de ella consecuencias normativas precisas, pero, y aquí viene el problema, aunque el derecho internacional no distinga los derechos internos, después pondré un caso, pueden

perfectamente distinguir a efectos internos entre ambas categorías, y por lo tanto, el derecho particular, en el caso concreto alemán, podía diferenciar entre un acuerdo entre administraciones, y un tratado internacional, que era lo que exigía el código penal alemán, nosotros tenemos otro ejemplo muy claro, entre distintas clases de acuerdo a efectos constitucionales, en las tres categorías que establecen los dos artículos de nuestra constitución, del 93 y del 94, y que, ciertamente, yo no puedo entrar aquí ahora a analizar, pero los doy por supuesto, exactamente ésta era la interpretación que los tribunales alemanes mencionados, entendían que había que dar a la norma penal de ese código, el tratado internacional que el código penal alemán exigía como condición para la punibilidad, en la República Federal de Alemania, de los delitos menores cometidos en el extranjero, y de los que pudieran conocer ciertamente los tribunales alemanes, era el tratado concluido según todas las exigencias constitucionales, y no simplemente el mero acuerdo de carácter administrativo, es decir, se trataba de un acuerdo internacional que tenía que haber recibido la previa aprobación parlamentaria.

¿Por qué razón y cómo fundar entonces esta interpretación? Pues bien, la cosa es relativamente sencilla si se ha entendido bien de qué va en el proceso de ratificación de tratados internacionales y en la intervención de las cámaras parlamentarias, aprobando, no ratificando, aprobando ese acuerdo que el gobierno después puede ratificar. El principio de legalidad en el derecho penal es de dominio prácticamente absoluto. Pues bien, como una manifestación más de ese principio dominante y declarando incluida en la exigencia de la legalidad, no sólo el problema de la tipicidad, como a veces erróneamente se cree, sino también el de la punibilidad del delito, el tratado internacional lógicamente tenía que ser interpretado por el tribunal alemán como aquel acuerdo que ofrece las garantías de la ley, es decir, el acuerdo internacional que ha sido aprobado por el Parlamento.

El mero acuerdo gubernativo entre administraciones no era suficientes a efectos de la exigencia de ese principio tan dominante de legalidad en el derecho penal. Y la referencia que aquí se pedía y que se había encuadrado en la pregunta segunda, en la pregunta B, era el que se entendiera que por constitución, por la constitución de la República Federal de Alemania, en materia de tratados, los tratados aprobados por las cámaras, y una vez debidamente ratificado, tienen fuerza de ley federal. Y finalmente, para la resolución del caso, ¿cuál podría ser entonces la posición del especialista? Sí, como hemos visto al leer el caso, el especialista se apoya fundamentalmente en esta idea, que es bien conocida por lo demás en el derecho internacional.

Decía él que la práctica establecida desde 1945 a 1953 equivalía ciertamente a un acuerdo, cualquiera que fuera la sustancia de ese acuerdo administrativo entre ambos estados. El especialista entendía que ahí se podía aceptar ya la relación bilateral presupuesta por la norma del Código Penal Alemán, a la que antes he aludido. Hay aquí la manifestación de una vieja idea.

La costumbre, la práctica consuetudinaria que puede establecerse por la vía del hábito, tiene a

veces la interpretación de pacto o acuerdo tácito. Pero ciertamente, este argumento fue rechazado y era completamente rechazable por el tribunal. Porque si el acuerdo administrativo, según expliqué antes, no era suficiente a efectos de la exigencia de la legalidad, del principio de la legalidad, menos podía ser naturalmente la simple práctica admitida por ambos tribunales, por ambos países, perdón.

Una práctica que por lo demás, como he insinuado antes, carecía de toda base legal. Y por esta razón, yo creo que con justeza, los dos tribunales entienden que en materia penal no puede haber una extensión analógica de las condiciones de la punibilidad y rechazan este argumento que se había venido a sumar a la posición anterior del Ministerio Fiscal. En sustancia, pues, habría que haber visto lo siguiente.

El único tratado internacional al que está aludiendo la norma penal alemana para condicionar la punibilidad en Alemania de los delitos menores cometidos en el extranjero, por alemanes o no, pero de los que los tribunales alemanes son competentes para enjuiciarlos, es el acuerdo internacional debidamente aprobado por las cámaras parlamentarias y debidamente ratificado y publicado. Solamente este acuerdo es capaz de responder a las exigencias del príncipe de Alemania. Muchísimas gracias, profesor De Giro.

Tenemos con nosotros al profesor de Derecho Civil II, don José Manuel Martín Bernal, para hablarnos de una materia que se inscribe en el tema 22, referido a la donación, que entra en la segunda parte de la asignatura, para tratar los conceptos liberalidad, gratuidad y ánimos. Don Andy, en la donación. Buenas noches, profesor Martín Bernal.

Buenas noches. Quiero usted, antes del desarrollo del tema, hacer algunas consideraciones sobre los exámenes de las primeras pruebas presenciales que tuvieron lugar el pasado mes de febrero. Pues lo hago con mucho gusto, porque es época en que se terminan de corregir los exámenes y uno tiene bien recientemente la problemática de los mismos, consciente de que algunas reflexiones pueden ir en detrimento del escaso tiempo de que dispongo para el desarrollo de esta charla.

Y lo haré por ello de forma bien telegráfica. Lo primero que se advierte cuando se corrige un cúmulo tan enorme de exámenes como el que se corrige en estas épocas, es, y siempre en términos muy generales, es una especie de falta de sistema y de orden a la hora de exponer los temas. Pondré un ejemplo.

En tema, por ejemplo, de fuentes de las obligaciones, se hace difícil ser sistemático si no se sabe el trascendental artículo 1.089 del Código Civil. Contempla, como es bien sabido, de este artículo, cinco fuentes y, una vez enumeradas, los artículos siguientes desarrollan de forma positiva cada una de ellas con incursiones, en algún caso, al derecho penal. Parece que, una vez establecidas esas fuentes contempladas en el artículo 1.089 del Código Civil, haya que hacer una cierta crítica a las mismas, que comprendería, por ejemplo, la escasa importancia de alguna de ellas, como es el caso de la ley, que comprendería, para dejar mejor perfilado el tema, la teoría de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones y otras fuentes que,

por serlo del ordenamiento jurídico español, habría que comprender dentro de ese 1.089, como, por ejemplo, la costumbre y los principios generales del derecho que, por estar contempladas, como digo, en el título preliminar del Código Civil, que se refiere al ordenamiento jurídico español y las obligaciones al integrarse dentro de ese ordenamiento jurídico español, deberían también contemplar estas dos fuentes a que hago referencia, la costumbre y los principios generales del derecho, respecto de las cuales, creo recordar, no ha existido ningún alumno que las haya comprendido.

Son bien pocos, por lo demás, los alumnos que siguen esa sistemática. Pondré, por ejemplo, otro ejemplo. Son también pocos los alumnos que han mencionado, por ejemplo, en tema del caso Fortuito y Fuerza Mayor, el inevitable artículo 1.105 del Código Civil para, a partir del mismo, entrar en las distinciones de lo que sea previsible o inevitable términos estos trascendentales y que se contienen, como digo, en ese artículo 1.105. En tema, por ejemplo, de precontrato, pues, después de destacar, después de destacar la orfandad de la jurisprudencia en este sentido, los alumnos no plantean bien las teorías en torno al mismo, y es un tema que es perfectamente perfilable y perfectamente exponible y, sin embargo, los alumnos tampoco lo centran bien.

No se exigen, por tanto, en los exámenes grandes cosas, pero sí un esquema bien estructurado y un desarrollo de ideas coherentes unas con otras, con una literatura jurídica, no de grandes párrafos, porque siempre supone reiteraciones constantes y redundancias, y sí más bien una literatura corta, concisa y en la que los temas se expongan de forma sistemática, de forma coherente y de forma objetiva. Pues, si le parecen hechas estas consideraciones en relación a los pasados exámenes, pasamos a centrarnos en el tema de esta noche, liberalidad, gratuidad y ánimos donandi en la donación. ¿Podría explicar estos conceptos, profesor Bernal? Lo haré con mucho gusto.

Para la comprensión de estos conceptos hay que partir inexcusablemente del concepto de donación que se contiene en el artículo 618 de nuestro Código Civil, que establece que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta. La donación es a la vez un acto de liberalidad y un acto gratuito, conceptos que no se identifican. Como ha señalado alguna doctrina italiana, la liberalidad es un elemento psicológico que se contrapone a necesidad, decimos en este sentido, y también en el lenguaje legislativo que se realiza un acto por espíritu de liberalidad.

La gratuidad, en cambio, implica valoración económica que con referencia jurídica representa una particular cualificación del título adquisitivo y en realidad se refiere más al título mismo que al acto realizado. Por eso hablamos de hacer o recibir una liberalidad, pero no una gratuidad. Conviene observar que en el artículo 618 el legislador, siguiendo el modelo francés e italiano, califica a la donación de acto y no de contrato.

Históricamente se justifica esta calificación porque Napoleón, pensando que sólo podía llamarse contrato al sinalazmático y no al que produce obligación para sólo una de las partes,

hizo cambiar en el proyecto de su código la palabra contrato por acto. Quizá con una mayor precisión que la establecida en el collo civil, podemos definir la donación como un contrato en virtud del cual una de las partes, procediendo con espíritu de liberalidad y, por tanto, sin esperar correspectivo y empobreciendo su patrimonio, proporciona a la otra parte un correlativo enriquecimiento o ventaja patrimonial, sea transfiriéndole un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación. Dado el escaso tiempo de que disponemos en esta charla, no es cosa ahora de entrar en la historia de la donación y el tema de la tradición y otras cuestiones que están latiendo en esa parte histórica.

Simplemente, para no perdernos en el tema propuesto, decir que en el régimen de nuestro código civil la donación es actualmente un contrato lo demuestra ya que los artículos 618 y 629 exijan para su perfección la aceptación del donatario. Parece obligado, por lo demás, que hagamos alguna referencia a términos que también están latiendo en la donación y son los términos tratados por la doctrina ampliamente de la tradición y contrato. La tradición histórica nos ha legado un concepto de la donación que se aparta de un simple contrato y así lo pone de manifiesto el artículo trascendental 609 cuando enumera separadamente entre los modos de adquirir la propiedad de una parte la donación y de otra parte ciertos contratos mediante la tradición, con la consecuencia de que la donación se ubica en un lugar autónomo entre los modos de adquirir.

En cuanto a la eficacia traditoria de la donación, la doctrina se pregunta a sí mismo si, dada su situación en el código, el instituto de la donación sin necesidad de tradición tiene eficacia traslativa del dominio, como si yo dono a Juan un campo en escritura pública o un ordenador en documento privado sin entregarle la posesión de tales bienes. ¿Por qué el mero otorgamiento del documento se ha hecho Juan dueño del campo del ordenador? El código civil, a diferencia del proyecto isabelino, incluye la donación entre los modos de adquirir en el libro tercero con separación de las obligaciones y así la antepone a la sucesión colocándola a seguida de la ocupación y en el 609 2 especifica que los derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por donación y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. En cuanto a los términos causa e intención liberal, decir, primero, que la donación supone, subjetivamente, una especial actitud anímica del donante, el ánimos donandi, o intención específica de gratificar.

La intención liberal es compatible con cualquiera motivos que han inspirado el acto gratuito, motivos personales y contingentes que no siempre son altruistas. Por ejemplo, cabe que el donante haga una liberalidad por ostentación o por odio a su propia familia cuya expectativa de heredarle quiere disminuir o bien pretendiendo perjudicar al donatario haciéndole un regalo dañoso para su salud o sus intereses. No por eso dejará de haber intención liberal, porque el disponente quiere gratificar al donatario.

El negocio no deja de ser a título gratuito cuando el que presta o da sin correspectivo lo hace movido por interés personal para obtener por parte del gratificado una ventaja que no recibiría sin su prestación. Lo decisivo es que tal ventaja no haya sido pactada, con lo cual el ánimo de

conseguirla queda entre los motivos sin fuerza para desvirtuar la gratuidad del acto. El elemento objetivo de la donación es la gratuidad, la ausencia de corresponsivo, como ya hemos dicho, y por tanto el enriquecimiento del donatario.

A él se dirige la voluntad del donante a prestar sin recibir nada a cambio, sea del donatario, sea de un tercero, como podría suceder esto último en la atribución realizada sin contraprestación de las ciencias, pero por orden de alguien, condiciones en plena causa. Y por último destacar que el tan criticado artículo 1274 del Código Civil dice que en los contratos de pura beneficencia es causa la mera liberalidad del bienhechor, definición más pensada para la donación típica que para los otros contratos gratuitos, pues no es frecuente llamar bienhechor al depositario o mandatario, pero que se adapta a todos ellos. Me advierten que el tiempo como siempre es finito, creo que en alguna medida he puesto de manifiesto esas diferencias o esas complementariedades que se dan entre los tres términos liberalidad, gratuidad y ánimos donante.

Efectivamente no tenemos ya tiempo para profundizar más en este tema, pero esperamos que su intervención haya motivado al alumno para estudiarlo. Buenas noches. Muchas gracias.