

ilícitos atípicos

MANUEL ATIENZA

JUAN RUIZ MANERO EDITORIAL TROTTA

UNIVERSITAT DE GIRONA



1100202795

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Consejo Asesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan Ramón Capella
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 2000
Sagasta, 33. 28004 Madrid
Teléfono: 91 593 90 40
Fax: 91 593 91 11
E-mail: trotta@infonet.es
<http://www.trotta.es>

© Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, 2000

Diseño
Joaquín Gallego

ISBN: 84-8164-418-8
Depósito Legal: P-230/00

Impresión
Simancas Ediciones, S.A.

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	9
Capítulo I. INTRODUCCIÓN	13
1. La teoría general del Derecho y el concepto de ilícito: las razones de una ausencia	13
2. Reglas y principios	16
3. El elemento justificativo de las normas	20
4. Una definición de acto ilícito	23
5. La clasificación de los actos ilícitos en típicos y atípicos	25
6. Clases de ilícitos atípicos. El papel de los principios en la definición de la conducta ilícita	27
Capítulo II. EL ABUSO DEL DERECHO	33
7. El surgimiento de la figura y su porqué	33
8. La disposición del artículo 7.2 Cc y las normas expresadas por ella	36
9. «Abuso del derecho» como término que designa una propiedad valorativa. La distinción entre significado y condiciones de aplicación	38
10. Las condiciones de aplicación del abuso según la jurisprudencia	41
11. Principios y moralidad positiva. Una posición equivocada ...	43
12. El derecho de propiedad y el abuso del derecho	47
13. Una definición de abuso del derecho... ..	56
14. ... y su aplicación a un caso paradigmático	57

INDICE

15. Una estructura normativa de dos niveles, pero situados ambos dentro del Derecho	58
16. Abuso del derecho y laguna axiológica en el nivel de las reglas	61
17. ¿Cabe el abuso del derecho en relación con los derechos fundamentales?	62
 Capítulo III. EL FRAUDE DE LEY	67
18. Cuándo y por qué surge el fraude de ley	67
19. Fraude de ley y normas que confieren poder	70
20. La estructura del fraude de ley	74
21. Una definición de fraude de ley... ..	76
22. ... y su aplicación a un caso paradigmático	79
23. Lo que es y lo que no es el fraude	81
24. Fraude de ley, aplicación e interpretación del Derecho	84
25. Fraude de ley y abuso del derecho	86
26. Nota sobre el fraude de ley en el Derecho internacional privado	88
 Capítulo IV. LA DESVIACIÓN DE PODER	91
27. Origen y sentido de la institución	91
28. Poderes privados y poderes públicos: fines y discrecionalidad	94
29. Una definición de desviación de poder	97
30. Desviación de poder, fraude de ley y abuso del derecho	98
31. Aplicación de la definición a un caso paradigmático	99
32. Algunas consecuencias de la definición	100
33. Los requisitos de la desviación de poder	104
34. ¿Fines de interés general, pero prohibidos?	109
35. ¿Carácter subjetivo u objetivo de la desviación?	111
 Capítulo V. SOBRE LA LICITUD ATÍPICA	115
36. Tres supuestos de licitud atípica	115
37. La tolerancia jurídica	116
38. Licitud atípica y carácter perentorio de las reglas	120
 Capítulo VI. CONCLUSIONES	123
 <i>Referencias</i>	131

PRESENTACIÓN

Ilícitos atípicos es la continuación de un libro anterior, *Las piezas del Derecho*, en el que presentamos una teoría de los enunciados jurídicos, esto es, de los elementos más básicos en que cabe descomponer el Derecho, visto como lenguaje. En aquel libro señalábamos que, de cara a elaborar una teoría *general* del Derecho, al estudio de los enunciados jurídicos debía seguirle el de las acciones jurídicamente relevantes. Lo que aquí presentamos es, esencialmente, una parte de esa teoría de las acciones jurídicamente relevantes o, todavía mejor, una parte de la teoría referida a las acciones ilícitas, las contrarias al Derecho.

Dos son las ideas fundamentales a partir de las cuales hemos tratado de elaborar en este libro la noción de «ilícitos atípicos». Una es que las tres figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder obedecen, por así decirlo, a una misma lógica; son concreciones de un mismo concepto general (precisamente, el de ilicitud atípica). Y la otra idea es que lo que caracteriza a los ilícitos atípicos (frente a los ilícitos típicos) es la oposición a los principios (pero no a las reglas) del sistema jurídico; ello hace que se trate de una noción difícil de analizar teóricamente, pero de una gran importancia práctica.

Las dificultades teóricas para elaborar la noción de ilicitud atípica derivan fundamentalmente del hecho de que la teoría estándar de la norma jurídica se ha centrado, al menos hasta

hace poco, en el análisis de algunos tipos de reglas jurídicas, pero ha descuidado el de otros tipos de normas y, en particular, el de los principios; además, en el estudio de la norma jurídica se ha tendido a privilegiar lo que cabría llamar sus rasgos estructurales (en ese sentido, habría sido fundamentalmente una teoría estática), pero el análisis de la noción de ilicitud atípica (y de sus tres formas principales: el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder) exige centrarse en la manera como argumentativamente operan las normas, esto es, en el elemento funcional, dinámico, de las mismas.

La importancia práctica de los ilícitos atípicos es fácil de explicar. Dado que en nuestros Derechos (los que responden a lo que se viene llamando «el paradigma constitucional», o sea, los Derechos del Estado constitucional) adquieren una singular importancia los principios jurídicos, resulta también inevitable que pasen al primer plano aquellas instituciones que se vinculan de manera esencial con los principios. Es por eso bien significativo que cuando recientemente el Consejo General del Poder Judicial ha tratado de fijar un modelo de juez (digamos, de juez acorde con el anterior paradigma), haya seleccionado como notas características del mismo, además de la posesión de conocimientos jurídicos suficientes, la capacidad para integrarlos en los valores de la sociedad y el respeto a los valores constitucionales (las libertades, la igualdad y el pluralismo), el estar «alerta frente a los abusos del derecho y las desviaciones de poder»¹. Si a estas dos últimas figuras se añade la del fraude de ley (lo cual —nos atrevemos a sugerir— está completamente en línea con el espíritu de ese libro) y se acepta (lo que tampoco parece difícil) que las capacidades, las virtudes, de los jueces no pueden ser muy distintas a las de los otros profesionales del Derecho, entonces podríamos llegar a la conclusión de que el tipo de jurista que precisa un Estado constitucional de Derecho debe incluir, entre otras capacidades, la de detectar y reaccionar frente a la forma peculiar de atentado contra el Derecho que suponen los ilícitos atípicos: el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

1. *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 45.

El libro que hemos escrito tiene muy en cuenta esta última circunstancia, y de ahí que hayamos procurado hacer compatible nuestra condición de filósofos o teóricos generales del Derecho con el propósito de dirigirnos a un público amplio de juristas. Hemos dedicado por ello un considerable esfuerzo a conocer lo que los dogmáticos del Derecho (sobre todo civilistas y administrativistas) han escrito sobre esas figuras, a fin de confrontarlo con nuestras propias ideas. Por momentos puede parecer incluso que el nivel en que nos situamos es el de la dogmática jurídica o, si se quiere, el de lo que se ha llamado la «alta dogmática» (dicho esto sin la menor pretensión por nuestra parte, ya que la *altura* no significa profundidad, sino simplemente nivel de abstracción). Sin embargo, nuestro análisis tiene un carácter más reconstructivo (y menos descriptivo) de lo que suele encontrarse en los estudios de dogmática jurídica sobre estas materias. Con ello queremos decir que nuestro propósito fundamental no es (o no es solo) el de construir conceptos que sean operativos, válidos, para un determinado sistema jurídico (el español actual), sino más bien el de elaborar los «tipos ideales» del abuso del derecho, del fraude de ley y de la desviación de poder. Hemos tenido en cuenta, para ello, algunos rasgos característicos de estas figuras tal y como se presentan en nuestro sistema jurídico, pero prescindiendo de las notas que pudieran considerarse «contingentes», esto es, aquellas cuya presencia se debe a peculiaridades del sistema que podrían ser «superadas» de acuerdo con la «lógica» interna de esos conceptos, y de la cual forma parte esencial la noción de coherencia. Por supuesto, creemos que ese tipo de reconstrucción teórica no deja de tener consecuencias prácticas en las elaboraciones dogmáticas y en la utilización que de esas figuras realizan los juristas prácticos; un buen ejemplo de ello lo proporciona la discusión a propósito de la interpretación subjetivista u objetivista de la desviación de poder.

Son muchas las personas que nos han ayudado a mejorar un libro que ha resultado corto en extensión, pero largo —quizás excesivamente largo— en su tiempo de elaboración. La lista incluye a Tomás-Ramón Fernández, Juan Álvarez-Sala, Germán Valencia, Riccardo Guastini y a nuestros compañeros de De-

partamento Juan Antonio Pérez Lledó, Daniel González Lagier, Pablo Larrañaga, Victoria Roca, Macario Alemany, Roberto Lara y, de forma muy especial, Josep Aguiló, Ángeles Ródenas e Isabel Lifante. De todos ellos podemos decir que, sin incurrir por nuestra parte en ningún tipo de abuso, fraude o desviación, han mantenido con nosotros una conducta que, sin duda, va mucho más allá de lo estrictamente exigible en Derecho.

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

1. *La teoría general del Derecho y el concepto de ilícito: las razones de una ausencia*

El tema del abuso del derecho y del fraude de ley (y, por supuesto, el de la desviación de poder) no está entre los que suelen ser objeto de estudio por parte de la teoría general del Derecho. Tomemos como ejemplo las obras de autores como Austin, Kelsen y Ross y veamos a qué se debe esa ausencia.

En las *Lectures on Jurisprudence* (Austin, 1977, 149 ss.), John Austin consideró que entre los principios, nociones y distinciones que constituyen el objeto de la *General Jurisprudence* solamente algunos de ellos tienen carácter necesario, en el sentido de que no podemos imaginar coherentemente un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos. Una de esas nociones necesarias es la de ilícito o delito (*injury*); las otras cinco son las de deber, derecho, libertad, castigo y reparación (*redress*). Pero entre las distinciones a trazar dentro de los ilícitos no aparecen la categoría de ilícitos que nosotros llamaremos «atípicos» y a la que pertenecen las tres nociones mencionadas. Para Austin, las únicas distinciones que, dentro del campo de los ilícitos, tienen carácter necesario (la influencia del Derecho romano en su concepción es obvia) son las que permiten separar los crímenes (los delitos públicos) de los ilícitos civiles (los delitos privados) y, dentro de esta última ca-

tegoría, la que tiene lugar entre los *torts*, por un lado, y las rupturas de las obligaciones provenientes de contratos o de cuasi contratos, por otro. Hay también otros principios, nociones y distinciones que son objeto de estudio de la teoría general del Derecho (de la *General Jurisprudence*), pero no por razones de necesidad lógica, sino por simple utilidad, esto es, porque aparecen normalmente en los sistemas de Derecho evolucionados; sin embargo, Austin no menciona tampoco aquí el abuso del derecho, el fraude de ley o la desviación de poder (o lo que podría ser su equivalente funcional en el sistema del *common law*).

Como es bien sabido, el concepto de delito o de acto ilícito forma parte del elenco de los conceptos básicos de la teoría kelseniana del Derecho. El delito se define a partir de la sanción; sería «la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia» (Kelsen, 1979a, 129). Kelsen establece por ello una distinción entre ilícitos penales y civiles, según el tipo de sanción que llevan aparejada: «El acto antijurídico es delito si tiene una sanción penal, y es una violación civil si tiene como consecuencia una sanción civil» (Kelsen, 1979b, 60). Como para Kelsen la sanción civil es la ejecución forzosa, de ahí se sigue que el ilícito civil propiamente dicho no es la acción consistente en causar un daño, sino la no reparación de ese daño. Pero tampoco Kelsen va más allá de esta clasificación generalísima de los ilícitos, y no entra en el análisis de las figuras que a nosotros nos interesan ahora.

Una explicación para esa ausencia puede encontrarse, sin duda, en la propia generalidad de las teorías, dado que el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder son, en nuestra opinión, especies del género acto ilícito. Pero, además, se trata de un tipo de ilícito que supone acciones contrarias no a una norma jurídica específica —a una regla—, sino a un principio. Por lo tanto, nos encontramos aquí con categorías que no pueden ser analizadas —o bien analizadas— en el contexto de teorías que descuidan el hecho de que el orden jurídico está compuesto por reglas y por principios (amén de por otros tipos de entidades que de momento no

nos interesan)¹. Una concepción imperativista como la de Austin que ve el Derecho como conjunto de mandatos provenientes de un soberano, o el normativismo asimismo imperativista de Kelsen que identifica como material jurídico únicamente a los enunciados coactivos de cierto tipo, no parecen, en efecto, aptos para incluir en su campo temático los principios jurídicos y no configuran, por tanto, el punto de partida adecuado para el estudio de estas figuras.

Podría quizás pensarse que un autor realista como Alf Ross se encontraba intelectualmente mejor equipado para dar cuenta de figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley o la desviación de poder. En efecto, la importancia que atribuye Ross a elementos tales como la «tradición de cultura» o la «conciencia jurídica material» en la conformación de las decisiones judiciales, frente al sistema de reglas provenientes de las «fuentes formales» del Derecho, podría haberle habilitado para abordar estos ilícitos atípicos desde un ángulo que resulta vedado a posiciones puramente imperativistas como las de Austin o Kelsen. Ciertamente, la teoría del Derecho de Ross (cf. Ross, 1963) no incluye un tratamiento general de la noción de ilícito, pero sí se ocupa extensamente de conceptos —como los de derecho subjetivo, «disposición privada» (negocio jurídico, en terminología más usual) o norma de competencia— en relación con los cuales hubiera cabido dar cuenta del abuso, del fraude o de la desviación. El que esto no haya sido así y el que tampoco en Ross encontremos un tratamiento de estos ilícitos atípicos tiene su explicación, entre otros posibles factores, en que el irracionalismo práctico radical de Ross le conduce inevitablemente a una visión algo empobrecida de la manera como el Derecho incide en el razonamiento práctico de sus destinatarios: las normas jurídicas de conducta son vistas por él bajo la forma exclusiva de reglas (y no también de principios) y la única dimensión de las normas a la que atiende es a la de guía de la conducta (y no también a la de criterio de valoración —de justificación y de crítica— de esa misma conducta). Pues

1. Pero de alguna de las cuales —como las normas que confieren poderes— habremos de hablar más adelante.

bien, como veremos seguidamente, estas distinciones (entre reglas y principios, por un lado, y entre dimensión directiva y valorativa, por el otro) son capitales para poder dar cuenta adecuadamente de las figuras que ahora nos interesan.

2. Reglas y principios

Partamos, a fin de analizar la noción de principio jurídico y la diferencia entre principios y reglas, de un ejemplo: la protección del derecho al honor. En todos los sistemas jurídicos contemporáneos se castigan la calumnia y la injuria. Así, en el código penal español se define la calumnia como la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, y se distinguen dos supuestos de calumnia, según que vaya acompañada o no de publicidad; concretamente, para la calumnia realizada con publicidad se prevé una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses. La injuria, por su lado, se define como la acción consistente en lesionar la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación; y las injurias graves efectuadas con publicidad se castigan con multa de seis a catorce meses. Por supuesto, existen también normas de tipo civil que se conectan con las anteriores: una, por ejemplo, otorga a la persona injuriada un derecho a percibir una determinada indemnización; otra precisa que no cabe indemnización si el titular del derecho otorgó su consentimiento en forma expresa, etc.

Pues bien, todos los anteriores son ejemplos de *reglas de acción*, esto es, de pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y que se caracterizan por los dos siguientes rasgos. El primero es que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción (mejor, una clase de acciones) y su calificación deontica como obligatoria, prohibida, permitida, etc. Decimos un conjunto «cerrado» de propiedades porque, por ejemplo en rela-

ción con la norma que castiga la calumnia con publicidad, la obligación que tiene el juez de imponer esa pena de prisión o de multa requiere que se den tres circunstancias: que se impute a otro un delito; que exista el conocimiento de su falsedad o un temerario desprecio hacia la verdad; y que se haga con publicidad. Pero, ciertamente, esas propiedades pueden muy bien carecer de límites precisos, esto es, padecer de vaguedad (por ejemplo, ¿qué significa «temerario desprecio hacia la verdad»?; o bien, en relación con la publicidad el código establece que «la calumnia y la injuria se reputarán hechos con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radio-difusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante», pero ¿en qué condiciones puede afirmarse que otro medio tiene una «eficacia semejante»?). Igualmente, las acciones mencionadas en el consecuente (las consecuencias jurídicas) pueden estar más o menos indeterminadas (la pena puede ser de prisión o de multa, y la prisión oscilar entre seis meses y dos años), pero esa indeterminación se encuentra siempre circunscrita en una clase de acciones que se debe (si la norma es de mandato) o se puede (si es permisiva) realizar; en ese sentido, puede decirse también que la acción (o acciones) ordenada(s) en el consecuente es (son) «cerrada(s)». La segunda característica —consecuencia de lo anterior— es que las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir: el juez debe aplicar tal pena cuando se encuentra frente a (es competente para juzgar) un caso que cumpla tales y cuales propiedades; los ciudadanos deben abstenerse de realizar tal tipo de acción; o bien pueden realizar la acción en cuestión si concurren determinadas circunstancias (con lo que, en cierto modo, se trata ya de otra acción), etc.

Hay, sin embargo, otro tipo de reglas —*reglas de fin*— que se diferencian de las anteriores —de las reglas de acción— únicamente en que en el consecuente establecen el deber o la permisón no de realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas. Por ejemplo, pensemos en una disposición administrativa que fija a tal órgano administrativo el objetivo (la obligación) de lograr que los funcionarios

que de él dependen (o un cierto porcentaje de los mismos, digamos, al menos el 50%) aprendan la lengua vernácula. Para cumplir esa regla, el destinatario (el órgano) tiene una variedad de medios entre los cuales puede optar: puede ofrecer clases gratuitas, ventajas de promoción en el empleo, amenazar con sanciones, etc. Pero el objetivo fijado —el estado de cosas a alcanzar— es cerrado: se consigue si, por seguir con el ejemplo, más del 50% de los funcionarios, al cabo de un tiempo, logran pasar un test que mide su competencia en tal lengua.

Ahora bien, en nuestros sistemas jurídicos no existen únicamente normas de los tipos antes descritos (reglas de acción y reglas de fin), sino también otras a las que suele llamarse *principios*, y en las que cabe, a su vez, distinguir entre *principios en sentido estricto* y *directrices* o *normas programáticas*. Tales principios sirven, por un lado, como justificación de las reglas, de las pautas específicas: así, en relación con los ejemplos de reglas de acción que antes hemos puesto, puede decirse que lo que las dota de sentido son los principios de libertad de expresión y de respeto al honor (o, si se quiere, el límite a la libertad de expresión que supone el derecho al honor) y el objetivo de prevenir conductas que lesionen el honor de forma inaceptable —de forma que no resulte justificada, por ejemplo, por el principio de libertad de expresión; y, en relación con el ejemplo de regla de fin, lo que le da sentido es el propósito de conservar una lengua y, con ello, las señas de identidad de un grupo humano, etc.

Pero, por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos; esto último (la dimensión directiva de los principios en relación con los órganos aplicadores) ocurre cuando no existen reglas específicas aplicables, cuando éstas presentan problemas de indeterminación en su formulación, o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema. Lo característico de los principios se halla en que en su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportu-

tunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; y en este último, o solución normativa, se contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas). Así, el principio de libertad de expresión (entendido como principio dirigido a los órganos públicos) establece que siempre que se dé una ocasión de expresar pensamientos, ideas u opiniones, y si no concurre otro principio que en relación con el caso tenga un mayor peso y opere en sentido contrario, está prohibido establecer prohibiciones u obligaciones relativas a esas conductas, impedir de algún modo su realización o imponer sanciones como consecuencia de las mismas. Y la directriz de procurar el desarrollo y mantenimiento de las lenguas vernáculas establece que, siempre que exista la oportunidad de favorecer ese estado de cosas, los órganos públicos (o determinados órganos públicos) deben procurar en la mayor medida posible que aumente o se consolide entre la población la utilización de esa lengua como vehículo de comunicación.

De esta forma, los principios —a diferencia de las reglas— no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación. Cuando los destinatarios son los órganos legislativos o administrativos, estos deben determinar bajo qué condiciones un cierto principio (en sentido estricto) prevalece sobre otros (dando lugar a alguna regla como la de los ejemplos señalados) o bien trazar cursos de acción que aseguren la obtención, en la mayor medida posible, de diversos estados de cosas causalmente interrelacionados entre sí y exigidos por directrices diversas (dando lugar, por ejemplo, a reglas de fin como la antes mencionada o a reglas de acción idóneas para facilitar el objetivo propuesto: estipulando, por ejemplo, que los tribunales de oposiciones concedan una cierta prima a los candidatos a funcionarios que conozcan la lengua vernácula). Cuando los destinatarios son los jueces, los principios sirven de guía de comportamiento cuando —como antes decíamos— no existen reglas específicas que se apliquen a un caso,

cuando estas son indeterminadas en su formulación, o cuando aparece algún tipo de desacuerdo entre las reglas y los principios que las justifican. En tales supuestos, el juez lleva a cabo una *ponderación* entre principios, cuyo resultado es precisamente una regla. Por eso, tiene pleno sentido decir que los principios no determinan directamente (es decir, sin la mediación de las reglas) una solución. Precisamente por lo anterior, puede decirse (desde otra perspectiva) que la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*, pero no una vez establecidos todos los factores, esto es, a la luz de todos los elementos pertenecientes al caso de que se trate, pues entonces la ponderación entre principios debe haber dado lugar ya a una regla (Atienza y Ruiz Manero, 2000).

3. *El elemento justificativo de las normas*

El resultado al que hemos llegado en el anterior punto es que las reglas y los principios aparecen interrelacionados: la «vocación» de los principios —si se puede hablar así— es dar lugar a reglas (legislativas o jurisprudenciales); y las reglas se justifican por su adecuación con los principios. Tratemos ahora de precisar más en qué consiste ese elemento justificativo de los principios.

En un trabajo anterior (Atienza y Ruiz Manero, 1996), al hablar de las normas como razones para la acción, mostrábamos que había que distinguir entre el elemento propiamente directivo de las normas: su función de dirigir la conducta, y el elemento justificativo: lo que hace que la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente (no hay nada que reprochar al que hace o al que deja de hacer lo que está permitido). Hay, pues, una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que el establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción *p* implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo. Pero, además, considerábamos que existe una preeminencia del aspecto justificativo o valorativo sobre el directivo (tesis

esta estrictamente contraria a la de Kelsen) en cuanto, por ejemplo, tiene sentido decir que calumniar es una acción disvaliosa y, por eso, está prohibida, mientras que, en nuestra opinión, no lo tendría (en contra de lo que piensa Kelsen) decir que calumniar es una acción disvaliosa porque está prohibida.

Pues bien, los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran —que el ordenamiento jurídico considera— como *últimos*. Atribuir a una acción o a un estado de cosas un valor último significa que no se toman en cuenta sus consecuencias (las consecuencias de la acción o del estado de cosas), pues si lo que los hiciera valiosos fueran esas consecuencias, lo que se calificaría en último término como valioso serían esas consecuencias, no las acciones o los estados de cosas que serían su causa; en nuestro Derecho, la libertad de expresión o el respeto al honor son algunos de esos valores o fines últimos del ordenamiento. Ello implica que en este ámbito (el de los principios en sentido estricto) la distinción entre acciones y estados de cosas pierde en buena medida su sentido, pues los únicos estados de cosas que aquí nos interesan son los vinculados no causalmente, sino conceptualmente, a las acciones. Si, como hemos dicho, vemos a la libertad de expresión como uno de esos valores últimos, entonces no puede haber diferencia entre decir que lo que es valioso son las acciones que respetan o garantizan la libertad de expresión, o bien que lo valioso es el estado de cosas en el que la libertad de expresión se encuentra respetada o garantizada. En el caso de los principios en sentido estricto se puede determinar que una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar sus consecuencias; o, en otras palabras, lo que aquí usamos son criterios de corrección que implican una exigencia todo o nada, en el sentido de que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no es correcta. No tiene sentido decir que una decisión es más correcta que otra pues, en tal caso, la última simplemente no sería correcta. Naturalmente, el juicio negativo (de incorrección) sí admite grados: no es igualmente incorrecto —incorrecto en el mismo grado— impedir la difusión de una noticia aislada que instaurar una estructura sistemática de censura de prensa; como no

es incorrecto en el mismo grado el homicidio de un individuo que el genocidio de un grupo étnico entero.

Las cosas son distintas si lo que se consideran son los valores incorporados al sistema jurídico por las directrices o normas programáticas: los valores utilitarios que, en nuestra reconstrucción, tienen carácter intrínseco pero no último. Lo que caracteriza a los valores utilitarios es que las acciones y los estados de cosas así calificados son susceptibles de un criterio superior de valoración. Por ejemplo, valoramos positivamente el estado de cosas en que la inmensa mayoría de los habitantes de un territorio conocen una determinada lengua; pero fundamentalmente lo hacemos por sus consecuencias: porque eso permite la integración social, afianzar el sentimiento de pertenencia a una comunidad, etc. Por esa razón, aceptamos, en general, que ese valor se vea limitado por otros, como el de la libertad o el de la igualdad de trato. A diferencia de lo que ocurriría con los principios en sentido estricto, en el caso de las directrices la relación relevante entre estados de cosas y acciones es extrínseca o causal. Desde el punto de vista de las directrices, una acción justificada es la que, respetando las otras normas del ordenamiento (y en especial los límites que derivan de los principios en sentido estricto), es la más eficiente, esto es, facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines. A diferencia del criterio de corrección, el criterio de eficiencia puede ser satisfecho en distintos grados, aunque pueda haber acciones que quepa calificar de absolutamente ineficientes, esto es, absolutamente inidóneas para procurar en grado alguno el estado de cosas ordenado².

Pues bien, las reglas regulativas pueden verse como el resultado de ponderaciones entre principios en sentido estricto y/o directrices, y su aspecto justificativo proviene precisamente de

2. Tales acciones marcan negativamente, por así decirlo, el límite de la discrecionalidad de que generalmente se goza para seleccionar los cursos de acción orientados a dar cumplimiento a las directrices. Agradecemos a Josep Aguiló sus comentarios a una anterior redacción de esta parte del trabajo, que nos han permitido —creemos— mejorarla en su versión definitiva.

los valores (de la especificación de los valores) que acabamos de ver. Sin embargo, como se recordará, las reglas incluyen, como condiciones de aplicación, propiedades adicionales a la de que se dé la oportunidad de realizar la conducta establecida en el consecuente; por ejemplo, las injurias solo constituyen delito cuando «por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves» (art. 208, párr. 2 del Código penal³). Ahora bien, esta última propiedad (la gravedad de la injuria) puede atender a circunstancias o propiedades que (al menos en parte) sean distintas de las razones existentes para efectuar la acción del consecuente (la razón para abstenerse de injuriar es el respeto a la dignidad de las personas, no que la gente considere la injuria como de mayor o menor gravedad); de manera que no se puede descartar la posibilidad de que, en un determinado supuesto, lo que ordena (o permite) la regla difiera de lo ordenado o permitido por su justificación subyacente (por el principio o principios de los cuales la regla es una especificación): en el ejemplo, esto ocurriría si se estima que la dignidad de la persona queda también gravemente afectada en algún supuesto en el que los demás no atribuyen gravedad a la acción injuriosa⁴.

4. *Una definición de acto ilícito*

Un ilícito se puede definir como un acto contrario a una norma regulativa de mandato. Veamos con algún detalle lo que esto significa.

3. En otros casos, la injuria constituye simplemente una falta: artículo 620 del Código penal.

4. La independencia de las propiedades que constituyen el antecedente o condiciones de aplicación de la regla respecto de las razones en pro o en contra de la realización de la acción que figura en su consecuente —y la consiguiente posibilidad de que lo ordenado o permitido por la regla difiera de lo ordenado o permitido por su justificación subyacente— aparece con más nitidez en aquellas reglas en las que la caracterización de las propiedades constitutivas de las condiciones de aplicación se lleva a cabo en términos estrictamente descriptivos: en reglas del tipo de, por ejemplo, «si se circula en automóvil por autopista, entonces está prohibido rebasar los 120 km por hora» o «si alguien circula a más de 120 km por hora en autopista, entonces se le debe imponer una multa de x pesetas».

1) Lo que se califica como ilícito es bien una acción en sentido amplio, esto es, una conducta (activa u omisiva) susceptible de ser calificada deónticamente como obligatoria, prohibida, etc. (por ejemplo, calumniar); o bien la consecuencia de acciones u omisiones, cuando esa consecuencia está deónticamente calificada (por seguir con el ejemplo antes utilizado, no haber logrado al término del plazo establecido que el 50% de los funcionarios llegaran a dominar una cierta lengua). Los supuestos son distintos, pues, en el segundo caso, lo ilícito no es propiamente la realización o no de determinada acción, sino el haber realizado una acción o serie de acciones que produce una determinada consecuencia o (como es el caso de nuestro ejemplo) el haber omitido todas las acciones o series de acciones que hubiesen conducido a la consecuencia en cuestión. Ahora bien, dado que la producción de estados de cosas requiere también la realización de acciones (aunque estas no estén determinadas), se puede simplificar y hablar únicamente —como haremos en lo que sigue— en términos de acción.

2) La acción ilícita ha de ser opuesta a una norma regulativa de mandato. Con ello se están diciendo, en realidad, dos cosas distintas. Una es que el comportamiento contrario⁵ a las normas no regulativas (las normas constitutivas) no constituye un ilícito; las normas que confieren poderes (el principal tipo de normas constitutivas) no mandan, prohíben o permiten realizar una determinada acción o alcanzar un cierto estado de cosas. Propiamente, lo que establecen es que si, bajo ciertas circunstancias, se efectúan determinadas acciones, entonces se produce un cierto cambio normativo; por ejemplo, si dos personas que cumplen ciertas condiciones siguen cierto procedimiento, entonces pasan a estar casadas. Por eso, esas normas no pueden propiamente desobedecerse, sino usarse bien (y entonces se produce el cambio) o no (y entonces no se produce el cambio o no se produce del todo [ver *infra*, cap. III, ap. 19]). La otra cosa que se está diciendo es que solo las normas de

5. Como luego se verá, no hay propiamente hablando acciones contrarias a normas no regulativas o constitutivas, sino acciones no previstas o no mencionadas por esas normas.

mandato (las que prohíben u obligan) definen acciones ilícitas (hacer lo prohibido o no hacer lo debido); los permisos —las normas regulativas permisivas—, por el contrario, no producen una división de la conducta en lícita e ilícita: lo simplemente permitido tanto puede hacerse como dejar de hacerse.

3) Si los ilícitos son conductas contrarias a normas de mandato y estas últimas pueden ser reglas o principios, ¿significa eso que cabe también trazar una clasificación paralela entre los actos ilícitos, según que sean contrarios a reglas o a principios? Nuestra tesis es que sí, y que a los primeros (a los actos opuestos a las reglas) se les puede llamar *ilícitos típicos*, mientras que los segundos, los que se oponen a principios, serían *ilícitos atípicos*. Pero esta propuesta de clasificación necesita ser aclarada.

5. La clasificación de los actos ilícitos en típicos y atípicos

Como punto de partida para ello nos puede servir el análisis del concepto de tipicidad que efectúan los penalistas. Y, a este respecto, parece esencial distinguir entre el llamado «tipo de garantía» y el «tipo sistemático». El de garantía se refiere a que las descripciones de los delitos deben ser relativamente precisas: una acción solo es típica cuando puede subsumirse estrictamente en dicha descripción; como escribe Nino: «el requisito de que una acción debe ser típica no es más que la reformulación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, interpretado de tal manera que se sigan de él los siguientes tres subprincipios (según la fórmula de Feuerbach): *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*» (Nino, 1987, 41).

Por el contrario, la segunda noción de tipo, el «tipo sistemático», «no denota la entera descripción del delito, sino ciertos aspectos de ella» (*ibid.*, 42); «un tipo, en esta segunda acepción, es solamente el conjunto de algunos aspectos cruciales de la situación descrita por la ley como necesaria para que se aplique el castigo» (*ibid.*, 43); ese concepto de tipo cumple

la función de fijar los límites entre la tipicidad y la antijuridicidad. Como suele decirse, la conducta típica solo es sospechosa de ser antijurídica y, por lo tanto, requiere una ulterior determinación acerca de si está justificada o no, esto es, de si es o no es antijurídica. Dada la concepción estructurada del delito de la dogmática penal, se comprende bien que esta noción de tipicidad cumpla un papel sistemático, en el sentido de que solo se pasará a comprobar la antijuridicidad y la culpabilidad de las acciones que puedan considerarse típicas.

Pues bien, la idea de tipicidad que aquí nos interesa es la primera, el tipo de garantía, en cuanto consecuencia del principio de legalidad. Lo que viene a decir es que los delitos penales deben estar establecidos en reglas (en pautas que sean lo más específicas posible) y no en meros principios, tal y como habría ocurrido en el Derecho penal premoderno. A propósito del principio de legalidad, Luigi Ferrajoli ha propuesto una distinción entre el principio de «mera legalidad» y el de «estricta legalidad»: El primero establece que «sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito» (Ferrajoli, 1995, 374). Mientras que el segundo (el de estricta legalidad) prohíbe que las leyes penales establezcan «elementos sustanciales, decidibles mediante juicios de valor, como condiciones no solo necesarias, sino también suficientes para configurar los delitos» (*ibid.*, 375); con esto último, Ferrajoli quiere señalar que las normas penales no pueden tipificar como delito acciones configuradas tan solo en términos valorativos, tales como «escándalo público» o «actos obscenos».

Aunque no estamos en desacuerdo con Ferrajoli, esta última exigencia (la de estricta legalidad) es un *desideratum* que debe cumplir el Derecho penal (que, de hecho, cumplen los Derechos penales garantistas, los del Estado constitucional de Derecho) y que, en medida más o menos variable, pero siempre menor, es aplicable a otros campos del Derecho sancionatorio. Pero que los delitos se configuren con expresiones muy vagas no implica todavía —como hemos visto—, y a no ser que se trate de una vaguedad radical (entendiendo por tal que no existan criterios de aplicación de la expresión distintos de los valores que se tratan de proteger o promover mediante

la norma que la contiene) que se configuren mediante principios, esto es, que dejen de ser ilícitos «típicos», en el sentido con el que aquí queremos usar la expresión: las reglas pueden contener expresiones muy vagas, sin dejar por eso de ser reglas. Los ejemplos anteriores de ilícitos (dar lugar a escándalo público o realizar actos obscenos) seguirían siendo ejemplos de ilícitos típicos, por más que se trate de una tipificación injusta (o inconstitucional: si la Constitución consagra el principio de la estricta legalidad penal).

Si los ilícitos típicos son, pues, conductas contrarias a una *regla* (de mandato), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a *principios* de mandato. Pero aquí, nos parece, puede trazarse todavía con sentido una distinción entre dos modalidades de ilícitos atípicos. Unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (*analogia legis*) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (*analogia iuris*)⁶. Otros —los que aquí nos interesan— son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo —y en razón de su oposición a algún principio o principios—, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

6. *Clases de ilícitos atípicos. El papel de los principios en la definición de la conducta ilícita*

Acabamos de decir que los ilícitos atípicos que aquí nos interesan no son el resultado de generación analógica (mediante *analogia iuris* o *analogia legis*) de nuevas reglas prohibitivas. La analogía opera cuando *prima facie* el caso aparece como no subsumible en ninguna regla; esto es, como permitido mera-

6. Sobre esta distinción y sobre la relación entre analogía y principios, cf. Atienza, 1986.

mente en el sentido de no cubierto por una regla prohibitiva; por el contrario, en el abuso del derecho, en el fraude de ley o en la desviación de poder estamos frente a un caso que de entrada aparece cubierto por una regla permisiva, esto es, que *prima facie* está regulado por una regla como permitido, pero que modifica su *status* deóntico (pasando a estar prohibido) una vez considerados todos los factores. Los principios juegan en ambos casos un papel esencial, pero de manera diferente.

Frederick Schauer (1991) ha señalado como un rasgo central de las reglas el que estas —precisamente porque el significado de su formulación puede establecerse independientemente de las razones que constituyen su justificación subyacente— son, potencialmente, supraincluyentes e infraincluyentes en relación con sus justificaciones subyacentes: esto es, puede haber casos que debiendo estar incluidos en la regla —a la luz de su justificación subyacente— sin embargo no lo estén y otros que, por el contrario, no debiendo estar incluidos —a la misma luz— sin embargo lo estén. Pues bien, utilizando esa terminología, podemos decir que los ilícitos por analogía surgen —en los supuestos de *analogia legis*— cuando una cierta regla prohibitiva es infraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente: la ilicitud de una conducta descrita como tal en una regla se extiende también a otra conducta que no resulta de entrada o *prima facie* subsumible en la regla, pero respecto de la cual son asimismo aplicables las razones para la prohibición que justifican dicha regla; en los supuestos de *analogia iuris* de lo que se trata es simplemente de que el balance entre los principios relevantes exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva, aun no existiendo una regla previa que consideremos como infraincluyente. Por el contrario, en relación con el segundo tipo de ilícitos, se trata de supuestos en los que —usando la terminología de Schauer— una regla permisiva resulta supraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente o con las exigencias de otros principios del sistema: la restricción en el alcance o ámbito de aplicación de una regla permisiva (que caracteriza tanto al abuso como al fraude o a la desviación de poder) se produce porque

se trata de acciones que, aun siendo *prima facie* subsumibles en una regla permisiva, respecto de ellas no resulta aplicable la justificación subyacente de dicha regla permisiva, o esta se ve desplazada por algún otro principio que, en relación con el caso, tiene un mayor peso.

Por lo demás, el hecho de que en todos estos casos los principios jueguen un papel esencial no significa que, en relación con los ilícitos típicos, esto es, los relativos a reglas, los principios carezcan de importancia. Más bien habría que decir que, en este segundo caso, los principios han jugado su papel en un momento anterior, esto es, cuando, al ponderar diversos principios, se produce la regla (como habría ocurrido, por ejemplo, al establecer mediante reglas los casos en que se castiga —y con qué pena— la injuria o la calumnia: esas reglas son el resultado de ponderar de determinada forma el peso relativo de la libertad de expresión, el honor, la dignidad de las personas, etc.). De todas formas, una vez dado el paso de los principios a las reglas, aquellos no pierden del todo su virtualidad, sino que pueden resultar un elemento esencial a la hora de resolver, por ejemplo, un problema de interpretación: ¿cuándo debe entenderse que un medio tiene «eficacia semejante» a la imprenta o la radiodifusión, de forma que la calumnia por él divulgada reúna el requisito de «publicidad» que se exige para imponer determinada pena?; ¿cómo debe interpretarse la referencia al «concepto público» para determinar que una injuria es grave?, etc.

Desde luego, no siempre es fácil (o, incluso, posible) mantener la distinción entre estos dos tipos de ilícitos atípicos, como puede verse con un ejemplo. En el famoso «caso Friedmann» (STC de 11 de noviembre de 1991) el Tribunal Constitucional tuvo que enfrentarse con una petición de amparo, por parte de la señora Violeta Friedmann, basada en que las declaraciones realizadas a la revista *Tiempo* por León Degrelle, un ex jefe de las SS —en las que este negaba el holocausto judío, anhelaba la llegada de un nuevo *Führer*, consideraba a Mengele un «médico normal», etc.—, significaban un atentado contra su derecho al honor, ya que toda su familia había muerto gaseada, por orden del doctor Mengele, en el campo de exter-

minio de Auschwitz. El Tribunal comienza recordando los dos criterios que caracterizan su jurisprudencia hasta el momento. Uno se basa en la distinción entre la *libertad de expresión* en sentido estricto (referida a la emisión de juicios y opiniones) y la *libertad de información* (referida a la manifestación de hechos): la libertad de expresión tiene un mayor ámbito que la de información, pues el requisito de la veracidad solo opera en relación con hechos, no con juicios de valor. El segundo criterio es que el derecho al honor tiene un carácter personalista, de manera que su protección es más intensa cuando se trata del honor de las personas físicas y más débil si afecta a personas jurídicas o a colectivos de personas. La utilización de esos dos criterios llevaría, en este caso, a denegar el amparo, ya que el tribunal reconoce que las manifestaciones de Degrelle se inscribían, en general, en el ámbito de la libertad de expresión y no se referían a ninguna persona determinada, sino a un grupo, el pueblo judío. Sin embargo, concedió el amparo porque, a los anteriores criterios, añadió uno nuevo, según el cual la libertad de expresión no comprende «el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo».

Pues bien, un supuesto como el anterior sería susceptible —nos parece— de dos interpretaciones. Por un lado, podría decirse que el caso aquí enjuiciado no estaba previsto en ninguna regla. El Tribunal disponía de los principios de libertad de expresión y los del respeto al honor y a la dignidad de la persona para aplicar al caso, pero la operatividad de tales principios exigía efectuar una ponderación que tuviera en cuenta todos los factores del caso. En relación con todos estos factores, el balance entre estos principios viene a exigir el surgimiento de una nueva regla según la cual la conducta consistente en efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo es ilícita. Vistas así las cosas, habría que decir que el Tribunal Constitucional ha creado una nueva conducta ilícita (una nueva regla) mediante un proceso de *analogia iuris* que arranca de los principios de libertad de expresión y de respeto al honor y la dignidad de la persona.

Pero la resolución del Tribunal Constitucional puede enten-

derse también de otra forma, quizás más acorde con lo que fue su argumentación. De acuerdo con ella, el Tribunal parte de que el caso está regulado por reglas de origen jurisprudencial elaboradas por él mismo. Aplicando las mismas, las manifestaciones del nazi belga deberían considerarse lícitas. Sin embargo, en el caso en cuestión existe una circunstancia muy importante (el que las expresiones de Degrelle tengan carácter racista y xenófobo) que llevan al Tribunal a considerar que el caso no puede subsumirse en tales reglas: o sea, la regla permisiva que el mismo Tribunal había creado en ocasiones anteriores debe restringirse en cuanto a su alcance o ámbito de aplicación, porque este caso presenta una nueva propiedad que lo sitúa fuera del alcance justificado de la misma.

En definitiva, el caso puede verse como un ejemplo de ilícito analógico o como un abuso del derecho: el alcance justificado del derecho a manifestar libremente las opiniones no llega hasta la manifestación de expresiones racistas o xenófobas.

Capítulo II

EL ABUSO DEL DERECHO

7. *El surgimiento de la figura y su porqué*

La figura del abuso del derecho surge como tal, por razones que en seguida veremos, sólo tras el Código de Napoleón. En el Derecho romano una figura de este género era funcionalmente innecesaria, pues los fines a los que la misma sirve se veían procurados por otras vías. Como escribe L. A. Warat, el Derecho romano «no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el Derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad [...]; el órgano llamado a administrar justicia adaptaba permanentemente el sistema normativo a las necesidades de la coexistencia» (Warat, 1969, 42-43)¹.

Tampoco en el Derecho medieval cabe hablar de una figura equiparable al abuso del derecho tal como hoy lo entendemos. Las muy diversas prohibiciones de los llamados actos emulativos —actos de ejercicio de un derecho con la única finalidad de perjudicar a un tercero— tenían un carácter de regulaciones específicas —reforzadas, incluso, con un gran número de presunciones destinadas a establecer el espíritu emulativo de ciertos actos— que impide asimilarlas a la figura moderna del abu-

1. Ya en el plano meramente terminológico, conviene advertir que el término *abusus* tiene, en el Derecho romano, una significación muy distinta de la actual: no quiere decir «uso malo» o «uso condenable», sino «uso intenso» —excluido de las facultades del usufructuario, pero no de las del propietario— (cf. Levi, 1993).

so. Pues lo característico de esta, como vamos a ver, es el constituir una cláusula general de excepción, derivada de razones de principio, al alcance de las reglas que califican como permitidos los actos de ejercicio de un derecho subjetivo.

La figura del abuso del derecho surge como una creación jurisprudencial (y doctrinal) francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX y se generaliza después, con o sin expresión legislativa, por los diversos sistemas jurídicos de base continental. Por lo que se refiere a la recepción de la figura en España, los hitos fundamentales son, en el terreno doctrinal, la publicación en 1917 de la monografía de José Calvo Sotelo *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*; en el terreno jurisprudencial, la STS de 14 de febrero de 1944; y, finalmente, en el terreno legislativo, la incorporación general de la figura en la reforma del título preliminar del Código civil de 31 de mayo de 1974.

Que la figura surgiera en la jurisprudencia francesa no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho estará destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el Código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se den en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez. Basta, en todos los casos, con que este se limite a comprobar que las propiedades individuales del caso que ha de resolver resultan subsumibles en las propiedades genéricas que constituyen las condiciones de aplicación o antecedente de una cierta regla que proporciona, en su consecuente, la solución normativa del caso. El segundo rasgo es lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos y singularmente del derecho de propiedad, que viene definido por el Código (art. 544) como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta», y que se traduce en una regla general de permisión de las acciones del propietario relativas a las cosas que son de su propiedad. Sin más limitaciones que las muy escasas con-

tenidas en reglas legislativas o reglamentarias, el propietario puede, en relación con las cosas de su propiedad, llevar a cabo cualesquiera acciones, sin necesidad de ponderar en ningún caso de qué manera dichas acciones pueden afectar a intereses de otros.

La figura del abuso del derecho surge como reacción frente a, y como corrección, de estos dos rasgos. Se suele citar, en este sentido, como primera manifestación jurisprudencial destacada la sentencia de la Corte de Colmar de 2 de mayo de 1855, en la que se afirma que el ejercicio del derecho de propiedad «debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo», y también la sentencia del tribunal de Compiègne, de 19 de febrero de 1913, en el caso conocido como *Clement Bayard*, en la que se dice que el titular de un derecho no puede ejercerlo «para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador». Aparece ya, en el texto de estas dos sentencias, lo que, como veremos, constituye el núcleo central de la problemática del abuso: a saber, que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho (y singularmente del derecho de propiedad) implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones.

En los sistemas jurídicos del *common law* no se ha desarrollado la figura del abuso del derecho como institución jurídica, aunque es de uso común la expresión *abuse of right* o *abuse of freedom* para referirse, en el ámbito, por ejemplo, de la libertad de expresión, a conductas que, aunque jurídicamente no sancionables, resultan criticables por diversas razones. La razón de la ausencia del abuso del derecho como figura jurídica probablemente se halla en la facultad de *distinguishing* que el *common law* confiere a todo juez y que le permite apartarse de la regla bajo la que habría que subsumir el caso y adoptar una solución distinta, si el caso presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla bajo la que habría que subsumirlo y si dichas propiedades adicionales justifican tal solución distinta. Esta facultad de revisabilidad de las reglas a la luz de sus justificaciones ha hecho funcionalmente innecesaria —de mane-

ra análoga a como ocurría en el Derecho romano— la figura del abuso².

Volviendo al Derecho continental, la institución del abuso del derecho no sólo ha surgido en él en relación con el derecho de propiedad, sino que también se ha desarrollado básicamente en dicho contexto, de forma que, como escribe Carlos Lasarte, la idea del abuso «se encuentra imbricada directamente con el análisis del contenido del derecho de propiedad en concreto» (Lasarte, 1992, 168). Esta es la primera razón de que, en el tratamiento que sigue, nos ocupemos fundamentalmente del abuso en relación con la propiedad. Pero para proceder así hay también, al menos, dos razones adicionales. La primera de ellas es que el derecho de propiedad constituye un título especialmente complejo, que se traduce en una diversidad de posiciones jurídicas: derechos subjetivos en sentido estricto, poderes normativos, libertades e inmunidades. La segunda razón es que, en la configuración de ese conjunto de posiciones jurídicas interrelacionan, de forma particularmente rica, principios en sentido estricto, directrices y reglas. Todo ello hace que lo que se diga del abuso del derecho en relación con el derecho de propiedad pueda servir de modelo para un análisis del mismo en relación con otros derechos de estructura y configuración más simples, a lo que aludiremos, singularmente por lo que se refiere a los derechos fundamentales, al final del capítulo.

8. *La disposición del artículo 7.2 Cc y las normas expresadas por ella*

Aunque nos interesa el abuso del derecho en cuanto concepto de la teoría general del Derecho, partiremos aquí de la regula-

2. Señala así Salmond que, en el *common law*, «la interpretación [de los precedentes] para hacer frente a las cambiantes circunstancias es fácil». Salmond alude también, para explicar la escasa fortuna de la doctrina del abuso del derecho en el contexto del *common law*, a la «comparativa facilidad [frente a la rigidez del Derecho codificado] con la que la legislación puede revocar [*overrule*] derechos existentes cuando ello es considerado como generalmente deseable» (Salmond, 1937, 35; en el mismo sentido, Paton, 1972, 106). Todo ello, concluye Salmond, ha causado que «las doctrinas del abuso de los derechos hayan hecho menos progresos en Inglaterra en la teoría y muy pequeños o ninguno en la práctica» (*ibid.*).

ción que de la figura hace el Código civil español. El artículo 7.2 (tras la reforma de 1974) quedó redactado así: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso»³. Esa disposición, adecuadamente interpretada, debe entenderse como expresiva de, al menos, las cuatro normas siguientes:

(1) Una norma de mandato relativa al ejercicio de los derechos y que prohíbe toda acción⁴ que constituya un abuso en el ejercicio de los mismos.

(2) Una norma que confiere un poder normativo: si alguien es dañado por una acción abusiva y se dirige a los tribunales para exigir que impongan al autor de la acción abusiva el pago de una indemnización y/o que adopten u ordenen adoptar las medidas necesarias para impedir la continuidad del abuso, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) de que la norma enunciada en (4) es aplicable.

(3) Una norma permisiva referida al ejercicio del poder normativo anterior: quien es dañado por una acción abusiva puede (en el sentido de que tiene un permiso para) dirigirse o no dirigirse a los tribunales para hacer valer las exigencias a las que se alude en (2).

(4) Una norma de mandato dirigida a los tribunales que tiene como condición de aplicación el ejercicio del poder normativo a que se alude en (2): si quien es dañado por la acción abusiva ejerce el poder normativo a que se hace referencia en (2), entonces los tribunales tienen el deber de imponer la correspondiente

3. No nos interrogaremos aquí acerca de si el «ejercicio antisocial de un derecho» constituye una figura distinta de la del abuso del derecho: asumiremos sin más que el legislador ha sido aquí redundante y que, como sostienen civilistas especialmente autorizados (Díez-Picazo y Gullón, 1994, 441), ambos términos son sinónimos.

4. Como antes se ha dicho, el término «acción» se emplea aquí y en todo el texto en el sentido genérico que comprende tanto las acciones positivas (los «actos» de los que habla el 7.2) como las omisiones.

indemnización y/o de adoptar u ordenar la adopción de las medidas necesarias para impedir la continuidad del abuso.

De estas normas, parece claro que los problemas interesantes se plantean en relación con la norma (1). Las normas (2) y (3) establecen las consecuencias normativas que se siguen de la violación de (1) y estas no presentan características singulares frente a las que se siguen de la violación de cualquier norma prohibitiva en el ámbito civil. La norma (4), por su parte, establece las consecuencias que se siguen de que se dé tanto la violación de (1), como el uso por el afectado del permiso que figura en (3) referido al ejercicio del poder normativo que figura en (2); tampoco esas consecuencias presentan características singulares frente a aquellas que se siguen de esgrimir ante los tribunales cualquier pretensión bien fundada frente a la violación de cualquier norma prohibitiva en el ámbito civil.

9. *«Abuso del derecho» como término que designa una propiedad valorativa. La distinción entre significado y condiciones de aplicación*

El primer problema que plantea el abuso del derecho es el de determinar cuál es la clase de acciones que pueden ser calificadas, en determinadas condiciones o circunstancias, de abusivas y el de cuáles son las condiciones o circunstancias que imponen tal calificación.

Cuál sea la clase pertinente de acciones es algo que, de entrada, admite una respuesta sencilla: se trata de acciones que, *prima facie*, constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo y que son, por tanto, acciones, asimismo *prima facie*, permitidas. Pero, como ya hemos adelantado y veremos más adelante, esto indica —al menos en el caso de derechos subjetivos complejos, como el derecho de propiedad— una clase de acciones bastante compleja.

Cuáles sean las condiciones bajo las cuales esas acciones *prima facie* permitidas, por constituir casos de ejercicio de un derecho subjetivo, resultan sin embargo prohibidas por abusivas admite asimismo una primera contestación sencilla: a tenor

de la disposición contenida en el artículo 7.2 Cc (y algo parecido ocurre con la regulación del abuso del derecho en otros sistemas jurídicos), cuando «por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho». Ahora bien, esta contestación sencilla nos resulta bastante inútil, sencillamente porque, al indicarnos que atendamos a la propiedad de «sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho», deja el problema más o menos como estaba antes de formularla; cuando preguntamos por las condiciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho resulta abusivo no estamos preguntando por el significado de la palabra «abusivo», sino por algo distinto, de un modo análogo a lo que ocurre cuando preguntamos qué características hacen a un cierto automóvil mejor que otro. Si a esta última pregunta se nos respondiera que el automóvil A es mejor que el automóvil B, cuando el automóvil A resulta preferible al automóvil B, juzgaríamos que no se nos ha contestado a aquello que habíamos preguntado, pues nosotros ya sabíamos que «mejor que» *significa* «preferible a». Nosotros no teníamos una duda acerca del significado de «mejor», sino acerca de sus criterios de aplicación en materia de automóviles: queríamos saber qué características —como por ejemplo la velocidad, o el bajo consumo, o la durabilidad, o alguna combinación de ellas— suministran la pauta de bondad (esto es, de preferibilidad) acerca de automóviles. Algo semejante ocurre si lo que nos interesa no es «automóvil mejor» sino «abuso del derecho» o «abusivo»: decir que calificar una acción de ejercicio de un derecho subjetivo como «abusiva» *significa* que con dicha acción «se han sobrepasado manifiestamente los límites normales del ejercicio de ese derecho» es correcto, pero escasamente útil. Y ello es así porque la pregunta interesante no es la referente al *significado* de palabras como «abuso» o «abusivo», sino a sus *criterios de aplicación*. Pero esta distinción entre *significado* y *criterios de aplicación* requiere, a su vez, ser explicada.

En una obra capital de la filosofía moral de este siglo —*The Language of Morals* (Hare, 1975)— R. M. Hare señala que, para entender la lógica de las palabras que designan propieda-

des valorativas —como, por ejemplo, «bueno»— es fundamental apereibirse de que dichas propiedades resultan supervinientes, o resultantes, de otras propiedades. Especificar cuáles son, en relación con un cierto contexto, estas otras propiedades es especificar cuáles son, en dicho contexto, los *criterios de aplicación* de la palabra que designa la propiedad valorativa. Ello tiene, entre otras, una consecuencia que nos interesa especialmente: las propiedades valorativas no son, a diferencia de otras como los colores, propiedades simples. Un automóvil, por ejemplo, puede diferir de otro automóvil únicamente en que el primero es amarillo y el segundo no lo es, pero no puede darse el caso de que únicamente difieran en que el primero es bueno y el segundo no lo es (o en que, como en el ejemplo anterior, el primero sea mejor que el segundo). Tiene que haber, al menos, alguna otra propiedad que se dé en el primero y no en el segundo (o que se dé en mayor grado en el primero que en el segundo) y que justifique el que consideremos al uno bueno (o mejor) y al otro no bueno (o peor).

Proyctemos estas consideraciones sobre las acciones abusivas. Dos acciones pueden diferir entre sí únicamente en que la primera ha sido realizada en miércoles y la segunda no, pero no pueden diferir únicamente en que la primera sea «abusiva» («o sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho») y la segunda, no. Tiene que haber, al menos, alguna otra propiedad que se dé en una acción y no en la otra y que justifique que consideremos a la primera como abusiva (o manifiestamente sobrepasadora de los límites normales del ejercicio de un derecho) y a la segunda no. Especificar cuáles son estas propiedades es determinar las condiciones de aplicación de la calificación de «abusiva».

Pues bien: para comprender la manera específica como el legislador guía la conducta mediante el empleo de un concepto como el de «abuso del derecho» podemos partir de un modelo de regulación muy diferente, al que ya aludimos anteriormente, el propio (al menos idealmente) del Derecho penal (o al menos del Derecho penal liberal). En materia penal la idealidad liberal —como ya señalamos— exige que el legislador determine muy precisamente, en términos de propiedades descriptivas, las con-

diciones de aplicación de la calificación como disvaliosas —y, consiguientemente, como prohibidas— de ciertas conductas (las «típicamente antijurídicas»). Algo muy diferente sucede con el «abuso del derecho»: aquí el legislador se limita a prohibir aquellas acciones que merezcan ser calificadas valorativamente de «abusivas» (o de «sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho») sin especificar, en términos de propiedades descriptivas, en qué condiciones una cierta acción merece tal calificación valorativa. Determinar dichas condiciones de aplicación es, así, asunto que el legislador encomienda al aplicador del Derecho⁵.

10. *Las condiciones de aplicación del abuso según la jurisprudencia*

La jurisprudencia española —desde la famosa sentencia del TS de 14 de febrero de 1944— ha determinado las condiciones de aplicación de la calificación valorativa de «abusiva», referida a una cierta acción, de la siguiente manera: una acción es abusiva siempre que se den conjuntamente las circunstancias siguientes (los pasajes entrecomillados pertenecen a la sentencia citada): a) «uso de un derecho objetivo⁶ o externamente legal», esto es, la acción debe poder ser descrita *prima facie* como un caso de ejercicio de un derecho subjetivo; b) «daño a un interés no

5. Es común entre los juristas caracterizar el «abuso del derecho» como un «concepto jurídico indeterminado». Pues bien, lo anterior puede arrojar alguna luz sobre el oscuro concepto de «concepto jurídico indeterminado». Podría decirse que cuando el legislador guía la conducta mediante un «concepto jurídico indeterminado» lo que hace es ordenar o prohibir acciones que merezcan una cierta calificación valorativa sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión. Ello genera lo que antes hemos llamado «vaguedad radical», pues obviamente la mayoría de los casos de aplicación resultarán controvertibles (hasta que la determinación de las condiciones de aplicación se haga mediante reglas). Los ejemplos de «conceptos jurídicos indeterminados» que encontramos, por ejemplo, en el Código civil parecen obedecer todos a esta caracterización. Por no hacer la lista interminable: «prodigalidad», «fidelidad y socorro mutuo», «buena fe», «mala fe», «fraude de ley», «mala conducta, falta de aplicación al trabajo», «respeto y reverencia», «órdenes, consejos o ejemplos corruptores», «negligencia», «como un buen padre de familia», «buenas costumbres», «equidad», etc.

6. O sea, de un derecho subjetivo establecido por reglas del Derecho objetivo.

protegido por una específica prerrogativa jurídica». Esto es, el abuso no entra en juego cuando el interés dañado se encuentra protegido por una regla y, en particular, cuando la regla protege un derecho subjetivo ajeno, pues en tal caso nos encontramos ante un supuesto de colisión de derechos y no de abuso; c) «inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Junto con estas condiciones, la jurisprudencia ha insistido también en lo que podríamos llamar un criterio restrictivo en el uso de la calificación de «abusiva»: el recurso al abuso «debe aplicarse con especial cuidado, atendiendo a las circunstancias de hecho y procurando la indubitada acreditación de los presupuestos de aplicación del artículo 7.2 del Código civil» (Lasarte, 1992, 171).

Estas condiciones de aplicación establecidas por la jurisprudencia plantean dos órdenes de problemas: el primero de ellos es que en su formulación aparecen de nuevo palabras que designan propiedades, si se quiere más específicas que la de «abusiva», pero igualmente valorativas —«inmoralidad o antisocialidad del daño», «interés serio y legítimo», «exceso o anormalidad»—. Ello hace surgir la cuestión de las condiciones de aplicación (digamos, de segundo nivel) de estas palabras valorativas que, según la jurisprudencia, deben constituir las condiciones de aplicación (digamos, de primer nivel) de la palabra valorativa «abuso». Si fuera posible una enunciación completa de las propiedades descriptivas que deban constituir las condiciones necesarias y suficientes de aplicación de estas palabras que designan propiedades valorativas más específicas, el «abuso del derecho» dejaría de ser un concepto jurídico *indeterminado*: dicha enunciación constituiría la *determinación* del concepto. Y, en tal caso, la reglamentación del abuso del derecho habría abandonado el terreno de los principios para situarse por completo en el de las reglas. Como veremos más adelante, tal cosa no parece posible y, además, no sería deseable.

El segundo problema que la determinación jurisprudencial de las condiciones de aplicación de la calificación de «abusivo»

plantea es el de los criterios para evaluar la *corrección* de dichas condiciones de aplicación. ¿Por qué la jurisprudencia debería considerar que son estas, y no otras, las condiciones de aplicación de la calificación de «abusivo»? En lo que sigue nos ocuparemos de este segundo problema. Al final se verá cómo de nuestro tratamiento del mismo se deriva también alguna luz para el primero. La idea central que vamos a defender es, por un lado, que una concepción del Derecho que entienda a este como compuesto exclusivamente por un solo tipo de normas regulativas —a saber, por reglas que ordenan, prohíben o permiten la realización de acciones descriptivamente caracterizadas, cuando se dan ciertas condiciones asimismo descriptivamente caracterizadas— resulta por completo inadecuada para dar cuenta del abuso del derecho. Y, por otro, que solo una concepción del Derecho que en su reconstrucción de las instituciones jurídicas integre principios en sentido estricto, directrices y reglas constituye el marco adecuado para una explicación y justificación satisfactorias del abuso del derecho y de las condiciones de aplicación de esta calificación establecidas por la jurisprudencia.

11. *Principios y moralidad positiva. Una posición equivocada*

La posición según la cual las normas jurídicas regulativas tienen la forma exclusiva de reglas, en el sentido estricto en el que estamos usando esta expresión, tiene como correlato que el Derecho no proporciona criterios de valoración distintos de esas mismas reglas. De esta forma, si un cierto caso no resulta subsumible en una regla, el Derecho resultaría, para esta concepción, ayuno de criterios de valoración respecto de tal caso. Pero, como es notorio, el Derecho exige en muchas ocasiones de sus órganos de aplicación que resuelvan sobre la aplicabilidad de predicados valorativos —tales como «mal uso de la cosa», «abuso del derecho», «diligencia de un buen padre de familia», «equitativamente», etc.— a situaciones particulares, para lo cual los tribunales han de realizar necesariamente valoraciones que no pueden fundarse en reglas (por ausencia de

disposiciones que establezcan qué propiedades descriptivas constituyen condiciones necesarias y suficientes de aplicación del predicado valorativo). Para tal concepción, en tales supuestos habría que acudir necesariamente a valoraciones extrajurídicas, que se obtendrían básicamente de la moralidad social vigente en el momento de que se trate.

Una posición de este género se encuentra ampliamente difundida y constituye un substrato común del que participan autores y corrientes que, a otros respectos, parecen bien heterogéneos. Pondremos dos ejemplos que muestran la presencia de esta concepción de fondo en corrientes del pensamiento jurídico que resultan, por lo demás, muy alejadas (e incluso incomunicadas) entre sí: el primer ejemplo nos lo proporcionarán Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en su tratamiento de las valoraciones judiciales; el segundo, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón en su presentación de los principios jurídicos.

En un trabajo titulado «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico» (Alchourrón y Bulygin, 1991), y bajo el apartado «el papel de las valoraciones en el razonamiento judicial», Alchourrón y Bulygin escriben que «en lo referente a los términos valorativos que figuran en normas jurídicas no es en modo alguno claro e indiscutible que su aplicación a situaciones particulares exige valoraciones genuinas» (Alchourrón y Bulygin, 1991, 315). Esto es así, a juicio de estos autores, porque los predicados valorativos pueden usarse no solo para valorar, para formular juicios de valor, sino que también «pueden ser usados descriptivamente en enunciados que no expresan valoraciones [...], sino proposiciones fácticas, es decir, proposiciones a los efectos de que la cosa en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social» (*ibid.*). Esto es indudablemente cierto —se trata de lo que Hare (1975) llama «uso entrecomillado» de los predicados valorativos—, como también lo es que muchos enunciados en los que figuran predicados valorativos son ambiguos, en el sentido de poder interpretarse tanto que expresan un juicio de valor genuino como que expresan una proposición acerca de las creencias o actitudes morales vigentes en determinado contexto: si nosotros afirmamos, por ejemplo, que «la duquesa de

Alba actuó de forma inmoral al dejarse retratar desnuda por Goya», esto puede interpretarse, bien como un genuino (y moji-gato) juicio de valor por nuestra parte, bien como la afirmación (descriptiva) de que la duquesa de Alba actuó de manera disconforme con las pautas de moralidad aceptadas en aquel momento por, digamos, la nobleza o las clases acomodadas o la sociedad española en su conjunto. Pero mostrar esta ambigüedad de muchos enunciados valorativos no equivale, naturalmente, a mostrar que el juez, a la hora de aplicar los predicados valorativos que figuran en las normas jurídicas a situaciones particulares, no deba hacer valoraciones genuinas, sino limitarse a recoger las valoraciones socialmente vigentes. Para fundamentar esto último sería preciso postular la presencia, en el sistema jurídico, de una norma que ordenara al juez considerar como condiciones de aplicación de los predicados valorativos aquellas que sean consideradas como tales por el grupo social en el que el juez desarrolla su función. Alchourrón y Bulygin no postulan, desde luego, la existencia de una norma tal, y se limitan a decir, sin mayor fundamentación y sin precisar el alcance de los cuantificadores, que «nos inclinamos a pensar que en muchos (aunque no en todos los) casos los jueces no valoran sino que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen» (*ibid.*, 316).

La concepción de los principios jurídicos expuesta por Díez-Picazo y Gullón parece implicar la postulación de la existencia en el sistema jurídico de algo semejante a una norma de este género. Y ello es así en virtud de su concepción de los principios jurídicos. Los principios jurídicos —dicen estos autores— «son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Cuando se dice, por ejemplo, que nadie puede enriquecerse injustamente, o que *nadie puede ejercitar abusivamente sus derechos*, o que los pactos han de ser observados, es claro que se están proponiendo modelos de conductas a seguir» (Díez-Picazo y Gullón, 1994, 144-145; la cursiva es nuestra). Hasta aquí el acuerdo por nuestra parte es completo: los principios son normas y la disposición referida al abuso del derecho expresa una norma de principio. Los problemas empiezan, a nuestro juicio, con la

concepción, que estos autores mantienen, de los principios como normas generadas por la conciencia colectiva y recibidas por el sistema jurídico. Los principios jurídicos (o principios generales del Derecho) —dicen estos autores— «tienen su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es ella el auténtico poder creador» [de los principios]; «para que una norma constituya un auténtico principio general del Derecho basta su arraigo como norma fundamental en la conciencia social» (*ibid.*, 145). Esta misma caracterización es considerada válida por los citados autores para los principios expresados en fuentes, como, por ejemplo, los incluidos en la Constitución; así, tras aludir a que «lo usual es que las leyes constitucionales modernas proclamen de forma solemne los valores, creencias y convicciones del país» (*ibid.*, 145), señalan que tal proclamación no viene a ser más que una acogida accidental, que ni quita ni añade nada sustancial al principio afectado: «debemos insistir en que el carácter de principio general del Derecho no se lo da a una norma su formulación, ni el rango o categoría del texto que la haya recogido, en el caso de que la haya recogido. A los principios generales del Derecho, quien les dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene» (*ibid.*, 146).

Pues bien, tal entendimiento de los principios como pautas que se incorporan al sistema jurídico en virtud de su arraigo, sin más cualificaciones, en la conciencia social nos proporcionaría un criterio para resolver el problema de las condiciones de aplicación de la calificación de abuso del derecho: constituirían abuso del derecho aquellas acciones de ejercicio de un derecho subjetivo que merecieran tal calificación por la conciencia social. El problema es que este entendimiento de los principios resulta, a nuestro juicio, claramente inadecuado por cuanto el arraigo en la conciencia social no parece ser condición ni necesaria ni suficiente para que una pauta más o menos general se convierta en principio jurídico. Que tal cosa no es condición necesaria lo muestra el dato de que un principio proclamado en una fuente (como, por ejemplo, la Constitución española de 1978) no pierde su validez como principio jurídico

por las variaciones que al respecto pudiera haber en la conciencia social: los principios, por ejemplo, de prohibición de discriminación por razón de raza o por razón de sexo (art. 14 CE) seguirían —a no ser que se modifique la Constitución— siendo principios del Derecho español con independencia del arraigo que actitudes racistas o sexistas llegaran eventualmente a tener en la sociedad española. Un principio formulado en una fuente no pierde su validez como principio jurídico por las variaciones que al respecto pudiera haber en la conciencia social.

Que el arraigo en la conciencia social no es condición suficiente para que una determinada pauta más o menos general de comportamiento constituya un principio jurídico viene mostrado por el hecho de que tal cosa requiere, al menos, de dos condiciones adicionales: primero, que la pauta en cuestión tenga relevancia jurídica, esto es, verse sobre materias objeto de regulación jurídica y, segundo, que dicha pauta pase el test de su adecuación al Derecho establecido, esto es, a los principios y reglas expresados en fuentes: por ultraliberal que se volviera la sociedad española, el principio según el cual es ilegítima cualquier intervención estatal en la vida económica que no tenga por objeto únicamente la protección de los derechos de propiedad no podría ser considerado como un candidato serio a principio del sistema jurídico español, mientras no cambiara una parte muy sustancial de las reglas y principios basados en fuentes que hoy forman parte del Derecho español.

12. *El derecho de propiedad y el abuso del derecho*

La tesis según la cual hay que mirar a la conciencia social para determinar las condiciones de aplicación de un término valorativo, como «abuso del derecho», se ha revelado, pues, o bien desprovista de fundamentación (en el caso de Alchourrón y Bulygin) o bien fundamentada en una concepción inaceptable de los principios jurídicos (en el caso de Díez-Picazo y Gullón). A continuación vamos a ver cómo una concepción del Derecho que integre adecuadamente reglas, principios en sentido estricto y directrices es más fructífera para dar adecuada cuenta de

la figura del abuso. Como ya antes se ha indicado, la figura del abuso del derecho ha surgido históricamente vinculada de manera central a la institución jurídica del derecho de propiedad privada. La reconstrucción de esta institución en términos de reglas, principios en sentido estricto y directrices aparece, pues, desde esta perspectiva, como una tarea necesaria para elaborar una teoría satisfactoria del abuso.

12.1. El derecho de propiedad como haz de posiciones normativas

El derecho de propiedad sobre una cierta cosa es un título que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas (de modalidades jurídicas activas, en la terminología de Hohfeld), no sujetas a límite temporal, en relación con esa cosa, y frente a todos los demás. Dicho complejo comprende⁷:

a) El derecho subjetivo en sentido estricto a no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa, así como en el uso de las libertades y poderes normativos a que se alude a continuación. Correlativo a este derecho subjetivo en sentido estricto es el deber de no interferencia por parte de todos los demás.

b) Una serie de libertades (por ejemplo, de usar la cosa, de percibir sus frutos, de edificar sobre el terreno, etc.) cuyo correlativo es el no-derecho de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas. Una parte importante de estas libertades se refiere al uso de los poderes normativos a que se alude a continuación; otra, al uso del derecho subjetivo en sentido estricto a no ser interferido.

c) Una serie de poderes normativos que le posibilitan producir cambios en el *status* normativo de la cosa (o, más exac-

7. Naturalmente, analizar el derecho de propiedad en términos de modalidades hohfeldianas implica dejar de lado la dicotomía entre derechos reales y derechos personales y entender que no hay derechos que no sean frente a personas. Esta posición, junto con la crítica de la anterior dicotomía, tiene su formulación clásica en Kelsen (cf., por ejemplo, 1979a, 143 ss.). En la teoría del Derecho postkelseniana A. M. Honoré (1961) y J. Waldron (1990) han vuelto a encuadrar la propiedad entre los *rights to things*, que se distinguirían de los *rights against persons*. Una crítica, a nuestro juicio convincente, de ambos, junto con una buena puesta de relieve de la fecundidad de las categorías hohfeldianas para el análisis del derecho de propiedad, se encuentra en Pavlos Eleftheriadis (1996).

tamente, en el *status* normativo de las conductas relacionadas con la cosa): poderes normativos para donar la cosa, para venderla, para arrendarla, para constituirla en garantía de una deuda, etc. El correlativo de estos poderes normativos es la sujeción de los demás, en el sentido de que el uso de los mismos origina cambios normativos respecto de la cosa (o, si se prefiere, de las conductas relacionadas con la cosa) que los demás deben aceptar como vinculantes.

d) Una inmunidad referida al *status* normativo de la cosa (o, más precisamente, de las conductas relacionadas con ella) que no puede ser alterado por los demás: por ejemplo, nadie puede ser privado de la condición de propietario de un cierto bien si no es en determinadas condiciones, por determinado procedimiento y mediante indemnización. Correlativa a esta inmunidad es la incompetencia de los demás para alterar tal *status* normativo.

12.2. La justificación de la propiedad. Justificaciones últimas y justificaciones utilitarias en la adscripción de derechos. La justificación de la estructura normativa de la propiedad como justificación «mixta»

Del derecho de propiedad —como conjunto de posiciones normativas— deben distinguirse las razones que justifican, y que limitan, ese mismo conjunto. Estas razones están, sin embargo, también constituidas por pautas jurídicas, en la forma de principios en sentido estricto y de directrices.

Por razones justificativas de la propiedad cabe entender, en todo caso, al menos dos cosas distintas: en primer lugar, las razones que justifican la adscripción de un cierto bien a una cierta persona como su propietaria; en segundo lugar, las razones que justifican la *institución* de la propiedad, como haz de posiciones normativas, respecto de bienes no determinados, accesible, en cuanto tal haz, a cualquier persona. Naturalmente, en el contexto en el que nos movemos, es este segundo sentido de «justificación de la propiedad» el que nos interesa.

Pues bien: una institución consistente en un haz de posiciones normativas —la institución de un cierto derecho subjetivo,

en el sentido amplio y usual de esta expresión— puede ser justificada (cf. Alexy, 1992), bien en cuanto protege o promueve bienes o intereses del propio titular del derecho (cuando se trata de bienes o intereses que se consideran dignos de protección para todo individuo y para todos los individuos), bien en cuanto protege o promueve bienes o intereses colectivos —bienes o intereses, pues, distintos de los del propio titular del derecho—, bien mediante una justificación que integre elementos de ambos tipos. Las justificaciones del primer tipo son justificaciones últimas —justificaciones en términos de principios— y se refieren a derechos que se adscriben universalmente; las justificaciones del segundo tipo son justificaciones utilitarias —justificaciones en términos de directrices— y se refieren a derechos que pueden adscribirse de forma no universal, esto es, a personas determinadas o a clases determinadas de personas. Las justificaciones «mixtas» integran tanto justificaciones últimas (en términos de principios) como justificaciones utilitarias (en términos de directrices) y se refieren a derechos que, en cierto sentido, se adscriben universalmente, aunque, en otro sentido, se adscriben de forma desigualitaria. Un ejemplo de derecho subjetivo cuya justificación es del primer tipo es el derecho de todos a no ser «sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. 15 CE). El bien protegido mediante tal derecho es el de la dignidad de la persona humana, dignidad que se adscribe de forma igual a todos y cada uno de los seres humanos. Un ejemplo de derecho subjetivo cuya justificación es del segundo tipo es el derecho «a la cláusula de conciencia y al secreto profesional» de que gozan los individuos de una cierta clase, los periodistas (art. 20.1 CE). La justificación de estas instituciones se halla en que las mismas sirven para maximizar un bien público, el de la información públicamente disponible. Pues —como escribe Laporta— es para «incentivar el fluido de información en una sociedad deliberante» para lo que «se protege mediante el secreto no el dato en sí, que se airea, sino la fuente de donde proviene ese dato»; algo análogo ocurre con la cláusula de conciencia: con ella no se trata de proteger la conciencia del periodista —que no tiene, en cuanto tal, un valor superior a la conciencia de,

digamos, un empleado ferroviario, cuyo *status* laboral no incluye tal cláusula— sino «el que algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal» (Laporta, 1997, 16-17).

Pues bien: en la justificación del haz de posiciones normativas que constituye el derecho de propiedad intervienen tanto consideraciones referidas al bien de la persona titular del derecho —consideraciones en términos de principio, que exigen que este derecho se adscriba universalmente— como consideraciones referidas a ciertos bienes colectivos —consideraciones en términos de directrices, que posibilitan una distribución desigualitaria—. La justificación en términos de principio de la propiedad privada se halla —por decirlo con palabras de Nino— en la «relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de la persona y la necesidad de controlar individualmente algunos recursos económicos», pues «sin ese control individual de recursos es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía de la persona» (Nino, 1992, 363). Esta justificación en términos de principio resulta compatible, como es obvio, con fuertes restricciones de la propiedad, al menos, en tres direcciones distintas: En primer lugar, respecto de los bienes susceptibles de convertirse en propiedad privada de alguien, pues no parece que, por ejemplo, la imposibilidad de convertirse en propietario de una gran empresa haga imposible el ejercicio de la autonomía. En segundo lugar, respecto al alcance de las diferentes posiciones normativas —particularmente poderes normativos y libertades— que integran el derecho de propiedad respecto de un cierto bien. Pongamos un par de ejemplos: el primero es el de importantes libertades que «idealmente» parecen integrar la propiedad —como es el caso de las relativas a los usos del suelo del que uno es propietario— y que se hallan, de hecho, fuertemente restringidas en nuestros sistemas jurídicos; el segundo sería el de la transmisibilidad hereditaria, que no parece constituir exigencia de ninguna concepción plausible de la autonomía. En tercer lugar, respecto a la posibilidad de acumulación

desigualitaria de propiedad, pues no parece tampoco que el poner, por ejemplo, límites a la acumulación de fortuna pudiera considerarse lesivo al derecho *igual* a la autonomía que tenemos todos.

Quiere decirse con lo anterior que la configuración concreta del derecho de propiedad que encontramos en nuestros sistemas jurídicos no puede explicarse y justificarse mediante la sola referencia a la autonomía, pues lo que esta exige es simplemente que *todos* los individuos dispongan del *quantum* de propiedad necesario para poder llevar una existencia autónoma. Para poder dar cuenta de las razones que explican y justifican la configuración de la propiedad en nuestros sistemas jurídicos es preciso aludir a directrices y a juicios sobre nexos causales entre los bienes colectivos cuya maximización viene ordenada por las directrices y ciertas configuraciones normativas en forma de reglas. De entre estas directrices y juicios sobre nexos causales, cabe destacar la importancia de la directriz que ordena maximizar la riqueza social y del juicio que considera que, a salvo de algunas cualificaciones y con carácter general, un sistema amplio de propiedad privada crea las condiciones más adecuadas para el incremento de la riqueza social. Pero, naturalmente, esta directriz no es la única que incide sobre el sistema de reglas que constituye la concreta regulación normativa de la propiedad. Junto a ella, inciden sobre tal regulación prácticamente todas las demás directrices, esto es, todas las demás normas que estipulan la obligatoriedad para los poderes públicos de perseguir la maximización de determinados bienes (como por ejemplo, en el caso español, el logro de una distribución de la renta personal y regional más equitativa, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, el acceso al trabajo, el logro de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, el acceso a una vivienda digna y adecuada, la protección de los consumidores y usuarios, la protección de la familia, la protección de la salud, etc.). Todas estas directrices, acompañadas de los correspondientes juicios sobre nexos causales, pueden constituir —y de hecho constituyen— razones para limitar —en alguno de los sentidos distin-

guidos y según la naturaleza de los bienes— el alcance de las posiciones normativas que las reglas que configuran la propiedad atribuyen al propietario. La llamada *función social de la propiedad* no es otra cosa sino su concreta regulación atendiendo a la exigencia de maximización de todos estos bienes. Y, de otro lado, el propio principio de autonomía que opera como razón justificativa última de la propiedad privada opera también como razón para el establecimiento de limitaciones (o cargas) a la misma: buena parte de los esquemas en que consiste el Estado social pueden verse, justamente, como mecanismos de transferencia hacia los más desfavorecidos, con el fin precisamente de asegurar a estos el *quantum* de propiedad necesario para poder llevar una existencia autónoma.

12.3. Razones justificativas de la propiedad y abuso del derecho

Lo anterior permite presentar como coherente el régimen constitucional español de la propiedad privada y la interpretación del mismo llevada a cabo por el Tribunal Constitucional⁸. En primer lugar, el que el *contenido esencial* del derecho de propiedad privada no esté, de acuerdo con la Constitución, a disposición del legislador. Pues, en efecto, si entendemos por *contenido esencial* del derecho de propiedad privada la existencia de una institución que consista en un haz de posiciones normativas como las reseñadas en el apartado 12.1 (o, como dice el Tribunal Constitucional, «el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito»), una institución del género es, como hemos visto, una condición necesaria, un componente esencial, de la autonomía personal. Pero también, en segundo lugar, que el legislador pueda, en cumplimiento del mandato constitucional de configurar el sistema de reglas que establecen en concreto los alcances y los límites de

8. Sobre el régimen constitucional español de la propiedad privada, cf., por ejemplo, Vicente L. Montés (1980); Javier Barnes Vázquez (1988); Jesús Leguina Villa (1994); Fernando Rey Martínez (1994).

tales posiciones normativas (de tales «facultades o posibilidades de actuación»), atender en dicha configuración a la promoción de bienes colectivos del más variado género, tales como el listado —desde luego no exhaustivo— a que antes (en el apartado 12.2) hacíamos referencia.

En la configuración del sistema de reglas de la propiedad el legislador dispone, pues, de un amplio margen de discrecionalidad: pues, con el límite del respeto al «contenido esencial», puede —para dar cumplimiento a las diversas directrices en que consiste la «función social» de la propiedad— dictar reglas que fijen de manera más o menos amplia o más o menos restringida, respecto de unas u otras categorías de bienes, el alcance de los derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades que constituyen la condición de propietario.

Ello no obstante, una vez dictadas tales reglas, su respeto en los casos individuales, así como una relativa estabilidad de las mismas, tiene valor de principio. Y ello porque precisamente la existencia de un sistema de reglas de la propiedad, su relativa estabilidad y su no excepcionabilidad en casos individuales constituyen la principal condición necesaria de la autonomía personal en el plano patrimonial. En *Las piezas del Derecho* escribíamos que la importancia de las reglas para la autonomía personal reside en que ellas «posibilitan a sus destinatarios desarrollar su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos sociales» (Atienza y Ruiz Manero, 1996, 17). Esto, naturalmente, es de aplicación también en el campo patrimonial. Difícilmente alguien podría desarrollar su plan de vida si las reglas que determinan lo que le está permitido hacer en el plano patrimonial estuvieran en situación de cambio permanente o si decisiones suyas de esta índole, permitidas en virtud del sistema de reglas aplicables, resultaran a la postre interferidas —esto es, impedidas, sancionadas o anuladas— porque afectarían negativamente a los intereses de otros o a esos intereses colectivos que las directrices ordenan maximizar. Esto nos devuelve a nuestro tema, al abuso del derecho. Pues, como veíamos, las acciones que constituyen casos de abuso del dere-

cho son, en el caso del derecho de propiedad, acciones de ejercicio de alguna de las posiciones normativas en que la propiedad consiste, y, por ello, acciones *prima facie* permitidas, pero que resultan, consideradas todas las cosas, finalmente prohibidas. ¿Cuáles son las «cosas» que pueden entrar en línea de cuenta para esta prohibición final de acciones *prima facie* permitidas en virtud del sistema de reglas de la propiedad? De lo antes dicho se infiere que no puede tratarse *meramente* de razones de directriz, de razones (utilitarias) que apelen a la maximización de unos u otros intereses colectivos. Una acción no puede considerarse como abusiva simplemente porque no sea la acción que, entre las posibles, produzca la mayor utilidad social, ni tampoco por cuán escasa sea la utilidad social que produzca. El espacio de autonomía personal que las reglas sobre la propiedad garantizan a cada uno sólo es tal espacio de autonomía personal si cada uno puede tomar decisiones y actuar dentro de ese espacio persiguiendo sus propios intereses y sin necesidad de tomar en consideración en cada caso cómo esas decisiones y acciones pueden afectar a intereses de otros individuos o a intereses colectivos.

Las «cosas» —o, en mejor lenguaje, las razones— que pueden entrar en línea de cuenta a la hora de calificar como abusiva —y, por ello, como finalmente prohibida— una cierta acción han de ser, pues, razones de principio y no simplemente razones de directriz. Y aquí cabe excluir que se trate de razones de principio derivadas del respeto a derechos de otros establecidos en reglas: pues, como ya sabemos, en tales casos no cabe hablar de abuso del derecho, sino de colisión de derechos, exigiendo el abuso del derecho que el interés dañado no se encuentre «protegido por una específica prerrogativa jurídica». Las razones de principio que entran en línea de cuenta a la hora de calificar una cierta acción como abusiva son razones referidas al alcance de la autonomía que estimamos valioso proteger. Ciertamente estimamos como valioso que una persona pueda desarrollar su propio plan de vida, perseguir sus propios intereses, sin necesidad de ponderar en cada ocasión cómo va a afectar su acción a intereses de terceros. Pero la autonomía, así entendida, no tiene un alcance ilimitado, sino

que está sujeta a dos tipos de límites, que marcan el alcance de la autonomía que estimamos digna de ser protegida. Quedan fuera del alcance de la autonomía digna de ser protegida tanto las acciones orientadas a dañar los intereses de otros (no las que simplemente, persiguiendo los propios intereses, los dañan) como aquellas otras en las que, aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a otros sujetos o a la colectividad aparece como «excesivo» o «anormal»⁹. Al primer caso corresponden los supuestos de abuso del derecho en los que, utilizando el lenguaje de la jurisprudencia, la «inmoralidad o antisocialidad del daño» se manifiesta «de forma subjetiva»: cuando el derecho «se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo». Esto es, aquellas acciones que —con independencia de la intención de su autor— solo parecen poder ser razonablemente descritas —por, digamos, un «descriptor imparcial»— como acciones orientadas a dañar los intereses de otros. Al segundo caso —daño «excesivo» o «anormal»— corresponden, siguiendo con el lenguaje de la jurisprudencia, aquellas otras acciones en las que la «inmoralidad o antisocialidad del daño» se manifiesta «de forma objetiva».

13. *Una definición de abuso del derecho...*

Todo lo anterior nos permite presentar una definición de la figura del abuso del derecho que, creemos, viene a ser una reconstrucción y generalización adecuadas de la manera como la misma opera. La definición es la siguiente:

9. Decíamos hace un momento que las razones que pueden entrar en línea de cuenta a la hora de calificar una acción como abusiva han de ser razones de principio y no meramente razones de directriz. Pero cuando el daño causado a intereses de otros sujetos o a intereses colectivos (a cuya tutela y promoción apuntan las directrices) resulte «excesivo» o «anormal», la acción deja de estar dentro del alcance justificado del principio de autonomía. No se trata aquí de que razones de directriz vengán a prevalecer sobre razones de principio, sino tan solo de que la determinación del alcance justificado del principio de autonomía no puede trazarse de manera enteramente insensible al daño causado a intereses de otros o a intereses colectivos (pues en tal caso sería imposible una sociedad mínimamente equitativa en el trato dispensado a los intereses de sus diversos integrantes y tal exigencia parece ser, sin duda, un principio en sentido estricto).

«La acción *A* realizada por un sujeto *S* en las circunstancias *X* es abusiva si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a *S* realizar *A* en las circunstancias *X*. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra *S* como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de *A*, otro u otros sujetos sufren un daño, *D*, y no existe una regla regulativa que prohíba causar *D*.

3) *D*, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1) Que, al realizar *A*, *S* no perseguía otra finalidad discernible más que causar *D* o que *S* realizó *A* sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2) Que *D* es un daño excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado del daño determina que la acción *A* quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* [*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2)] la acción *A* está prohibida»¹⁰.

14. ... y su aplicación a un caso paradigmático

Veamos ahora cómo se aplica la definición a un ejemplo paradigmático de abuso del derecho, el contenido en la STS de 14 de febrero de 1944, clásica en el tratamiento del abuso del derecho en la jurisprudencia española y a la que hemos hecho repetida referencia. El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía una concesión administrativa para extraer arenas de las playas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseía una central de energía eléctrica situada junto a la desemboca-

10. Quizás convenga acotar que, en las referencias a «principios» que se contienen en la definición, este término es utilizado en su sentido amplio, que comprende tanto principios en sentido estricto como directrices. Ello es consecuencia de la pretensión de generalidad de la definición, que puede aplicarse tanto en el contexto de derechos basados en justificaciones últimas, como en el contexto de derechos basados en justificaciones utilitarias o en justificaciones «mixtas».

dura de un río y en las inmediaciones de una playa en la que el Consorcio procedió a la extracción de arenas. La extracción de arenas produjo la desaparición de las defensas naturales que protegían a la central eléctrica frente a los desbordamientos del río y la acción del mar. En esta situación, tuvieron lugar unos temporales particularmente fuertes que produjeron importantes daños a la central. La sociedad propietaria de la misma se dirigió a los tribunales solicitando ser indemnizada por el Consorcio, pretensión que fue estimada por los tribunales.

El análisis, en términos de la definición propuesta, discurriría así:

1) En virtud de su titularidad de la concesión administrativa para la extracción de arenas, al Consorcio le estaba permitida la extracción de arenas en cualquier punto del litoral barcelonés.

2) Como consecuencia de la extracción de arenas en la playa contigua a la central eléctrica, a esta se le causa un daño, pues queda privada de sus defensas naturales frente a los temporales, y no había una regla que prohibiera despojar a la central eléctrica de tales defensas naturales.

3) La atribución de un derecho de contenido patrimonial implica que el titular del mismo puede ejercerlo atendiendo a sus propios intereses, sin tener que ponderar en cada ocasión cómo su acción puede dañar a los intereses de otros. Sin embargo, la central eléctrica ha sufrido, como efecto de la extracción de arenas, un daño que debe considerarse como injustificado, por «excesivo» o «anormal».

4) El carácter injustificado del daño determina el surgimiento de una nueva regla que establece que, en circunstancias como las concurrentes en este caso, la acción de extraer arenas está prohibida y, como consecuencia, quien la llevó a cabo debe indemnizar los daños causados como consecuencia de la misma.

15. *Una estructura normativa de dos niveles, pero situados ambos dentro del Derecho*

La definición propuesta supone una estructura normativa de dos niveles. Y es que, en efecto, las acciones abusivas son acciones *prima facie* permitidas pero que finalmente resultan, considera-

das todas las cosas, prohibidas. De acuerdo con la definición, su carácter de *prima facie* permitidas proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. Su carácter de finalmente, *consideradas todas las cosas*, prohibidas proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma. A la luz de dichos principios, la regla resulta, por decirlo con la terminología de Schauer (1991), *supraincluyente*: esto es, abarca casos que no debería abarcar. La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de autocorrección del Derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas.

Desde otras orientaciones se ha visto también en la figura del abuso del derecho una estructura normativa de dos niveles, si bien el segundo nivel de la misma se ha situado fuera del universo jurídico. Así, por ejemplo, Lino Rodríguez Arias apunta que «el abuso del derecho viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral» (1971, 132). Análogamente, J. M. Martín Bernal escribe que la calificación como abusivo significa «la condena moral, por parte de la conciencia colectiva, de un determinado acto, aunque para el ordenamiento positivo vigente sea lícito y consista por ello en el ejercicio de un derecho» (1982, 143).

En una de las monografías más agudas que conocemos sobre el abuso del derecho, L. A. Warat, en el mismo sentido que los autores recién citados, pero con mayor rigor analítico, indica que en el abuso del derecho nos enfrentamos con «la existencia y el ejercicio de un acto o su omisión, permitidos dentro del Derecho positivo, en virtud de una expresa permisión legal» (1969, 56). Ello no obstante, esta permisión contenida en la ley contrasta con «la existencia de una fuerte presión social, reflejada a través de la normatividad espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira a una modificación del Derecho positivo vigente» (*ibid.*, 60). Así las cosas, la calificación por el

juez de una acción como abusiva tiene como condición «que el órgano encargado de la aplicación del Derecho positivo valore como más justa la prohibición emergente de la regla de acción social que la permisión del sistema legal» y, como consecuencia, que «establezca por ello una nueva limitación de las posibilidades de obrar con vigencia jurídica» (*ibid.*, 67).

Para estos autores, por tanto, la figura del abuso del derecho no constituiría, como hemos defendido nosotros, un mecanismo de autocorrección del Derecho —de corrección, repetimos, del alcance de ciertas reglas jurídicas a la luz de los principios jurídicos que determinan su alcance justificado— sino un mecanismo de heterocorrección del Derecho desde la moralidad. El abuso del derecho entraría en juego si se da un contraste entre la permisión jurídica de ciertas acciones en ciertas circunstancias y la convicción moral colectiva de que tales acciones, en tales circunstancias, deberían encontrarse jurídicamente prohibidas. El razonamiento judicial no se encontraría, en tales supuestos, limitado a razones proporcionadas por el propio Derecho, sino que se abriría a todo aquello que puede ser alegado en una controversia moral ordinaria. El juez se encontraría en la posición de un legislador no limitado.

Esta concepción del abuso del derecho resulta tributaria de una concepción general del Derecho que ve la dimensión regulativa de este como compuesta exclusivamente por reglas y que, así, arroja al universo de lo extrajurídico todo aquello que no resulte reducible a ellas. Sobre lo inadecuado de esta concepción ya nos hemos extendido ampliamente y no vale la pena que lo reiteremos de nuevo. Pero quizás sí valga la pena indicar que buena parte de las alarmas y recelos que la figura del abuso del derecho ha venido suscitando tradicionalmente entre los juristas¹¹ tienen probablemente su explicación en la asunción de una concepción de este tipo. Pues si el abuso viene entendido como una situación de desajuste entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva, frente a la cual se autoriza al juez a excepcionar la aplicación de la primera atendiendo a las exigencias de la segunda, la controlabilidad racional de la co-

11. Véase, como muestra, Herrero (1974).

recección de las decisiones judiciales se ve enormemente dificultada: pues las decisiones judiciales podrían basarse en razonamientos completamente abiertos y no limitados a las razones proporcionadas por el Derecho. Las ventajas que, en cuanto a reducción de la complejidad, aporta el disponer de un sistema jurídico que limita el campo de las razones admisibles como fundamento de las decisiones, se disiparían por completo.

Bien distintas son las cosas desde nuestra concepción: pues no se trata aquí de una divergencia entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva, sino de una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema. Nuestro relativo desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar, caracterizándolas descriptivamente, todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes, deben ser excepcionadas. La figura del abuso del derecho viene a ser, así, una suerte de mecanismo de salvaguardia —para casos que presenten propiedades que no se ha logrado anticipar— de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

16. *Abuso del derecho y laguna axiológica en el nivel de las reglas*

Una manera de presentar lo anterior que quizás resulte esclarecedora es vincular la figura del abuso del derecho con la noción de *laguna axiológica en el nivel de las reglas*.

Según Alchourrón y Bulygin (1974, 145 ss.), un cierto caso constituye una laguna axiológica de un determinado sistema normativo si el caso en cuestión está solucionado por ese sistema normativo, pero sin que se considere como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con alguna *hipótesis de relevancia*¹², sí debiera considerarse como relevante.

Ciertamente, Alchourrón y Bulygin no distinguen, en la obra citada, entre reglas y principios y entienden, por ello, que

12. Por «hipótesis de relevancia» se entiende la identificación del conjunto de propiedades que el sistema debería, de acuerdo con un cierto criterio axiológico, considerar como relevantes.

afirmar que un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico supone siempre una crítica externa a ese sistema jurídico (esto es, formulada desde una *hipótesis de relevancia* exterior al mismo). La noción de laguna axiológica puede, sin embargo, ser reformulada de manera que se integre en ella la distinción entre reglas y principios y la afirmación de que un cierto caso constituye una laguna axiológica no sea ya una crítica externa, sino interna al sistema jurídico. La noción de laguna axiológica quedaría referida, entonces, a las reglas de un cierto sistema jurídico y la hipótesis de relevancia dejaría de ser exterior al sistema para derivarse de los principios de ese sistema jurídico. Obtendríamos, así, la noción de laguna axiológica en el nivel de las reglas, que podríamos definir como sigue: Un cierto caso constituye una laguna axiológica en el nivel de las reglas de un cierto sistema jurídico, si las reglas de ese sistema jurídico solucionan el caso, pero sin que dichas reglas consideren como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia derivada de los principios de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante.

Los supuestos de abuso del derecho pueden ser vistos, así, como supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso.

17. *¿Cabe el abuso del derecho en relación con los derechos fundamentales?*

En una bien documentada monografía, *El abuso de los derechos fundamentales*, José Antonio Rovira (1983) se muestra contrario a la admisibilidad de la figura del abuso del derecho en relación con los derechos fundamentales. La preocupación principal de Rovira es de orden práctico y se refiere al poder que la figura del abuso del derecho, aun circunscrita al ámbito

del Derecho privado, sitúa en manos de una judicatura a la que él tiende a ver como fuertemente conservadora: «el efecto real que produce la aplicación de la doctrina del abuso del derecho —escribe— es el aumento del poder judicial, pero deducir que el aumento del poder judicial lleva automáticamente a la socialización del Derecho es una exageración» (Rovira, 1983, 135), pues «el poder judicial es el más conservador de los tres poderes» (*ibid.*, 143). «La doctrina general del abuso del derecho —continúa— supone un instrumento en manos de los jueces y estos pueden aplicarlo progresiva o regresivamente»; teniendo en cuenta que «el poder judicial adolece hoy de una organización y funcionamiento anticuados, siendo —insiste— el más conservador de los tres poderes, [...] no existe ninguna garantía de que un aumento del poder judicial contribuya hoy a que el magistrado lo utilice progresivamente» (*ibid.*, 147-148).

Sobre estas bases, se entiende bien que Rovira se oponga a la admisión de lo que llama «la doctrina (o teoría) general del abuso del derecho» en el campo de los derechos fundamentales. Rovira admite que cabe abusar de los derechos fundamentales: «es posible —indica— que se den actuaciones abusivas en el marco de los derechos fundamentales» (*ibid.*, 181). Pero para prevenirlas basta, a su juicio, con limitaciones que tengan la forma de prohibiciones específicas y con las facultades de suspensión que recogen prácticamente todas las Constituciones, en tanto que la introducción en este campo de «la teoría general del abuso» produciría «la destrucción de la esencia de los derechos fundamentales», pues «la función real de la teoría general del abuso [...] no es impedir los usos abusivos en el ejercicio de los derechos, en este caso fundamentales, sino la de dotar al poder del Estado de facultades para el control del ejercicio de los derechos humanos» (*ibid.*, 186).

Ciertamente, en el fondo de la posición de Rovira hay una preocupación atendible —sobre todo teniendo en cuenta la fecha (1983) de su trabajo— por los peligros que cabe vincular al incremento del poder de los jueces que la figura del abuso del derecho inevitablemente conlleva: como ocurre, por cierto, con todas aquellas disposiciones —de las que nuestra Constitu-

ción es rica— que, al expresar principios, exigen ponderación para su aplicación. Pero esta preocupación le lleva a negar la admisibilidad de la figura del abuso del derecho al campo de los derechos fundamentales sin una argumentación suficiente.

Como ya hemos subrayado una y otra vez, la figura del abuso del derecho se ha desarrollado históricamente en el ámbito del Derecho privado, en relación con el derecho de propiedad y, en general, con los derechos de contenido patrimonial, y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero, como hemos visto, una reconstrucción racional de la figura —tal como la que se expresa en nuestra definición— posibilita su generalización más allá de los derechos de contenido patrimonial. De esta forma, el abuso aparece como un supuesto de divergencia entre las exigencias de los principios (de acuerdo con los cuales la adscripción de un derecho está justificada) y el alcance de alguna de las reglas permisivas en que el derecho se concreta para su titular, aun cuando el dañado por la acción abusiva no sea titular, a su vez, de un derecho subjetivo establecido en reglas a no sufrir el daño (supuesto en el que hablamos de conflicto de derechos). El abuso se produce, como hemos visto, en aquellos casos que la regla permisiva incluye dentro de su alcance, pero que no deberían estar incluidos en él a la luz de los propios principios que determinan el alcance justificado de la regla como integrante del derecho.

Pues bien, y volviendo a la cuestión que ahora nos ocupa, ¿puede esta divergencia producirse en relación con los derechos fundamentales? Dicho de otra forma, y teniendo en cuenta que, en los derechos fundamentales, se trata de derechos basados en justificaciones últimas, esto es, que obedecen a principios en sentido estricto, ¿puede producirse una situación tal que una regla permisiva que constituya una concreción de un derecho fundamental incluya dentro de su alcance casos que, a la luz de los principios que determinan el alcance justificado del derecho (y de la propia regla que constituye una concreción del mismo), no debería incluir? La respuesta positiva parece ineludible, toda vez que a la hora de trazar reglas que concreten el alcance del derecho, el legislador no es omnisciente y no puede, por ello, prever todas las combinaciones de propiedades que los casos

individuales puedan presentar¹³. Pensemos, por ejemplo, en un derecho como el de huelga. Parece que cualquier concepción plausible acerca de su alcance como derecho justificado tiene que apelar a que el reconocimiento del derecho de huelga es indispensable para reequilibrar las posiciones reales de poder de empresarios y trabajadores de cara a la negociación de las condiciones de trabajo. De ahí derivaría el alcance justificado del derecho de huelga (cuyo núcleo sería el llamado «contenido esencial» de tal derecho), aquello de lo que, en relación con él, consideramos que tiene un valor último. Pero ¿qué ocurre con una acción de huelga llevada a cabo por un pequeño número de trabajadores —digamos, algunas docenas— que por su posición estratégica tienen la capacidad de bloquear la producción de sectores económicos enteros —equivalentes, digamos, al 50% del PIB— y usan la huelga para reivindicar salarios que multiplican —digamos que veinte veces— el que generalmente reciben trabajadores de cualificación similar? Parece que, ante la ausencia de una regla prohibitiva en la que subsumir el caso, esta acción de huelga se encontraría *prima facie* permitida. Pero ¿debe considerarse permitida esta acción a la luz de las razones que justifican, en general, la permisión de las acciones de huelga, aun cuando su realización no entrara en conflicto con derechos de terceros establecidos en reglas?

No parece haber modo de eludir la conclusión de que puede haber situaciones en las que quepa un uso no justificado —esto

13. Luigi Ferrajoli ha señalado, con razón, que una diferencia importante entre los derechos fundamentales y los derechos de contenido patrimonial se halla en que «los derechos fundamentales [...] son derechos universales (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras que los derechos patrimoniales [...] son derechos singulares (*singuli*) en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás» (Ferrajoli, 1999, 46). Esto es indudablemente cierto, pero no afecta en absoluto a la posibilidad de que una acción permitida de acuerdo con una regla que sea manifestación de un derecho universal vaya más allá del alcance justificado de este, aun sin lesionar algún otro derecho establecido en reglas: de que la acción, por consiguiente, sea abusiva. Es más, alguno de los derechos que Ferrajoli cita como fundamentales es una de las fuentes más típicas de abusos: nos referimos al derecho a la capacidad de obrar —manifestación o aspecto central del derecho a la autonomía personal—, a cuyo uso no justificado pertenecen, por ejemplo, los abusos en la contratación.

es, un abuso— de reglas que constituyan una concreción de derechos fundamentales¹⁴. Sin embargo, quizás cabría hablar también de algunos derechos fundamentales respecto de los cuales no podría hacerse un uso injustificado (y, por tanto, sería imposible abusar de ellos). Esto ocurriría en relación con aquellos derechos de los que se deriva para los demás *exclusivamente* el deber de abstenerse de llevar a cabo determinadas acciones sobre la persona del titular del derecho: si entendemos que tal es el caso en relación con el derecho a no ser «sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», no alcanzamos a imaginar en qué condiciones se podría abusar de él.

14. Una buena fuente de ejemplos en este sentido serían los casos de «abuso del proceso», esto es, de abuso de facultades que las partes tienen en el proceso; facultades que pueden verse como concreciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sobre ello, véase *infra*, capítulo III, apartado 27. Sobre el abuso del derecho de asociación, puede verse Carmelo y J. Gómez Torres (1977).

Capítulo III

EL FRAUDE DE LEY

18. *Cuándo y por qué surge el fraude de ley*

La figura del fraude de ley guarda analogías evidentes con la del abuso del derecho: el fraude (la prohibición del fraude de ley y la anulación o evitación de los efectos logrados en esa forma) es un mecanismo para combatir el formalismo jurídico (para asegurar la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas); «fraude» o «fraude de ley» es una expresión que designa una propiedad valorativa; los supuestos de «fraude de ley» son supuestos de «laguna axiológica» en el nivel de las reglas; y el análisis adecuado de la figura exige partir de que la dimensión regulativa del Derecho está compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios: los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión.

Ese paralelismo puede observarse también cuando ambas figuras se consideran desde un punto de vista histórico. El abuso del derecho y el fraude de ley surgen a partir de un cierto momento de desarrollo de muchos Derechos, cuando estos pierden el formalismo característico de las primeras etapas de su evolución y comienza a ser posible una interpretación de las normas que tenga en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las mismas y que, por tanto, vaya más allá de

es, un abuso— de reglas que constituyan una concreción de derechos fundamentales¹⁴. Sin embargo, quizás cabría hablar también de algunos derechos fundamentales respecto de los cuales no podría hacerse un uso injustificado (y, por tanto, sería imposible abusar de ellos). Esto ocurriría en relación con aquellos derechos de los que se deriva para los demás *exclusivamente* el deber de abstenerse de llevar a cabo determinadas acciones sobre la persona del titular del derecho: si entendemos que tal es el caso en relación con el derecho a no ser «sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», no alcanzamos a imaginar en qué condiciones se podría abusar de él.

14. Una buena fuente de ejemplos en este sentido serían los casos de «abuso del proceso», esto es, de abuso de facultades que las partes tienen en el proceso; facultades que pueden verse como concreciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sobre ello, véase *infra*, capítulo III, apartado 27. Sobre el abuso del derecho de asociación, puede verse Carmelo y J. Gómez Torres (1977).

Capítulo III

EL FRAUDE DE LEY

18. *Cuándo y por qué surge el fraude de ley*

La figura del fraude de ley guarda analogías evidentes con la del abuso del derecho: el fraude (la prohibición del fraude de ley y la anulación o evitación de los efectos logrados en esa forma) es un mecanismo para combatir el formalismo jurídico (para asegurar la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas); «fraude» o «fraude de ley» es una expresión que designa una propiedad valorativa; los supuestos de «fraude de ley» son supuestos de «laguna axiológica» en el nivel de las reglas; y el análisis adecuado de la figura exige partir de que la dimensión regulativa del Derecho está compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios: los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión.

Ese paralelismo puede observarse también cuando ambas figuras se consideran desde un punto de vista histórico. El abuso del derecho y el fraude de ley surgen a partir de un cierto momento de desarrollo de muchos Derechos, cuando estos pierden el formalismo característico de las primeras etapas de su evolución y comienza a ser posible una interpretación de las normas que tenga en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las mismas y que, por tanto, vaya más allá de

la interpretación meramente «literal». Si, al igual que pasa con el abuso del derecho, la figura del fraude de ley adquiere carta de naturaleza en los sistemas de Derecho continental, ello no ocurre porque en los sistemas de *common law* no existan también los problemas que se tratan de resolver con esa figura, sino porque en estos últimos esa función (la adecuación entre las reglas y los principios: la modificación de las reglas para adecuarse a los principios) se cumple por otros medios: a través de los mecanismos usuales de funcionamiento de la jurisprudencia, o mediante el establecimiento de normas legisladas más detalladas que las que caracterizan a los sistemas de Derecho continental.

Al parecer, el concepto de fraude sufrió en el mundo romano una importante evolución (Carraro, 1961, 648), pues del significado originario de daño que tenía la expresión *fraus* se pasó, en una época posterior, al significado de engaño, y este último prevaleció luego hasta convertirse en exclusivo. Sin embargo, la idea de engaño no coincide del todo con la de fraude de ley: por un lado, puede haber fraude sin que se dé engaño (al menos, en el sentido estricto —subjetivo— de esta última expresión); y, por otro lado, hay muchos tipos de engaño (por ejemplo, el engaño sobre las características de una cosa objeto de un negocio jurídico) que no constituyen fraude de ley. La idea de fraude que aquí nos interesa se conecta con la posibilidad de servirse de normas jurídicas (luego veremos de qué tipo) para lograr con ellas finalidades que no son las previstas por el Derecho. Ahora bien, parece obvio que ese tipo de operación no se puede llevar a cabo en ordenamientos «primitivos» (como lo fue el Derecho romano de la época antigua) en los que domina un tipo de formalismo (de literalismo) que lleva a no considerar como querido (por las partes o por el legislador) «más que lo que ha sido dicho en forma expresa y directa» (Ihering, 1997, 208). En *La lucha por el Derecho* (Ihering, 1990) Ihering recuerda que, en los tiempos primitivos de Roma, los autores de las Doce Tablas creían necesario «hacer especial mención de que el acreedor a quien se le entregaba el cuerpo del deudor (*in partes secare*) podía, en lo que se refiere al tamaño de los pedazos de su cuerpo, hacerlos como quisiera (*si*

plus minusve secuerint sine fraude esto!)». Cuando se supera esa fase y aparece por tanto la posibilidad de un contraste entre la palabra y la voluntad o el contenido de la norma, surge también la posibilidad de distinguir entre el comportamiento que es contrario a la letra de la ley y el comportamiento (fraudulento) que viola el contenido de la misma respetando su letra. En el Digesto hay un texto de Paulo (y otro de Ulpiano en el mismo sentido) que suele citarse como antecedente de esa figura: «contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit» (D. 1.3.29)¹. Ahora bien, el contenido (esto es, el significado genuino) de la ley exige, para poder ser captado, que se tome en consideración cuáles son los fines y los valores que tratan de satisfacer las normas, de manera que bien podría decirse que el sentido de la institución viene dado por la idea de coherencia del sistema: de lo que se trata con el fraude (con la prohibición o evitación del fraude) es de que las reglas puedan verse como formando un todo coherente con los principios que las justifican. El problema del fraude no se plantea, pues, en ordenamientos normativos en los que no exista una dialéctica entre *verba* y *sententia*, entre reglas y principios: bien —podríamos decir— porque el órgano de decisión debe aplicar únicamente reglas (el caso de ciertos sistemas jurídicos primitivos); o bien porque lo único que cuenta son los principios (como, de acuerdo con cierta concepción, ocurriría en los sistemas normativos morales).

1. Cabría decir que la contrafigura del fraude de ley son los actos aparentes, es decir, los supuestos en los que se siguen ciertas formas, pero con la intención de alcanzar fines distintos a aquellos para los cuales se habían establecido: con el acto aparente se trata, pues, de lograr algo en principio prohibido; pero la diferencia con el fraude estriba en que el acto aparente no viola el contenido de la norma (no viola un principio; no está, por tanto, prohibido por el Derecho considerado en toda su extensión) y de ahí que se permita que surta los efectos queridos por los actores. Uno de los ejemplos que Ihering pone es este: «el padre que quería emancipar a su hijo —cosa que no permitía el Derecho antiguo— podía acudir al recurso de dar por tres veces a sus hijos en *mancipium*, adquiriendo a la tercera su libertad; pero de todos los efectos del *mancipium* sólo importaba y sólo se atendía a uno: el de ser un camino para la emancipación» (Ihering, 1997, 308). Naturalmente, la necesidad de recurrir a los actos aparentes se termina cuando el formalismo estricto (entendiendo ahora el formalismo en el sentido de que la validez de los actos jurídicos depende del empleo de palabras o formulas consagradas [*ibid.*, 208]) deja paso a la libertad de formas.

Por lo que se refiere al desarrollo histórico de la figura del fraude de ley (que en términos generales significa, como hemos dicho, la utilización de una norma jurídica para lograr fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico), cabría distinguir un aspecto extensional y otro intensional. El extensional se refiere a las esferas en las que se entiende puede operar la institución: si bien su origen está en el Derecho privado —en el Derecho negocial—, luego se ha ido extendiendo a otros campos: el Derecho procesal, el Derecho fiscal o el Derecho internacional privado. El aspecto intensional es el de la caracterización (en términos más específicos que lo que hasta ahora hemos visto) de la institución. El problema fundamental que se ha planteado históricamente aquí parece haber sido el de si el fraude se define objetivamente (como la oposición de la conducta con el contenido real de la norma —de la norma defraudada—) o subjetivamente (en cuyo caso se requiere también la intención del agente de evitar la aplicación de la norma defraudada). Pues bien, la evolución del concepto de fraude parece haber ido en el sentido de una progresiva objetivación, esto es, se ha pasado de una concepción subjetiva a una objetiva, lo que, en cierto modo, viene a significar una inversión de lo que —como veíamos— ocurrió en el mundo romano con ese concepto: el elemento dominante no es ya, para nosotros, el de engaño, sino el de daño.

19. *Fraude de ley y normas que confieren poder*

Hemos dicho que entre el abuso del derecho y el fraude de ley se da una analogía muy estrecha y, de hecho, la caracterización que en el anterior apartado hemos hecho del fraude de ley podría aplicarse también sin mayores problemas al abuso del derecho. ¿Dónde estriba entonces la diferencia —si es que la hay— entre ambas figuras? En nuestra opinión, la clave de la distinción se encuentra en la noción de norma constitutiva a la cual hicimos una breve referencia en el capítulo introductorio. Veamos, pues, con mayor detalle lo que son las normas constitutivas y el papel que desempeñan en nuestros ordenamientos.

Hasta ahora nos hemos interesado por dos tipos de normas jurídicas a las que hemos llamado reglas y principios; ambos pertenecen a la categoría más amplia de las normas regulativas, esto es, las normas que regulan la conducta estableciendo que, en ciertas circunstancias, es obligatorio, prohibido o está permitido realizar determinadas acciones. A la categoría de las normas regulativas se contraponen la de las normas constitutivas; las normas o reglas que confieren poder² son el principal tipo de normas constitutivas, y el único que por el momento nos interesa. Las reglas que confieren poder regulan si se quiere (indirectamente) también la conducta, pero de manera distinta a como lo hacen las normas regulativas: establecen que, dadas ciertas circunstancias, alguien puede, realizando ciertas acciones, dar lugar a un estado de cosas que supone un cambio normativo. Por ejemplo, la norma que establece que, realizando ciertas acciones, una persona puede hacer un testamento, celebrar un contrato o (si reúne ciertas calificaciones específicas) dictar una sentencia, una resolución administrativa, etc. El esquema de tales normas sería este: si *X* (se da cierto estado de cosas) y *Z* (una persona o un órgano con ciertas cualificaciones) efectúa *A* (una acción o una serie de acciones más o menos complejas), entonces se produce *R* (un cambio o resultado normativo); por ejemplo, *a* pasa a ser heredero, *b* es acreedor de *c*, *d* resulta condenado a una determinada pena, *e* es una norma válida, etc. Al no tener carácter deóntico (no hay conductas calificadas como prohibidas o permitidas), una norma que confiere poder, como tal, no puede infringirse; simplemente, puede usarse bien o mal: si se usa bien, se obtiene el resultado; si no (si se incumple algún requisito) no se obtiene, o no se obtiene del todo, esto es, el resultado no existe o no existe del todo (no es reconocido por el Derecho o no es reconocido del todo) como tal.

Ahora bien, las normas que confieren poder no se dan en el vacío, sino que presuponen un universo normativo en el que hay, por supuesto, normas regulativas que se refieren a acciones dis-

2. Como en el campo de las normas constitutivas y, en particular, en el de las que confieren poder no ha lugar a la distinción entre reglas y principios, utilizaremos indistintamente los términos «norma» o «regla» para referirnos a ellas.

tintas del uso de poderes normativos, pero también normas regulativas que «regulan» el uso de los poderes conferidos por esas reglas: el *poder* (en el sentido de capacidad para producir un resultado) de testar o de hacer contratos está regulado básicamente por el principio de autonomía que establece que está permitido usar ese poder salvo en circunstancias muy excepcionales; pero el de dictar sentencia es un poder de ejercicio obligatorio; y cabe incluso que el ejercicio de un poder esté prohibido, al menos bajo ciertas circunstancias: el juez —en determinado momento procesal— tiene el poder (la capacidad) de dictar un auto de prisión (con el resultado de que cambia el *status* jurídico de determinada persona), pero es posible que su ejercicio (en ese caso) le estuviera prohibido, es decir, es posible que el juez haya utilizado de forma jurídicamente ilegítima su poder (porque se trata de un juez prevaricador o, simplemente, de un mal juez). Y, por lo demás, aun en los casos de poderes normativos de ejercicio facultativo u obligatorio, el ámbito de lo que un sujeto *Z* puede hacer (*en el sentido de tener un poder normativo para hacer*) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (*en el sentido de tener un permiso para hacer*). Así, por ejemplo, el legislador tiene el poder normativo —esto es, la capacidad— de producir una ley de contenido inconstitucional, pero esto, naturalmente, le está prohibido. Y el Tribunal Constitucional tiene el poder normativo de declarar inconstitucionales leyes que sean constitucionales, pues la declaración de inconstitucionalidad despliega sus efectos aun cuando sea ella misma inconstitucional, pero tal cosa, naturalmente, le está asimismo prohibida. El ejercicio como tal, o el alcance de un poder normativo, está regulado como obligatorio (por una norma de mandato de obligación) cuando el ordenamiento jurídico atribuye un valor positivo a la obtención del resultado de que se trate; como prohibido, cuando el resultado en cuestión lo considera disvalioso; y está regulado con normas permisivas cuando la deseabilidad de alcanzar *R* se deja al arbitrio del titular del poder: normalmente, *Z* (el titular del poder) buscará alcanzar *R* para satisfacer propósitos ulteriores: por ejemplo, se hace un testamento para favorecer a determinada persona; se celebra un contrato para obtener un beneficio económico, etc.

El uso de un poder normativo en condiciones tales que ese uso resulta prohibido, o con un alcance asimismo prohibido, determina no la inexistencia del resultado (lo que podemos llamar su nulidad constitutiva), sino su irregularidad (lo que podemos llamar su nulidad regulativa), lo que implica —salvo en el caso de los órganos de última instancia— que un órgano de control tiene el deber de anularlo en todo o en parte (según el alcance de la irregularidad).

Es importante también darse cuenta de que el resultado de las normas que confieren poder (lo que hemos llamado *R*) es un estado de cosas institucional, que está ligado convencionalmente con las condiciones del antecedente: esto es —para seguir con un ejemplo anterior— si, dadas ciertas circunstancias, el juez que instruye el proceso dicta un auto de prisión contra *H*, entonces el resultado normativo (o parte de él) es que la situación de *H* pasa a ser la de preso preventivo; en términos generales, puede afirmarse que el hecho de que, en las circunstancias *X*, *Z* realice *A* «cuenta como» *R*. Pero ese resultado está a su vez ligado con otros estados de cosas, en forma convencional o causal: en forma convencional, porque ese resultado puede implicar la aplicabilidad de otras normas (regulativas) o integrar una de las circunstancias que constituyen el antecedente de otra norma que confiere poder: por ejemplo, el ser un preso preventivo hace que se contraigan ciertas obligaciones, pero también, que se pase a tener ciertos poderes normativos (por ejemplo, para interponer tal recurso); y en forma causal, porque el auto de prisión puede llevarle a *H* a ingresar en un establecimiento penitenciario, lo que a su vez puede ocasionarle una grave depresión psíquica, etc.

La idea de que el resultado de las normas que confieren poder tiene —o da lugar a— otros resultados (cuando la conexión es de tipo convencional) o a otras consecuencias (cuando la conexión es de tipo causal) nos parece que es clave para entender la institución del fraude de ley. En una primera aproximación, puede decirse que se produce un fraude de ley cuando alguien ejerce un poder normativo para obtener un resultado *R* (y el uso de ese poder le está permitido), pero *R* está enlazado con otros resultados normativos, o con otras consecuencias,

que están prohibidos. Para simplificar, a los estados de cosas ligados convencional o causalmente con *R* los llamaremos *E*, o bien consecuencias (en sentido amplio) de la regla que confiere poder; en lo que sigue hablaremos, pues, de *R* (o de resultado de una norma que confiere poder) y de *E* (o de consecuencia —en sentido amplio— de dicha regla).

20. *La estructura del fraude de ley*

El fraude de ley suele presentarse como un supuesto de infracción indirecta de la ley, a diferencia de los ilícitos que nosotros hemos llamado «típicos», en los que se da un comportamiento que se opone directamente a (infringe directamente) una ley. La estructura del fraude consistiría, así, en una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada «norma de cobertura»), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto («norma defraudada»). Por ejemplo, Díez-Picazo y Gullón, en su conocido e influyente *Sistema de Derecho civil*, lo definen así:

«El fraude de ley se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente. Se realiza un determinado acto o actos con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe aquella norma, buscando la cobertura y amparo de la que regula el acto y protege el resultado normal de él, que en el caso concreto satisface el interés de las partes por ser coincidente en última instancia con el vedado» (Díez-Picazo y Gullón, 1994, 199).

Esa caracterización no es desacertada, pero nos parece que es imprecisa porque no aclara cuál es la naturaleza de las normas en juego, cómo hay que entender la noción de fin o de resultado y qué significa realmente «infracción indirecta» u oblicua. Precisar esas nociones parece requisito necesario para abordar los diversos problemas que se discuten a propósito de esta figura. Veamos cómo hacerlo.

De acuerdo con lo que antes hemos visto, la norma de cobertura es una regla regulativa que permite el uso de una norma que confiere poder. La norma defraudada, por su parte,

es una norma regulativa de mandato (una norma «imperativa» o «prohibitiva»; obviamente, los permisos no pueden ser incumplidos). Sin embargo, como también hemos visto, las normas regulativas pueden ser reglas o principios, con lo que surge la cuestión de qué tipo de norma puede ser defraudada (o si ambos tipos de normas pueden serlo). Nuestra respuesta, que luego precisaremos en una definición e ilustraremos con un ejemplo, es que la norma defraudada no es nunca una regla, sino un principio. Y esto, por la razón de que si lo defraudado fuera una regla, entonces estaríamos en presencia de lo que hemos llamado un ilícito típico y que vendría a coincidir con lo que Díez-Picazo y Gullón llaman «contravenciones» (cuando el acto ejecutado viola el mandato contenido en una norma).

A la tesis anterior parece oponerse la opinión de muchos juristas que sostienen que el «resultado prohibido» por el fraude puede estarlo como consecuencia de una norma concreta; en nuestra terminología eso parecería significar que la norma defraudada podría ser una regla. Sin embargo, creemos que esto no es así, y que la confusión deriva de utilizar el término «resultado» de forma un tanto ambigua. Pues, como ya hemos explicado, una cosa es el «resultado» de una norma que confiere poder (el hecho —institucional— de que alguien pasa a ser propietario, heredero, etc.) y otra los «resultados» ligados al anterior en forma convencional (al ser «propietario», tengo el deber de pagar tal impuesto) o causal (al pagar tal impuesto, me veo privado de una cantidad de dinero que en otro caso utilizaría para satisfacer mi deseo de conocer Nueva York). Si, como antes hemos hecho, seguimos la convención de llamar *resultado* (o *R*) exclusivamente al consecuente de una norma que confiere poder y *consecuencia* (o *E*) a cualquier otro estado de cosas que se siga de *R* (convencional o causalmente), entonces en el fraude no existe nunca (o, más exactamente, no existe *prima facie*) una regla que prohíba *R* (que prohíba usar la norma que confiere poder para *R*); y aunque puedan existir reglas dirigidas a evitar *E*, se trataría de reglas que, por ejemplo, prohíben la producción de los resultados *R1* y *R2* (que, efectivamente, conducen a *E*), pero no hay ninguna que prohíba *R3* (que también conduce a *E*); un ejemplo de esta situación

lo proporciona la prohibición de pacto comisorio (pero no de venta con pacto de retro) al que luego nos referiremos con algún detalle. En definitiva, la prohibición de que se produzca *E* no deriva de ninguna regla, sino de un principio (o de varios principios) que dan sentido y justificación a todas esas reglas.

Así pues, en el fraude no se viola, en realidad, ninguna regla, ni directa ni indirectamente; lo que se viola es un principio. Sin embargo, dada la conexión justificativa que existe entre reglas y principios, esa violación de los principios lleva a modificar la regla (cuya falta de justificación ha quedado de manifiesto precisamente por el acto fraudulento), para restaurar de esa forma la coherencia del ordenamiento (la adecuación entre los principios y las reglas).

21. *Una definición de fraude de ley...*

Con el análisis anterior hemos dado respuesta, nos parece, a uno de los problemas que más se discuten en relación con esta figura: el de la naturaleza de la norma defraudada. Otro problema fundamental es el de la concepción subjetiva u objetiva del fraude. Esa cuestión, de acuerdo con nuestro esquema, se formula en términos de qué conexión existe entre *R* y *E*, en relación con un determinado sujeto, *S*, que efectúa la acción *A* que produce el resultado *R*. Los partidarios de la concepción subjetiva exigen algún tipo de intencionalidad por parte de ese sujeto; mientras que quienes defienden la concepción objetiva vienen a decir que la clave del fraude está en que *E* es un estado de cosas disvalioso (contrario a uno o a varios principios del ordenamiento), con independencia de cuáles puedan haber sido los propósitos del agente (de *S*).

Naturalmente, la contraposición puede tratarse en dos niveles distintos: en relación con un determinado sistema jurídico, o en relación con el Derecho en general (con cualquier sistema jurídico, o con cualquier sistema jurídico evolucionado). En el primer nivel es posible que existan razones para sostener una interpretación exclusivamente subjetiva del fraude, o para dudar de si se puede ir más allá de esa interpretación subjetiva; parece claro

que la interpretación o concepción objetiva del fraude incluye a la subjetiva, esto es, la diferencia entre una y otra es que la interpretación objetiva del fraude permite ampliar la clase de acciones a la que cabe considerar fraudulenta. Ese tipo de duda puede plantearse en relación con el Derecho español, que regula el fraude en el artículo 6.4 del Código civil, dentro del capítulo del título preliminar dedicado a la eficacia general de las normas jurídicas: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir». Expresiones como «al amparo», «que persigan» o «que se hubiese tratado de eludir» parecen ser argumentos en favor de la interpretación subjetiva, como también lo son las referencias de la Exposición de Motivos a la reforma del Código civil de 1974 que introdujo esta figura («es reputada fraudulenta la sumisión de una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento») y los antecedentes próximos del artículo citado. Pero la doctrina mayoritaria considera que para que exista fraude de ley no es necesario que haya intención fraudulenta (cf. Caffarena, 1995, 3159).

Ahora bien, con independencia de lo que ocurra en relación con un determinado Derecho positivo, nos parece que, en el plano de la teoría general, no hay razones para reducir el fraude a los términos a que lo hace la concepción subjetiva. El sentido de la institución es el de contribuir a la coherencia del Derecho, al ajuste entre las reglas y los principios que las fundamentan y las limitan; o, más exactamente, a evitar que se produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos. Pero eso puede producirse también sin que exista intención por parte del agente. No es, o no es solo, el principio de la buena fe, sino también el de evitar daños injustificados el que justifica la figura del fraude (al igual, por otro lado, que ocurre con el abuso del derecho o con la desviación de poder). Tampoco existe razón alguna para reducir la figura al ámbito de los actos negociales: se puede cometer fraude, en principio, utilizando cualquier norma que confiere poder, bien sea el poder

de naturaleza privada o pública; otra cosa —como luego veremos— es que los fraudes vinculados con el ejercicio de poderes públicos reciban otro nombre (y tengan, claro está, ciertas peculiaridades)³ o que, por razones ideológicas (derivadas de los principios garantistas que inspiran la legislación penal en los sistemas liberal-democráticos), no conceptuales, el fraude de ley no tenga cabida en el ámbito del Derecho penal. La definición de fraude que nosotros proponemos y que, en cierto modo, viene a ser una organización sistemática (y sintética) de los análisis precedentes es la siguiente:

«La acción *A* realizada por el sujeto *S* en las circunstancias *X* es fraudulenta si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a *S* usar la regla que le confiere poder para producir el resultado *R* al realizar *A* en las circunstancias *X*.

2) Como consecuencia de *R*, se produce un cierto estado de cosas *E* que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir *R*, aunque puede haber una regla dirigida a evitar *E*.

3) *R* es un medio para *E*:

3.1) bien en sentido subjetivo: dado que, al realizar *A*, *S* no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de *R*, la consecuencia *E* y que *R* es objetivamente adecuado para *E*;

3.2) bien en sentido objetivo: dado que *R* es objetivamente adecuado para *E*, aunque *S* no tuviera ese propósito al realizar *A*.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* (*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de *R*, la consecuencia *E*. Por ello, el resul-

3. En relación con el Derecho español, la STC 26-3-87 declaró que el artículo 6.4 no es una norma exclusiva de la legislación civil, sino que es aplicable a todo el ordenamiento.

tado *R* debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduce a *E*».

Obsérvese que la definición no recoge el efecto del fraude que establece el artículo 6.4 del Código civil español, cuando señala que los actos realizados en fraude de ley «no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». La razón de ello es que, en nuestra opinión (apartado 2 de la definición), el fraude exige *siempre* que el elemento *E* aparezca como injustificado o indebido de acuerdo con los principios relevantes, pero no (aunque en muchos casos ocurra) que exista una *regla* dirigida a evitar *E*. La disposición en cuestión está previendo esta segunda posibilidad (como ocurre con el ejemplo que en seguida comentaremos). Pero puede darse un fraude sin necesidad de este tipo de reglas: lo que, en realidad, quiere decir que la producción del estado de cosas *E* no fue prevista por el legislador⁴. Así, en las elecciones generales de marzo de 2000, EH, a pesar de no solicitar el voto (pues preconizaba la abstención) trató de utilizar las ventajas de utilización de medios públicos de comunicación que la ley atribuye a las formaciones políticas que concurren a las elecciones, sin más requisitos para ello que el haber presentado candidaturas. Este, nos parece, es un caso claro de fraude de ley, pero para reaccionar judicialmente ante él no puede apelarse a ninguna regla que se haya eludido y que deba aplicarse; bastaría con que los tribunales declarasen que, dada su intención de no concurrir efectivamente a las elecciones, a EH le está prohibido usar su presentación de candidaturas para lograr usar gratuitamente los medios públicos de comunicación.

22. ... y su aplicación a un caso paradigmático

Ilustremos ahora la anterior definición con un ejemplo paradigmático de fraude y que aparece también en el libro de Díez-Picazo y Gullón antes mencionado: la utilización de la compra-

4. En realidad, la posibilidad de fraude supone siempre una imprevisión por parte del legislador, bien de la posibilidad de que se produzca *E*, bien de que ello tenga lugar a través de la vía de una cierta regla que confiere poder.

venta con cláusula de retro para evitar la prohibición de pacto comisorio.

El pacto comisorio es una cláusula contractual que permite a cada una de las partes la rescisión de un convenio si no cumple el otro obligado. Tal pacto no se considera lícito en los contratos pignoratícios. Así, cuando para garantizar una deuda se constituye un derecho de prenda, de hipoteca o de anticresis en favor del acreedor —nos dicen Díez-Picazo y Gullón—, una vez llegado el vencimiento, si el deudor no paga, el acreedor no puede apropiarse sencillamente de las cosas dadas en garantía. Ha de seguir el procedimiento marcado legalmente para la satisfacción de su interés: enajenación forzosa, mediante subasta, del objeto de la garantía, etc.

Pues bien, a fin de eludir esta prohibición, se utiliza la figura de la compraventa con pacto de retro, esto es, una forma contractual en la que no rige esa prohibición: «El prestatario (A) concierta la venta de la cosa con el prestamista (B) reservándose el derecho de recuperarla (pacto de retro) en un plazo determinado (el de la duración del préstamo), y con un precio (el importe de lo prestado), figurando como contraprestación de (B) el importe del préstamo que ha hecho a (A). Si al expirar el plazo el deudor-vendedor no hace uso del retracto, el acreedor-comprador adquiere irrevocablemente el dominio (art. 1.509)» (Díez-Picazo y Gullón, 1994, 200).

De acuerdo con nuestra definición, el ejemplo podría ser analizado así:

1) En primer lugar, existe una regla que permite (en el ejemplo, a A y a B) usar una norma que les confiere poder produciendo como resultado una compraventa con pacto de retro.

2) Como consecuencia de ello, se produce un daño, pues, en caso de impago, tanto el deudor (A) como los restantes acreedores sufrirían un perjuicio: el acreedor (B) se queda con un objeto de más valor que el importe de la deuda, obviando los procedimientos legales de ejecución forzosa. Tal daño aparece como injustificado, pues, en relación con este caso, el principio que fundamenta la prohibición del pacto comisorio (el principio de lograr un equilibrio justo entre los intereses del acreedor, del deudor y de los demás acreedores) prevalece sobre

el principio que justifica la permisión de la compraventa con pacto de retro (el principio de la autonomía de la voluntad).

3) La compraventa con pacto de retro es objetivamente adecuada para causar este daño injustificado, con independencia de que esta finalidad fuera o no perseguida por las partes.

4) La prevalencia del principio de lograr un equilibrio justo entre los diversos intereses implicados sobre el principio de la autonomía de la voluntad tiene fuerza suficiente para generar una regla que establece que la compraventa con pacto de retro está prohibida y debe, por ello, considerarse como regulativamente inválida cuando, y en la medida en que, el sentido subjetivo u objetivo de la misma sea situar al acreedor en una posición como la antes señalada (en la que se produce un perjuicio para el deudor y los restantes acreedores). Dado que aquí se ha tratado de eludir la prohibición del pacto comisorio, el juzgador deberá aplicar las reglas correspondientes a los contratos pignoratícios, de manera que si el deudor (el «vendedor» del contrato realizado en fraude de ley) no paga llegado el vencimiento, el acreedor (el «comprador») no puede quedarse sin más con la cosa, sino que tendría que seguir el procedimiento señalado por la ley.

23. *Lo que es y lo que no es el fraude*

El análisis anterior permite, nos parece, plantear con mayor claridad una serie de cuestiones ligadas con la figura del fraude y, en particular, la distinción con otras instituciones afines.

Ya antes vimos (en la Introducción) por qué la institución del fraude de ley no puede darse en el contexto del Derecho penal: el principio de legalidad penal implica que los delitos deben estar tipificados en reglas, no en principios. No sería aceptable (aunque, naturalmente, no por razones conceptuales, sino de tipo moral y político) que un Código penal contuviera un principio como el que —hemos visto— subyace a esta institución. Pues ese principio —trasladado al campo penal— vendría a decir que está prohibido (y, por tanto, su infracción castigada con una pena) causar un daño utilizando para ello

una norma que confiere poder de ejercicio permitido. Esto es, significaría que se puede cometer delito haciendo lo permitido por una regla, lo que parece contradecir claramente el principio de legalidad en materia penal.

También se explica fácilmente por qué suele afirmarse que la norma defraudada tiene que pertenecer al *ius cogens*, no al *ius dispositivum*. Las normas pertenecientes al Derecho positivo son, naturalmente, aquellas subordinadas al principio de autonomía y que, por tanto, las partes pueden obviar. Hemos visto también que, cuando se produce un supuesto de fraude, la norma realmente defraudada es el principio que regula la producción de *E*. Pues bien, ese principio debe consistir en una prohibición que las partes no pueden derogar. Si no fuera así, si la producción de *E* fuera indiferente para el ordenamiento (y, en consecuencia, rigiera aquí el principio de autonomía, de manera que la producción de *E* resultara permitida), entonces, simplemente, no sería posible hablar de fraude, porque ninguna conducta consistente en usar *R* para producir *E* sería contraria a una norma: los principios permisivos —como las reglas— no pueden incumplirse.

La conexión entre la mala fe y el fraude es —cabría decir— una cuestión contingente: la mala fe es requisito necesario del fraude en la concepción subjetiva, pero en la concepción objetiva (la que —como hemos dicho— incorpora nuestra definición) no lo es: hay fraude si el agente, al realizar *A*, persiguió, por medio de *R*, alcanzar *E*, pero también si —sin mediar mala fe— resulta que *R* es objetivamente adecuado para *E*.

La diferencia con la simulación no es tampoco difícil de explicar: en la simulación (en el negocio simulado) suele decirse que existe una infracción directa (pero no manifiesta) de una norma. Esta manera de hablar es, a nuestro juicio, equívoca: y ello porque las reglas que confieren poder no pueden, como hemos visto, infringirse. Lo que ocurre en el caso de la simulación es, más bien, que se da la apariencia de que se ha usado una regla que confiere poder para producir un cierto resultado *R1* cuando en realidad, o bien no se ha usado ninguna (supuestos de simulación absoluta) o bien se ha usado otra diferente o la misma por sujetos diferentes, lo que produce un resultado

R2 (el negocio disimulado, en los supuestos de simulación relativa). La declaración de simulación por el órgano competente implica que el resultado aparente *R1* no es reconocido por el Derecho como tal —esto es, es considerado como constitutivamente inválido— y su lugar es ocupado, en los supuestos de simulación relativa, por *R2* (el resultado correspondiente al negocio disimulado). Lo que ocurre en el fraude de ley, como acabamos de ver, es bien distinto: aquí *R* es constitutivamente válido, esto es, se produce el resultado pretendido; si luego *R* resulta anulado es por su conexión con *E*, pues el dar lugar a *E* resulta prohibido por razones de principio.

Tampoco plantea mayores problemas la distinción entre el fraude y el conflicto de reglas. Una contradicción normativa entre reglas implica, por ejemplo, una situación en la que, simultáneamente, existe una regla que permite el uso de una cierta norma que confiere poder, y otra que lo prohíbe. En el fraude no es eso lo que nos encontramos, sino que —como lo hace ver nuestra definición— en él es esencial distinguir dos momentos de un proceso argumentativo: en el primer momento no habría conflicto entre reglas, puesto que tan sólo hay una regla que permite usar el poder normativo de que se trate; y en el momento *t2*, tampoco, pues tendríamos únicamente una regla que prohíbe —en las circunstancias *X'*— usar la norma que confiere poder (y sigue permitiéndolo en las otras circunstancias).

Aquello que en el ámbito del Derecho tributario se conoce como «economía de opción» o «ahorro fiscal» se diferencia también del fraude, porque en la «economía de opción» no hay ningún comportamiento que quepa calificar de ilícito; simplemente, se opta por usar una determinada regla que confiere poder (de forma regulativamente permitida) cuyo resultado supone una situación más beneficiosa que el uso de otra u otras reglas alternativas. La economía de opción «forma parte —como ha escrito Tulio Rosembuj (1999, 69)— de la opción de eficiencia desplegada por el individuo para regular sus actividades económicas».

Naturalmente, la calificación en concreto de una determinada conducta como constitutiva bien de fraude de ley, bien de mera economía de opción, puede ser con frecuencia altamente

controvertible. En términos abstractos puede, sin embargo, decirse lo siguiente: Supongamos que el uso de una regla *A* que confiere poder es más beneficioso para el contribuyente que el uso de la regla *B*. Calificar la opción en favor de usar *A* como fraude de ley implica afirmar que no está dentro del alcance justificado del uso de la regla *A* —esto es, dentro del alcance justificado del principio de autonomía— el eludir las consecuencias que se derivan del uso de la regla *B*. Calificar, por el contrario, la opción en favor de *A* como economía de opción o ahorro fiscal implica afirmar que está dentro del alcance justificado del uso de *A* —esto es, dentro del alcance justificado del mismo principio— el obtener una situación fiscal más beneficiosa que la que se derivaría del uso de *B*. La controversia acerca del alcance justificado del uso de una regla que confiere poder es, por ello, naturalmente, una controversia situada en el terreno de los principios. Se explica así que —como escribe el mismo Rosembuj— la disputa entre la calificación de economía de opción o de fraude de ley sea «el territorio de enfrentamiento de la calificación jurídica entre particulares y Administración» (*ibid.*, 85).

24. *Fraude de ley, aplicación e interpretación del Derecho*

Particular interés tiene aclarar en qué sentido el fraude de ley concierne a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas. Tal como nosotros hemos presentado la figura, parecería que el fraude es un problema que surge en la aplicación del Derecho y, como vimos en la definición del Código civil español, el efecto (o mejor, por lo que antes vimos, un posible efecto) de considerar que un acto se ha ejecutado en fraude de ley es que el mismo no impedirá «la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir». La interdicción del fraude vendría a ser un principio dirigido a los jueces y, en general, a los órganos aplicadores, y establecería la obligación de anular los negocios realizados en fraude de ley o de aplicar a los mismos las normas que se habrían tratado de eludir, siempre con el propósito de evitar un resultado injusto. Pero como ocurre con todas las normas secundarias (en el sentido de

dirigidas a los órganos aplicadores), de ellas se infiere una norma (un principio) dirigida a la gente en general que prohíbe (y trata de evitar) realizar negocios en fraude de ley. Y también (puesto que el fraude de ley supone la existencia de una laguna axiológica en el nivel de las reglas) habría un principio dirigido al legislador (exactamente, sería una directriz) para que legisle de manera que se reduzcan al mínimo las posibilidades de que existan ese tipo de lagunas.

Por lo que se refiere a la interpretación, habría que empezar por distinguir entre una concepción analítica y otra hermenéutica de la interpretación. De acuerdo con la primera, interpretar sería una operación (o el resultado de la misma) consistente en aclarar una duda que surge a propósito de una determinada formulación lingüística; la interpretación se plantea en el paso de una formulación lingüística (una disposición) a su significado (a la norma) y ello se logra mediante la utilización de una determinada regla semántica (que atribuye a un término o un conjunto de términos un significado). Pues bien, así entendida, habría que decir que lo que se produce con el fraude de ley es algo más que una interpretación. Como hemos visto, con la figura del fraude no se trata simplemente de aplicar ciertas reglas semánticas a un texto para producir otro; lo que se hace es, más bien, la sustitución de una regla por otra, y esto, claro está, no en forma arbitraria, sino acudiendo a los principios que justifican las reglas preexistentes. El juez que al aplicar el Derecho utiliza la figura del fraude de ley realiza una operación paralela a cuando utiliza la analogía; por eso, de la misma manera que suele distinguirse la interpretación extensiva de la analogía (la analogía significaría un paso más allá de la simple interpretación), cabría decir también que el fraude de ley va más allá de la interpretación restrictiva de una regla: no es que se entienda una determinada expresión en el sentido más limitado posible, sino que se *crea* una excepción a la misma.

Según el concepto de interpretación que manejan los autores de inspiración hermenéutica (como Dworkin) interpretar es bastante más que el tipo de operación que acabamos de ver⁵.

5. Sobre ello, cf. Isabel Lifante Vidal (1999).

Esencialmente, la interpretación es lo que permite que la práctica social en que consiste el Derecho pueda presentarse en la forma más coherente posible. Ello es así porque para Dworkin (y, en general, para los hermenéuticos), para poder interpretar hay que adoptar una determinada actitud —la actitud interpretativa— que, a su vez, requiere la presencia de dos requisitos: que la práctica exista y tenga un sentido, es decir, que existan propósitos y valores (principios) que den sentido a las reglas; y que lo exigido o justificado por la práctica sea sensible a su sentido, esto es, que los valores tengan primacía sobre las reglas y, hasta cierto punto, contribuyan a conformarlas. Por otro lado, en la realización de la actividad interpretativa Dworkin distingue varias etapas: la preinterpretativa, en la que se identifica la práctica; la interpretativa, en la que se muestra cuáles son los objetivos y los valores (los principios) de la práctica, lo que exige construir una teoría (o más de una teoría) que dé cuenta de la misma; y la postinterpretativa o reformadora, en la que se trata de ver qué necesita la práctica (en qué forma ha de reformarse) para que se logre una realización máxima de sus valores. El intérprete, por ello, ha de considerar que su interpretación presenta el objeto interpretado, un determinado Derecho, como el mejor ejemplo posible de esa práctica. Pues bien, es en el momento de reforma o mejora de la práctica (lo que Dworkin llama «etapa postinterpretativa»), en donde encaja perfectamente la figura del fraude de ley; lo que muestra el apartado 4) de nuestra definición —dicho con la terminología de Dworkin— es que la práctica jurídica es sensible a su sentido, esto es, que los principios tienen una cierta capacidad para conformar las reglas en el momento de su aplicación.

25. *Fraude de ley y abuso del derecho*

Como hemos visto a lo largo de los capítulos precedentes, la diferencia esencial entre el abuso del derecho y el fraude de ley reside en que el abuso es relativo a acciones que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo, mientras que el fraude es relativo a acciones que suponen casos de uso de un

poder normativo (de una regla que confiere poder). Pero esto requiere alguna clarificación ulterior.

Un derecho subjetivo, en el sentido amplio y usual de esta expresión, es un título que constituye el fundamento de un haz de posiciones normativas (de derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades) dirigidas a proteger y/o a promover un estado de cosas que se considera valioso. Este haz de posiciones normativas implica la *posibilidad fáctica* por parte del titular del derecho de afectar negativamente intereses ajenos. El abuso se produce cuando esta afectación de intereses ajenos no resulta justificada a la luz de aquello que constituye la razón del título: esto es, la protección y/o promoción de un cierto estado de cosas valioso. Y ello bien por razones subjetivas, por cuanto el derecho se usa sin otra finalidad discernible que la de afectar negativamente a intereses ajenos, bien por razones objetivas: cuando esta afectación negativa resulta «excesiva» o «anormal». Conferir un poder normativo y el correspondiente permiso para ejercerlo, por su parte, implica atribuir a un sujeto la *posibilidad normativa* de producir ciertos resultados institucionales o cambios normativos (cambios en el *status* normativo del propio titular del poder, en el caso de los poderes normativos de autonomía, característicos del Derecho privado, o en el *status* normativo de personas distintas del propio titular del poder, en el caso de los poderes de heteronomía, característicos del Derecho público). El fraude se produce cuando el uso, *prima facie* lícito, de un poder normativo da lugar a un estado de cosas situado más allá del alcance justificado de ese poder normativo.

Del haz de posiciones normativas en que se manifiesta un derecho subjetivo en sentido amplio pueden formar parte poderes normativos. Es esta la razón de que pueda haber acciones que quepa calificar, simultáneamente, como abusivas y como fraudulentas. Como abusivas, por cuanto afectan negativamente a intereses ajenos de forma injustificable; como fraudulentas, por cuanto esta afectación negativa se lleva a cabo mediante el uso de un poder normativo. En este sentido, el caso de la venta con pacto de retro que hemos utilizado como ejemplo de fraude a la ley podría verse también como un caso de abuso del

derecho a contratar libremente. Los supuestos de «abuso del proceso» (Taruffo, 1997) nos proporcionan, asimismo, un buen banco de ejemplos de acciones que cabe asimismo calificar a la vez como abusivas y como fraudulentas. Si entendemos que el proceso tiene como finalidad la tutela efectiva y tempestiva de los derechos de las partes, diríamos que se produce abuso del proceso siempre que alguna de las partes usa sus poderes normativos procesales —esto es, aquellas facultades en que se concreta el derecho de defensa— sin otra finalidad reconocible que, bien la de dañar extraprocesalmente a otra parte, bien la de dañar el propio desarrollo del proceso. Ejemplo de lo primero sería la presentación de una demanda dirigida no a obtener un pronunciamiento judicial, sino a inducir a la parte contraria a transigir, aceptando condiciones inicuas (Taruffo, 1997, 437). Ejemplo de lo segundo sería el uso de acciones procesales con finalidades exclusivamente dilatorias (*ibid.*, 453-455). La calificación de acciones de este género como abusivas apunta preferentemente a que se ha ido más allá del alcance justificado del derecho de defensa (que no incluye acciones sin otra finalidad reconocible que la de perjudicar extraprocesalmente a la otra parte o las puramente dilatorias); su calificación como fraudulentas apunta a que este daño extraprocesal a la otra parte o al propio desarrollo del proceso se ha llevado a cabo usando alguno de los poderes normativos que las partes tienen en el proceso.

26. *Nota sobre el fraude de ley en el Derecho internacional privado*

La figura del fraude de ley, de acuerdo con lo que hemos visto, tiene un alcance general, ya que la posibilidad de fraude puede darse en relación con cualquier tipo de norma que confiere poder, trátase del poder contractual o para realizar negocios unilaterales, de poderes privados o públicos, etc.

Un caso especialmente interesante de utilización de la figura del fraude de ley es el que se produce en Derecho internacional privado, a propósito de las normas de conflicto. Como se sabe,

el Código civil español establece en su artículo 12.4: «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir la ley imperativa española». Pues bien, los internacionalistas suelen opinar que esa figura no se ha utilizado prácticamente nunca por la jurisprudencia (salvo con fines meramente retóricos), debido a que ha sido «devorada» por otras instituciones y, en particular, por la llamada «cláusula de orden público internacional» (cf. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1996, 355 ss.; Guzmán Zapater y Abarca Junco, 1998, 134 ss.; Calvo Caravaca y Carrascosa González, 1997, 372 ss.). ¿Pero tienen razón para pensar así? Nos parece que no y que, además, es relativamente simple mostrar por qué no la tienen.

Empecemos por aclarar lo que es una norma de conflicto. Se trata de una regla de mandato que señala al juez cuál es el sistema jurídico cuyas normas debe usar como fundamento de su resolución de un cierto caso. Pongamos un ejemplo tomado del Derecho español de la época franquista, en el que, como se sabe, la regulación del matrimonio excluía la posibilidad de divorcio. Supongamos que un español desea divorciarse. Como no puede, sin más, lograrlo en España, cambia su nacionalidad (la nacionalidad es lo que los internacionalistas llaman un punto de conexión variable, fluctuante: el cambio de nacionalidad puede llevar a que cambie también el Derecho aplicable) y consigue la sentencia de divorcio en una jurisdicción de otro Estado (que, por supuesto, admitiera esa institución). Luego, trata de que ese divorcio tenga efectos en España. Si tuviera éxito, el sujeto en cuestión habría logrado así —indirectamente— una consecuencia (por ejemplo, volver a casarse) que nunca podría alcanzar de acuerdo con el Derecho español de la época. He aquí —parecería— un caso típico de fraude.

Sin embargo —nos dicen los internacionalistas—, en estos y otros supuestos semejantes lo que los jueces utilizan no es esa figura, sino la del orden público: su modo de operar consistiría en calificar la situación en la que se hubieran visto obligados a reconocer un divorcio como contrario al orden público, a los principios morales básicos del Derecho español de la época.

El lector quizás haya adivinado ya en qué consiste el equívoco. Tal y como hemos presentado el fraude de ley, un elemento esencial de la definición es la oposición existente entre el acto defraudador y un principio, el que prohíbe la obtención de *E* a través de *R*. Pues bien, la cláusula del orden público no es ni más ni menos que una manera de hacer referencia a ese principio, sin el cual no podría hablarse de fraude; y, por supuesto, el que ese principio concreto (en relación con el problema del divorcio) lo consideremos o no justificado no hace aquí al caso. De manera que la realidad es que no solo la cláusula de orden público no devora al fraude de ley, sino que constituye, precisamente, un ingrediente esencial —necesario— para que pueda operar esta figura.

Capítulo IV

LA DESVIACIÓN DE PODER

27. *Origen y sentido de la institución*

Con la desviación de poder ocurre algo parecido a lo que acabamos de señalar en relación con el fraude de ley en Derecho internacional privado. En su conocido *Curso de Derecho administrativo*, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández hablan, recogiendo una opinión común entre los administrativistas, de una «decadencia de la desviación de poder» que se debería no a la pérdida de confianza en las posibilidades de esta técnica de control de la discrecionalidad administrativa, sino «al hallazgo de otras distintas dotadas de un mayor poder de penetración», a saber: el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho (García de Enterría y Fernández, 1999, 463)¹. Sin embargo, no nos parece que esas «técnicas» deban verse como alternativas: en particular —como ya antes hemos mantenido en relación con el fraude—, la desviación de poder exige necesariamente el uso de principios jurídicos; lo que caracteriza a esta institución es precisamente que los actos que suponen

1. Quizás más que a ese «hallazgo», el escaso uso que en la práctica forense se hace de la palabra —no del concepto— de desviación de poder se deba a un desdeseo de ocultación retórica, dado que «desviación de poder» es un término con una fuerte carga descalificatoria (lógicamente dirigida contra un órgano público). Por el contrario, al hablar de «control de los hechos determinantes» o de los «principios generales del Derecho» parece disimularse la fuerza de ese reproche.

desviación de poder son actos ilícitos por oponerse a un principio (o a un conjunto de principios). Volveremos sobre esto más adelante, después de efectuar un análisis algo pormenorizado del concepto de desviación y que debe empezar con una breve nota sobre su génesis histórica.

Al igual de lo que —hemos visto— ocurría con el abuso del derecho y con el fraude de ley, la desviación de poder significa una reacción frente al formalismo jurídico, pero en este caso frente al formalismo del Derecho público, del Derecho administrativo. Se dice que la desviación de poder (*le détournement de pouvoir*) es una creación del *Conseil d'État* francés; constituiría una especie dentro del género del *excès de pouvoir*, en cuanto categoría creada para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial (Chinchilla, 1999, 26)². El exceso de poder significa la utilización de un poder (de un poder público) excediendo los límites establecidos en la correspondiente norma que confiere poder. Ahora bien, de acuerdo con la estructura de ese tipo de normas (de la que antes nos ocupamos), el «exceso» puede referirse a diversos aspectos: a la competencia del órgano (lo que llamábamos el elemento Z), a la forma del acto (de A), o al fin del mismo, esto es, a la consecuencia (E) que pretendía alcanzarse con el resultado (R) de la norma que confiere poder. La desviación de poder se refiere precisamente a este último aspecto o, mejor dicho, a la conexión entre el resultado y la consecuencia. Lo que el Consejo de Estado francés comenzó a hacer, a partir de la segunda mitad del XIX, fue anular ciertos actos de la Administración por entender que el poder conferido se había ejercido para un fin distinto al previsto. Ahora bien, para interpretar que se han vulnerado esos fines (para efectuar una interpretación teleológica que, como suele decirse, va más allá de la meramente literal) es necesario recurrir a los principios que justifican tanto la propia regla que confiere el poder como las reglas regulativas que determinan su uso permitido, de manera que la desvia-

2. En el tratamiento de la figura de la desviación de poder hemos hecho un amplio uso del excelente libro de Carmen Chinchilla (1999). Como se verá, buena parte del capítulo está dedicado a una discusión con esta autora.

ción de poder supone también la existencia de una dialéctica entre las reglas y los principios, la idea de que el sentido y alcance de las reglas no puede determinarse con independencia de los principios.

Así como en Francia (y, luego, en Italia) la desviación de poder tiene un origen jurisprudencial, en España la introducción de la institución se debe básicamente al legislador. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 disponía, en el artículo 83.2: «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriera en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder», y daba luego una definición de la misma: «constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico»³. Una parte de la doctrina administrativista (Sebastián Martín Retortillo, al que sigue Chinchilla) entiende que el motivo fundamental de la aparición de la desviación de poder en nuestro Derecho es la superación del positivismo jurídico, al acoger la noción de «ordenamiento jurídico» en el sentido de Santi Romano. Pues bien, en nuestra opinión, esa idea de ordenamiento jurídico (o de institución) viene a equivaler, de alguna forma, a la tesis que venimos manteniendo de que la normatividad del Derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios⁴.

No tiene, por ello, nada de extraño que la institución haya conocido una vida mortecina en una época (el régimen franquista) en que la jurisprudencia asumía parámetros fuertemente formalistas (formalismo que, objetivamente, favorecía el no control de la discrecionalidad administrativa). Y que se haya revitalizado después de la Constitución del 78: características del

3. El artículo 70.2 de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (de 1998) mantiene esta misma definición.

4. A pesar de la oscuridad de la noción de «ordenamiento jurídico» o de «institución» de Santi Romano, parece que la misma se vincula con la idea de considerar que el Derecho no es solamente un conjunto de reglas, sino algo más: precisamente una institución, un ordenamiento. Lo que define a una institución (a un ordenamiento) son, esencialmente, las ideas de función o de fin y de unidad entre los elementos que la componen; las normas (las reglas) vendrían a ser los medios mediante los que se cumplen los fines de la institución u ordenamiento.

Derecho de los Estados constitucionales son la importancia creciente de los principios, la superación del legalismo (la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución, de los principios constitucionales), y del formalismo jurídico (los principios jurídicos, frente a las reglas, son razones no formalistas, en el sentido de que exigen entrar en el fondo de la cuestión).

28. *Poderes privados y poderes públicos: fines y discrecionalidad*

Como ya antes hemos sugerido, la desviación de poder viene a ser algo así como la aplicación que la figura del fraude tiene en el campo del Derecho público, del Derecho administrativo. En ese sentido, podría decirse que su definición es la misma que la del fraude, pero con la diferencia de que el agente, el titular de la norma que confiere poder, es un órgano público, no un particular; y que, por ello, el resultado de la regla que confiere poder (el elemento *R*) es la producción de un acto administrativo, de un reglamento o de una ley. Explicaremos primero lo que esto quiere decir, para examinar (críticamente) luego las razones que suelen darse para defender la desvinculación de la desviación de poder con respecto al fraude de ley.

Empecemos por el resultado de las normas que confieren poder, el elemento *R*. Si se acepta nuestra concepción de este tipo de normas, lo que hemos llamado su forma canónica, no nos parece que exista ninguna dificultad para incluir a los actos administrativos, a los reglamentos y a las leyes en la clase de los resultados normativos, esto es, de los cambios normativos que pueden operarse al ejercer un poder normativo. Así es que, de la misma forma que puede decirse que, si en las circunstancias *X*, un determinado agente (o varios agentes) efectúa una acción (o una serie de acciones) *A*, entonces se produce como resultado un determinado negocio jurídico (un contrato, un testamento, etc.), con lo que cambia el *status* normativo de *Y*, *Z*..., cabe también decir que si en ciertas circunstancias un determinado agente realiza tales y cuales acciones, se produce como resulta-

do un acto administrativo, etc., con lo que cambia el *status* de Y, Z...

Ahora bien, los agentes que pueden llevar a cabo este último tipo de cambios normativos no son agentes cualesquiera, sino órganos públicos. Y una característica central de los órganos públicos (por lo menos en nuestros Estados constitucionales) es que ellos no gozan, como los particulares, de autonomía: el ordenamiento jurídico les confiere ese poder no para que persigan sus propios fines, sino fines públicos. En consecuencia, el principio que aquí rige no es el de autonomía (que, con ciertos límites, es el que preside el ejercicio de los poderes privados), sino el del interés público, esto es, la obligación de ejercer la función pública al servicio de los intereses generales. De aquí se derivan dos consecuencias muy importantes. Una es que el ejercicio del poder tiene si no siempre, al menos con mucha frecuencia un carácter obligatorio: el juez está obligado a dictar sentencia; la Administración, a desarrollar cierto aspecto de una ley dictando un reglamento; tal órgano administrativo, a dictar un acto concediendo una licencia, etc. La otra consecuencia es que, así como en los supuestos de ejercicio de un poder privado las consecuencias del mismo (el elemento *E*) no son tenidas en cuenta más que de manera excepcional en los casos de los poderes públicos (en especial, de los poderes administrativos; como luego veremos, en los poderes jurisdiccionales las cosas son de otra forma) las consecuencias juegan un papel central: el que se produzcan ciertos estados de cosas (*E*) es precisamente lo que justifica normalmente que se haya establecido una norma confiriendo a tal órgano poder para producir *R*; cabría decir que, así como en relación con los poderes privados o de autonomía, la regulación de las consecuencias (de *E*) se hace en forma básicamente negativa: se concede el poder para *R* siempre y cuando no se aproveche para, a través de *R*, lograr cierto estado de cosas ulterior que aparezca como inaceptable; en los poderes públicos la caracterización de las consecuencias (de *E*) es de carácter positivo: se concede el poder para que, por medio de *R*, se obtengan ciertos estados de cosas positivamente determinados.

Ahora bien, dado que aquí no se trata de una acción, sino de un estado de cosas (*E*), su regulación tendrá que hacerse

mediante lo que hemos llamado reglas de fin o bien mediante directrices. Se hace mediante una regla de fin, si se concede poder para producir un resultado conducente a un fin concreto: por seguir con el ejemplo que utilizábamos en la Introducción, que en tal universidad, al cabo de un cierto periodo de tiempo, el 50% de sus profesores alcance un determinado nivel en el manejo de tal lengua; para lograrlo, el órgano competente podrá optar por subir el sueldo a los profesores que obtengan ese nivel, por limitar el acceso a determinados puestos a quienes muestren esa suficiencia, etc.; una vez seleccionado el medio o los medios adecuados, saber si se ha cumplido o no la regla (si se ha obtenido el fin) no exige de ninguna ponderación (basta, digamos, con comprobar si se ha producido o no el estado de cosas en cuestión). La regulación se hace mediante una directriz si, por ejemplo, se establece que el fomento de una determinada lengua es uno de los objetivos que tal universidad debe perseguir, juntamente con la mejora de la enseñanza y el progreso de la investigación, fines que, por otro lado, no pueden perseguirse conculcando principios (principios en sentido estricto) como el de la dignidad de la persona o el de igualdad de oportunidades. Para aplicar la directriz es preciso efectuar una ponderación de la que, entre otras cosas, pueden resultar reglas de fin como la antes indicada; además, evaluar si la directriz se ha cumplido o no (o, mejor dicho, si se ha cumplido en la mayor medida posible) exige también una ponderación en la que se tomen en consideración todas las circunstancias fácticas y normativas vinculadas con la situación.

En ambos casos, tanto en relación con las reglas de fin como en relación con las directrices, puede hablarse de discrecionalidad, pero las directrices suponen una discrecionalidad especial: aquí no solo se trata de elegir entre unos u otros medios, sino también de fijar (en el sentido de concretar) los fines. En relación con las normas que confieren poderes privados, sin embargo, la situación es distinta: la clave para el ejercicio de la autonomía personal no es la idea de discrecionalidad, sino la de límite, la de que las libertades solo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes.

29. *Una definición de desviación de poder*

A partir de las anteriores consideraciones, la definición que proponemos de desviación de poder es la siguiente:

«La acción *A* realizada por un órgano público *O* en las circunstancias *X* supone una desviación de poder si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite al órgano *O* usar la regla que confiere poder (público) para, en las circunstancias *X*, realizando *A*, producir como resultado *R* un acto administrativo o una disposición jurídica.

2) Como consecuencia de *R*, se produce un cierto estado de cosas *E*, que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir *R* (la disposición jurídica en cuestión) aunque pueda haber una regla dirigida a evitar *E*.

3) *R* es un medio para *E*:

3.1) bien en sentido subjetivo: dado que al realizar *A*, *O* no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de *R*, la consecuencia *E* y que *R* es objetivamente adecuado para *E*;

3.2) bien en sentido objetivo: dado que *R* es objetivamente adecuado para *E*, aunque *O* no tuviera ese propósito al realizar *A*.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* (*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de *R*, la consecuencia *E*. Por ello, el resultado *R* (el acto o disposición jurídica de que se trate) debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduzca a *E*».

30. *Desviación de poder, fraude de ley y abuso del derecho*

Esta definición, como se ve, no difiere de la de fraude de ley, sino en los dos aspectos ya mencionados; pero su estructura, bien cabe decirlo, es la misma. Algunos autores, como Carmen Chinchilla, no están de acuerdo con que exista tal paralelismo entre estas dos figuras. Esta autora, a partir de las definiciones legales del Derecho español, opina que, en la desviación de poder: 1) no hace falta que se dé un interés prohibido por el ordenamiento jurídico, sino que «basta con que el fin perseguido, lícito o ilícito, sea distinto de aquel que señala la Ley», y 2) además, «mientras que en la desviación de poder se exige la intención, en el fraude de ley, no»⁵. Esta opinión, sin embargo, no nos parece convincente. Por un lado, en relación con esta segunda diferencia, no solo no vemos que exista imposibilidad alguna para una interpretación objetiva de la desviación de poder (como tampoco la hay en relación con el fraude de ley), sino que creemos existen razones de peso —a las que luego nos referiremos— para preferir ese tipo de concepción. Por otro lado, en relación con la primera diferencia, parece claro que perseguir un fin distinto al que señala la ley es lo mismo que perseguir un fin prohibido, pues —como antes veíamos— los poderes públicos, a diferencia de los sujetos privados, no están meramente limitados, sino positivamente determinados en cuanto a los fines que pueden lícitamente perseguir.

Por lo que se refiere a la distinción con el abuso del derecho, nos parece que la cuestión ha de plantearse en los mismos términos que cuando se confronta el abuso del derecho con el fraude de ley (véase antes, capítulo III, apartado 25), pero a esas diferencias debe sumarse la circunstancia de que los órganos públicos, esto es, los destinatarios de las normas que confieren poderes públicos, no tienen intereses propios legítimos

5. A estas dos diferencias específicas entre ambas figuras añade Chinchilla dos diferencias de carácter general: la singularidad con que opera el principio de legalidad en relación con las Administraciones públicas y la vinculación de la desviación de poder con el concepto de potestades-función, potestades vinculadas legalmente al cumplimiento de fines establecidos (Chinchilla, 1999, 116). Estas últimas (las diferencias de carácter general) son ciertas, pero nos parece que no son razones para negar el paralelismo entre ambas figuras.

amparados por derechos. La Administración pública (en cuanto tal, no obviamente cuando actúa como parte en una relación de Derecho privado) no puede, pues, cometer abuso del derecho, pero sí puede abusar de su poder. Ahora bien, el abuso del poder es una categoría mucho más amplia que la de desviación de poder. En la desviación la ilicitud deriva de que la conducta contraviene el principio que regula la producción de la consecuencia, de *E*. Pero el abuso del poder puede darse en relación con cualquier elemento de una norma que confiere poder (por ejemplo, la determinación del órgano competente, de *Z*, o la forma del acto, de *A*) y ese elemento, del que se abusa, puede estar regulado tanto por una regla como por un principio.

31. *Aplicación de la definición a un caso paradigmático*

Tratemos ahora de ilustrar, con un ejemplo, la anterior definición de desviación de poder. Ya hemos visto que esta figura tiene su origen en el Derecho francés. De acuerdo con los estudiosos del tema, la fecha clave es la década de 1860, en que termina de perfilarse la institución. «Un buen ejemplo de esta nueva construcción —escribe Carmen Chinchilla— lo constituyen los famosos *arrêts Lesbats* de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1866. En ellos el Consejo de Estado declaró que si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquel que el legislador había concedido» (Chinchilla, 199, 31). La novedad con respecto a la anterior situación es que la idea de desviación aparece ahora no como un simple exceso de poder en el sentido de que una autoridad ha desbordado lo que sería la esfera propia de su competencia, sino como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador.

Pues bien, el análisis en términos de la definición propuesta es el siguiente:

1) En primer lugar, existe una regla que permite al prefecto usar una norma que confiere poder: para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.

2) En segundo lugar, ninguna regla prohíbe al prefecto producir ese resultado normativo (regular de cierta manera la permanencia y circulación de vehículos), pero en el caso en cuestión tal regulación tiene como consecuencia la producción de un daño (a las empresas que no tenían suscrito un contrato con la Compañía de Ferrocarriles) que resulta injustificado porque viola el principio de igualdad de trato, que sirve de límite a la directriz (lograr un funcionamiento eficiente del acceso al ferrocarril) que justifica la permisión concedida al prefecto para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.

3) La manera en que el prefecto ha usado su poder normativo da lugar a una situación que infringe el principio de igualdad de trato, al crear una situación de monopolio en favor de una determinada empresa y en detrimento de las demás.

4) Finalmente, la prevalencia del principio de igualdad de trato genera la regla de que a la autoridad pública le está prohibido usar el poder de regular la permanencia y circulación de vehículos en las proximidades de la estación de forma que se establezca un régimen de monopolio para una determinada empresa.

32. *Algunas consecuencias de la definición*

Nuestra definición de desviación de poder permite, nos parece, explicar con bastante sencillez algunas cuestiones relacionadas con esta institución y a las que, de alguna forma, ya nos hemos referido anteriormente.

Las definiciones usuales de desviación de poder (y, en el caso español, la definición legal) hacen una referencia genérica al ordenamiento jurídico y al ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Creemos que esto es cierto, pero que resulta excesiva-

mente vago. En nuestra opinión, se gana en claridad y en precisión si esa referencia al ordenamiento jurídico se sustituye por los principios jurídicos que justifican y que limitan el ejercicio de la norma que confiere poder correspondiente; esto es, los principios que regulan la obtención de la consecuencia *E*. De esa manera puede entenderse también mejor en qué sentido la figura de la desviación de poder trasciende, como suele decirse, «el puro y estricto positivismo» (Chinchilla, 1999, 47). «Positivismo jurídico» no es, como bien se sabe, un concepto que pueda usarse si no es con bastante cautela. Pero bien puede decirse que el ataque más influyente contra el positivismo jurídico en las últimas décadas es el proveniente de Ronald Dworkin, el cual caracterizó al positivismo (personificado por él en Hart) como una concepción que reduce el Derecho a reglas. Pues bien, si se acepta como buena la opinión de Dworkin, puede comprenderse fácilmente que el positivismo jurídico no pudiera dar cuenta de una institución como la desviación de poder que exige, para ser explicada, el doble plano de las reglas y de los principios.

Al comienzo del capítulo hemos hecho referencia al error en que se incurría al suponer que la desviación de poder —como ocurriría con el fraude en el Derecho internacional privado— había sido sustituida por el recurso a la apreciación y constatación de los hechos o a los principios generales del Derecho. Ahora podemos precisar más por qué estas últimas «técnicas» de control de la discrecionalidad no están en una relación de oposición ni de alternatividad en relación con la desviación de poder, sino que son elementos de la institución, tal y como nosotros la caracterizamos. Apunta por eso bien Chinchilla cuando critica a los que consideran que la desviación de poder ha sido superada por la técnica de la apreciación y constatación de los hechos, al señalar que, con ello, se están confundiendo dos cosas distintas: la infracción del ordenamiento jurídico (en nuestra terminología, de los principios jurídicos) y las técnicas para detectar el vicio. Sin embargo, creemos que la autora incurre en esa confusión o en alguna muy semejante cuando excluye la posibilidad de que pueda darse desviación de poder en términos objetivos, esto es, sin que exista el elemento

intencional: «Si la Administración no persigue ese apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de fiscalización será el control de los hechos determinantes» (*ibid.*, 118-119). Un ejemplo permitirá ver, nos parece, de qué manera la institución de la desviación de poder engloba a la apreciación y constatación de los hechos y a los principios generales del Derecho, en cuanto técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

Un campo característico de la discrecionalidad administrativa es el ejercicio de la potestad de planeamiento en materia urbanística (Fernández, 1997, 46 ss. y 174 ss.) y, en concreto, de la potestad que tiene la Administración (o determinado órgano administrativo) para calificar un terreno, por ejemplo, como «verde privado de interés especial». Ahora bien, esa calificación puede ser anulada (y, en su caso, sustituida por otra) en vía jurisdiccional, si resultara que es arbitraria, esto es, si se muestra (aquí es donde opera la apreciación y constatación de los hechos) que, de acuerdo con el resultado de la prueba pericial, el terreno en cuestión no cumple con las características exigidas en el Plan de Ordenación correspondiente para que pueda ser calificado de esa manera: así, un solar rodeado de grandes edificaciones y más en concreto de «edificios entre medianeras vistas» que origina un resultado anties-tético de «intoxicación visual», con una vegetación que en su mayoría «son plantas caducifolias [que] durante seis meses no tienen ninguna influencia sobre el medio ambiente circun-dante» no cae dentro de los «espacios no edificadas con una vegetación que conviene proteger o integrarla en un ambiente o entorno a preservar» (sería la definición de «verde privado de interés especial»). La calificación de «verde privado de interés especial» del terreno en cuestión no se ajusta, pues, «a las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (Fernández, 1997, 179).

De acuerdo con nuestro esquema, lo anterior podría expresarse así. Existe una regla regulativa que permite a cierto

órgano de la Administración calificar un determinado terreno como «verde privado de interés especial». Como consecuencia de esa calificación, se produce un daño para el propietario, ya que, por ejemplo, no puede proceder a edificar en ese solar. El daño es injustificado porque (con independencia de la intención que haya tenido el órgano al calificar así el terreno) la medida es arbitraria (los «hechos» muestran que el terreno no tiene las características definitorias de «verde privado de interés especial») y hay un principio que proscribe la arbitrariedad. Se genera así una nueva regla (contenida en la *ratio decidendi* de la sentencia), según la cual a cierto órgano administrativo no le está permitido calificar como «verde privado de interés especial» un terreno que no posea las características que el Plan de Ordenación correspondiente atribuye a ese concepto y, en consecuencia, la calificación como «verde privado de interés especial» debe considerarse inválida. La «desviación» de poder se produce en este caso concreto, puesto que el fin al que debe servir la potestad de la Administración para calificar urbanísticamente los terrenos es la ordenación racional del territorio, salvaguardando los valores ecológicos, paisajísticos, etc., y no produciendo un daño o un beneficio arbitrariamente.

Finalmente, la definición de desviación de poder que proponemos permite entender también afirmaciones como la de Sebastián Martín Retortillo de que «la desviación de poder existe en la propia realidad jurídica, sin precisar una expresa sanción legislativa» (Martín Retortillo, 1957, 41). En cuanto tal, la afirmación tiene un aire un tanto metafísico, pero nos parece que puede interpretarse en el sentido de que en el Derecho del Estado constitucional sería inconcebible que no existiera una institución que permita controlar que el uso de los poderes públicos tenga lugar en conformidad con los principios constitucionales; o, dicho de otra manera, que el necesario otorgamiento a la Administración de amplios poderes para la persecución de fines públicos necesita de un control jurídico, y ese control no puede llevarse a cabo si no es recurriendo a los principios jurídicos.

33. *Los requisitos de la desviación de poder*

Según Carmen Chinchilla, los requisitos de la desviación de poder (contenidos en la definición legal que antes hemos recogido) son los tres siguientes: que se trate del ejercicio de una potestad; que la potestad tenga carácter administrativo; y que la conducta desviada suponga un apartamiento del fin. Veamos, de acuerdo con nuestro esquema, lo que cabría decir de cada uno de ellos.

En relación con el primero, suele aceptarse que ese ejercicio puede consistir no solo en una acción positiva, sino también en una omisión, en una inactividad. En nuestro esquema eso querría decir que al no haberse producido el resultado *R* (por no haberse realizado la acción *A*), tampoco tiene lugar la consecuencia *E* (esto es, no se ha producido un estado de cosas valioso o se ha producido otro estado de cosas que se considera como disvalioso), con lo que se origina un daño injustificado. La aplicación de la figura de la desviación de poder llevaría en este caso a establecer que la acción *A*, acción en principio meramente permitida, pasa (como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la desviación de poder) a calificarse como obligatoria, de manera que la no realización de *A* (y consecuentemente la no producción de *R*) es un ilícito atípico. Un ejemplo de ello podría ser la utilización perversa de la figura del silencio administrativo bajo la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la que la regla general era el silencio negativo. Esta figura, que se justifica solo en interés del ciudadano (al que permite optar, si la Administración no responde en determinado plazo, entre seguir esperando una respuesta expresa o entender desestimada su petición y plantear los recursos pertinentes), era utilizada con frecuencia con un fin distinto (que implica un daño injustificado al ciudadano): el de eludir la obligación de resolver expresamente que tiene la Administración e imponer al particular la carga de recurrir⁶.

El segundo de los requisitos es más problemático. La referencia al ejercicio de potestades administrativas supone, según

6. Agradecemos a Germán Valencia el habernos proporcionado este ejemplo.

Chinchilla, negar que la desviación de poder pueda aplicarse al ejercicio de las potestades jurisdiccionales y legislativas, lo cual no nos parece aceptable. Señalaremos por qué.

En relación con el poder judicial, la razón para negar esa aplicabilidad estribaría en la diferencia existente entre la potestad jurisdiccional y la administrativa a propósito de los fines de cada una de ellas. «La finalidad de la potestad jurisdiccional se agota en sí misma. A diferencia de la Administración, que tiene que atender a una pluralidad de fines —financieros, urbanísticos, de mantenimiento del orden público, ecológicos, etc.— identificados todos ellos con la idea de servir a los intereses generales, y que actúa eligiendo la forma y los medios más adecuados para servirlos con eficacia, el juez simplemente aplica la ley al caso concreto, y resuelve la controversia que le ha sido planteada» (Chinchilla, 1999, 71-72). De ahí que «no es correcto decir que se ha desviado del fin fijado por el ordenamiento, o del fin que lo justifica, un poder que por definición no tiene fines que cumplir o que lo justifiquen» (*ibid.*, 72). Los jueces pueden, naturalmente, dictar resoluciones injustas (si lo hacen con una finalidad que no sea la de aplicar el Derecho objetivo o *ius dicere*), pero entonces «habrán incurrido en el delito de prevaricación, pero no en desviación de poder, que es una técnica de control de la actividad administrativa encaminada a garantizar que la misma realmente sea adecuada a los fines que la justifican» (*ibid.*, 73). Pues bien, nos parece que lo que se quiere decir con todo esto (quizás de manera un tanto oscura) es que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales (las normas que confieren poder dirigidas a los jueces) no está regulado por directrices y eventualmente por reglas de fin, como ocurre con la Administración. Sin embargo, no nos parece que las cosas sean del todo así. Es cierto que estos dos últimos tipos de normas jurídicas son mucho más infrecuentes en relación con las potestades jurisdiccionales que con las de carácter administrativo. Pero es claro que también existen, aunque sea excepcionalmente, en relación con la regulación de la actividad judicial. Piénsese, por ejemplo, en la norma del Código civil que ordena al juez, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, y a falta de acuerdo entre las partes,

«fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio [...]; establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro» (art. 103.3 Cc); o en la que regula la prisión preventiva estableciendo que esa medida debe estar dirigida a una finalidad cautelar⁷. Pues bien, si existen directrices y reglas de fin que regulan la actividad jurisdiccional (aunque no sea de forma central), no puede descartarse⁸ la posibilidad de que los jueces puedan, en relación con ellas, cometer desviación de poder (y también, naturalmente, si se reúnen ciertos requisitos, prevaricación). Por ejemplo, cuando (sin que su conducta reúna los requisitos de la prevaricación) imponen una medida como la prisión preventiva no para satisfacer los fines cautelares de esa institución, sino otros —prohibidos por un Derecho penal garantista como ha de ser el de un Estado constitucional— como el de forzar al acusado a que asuma una determinada conducta procesal.

Tampoco creemos que, en relación con el poder legislativo, se pueda descartar la posibilidad de recurrir a la desviación de poder. Chinchilla afirma que no es correcto hacerlo por estas dos razones: «primero, porque la desviación de poder es una técnica de control de la discrecionalidad y el legislador no tiene discrecionalidad, sino libertad de configuración política, y se-

7. Esta última regla puede considerarse de elaboración jurisprudencial. En efecto, en diversas sentencias (la última, de 17 de febrero de 2000) el Tribunal Constitucional ha declarado que, para que esté justificada una medida de prisión preventiva, hace falta no solo que se cumplan los requisitos legales de los artículos 503 y 504 de la LECrim (esencialmente, que exista un hecho que sea constitutivo de delito; que ese hecho lleve aparejado pena superior a prisión menor; y que haya motivo para considerar responsable de ese hecho a la persona contra la que se dicta el auto de prisión), sino que la medida «ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado» (fundamento 7); o sea, la finalidad de la medida es cautelar y no represiva.

8. Por lo menos, no *ad liminem*. O sea, al igual que pasaba con la concepción subjetiva u objetiva del fraude, puede ocurrir que, respecto a determinado Derecho positivo, sea dudoso que pueda aceptarse la desviación de poder de un acto jurisdiccional, pero no hay nada en el concepto de la desviación de poder en cuanto tal que impida esa extensión.

gundo, porque la desviación de poder es un vicio que consiste en apartarse del fin establecido por el ordenamiento jurídico y la Ley no tiene fines impuestos por la Constitución, sino límites que la misma establece a su contenido» (Chinchilla, 1999, 77). Ahora bien, por un lado, el ejercicio de la función legislativa, en un Estado constitucional, tiene obviamente que circunscribirse a los principios (y reglas) constitucionales; tanto a los principios en sentido estricto (que, si se quiere, fijan límites) como a las directrices, que marcan fines a la función del legislador; por lo tanto, también el legislador ejerce discrecionalidad. Como recientemente ha escrito Zagrebelsky (1995), los legisladores no pueden considerarse ya (dentro del modelo del Estado constitucional) como los «señores del Derecho», precisamente porque en este tipo de organización política se trata de que no haya «señores»: nadie, al menos ningún poder constitucional, tiene una completa libertad de configuración política; el ejercicio de cualquier poder está sometido al cumplimiento de los principios constitucionales. Por otro lado, si —como acepta Chinchilla— la Administración ejerce discrecionalidad cuando dicta un reglamento desarrollando algún aspecto de una ley, es difícil saber por qué no la ejerce el legislador cuando desarrolla algún artículo constitucional como, por poner un par de ejemplos, el párrafo segundo del artículo 24.2: «La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos»; o el artículo 47: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Ya Kelsen mostró que entre los diversos escalones de la pirámide normativa no puede hablarse más que de una diferencia relativa, y esto se aplica, desde luego, al caso de la distinción entre ley y reglamento.

Respecto al tercero de los requisitos de la desviación de poder, el que la conducta desviada suponga un apartamiento del fin, parece obvio que ese fin —como se dice— ha de ser «reglado», pero por tal no puede entenderse «regulado mediante *re-*

glas», sino «regulado jurídicamente»; si no estuviera regulado jurídicamente, es obvio que no podría hablarse de un ilícito jurídico. Es por eso cierto que, como suele decirse, se trata de un vicio de *stricta legalidad*; la desviación de poder, como cualquier ilícito jurídico, no puede consistir simplemente en una conducta que sea contraria a la moralidad. Pero no deja tampoco de tener razón el Tribunal Supremo cuando considera que la desviación de poder no es una infracción como las demás⁹, aunque de ahí no se puede inferir que, por ello, juegue un papel secundario. El hecho de que no sea una infracción como las demás se debe a lo que hemos llamado su atipicidad, esto es, a que se trata de un ilícito contrario a principios, y la aplicación de los principios supone una doble operación: la derivación de reglas a partir de (la ponderación entre) principios, y la subsumición del hecho en la nueva regla creada. La desviación de poder es por ello, si se quiere, una técnica subsidiaria, pero no porque sea de menor importancia que otras, sino porque los principios son, en cierto sentido, subsidiarios de las reglas. O sea, los principios no son, como las reglas, razones perentorias, sino razones de primer orden, cuya utilización para resolver casos exige una ponderación: la construcción, con esas razones de primer orden, de una razón perentoria, el paso de los principios a las reglas; además, a los principios solo se recurre para resolver un problema de aplicación, si no existe una regla que regule el caso en cuestión, si la regla es indeterminada o ella resulta incoherente en relación con los principios que le sirven de fundamento y de límite. Por otro lado —como mostramos en un trabajo anterior— lo que permite identificar los principios (lo que hace que un principio sea una norma jurídica) no puede ser simplemente —como a veces se supone¹⁰— su carácter moral, sino el estar recogido en una fuente del sistema (en el caso de los principios explícitos) o su coherencia con las reglas y principios expresados en fuentes (en el caso de los principios implícitos)¹¹.

9. Véanse, en este sentido, las diversas sentencias del Supremo citadas por Chinchilla (1999, 112 ss.).

10. Cf. *supra* el apartado 11, en el capítulo II.

11. Cf. Atienza y Ruiz Manero (1996), caps. I y V.

34. *¿Fines de interés general, pero prohibidos?*

En relación todavía con este tercer elemento de la desviación de poder —el apartamiento del fin— se suele decir que existe desviación no solo cuando el fin perseguido es ajeno al interés general (y, por tanto, ilícito, pues la actuación de la Administración, de los poderes públicos, solo se justifica si persigue esa finalidad), sino incluso cuando se trata de fines públicos, fines generales, pero diferentes a los legalmente establecidos. Ya antes dijimos que, en todo caso, debe tratarse de fines prohibidos, pero esto tiene un aire de paradoja, pues no se entiende sin más de qué manera la persecución de intereses generales pueda ser un fin prohibido por el ordenamiento. Tratemos de explicarlo a partir de un ejemplo.

Una sentencia del Tribunal Supremo (de 13 de julio de 1987) anuló parcialmente un Bando del alcalde de Madrid sobre la Operación de Regulación del Aparcamiento. «Según el Tribunal —escribe Chinchilla— el fin al que debe atender el ejercicio de la competencia municipal para la ordenación de la circulación es procurar la seguridad y la fluidez del tráfico, por lo que se incurrió en desviación de poder al exigir la justificación de haber pagado el impuesto de circulación, como requisito previo a la obtención de la tarjeta de residente: «una finalidad recuadatoria trasciende del ámbito de la pura regulación del tráfico para penetrar en el terreno tributario [...], aquí se perseguía una finalidad de interés público, pero no es aquella acuñada por el ordenamiento jurídico para la potestad acuñada» (Chinchilla, 1999, 158-159).

De acuerdo con nuestro esquema, la actuación que supone desviación de poder es la acción del Ayuntamiento de Madrid cuyo resultado normativo es la producción de un Bando con determinado contenido normativo. Una de esas normas tenía como finalidad —en opinión del Tribunal Supremo— no la regulación del tráfico, sino favorecer el pago de un impuesto: esto es, se estaría utilizando *R* no para obtener *E* (regular el tráfico), sino *E'* (favorecer el pago de un impuesto). Y ocurre que lo que justifica el poder otorgado al Ayuntamiento es la consecución de *E*, no de *E'*. El problema es: ¿cómo es posible

que *E'* sea un fin lícito pero, sin embargo, un fin que no debe perseguirse, en consecuencia, un fin prohibido? Pues bien, la explicación se encuentra en la forma característica como operan los principios en los casos difíciles. El principio de que se debe lograr el estado de cosas *E'* (favorecer que se paguen los impuestos) puede, sin perder su validez, resultar derrotado (dadas todas las circunstancias que concurren en un determinado caso) por otro principio portador de razones más fuertes (pongamos por caso, el principio que establece que un Ayuntamiento no debe excederse en cuanto a lo que son sus competencias, el principio de seguridad jurídica, etc.). En consecuencia, el Tribunal Supremo estaría aquí diciendo que, dadas las mencionadas circunstancias, está prohibido que un Ayuntamiento persiga el fin *E'*; no hay, pues, contradicción alguna en afirmar que *prima facie* o en abstracto se debe (es obligatorio) procurar *E'* pero que, sin embargo, en las circunstancias *C*, no se debe (está prohibido) procurar *E'*.

Creemos, sin embargo, que la sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de ver plantea un cierto problema en relación a si la misma supone una utilización correcta de la figura de la desviación de poder. La duda, en nuestra opinión, se refiere al elemento del daño que recogíamos en el apartado 2) de nuestra definición. Decíamos que la medida en cuestión tenía que suponer un daño injustificado o un beneficio indebido, y esto es lo que no vemos con claridad que se haya producido en el caso en cuestión. Por supuesto, hay un daño para quienes pretendieron obtener la tarjeta de residentes sin necesidad de pagar el impuesto sobre la circulación; pero parece obvio que ese daño no carece de justificación. Podría argumentarse quizás que se trata de un daño abstracto o potencial: no es bueno para los ciudadanos que las autoridades locales sean excesivamente celosas de que los impuestos municipales sean, en efecto, pagados; pero tampoco este tipo de argumentación parece muy consistente: diríamos que hay que ser partidario de un formalismo bastante extremo para aceptar esto. Y si las cosas son así, entonces habría que concluir que la sentencia del Tribunal Supremo no está justificada, dado que no existe ni un daño injustificado, ni un beneficio indebido, ni parece tampoco

que ese tipo de actuación le estuviese prohibido al Ayuntamiento por una *regla* (si así fuera, la cosa cambiaría: la decisión del Tribunal Supremo habría que considerarla justificada, pero no porque el Ayuntamiento hubiese incurrido en desviación de poder, sino porque habría violado una regla).

De todas formas, no es difícil encontrar ejemplos en que la Administración incurre en desviación de poder al perseguir fines públicos. Valga como muestra el siguiente caso en el que la producción de un daño (de un daño no justificado) parece clara. El Tribunal Supremo, en una sentencia de 27 de julio de 1986, «anuló un acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Sevilla que calificó un terreno como no urbanizable, cuando estaba calificado desde 1972 como suelo urbano. Se apreció la desviación de poder por considerar que la descalificación obedeció al propósito de la Corporación de abonar como justiprecio un valor inferior al que tenían los terrenos que deberían luego expropiarse» (Chinchilla, 1999, 158). La razón de la declaración de no urbanizable era perseguir un fin público (ahorrar dinero del erario público), pero eso está prohibido si se realiza produciendo un daño injustificado a los propietarios de los terrenos.

35. *¿Carácter subjetivo u objetivo de la desviación?*

Un último extremo de gran importancia para la utilización de la desviación de poder —y que también tiene que ver con el tercer requisito del apartamiento del fin— es el de si se acepta o no que la desviación pueda tener un carácter objetivo, esto es, que no sea necesaria la existencia de un móvil subjetivo. A propósito del fraude de ley, indicamos ya por qué, en nuestra opinión, no existe ninguna dificultad conceptual en aceptar esa interpretación, predominante en la doctrina y que, además, nos parecía la más conveniente por cuestiones de justicia material y dado el sentido de la institución, la preservación de la coherencia del ordenamiento jurídico. En relación con la desviación de poder, a las anteriores razones habría que sumar la de que una interpretación de esa figura en términos subjetivos resulta

incoherente con la defensa —como hace Chinchilla (*ibid.*, 15)— de facilitar la prueba de la desviación y, para ello, no exigir que la misma deba tener un carácter pleno y absoluto, aceptando las pruebas de carácter indiciario, etc. ¿No parece más natural reconocer simplemente que se puede incurrir en desviación de poder de manera objetiva, esto es, si resulta que el resultado de la norma que confiere poder (una ley, un reglamento, un acto administrativo) es objetivamente adecuado para la consecuencia *E* (que implica un daño injustificado) con independencia de si el órgano en cuestión tuvo o no ese propósito al realizar *A*? ¿Y no es esa la mejor manera de facilitar un control racional de las decisiones de los órganos públicos?

Las razones para pensar de otra forma que aduce Chinchilla en el libro tantas veces citado parecen ser estas dos¹²: La primera es que con ello se negaría la singularidad de la desviación de poder en relación con otras infracciones del ordenamiento jurídico: error de hecho o de derecho, cuya técnica de fiscalización sería el control de los hechos determinantes, o principio de proporcionalidad, que exige que el medio empleado por la Administración sea adecuado al fin que se persigue. Y la segunda es que esa interpretación objetiva podría tener incluso efectos restrictivos sobre las posibilidades de control judicial sobre las actuaciones administrativas, pues «si se prescinde del elemento finalista o subjetivo se eliminaría la posibilidad de controlar supuestos para los cuales no cabría aplicar ningún otro motivo de nulidad». Pues bien, ninguna de las dos razones nos parece convincente. La primera, porque confunde supuestos de ilícitos (de infracciones del ordenamiento jurídico) con procedimientos o técnicas para mostrar la existencia de esos ilícitos: en efecto, la existencia de determinados hechos o la inadecuación de ciertos medios para alcanzar determinado fin puede muy bien constituir la forma en que se muestre que ha habido desviación de poder: que de *R* se deriva una consecuencia *E*

12. Aparecen como crítica a la defensa que Eva Desdentado (1997) hace de la concepción objetiva de la desviación de poder. Hay también una sentencia reciente del Tribunal Supremo (de 26 de mayo de 1995) en la que se sostiene esa concepción objetiva.

contraria a un principio jurídico. Y la segunda, porque malinterpreta lo que significa sostener una concepción objetiva de la desviación de poder: quienes defienden (defendemos) ese punto de vista no tratamos, por así decirlo, de sustituir una concepción subjetiva por otra objetiva, sino de construir esta última de forma que incluya todos los supuestos que caerían bajo la primera concepción y que permita además ir más allá, lo cual —nos parece— resulta claramente de nuestra definición de desviación de poder.

Capítulo V

SOBRE LA LICITUD ATÍPICA

36. *Tres supuestos de licitud atípica*

En los capítulos anteriores hemos estudiado los ilícitos atípicos, esto es, las conductas que resultan ilícitas por oponerse no a una regla (de acuerdo con la cual aparecen como *prima facie* permitidas), sino a algún principio (que determina que estén finalmente prohibidas). Pues bien, la ilicitud atípica tiene su conversa, por así decirlo, en la licitud atípica, esto es, en aquellas conductas que aparecen como *prima facie* prohibidas, por resultar subsumibles en una regla prohibitiva pero que, a la luz de los principios relevantes del sistema jurídico, resultan finalmente permitidas. Aquí cabría distinguir tres supuestos¹:

1) El primero de ellos se da cuando un determinado caso está *fuera del alcance de una regla prohibitiva*, bajo la que resulta subsumible, porque las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso. Pensemos, por ejemplo, en una regla que prohíbe la entrada de vehículos en un determinado parque y entendamos que la misma ha sido establecida para hacer que prevalezca la seguridad de los usuarios del parque sobre la agilización del tráfico rodado que supondría la permisión de entrada de vehículos. Imaginemos que se trata de

1. En relación con las nociones de «fuera del alcance» y de «excepción» seguimos aquí —incluso en los ejemplos, sólo ligeramente reformulados— la reconstrucción de las posiciones de Raz llevada a cabo por Ángeles Ródenas (1998).

montar una exposición de vehículos en el parque y que, para ello, estos son introducidos en el parque en horas en que este se encuentra cerrado. Este caso parece estar *fuera del alcance* de la regla prohibitiva, porque la introducción de los vehículos en tales condiciones no pone en peligro la seguridad de nadie (ni tampoco afecta en absoluto a la fluidez del tráfico rodado).

2) El segundo supuesto se produce cuando un determinado caso constituye una *excepción a una regla prohibitiva*, porque en relación con él se dan las razones que justifican la regla, pero también alguna razón más fuerte no contemplada en la misma que justifica la permisión. Pensemos, por ejemplo, que se trata de que una ambulancia penetre en el parque para recoger a un herido que podría desangrarse de no recibir una asistencia inmediata. Ciertamente, la ambulancia podría poner en cierto peligro la seguridad de quienes fueran usuarios del parque en ese momento, pero la necesidad de salvar una vida humana parece ser una razón que debe prevalecer.

3) El tercer supuesto tiene lugar cuando en un determinado caso se dan las razones que justifican la regla prohibitiva, pero en un grado tan mínimo que parece injustificado que el alcance de la regla llegue a cubrir el caso en cuestión. En este último supuesto vendría a operar, a nuestro juicio, algo así como un *principio de tolerancia*. Veamos esta cuestión con cierto detenimiento, esto es, indaguemos si cabe hablar de tolerancia como concepto propiamente jurídico.

37. *La tolerancia jurídica*

Ernesto Garzón Valdés (1993) ha caracterizado la tolerancia a través de la conjunción de tres elementos: *a)* la existencia de una competencia adecuada: tolera quien tiene competencia para prohibir un acto (que, sin embargo, declara permitido), pero no toleramos las acciones a las que estamos sujetos. Dicho de otra forma, no cabe hablar de tolerancia de los súbditos hacia acciones de las autoridades; *b)* una tendencia a prohibir el acto tolerado: no se toleran los actos que nos parecen encomiables; *c)* una ponderación de los argumentos en favor de la prohibición

o de la permisión: la tolerancia no es lo mismo que la indiferencia, y de ahí que tolerar sea siempre un acto intencional.

A partir de aquí, la tolerancia aparece como una relación en la que cabe distinguir: 1) los sujetos de la tolerancia: quienes toleran y quienes son tolerados; 2) el acto que resulta tolerado, y que puede consistir tanto en una acción como en una omisión; 3) las circunstancias específicas de la tolerancia, esto es, las propiedades que deben darse para que pueda decirse que existen razones —buenas razones— para levantar la prohibición; 4) un factor temporal, pues la tolerancia exige cierta permanencia: no se es tolerante si se permite un acto (a cuya prohibición se tiende) en una cierta ocasión y se prohíbe luego en otras ocasiones en que se dan las mismas circunstancias.

Lo anterior significa, a juicio de Ernesto Garzón Valdés, que en una relación de tolerancia deben existir dos sistemas normativos de referencia: uno, al que llama «sistema normativo básico», que lleva a no permitir el acto; y otro, de un nivel superior, al que llama «sistema normativo justificante», que provee los argumentos para levantar la prohibición inicial. Por ejemplo, el sujeto *A* tolera que *B* fume en el despacho de *A*; *A* tiene competencia para prohibirle a *B* que fume en el despacho del propio *A* y su «sistema normativo básico» le empuja en esa dirección (*A* considera que fumar en locales cerrados es perjudicial no solo para quien fuma en ellos, además de sumamente molesto). Sin embargo, *A* encuentra razones de orden superior (que constituirían el «sistema normativo justificante» en relación con el caso) para levantar la prohibición: por ejemplo, sabe de la adicción al tabaco de *B* y del sufrimiento psíquico que le produce abstenerse de fumar; sabe también que, si no es con un cigarrillo en la boca o cerca de ella, a *B* no se le va a ocurrir ninguna idea interesante para el trabajo que están realizando conjuntamente, etc.

Ahora bien, en el planteamiento de Garzón Valdés, que nos parece esencialmente acertado, hay algo que llama la atención: él habla de tolerancia moral, religiosa, filosófica, científica, política, estética o de convenciones y modas (Garzón Valdés, 1993, 406), pero no de tolerancia jurídica. Y la razón (que él no explicita) parece ser esta: el Derecho es un sistema

único (y por tanto en él no puede distinguirse entre un sistema normativo básico y un sistema normativo justificante) que pretende ser supremo (cf. Raz, 1991) (y, por tanto, no puede admitir un sistema normativo justificante superior a él mismo, en virtud del cual resultarían permitidas acciones que el Derecho prohíbe); en consecuencia, la tolerancia no tendría espacio posible en el Derecho: si bien una norma jurídica puede ser el resultado de la tolerancia moral (como sucedió históricamente con la libertad de cultos o con la permisión de las corridas de toros [cf. Fernández, 1987]), el sistema jurídico en cuanto tal no podría integrar en su seno la tolerancia sin negarse a sí mismo.

Pues bien, en nuestra opinión, esa sería la conclusión a la que habría que llegar si el ordenamiento jurídico lo contemplamos meramente, en su vertiente regulativa, como un sistema de reglas, pero una conclusión que debe evitarse si lo vemos como compuesto tanto por reglas como por principios: el equivalente a los dos sistemas normativos de que nos hablaba Garzón Valdés (el sistema normativo básico y el sistema normativo justificante) lo encontramos, al menos en los Derechos desarrollados, en la existencia de una cierta tensión entre el nivel de las reglas y el de los principios; por eso, una cierta conducta puede estar prohibida por el sistema de reglas, pero permitida según el sistema de principios. Esto, naturalmente, no significa que el Derecho, frente a un determinado caso, provea dos soluciones distintas; el Derecho «habla con una sola voz», lo que quiere decir que, consideradas todas las cosas, esto es, confrontado el sistema de reglas y el sistema de principios, la conducta en cuestión resulta finalmente permitida (permisión que, naturalmente, ha de mantenerse para el futuro siempre que se den esas mismas condiciones).

Por lo demás, no nos parece que sea difícil encontrar en el Derecho —en nuestros Derechos— ejemplos de lo que bien puede llamarse tolerancia jurídica. En la regulación del tráfico, por ejemplo, la prohibición de no aparcar en determinados lugares no se aplica (esto es, se levanta) en ciertas zonas céntricas durante los fines de semana (o durante las noches del viernes y del sábado) no porque se considere que entonces

ya no se den en absoluto las razones para la prohibición (evitar, supongamos, molestias a quienes han de llevar a cabo sus gestiones en esa zona o a los vecinos), sino porque —se supone— estas razones se dan en grado mínimo. Y aunque una regla del código de circulación establece claramente la prohibición (y la correspondiente sanción en caso de hacerlo) de circular a más de 120 km/h por una autopista, la Dirección General de Tráfico no multa (tolera) a los conductores que no pasan de 140 km/h, no por considerar que circular a más de 120 km/h y menos de 140 km/h no genere ningún riesgo, sino —es de suponer también— porque ese riesgo es mínimo. Naturalmente, en ambos casos no sería admisible que el levantamiento de la prohibición rija para unos automovilistas, y no para otros (que se encuentren en las mismas circunstancias). Y, desde luego, es posible que el principio de tolerancia se aplique mal en estos casos, esto es, que se tolere lo que no se debería tolerar.

Incluso en el Derecho penal tiene una aplicación el principio de tolerancia². Así, basándose en lo que se llama «principio de insignificancia», no se castigan conductas subsumibles en la descripción contenida en una regla penal, pero que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico en un grado mínimo. Un ejemplo claro de ello lo constituye el tráfico de drogas, cuando las sustancias se encuentran extremadamente desnaturalizadas (los grados de pureza son prácticamente irrelevantes) o cuando la cantidad objeto del tráfico es ínfima; no se trata —como bien advierten los penalistas— de que no exista afectación para un bien jurídico, sino de que es tan mínima que no está justificado mantener la prohibición. Ello implica una diferencia relevante entre los supuestos de tolerancia y los supuestos de fuera del alcance o de excepción de una regla: respecto del comportamiento tolerado sigue habiendo un juicio de desaprobación, aunque, como hemos dicho, tan mínimo que no justifica la prohibición; en los otros dos supuestos, sin embargo, esto no es así: no hay nada que reprochar, por seguir con los ejemplos

2. Agradecemos a Antonio Doval la información que nos ha facilitado sobre este punto.

utilizados, a quienes utilizan el parque para hacer una exposición de automóviles ni al conductor de una ambulancia que penetra en él para salvar la vida de un herido.

38. *Licitud atípica y carácter perentorio de las reglas*

En un trabajo anterior, al que nos hemos remitido aquí en numerosas ocasiones, sostuvimos que las reglas de mandato constituyen, para quien las acepta, razones perentorias para actuar (Atienza y Ruiz Manero, 1996, 12 ss.). Las reglas, decíamos allí, se dirigen a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, sus destinatarios excluyan, en cuanto base del curso de acción a adoptar, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables al caso y adopten como tal base el contenido de la regla. ¿Es compatible esta caracterización de las reglas con lo aquí sostenido respecto de la posibilidad de casos que estén fuera del alcance de la regla, constituyan una excepción a la misma o supongan casos de tolerancia justificada? Alguien podría argumentar que las reglas, lejos de constituir razones perentorias, deben verse más bien como razones *prima facie*, revisables (y derrotables) siempre a la luz de las circunstancias del caso concreto (esto es, de las razones aplicables al mismo). Esta manera de ver las cosas nos parece, sin embargo, equivocada. Seguimos creyendo que la función de las reglas es precisamente la de evitar la necesidad de que su destinatario, para adoptar un curso de acción, delibere acerca del balance de razones aplicables al caso. Lo que ocurre es que esta función presupone que al caso al que nos enfrentamos le son aplicables las razones que la regla toma en cuenta y solo ellas. Cuando no es así, cuando al caso al que nos enfrentamos no le son aplicables las razones tomadas en cuenta por la regla o aun siendo estas aplicables lo es también alguna otra razón jurídicamente relevante —relevante de acuerdo con principios— que la regla no toma en cuenta, la regla no puede ya cumplir su función característica y fracasa como tal regla. Y esto es lo que ocurre con los supuestos aquí considerados: en los casos situados fuera del alcance las razones tomadas en cuenta por la regla no son

aplicables al caso; en los casos de excepción lo que sucede es que, junto con las razones tomadas en cuenta por la regla, resulta aplicable una tercera razón que tiene más peso que aquellas; en los casos de tolerancia las razones tomadas en cuenta por la regla son aplicables al caso en un grado tan mínimo que cabe decir que no alcanzan para justificar la prohibición.

Las reglas deben, pues, a nuestro juicio, ser consideradas como razones perentorias en relación con todos aquellos casos (la inmensa mayoría) que no están fuera del alcance de las mismas y no constituyen casos de excepción o casos de tolerancia. Las reglas, en definitiva, son razones perentorias dentro de su alcance justificado (lo que excluye los supuestos de fuera del alcance, los de excepción y los de tolerancia). En estos supuestos la regla fracasa como tal y la coherencia valorativa del sistema jurídico exige ponderar los principios aplicables al caso para elaborar un nuevo balance de razones que se exprese en una nueva regla. Todo lo que esto implica es que las reglas, de un lado, son razones perentorias, pero no razones absolutas³, y, de otro, que existe cierta relación de prioridad de los principios en relación con las reglas. O, como diría Dworkin, que la práctica del Derecho es (debe ser) sensible a su sentido.

Después de todo este análisis, nuestra definición de los lícitos atípicos sería la siguiente:

«La conducta *A* del sujeto *S* es lícita (atípicamente lícita) en las condiciones *C'*, si y solo si:

1) Existe una regla que prohíbe a *S* realizar *A* en las circunstancias *C*.

2) Los principios que fundamentan esa regla no justifican la prohibición de *A* en las circunstancias *C'*, porque —siendo *C'* igual a *C* en todos los demás aspectos—,

2.1) en *C'* no se dan las razones que concurrían en *C* para justificar la prohibición (*C'* es un caso que está fuera del alcance de la regla); o bien

3. En este sentido, cf. Ródenas, 1998, 112 ss.

2.2) en C' se dan otras razones, además de las que concurrían en C , que tienen un mayor peso que las que justificaban la prohibición (C' es un caso de excepción a la regla); o bien

2.3) en C' se dan las razones para la prohibición, pero en un grado mínimo (C' es un caso de tolerancia).

3) En consecuencia, surge una nueva regla según la cual en las circunstancias C' está permitido realizar A ».

Capítulo VI

CONCLUSIONES

En las páginas anteriores hemos tratado de presentar la noción de «ilícitos atípicos» fundamentalmente a través del análisis de las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, y sobre la base de una teoría de los enunciados jurídicos en la que se distinguen las normas regulativas de las normas constitutivas, y las primeras se dividen en reglas y principios. Pretendemos ahora señalar, en una forma muy sintética, cuáles son los resultados que arroja ese análisis y que, en nuestra opinión, conforman lo que podría llamarse una teoría general de los ilícitos atípicos. Las tesis fundamentales de esa teoría vendrían a ser las diez siguientes:

1. Las normas jurídicas regulativas pueden verse como formando una estructura de dos niveles: el de las reglas y el de los principios; ambos tipos de normas pueden regular acciones (reglas de acción y principios en sentido estricto) o estados de cosas (reglas de fin y directrices). Además, ambos tipos de normas no tienen solo una dimensión directiva, sino también una dimensión valorativa: no pretenden solo dirigir la conducta, sino proporcionar también criterios de valoración (de justificación y de crítica) de la misma. Esta dimensión valorativa tiene, por así decirlo, cierta prioridad lógica sobre la dimensión directiva: por limitar el ejemplo a las prohibiciones, ciertas acciones o estados de cosas no son disvaliosos porque estén prohibidos, sino que, bien al contrario, están prohibidos porque se consideran disvaliosos.

Mientras que los principios expresan directamente los valores incorporados al sistema jurídico y las directivas que *prima facie* se derivan de los mismos, las reglas constituyen concreciones, relativas a las circunstancias genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación, derivadas del balance entre los principios relevantes en dichas circunstancias. Estas concreciones constituidas por las reglas pretenden ser concluyentes y excluir, como base para adoptar un curso de acción, la deliberación de su destinatario sobre el balance de razones aplicable al caso. Esta pretensión, sin embargo, resulta en ocasiones fallida: cuando el resultado de aplicar la regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla. En tales casos la pretensión concluyente y excluyente de las reglas fracasa y lo ordenado o permitido por ellas alcanza sólo un valor *prima facie* que se ve finalmente, una vez consideradas todas las circunstancias, desplazado.

Reglas y principios, de esta forma, no constituyen entidades que pertenezcan a mundos separados, sino elementos de una misma realidad: el Derecho considerado en su conjunto, o cada una de las instituciones que lo integran. Así, puede decirse que lo que da sentido a las reglas son los principios que les sirven de justificación; y, por otro lado, que los principios no pueden ser aplicados directamente para la resolución de un caso, sino que necesitan antes dar lugar a reglas.

2. Los ilícitos son acciones (entendida la expresión en su sentido más amplio) opuestas a normas regulativas de mandato. De aquí se infiere que no puede haber ilícitos que se opongan a permisos (pues si una acción y su omisión están permitidas, entonces tanto realizar esa acción como no realizarla es lícito) o a normas constitutivas (pues dichas normas no tienen carácter deóntico, sino que establecen las condiciones para la producción de un cierto resultado institucional o cambio normativo). Como las normas de mandato pueden ser reglas o principios, existen dos tipos de ilícitos: los ilícitos típicos, que son acciones opuestas a reglas de mandato; y los ilícitos atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandato.

3. Los ilícitos atípicos son acciones que, *prima facie*, están permitidas por una regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. El cambio de *status* deóntico (el paso de «permitido» a «prohibido») tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas, dos mecanismos para ampliar el campo de lo ilícito. Uno es el de la analogía, en el que cabe distinguir los supuestos de *analogia iuris* y de *analogia legis*. En ambos supuestos se parte de la existencia de una laguna normativa en el nivel de las reglas (la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva); el cambio de *status* deóntico se produce, en los supuestos de *analogia legis*, por la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso en cuestión. En los supuestos de *analogia iuris* la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay una regla prohibitiva aplicable a casos semejantes. El segundo tipo de mecanismo (el que a nosotros nos interesa de manera especial) opera de la siguiente manera: el punto de partida es la existencia de una laguna axiológica (la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite); el cambio en su *status* deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso. Los ilícitos atípicos plantean, en consecuencia, una situación distinta a los conflictos entre reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es un conflicto entre reglas y principios (abuso de derecho, fraude de ley y desviación de poder) o entre falta de reglas y principios (analogía).

4. La existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho, entre las reglas y los principios. En algunos sistemas (los de *civil law* o de Derecho continental) eso se logra, por un lado, recurriendo a la analogía y, por otro, mediante las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. En otros (los de *common law*) la analogía está también muy presente, pero no así las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, cuyo equivalente funcional vendría a ser la técnica del *distinguishing*. En ese sentido, puede decirse que la categoría de los ilícitos atípicos es común a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resulta necesaria para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

5. Dejando a un lado la analogía, las tres figuras que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos tienen los siguientes elementos en común: *a*) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; *b*) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; *c*) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; *d*) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecían como permitidos.

6. La diferencia entre el abuso del derecho (por un lado) y el fraude de ley y la desviación de poder (por el otro) es que las dos últimas figuras presuponen no solo la existencia de normas regulativas (y, en particular, de una regla permisiva) sino, además, de una norma que confiere poder (un tipo de norma constitutiva que establece que si en determinadas circunstancias un agente realiza determinada acción, entonces se produce un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley, etc.). En el fraude y

en la desviación de poder, lo *prima facie* cubierto por una regla permisiva es el uso del poder conferido por esa norma: cuando se trata de poderes normativos privados, la figura pertinente es la del fraude de ley; y cuando se trata de poderes normativos públicos, lo es la desviación de poder.

7. No obstante lo anterior, hay una zona de solapamiento entre el abuso del derecho y el fraude de ley. Eso se debe a que la idea de tener un derecho hace referencia a cuatro posibles modalidades jurídicas (en el sentido de Hohfeld): derechos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades. El fraude de ley se puede cometer únicamente mediante el uso de poderes normativos. Y ello es lo que explica que en el caso de los derechos que consisten fundamentalmente en poderes normativos (como ocurre en general con las facultades procesales) la idea de abuso del derecho y la de fraude de ley se confundan aunque cada una de ellas sirva, como veremos en el punto siguiente, para destacar un aspecto distinto de una misma situación.

Ese solapamiento no se da entre el abuso del derecho y la desviación de poder, porque los órganos públicos no tienen intereses propios legítimos amparados por derechos; sus actuaciones (como tales órganos públicos) no están regidas por el principio de autonomía, sino por el de la persecución del interés público.

8. En el abuso del derecho el elemento del daño tiene un carácter directo, en el sentido de que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa (por ejemplo, al extraer arena de una playa, se daña una instalación). En el caso del fraude y de la desviación de poder el daño tiene carácter indirecto o mediato: se produce porque el resultado del uso de la norma que confiere poder (poder cuyo uso está permitido por una regla regulativa) se conecta convencional o causalmente con un estado de cosas ulterior; la producción del daño, en definitiva, requiere la producción de un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley...). Cuando a una acción que puede ser

calificada simultáneamente de abusiva y de fraudulenta la calificamos como abusiva, hacemos abstracción (ponemos entre paréntesis, por así decirlo) de esta mediación institucional; que es, por el contrario, lo que destacamos cuando la calificamos como fraudulenta.

9. Tanto en el caso del fraude de ley como en el del abuso del derecho o en el de la desviación de poder (y otro tanto podría decirse en relación con la analogía) el proceso argumentativo que lleva a considerar como prohibida una acción *prima facie* permitida tiene un carácter interpretativo, entendida la interpretación como una operación no consistente simplemente en aclarar el significado de una expresión dudosa, sino en conformar el Derecho de manera que este pueda presentarse como un todo coherente. En ese sentido, el abuso, el fraude y la desviación de poder dan lugar a (o pueden presentarse como) principios interpretativos dirigidos al aplicador del Derecho, pero también a principios dirigidos al legislador (para que legisle de manera que se eviten en la medida de lo posible las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar).

10. La figura converso a la de los ilícitos atípicos es la de los lícitos atípicos, esto es, los actos *prima facie* prohibidos por una regla, pero que se convierten en permitidos consideradas todas las circunstancias. No obstante, aquí no cabría hablar (como habíamos hecho en relación con los ilícitos atípicos) de dos mecanismos para pasar de lo prohibido a lo permitido, sencillamente porque no hay dos tipos de prohibición que sean equivalentes al permiso por mera ausencia de regla prohibitiva y al permiso por presencia de una regla permisiva. Digamos que el paso de lo permitido *prima facie* (por ausencia de regla prohibitiva aplicable) a lo permitido consideradas todas las circunstancias sólo tiene interés argumentativo cuando hay alguna razón para pensar que lo permitido por ausencia de regla prohibitiva aplicable podría estar prohibido consideradas todas las circunstancias.

Por lo demás, hay tres supuestos de licitud atípica, de paso de lo *prima facie* prohibido por una regla a lo finalmente per-

mitido como consecuencia de los principios relevantes del sistema: 1) cuando se trata de un caso que está fuera del alcance de una regla prohibitiva porque las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso; 2) cuando se trata de un caso que es una excepción a una regla porque, aun dándose las razones que justifican la regla, se da también una razón más fuerte que justifica la permisión; 3) cuando se dan las razones que justifican la regla prohibitiva, pero en un grado tan mínimo que resulta injustificada la prohibición (principio de tolerancia). En relación con el elemento del daño que utilizábamos para construir las figuras de lo ilícito atípico (las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder), aquí —en lo lícito atípico— cabría decir que el daño: o no se produce (en 1); o está compensado por un bien superior (en 2); o es insignificante (en 3).

REFERENCIAS

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1991): «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Ídem: *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert (1992): «Individual Rights and Collective Goods», en Nino, Carlos S. (ed.). *Rights*, Darmouth, Aldershot, 1992.
- Atienza, Manuel (1986): *Sobre la analogía en el Derecho*, Civitas, Madrid.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2000): «Rules and Principles Revisited», pendiente de publicación en *Associations*.
- Austin, John (1977): *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Scholarly Press, Michigan.
- Barnes Vázquez, Javier (1988): *La propiedad constitucional (el estatuto jurídico del suelo agrario)*, Civitas, Madrid.
- Caffarena, Jorge (1995): Voz «Fraude de ley (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier (1997): *Introducción al Derecho internacional privado*, Comares, Granada.
- Carraro, Luigi (1961): Voz «Frode alla legge», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1961.
- Chinchilla, Carmen (1999): *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2.^a edición.
- Desdentado Daroca, Eva (1997): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1994): *Sistema de Derecho civil*, tomo 1, vol. 1, Civitas, Madrid, 8.^a ed.

- Eleftheriadis, Pavlos (1996): «The Analysis of Property Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies* 16/1.
- Fernández, Tomás-Ramón (1997): *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.^a ed. ampliada.
- Fernández, Tomás-Ramón (1987): *Reglamentación de las corridas de toros. Estudio histórico y crítico*, Espasa-Calpe, Madrid.
- Fernández Rozas, Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto (1996): *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (1999): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.
- Garzón Valdés, Ernesto (1993): «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», en Ídem: *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Gómez Torres, Carmelo-J. (1979): «El abuso de los derechos fundamentales», en Antonio-Enrique Pérez Luño y otros: *Derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Guzmán Zapater, Mónica y Abarca Junco, Ana Paloma (1998): *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid.
- Hare, R. M. (1975): *El lenguaje de la moral*, trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, UNAM, México.
- Herrero Rodríguez de Miñón, Miguel (1974): «Marginales al nuevo título preliminar del Código civil», en REDA.
- Honoré, Anthony M. (1961): «Ownership», en A. G. Guest (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence*, OUP, Oxford.
- Ihering, Rudolf (1997): *El espíritu del Derecho romano*, trad. abreviada de Fernando Vela, Marcial Pons, Madrid.
- Ihering, Rudolf (1990): *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, prólogo de Leopoldo Alas «Clarín», Temis, Bogotá.
- Kelsen, Hans (1979a): *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 2.^a ed.
- Kelsen, Hans (1979b): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, UNAM, México.
- Laporta, Francisco J. (1997): «El derecho a informar y sus enemigos»: *Claves de Razón Práctica* 72.
- Lasarte Alveara, Carlos (1992): *Principios de Derecho civil 1*, Trivium, Madrid.
- Leguina Villa, Jesús (1994): «El régimen constitucional de la propiedad privada»: *Derecho privado y Constitución* 3.
- Levi, Giulio (1993): *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Lifante Vidal, Isabel (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del*

REFERENCIAS

- Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Martín Bernal, José Manuel (1982): *El abuso del derecho*, Montecorvo, Madrid.
- Martín Retortillo, Sebastián (1957): «La desviación de poder en el Derecho español»: *RAP* 22.
- Montés, Vicente L. (1980): *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid.
- Nino, Carlos S. (1987): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires.
- Nino, Carlos S. (1992): *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- Paton, Georges (1972): *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 4.^a ed., a cargo de G. Paton y D. Derham.
- Raz, Joseph (1991): *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Rey Martínez, Fernando (1994). «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada»: *Derecho privado y Constitución* 3.
- Ródenas, Ángeles (1998): «Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial»: *Doxa* 21/I.
- Rodríguez Arias, Lino (1971): *El abuso del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Rosembuj, Tulio (1999): *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2.^a ed.
- Ross, Alf (1963): *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires.
- Rovira, José Antonio (1983): *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Barcelona.
- Salmond, John (1937): *Jurisprudence*, Sweet and Maxwell, London, 9.^a ed., a cargo de J. L. Parker.
- Schauer, Frederick (1991): *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford.
- Taruffo, Michele (1997): «Elementi per una definizione di “abuso del processo”», en *Diritto Privato*, vol. III.
- Waldron, Jeremy (1990): *The Right to Private Property*, OUP, Oxford.
- Warat, Luis Alberto (1969): *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995): *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Son catedráticos de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y editores de la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Entre sus publicaciones conjuntas destacan los libros *Marxismo y filosofía del Derecho* (1993) y *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (1996; traducida al inglés en 1998 como *A Theory of Legal Sentences*).

ISBN 84 - 8164 - 418 -



9 788481 644181