

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

MACARENA GUERRERO-BERNARDO PERIÑÁN (eds.): *El individuo ante el conflicto entre Poder y Derecho: problemas contemporáneos*, Granada, 2014, 225 págs.

Gema Polo
Profesora contratada Doctora de Derecho Romano
Universidad de Castilla-La Mancha

Es propósito central de la obra colectiva titulada **“El individuo ante el conflicto entre Poder y Derecho: problemas contemporáneos”**, coordinada por los profesores de Derecho Romano de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla (UPO), **Guerrero** y **Periñán**, abordar de forma profunda y extensa la problemática relación entre la Persona, el Derecho y el Poder. Un problema a todas luces, tal y como ambos profesores lo plantean desde el inicio, “capital” y “poliédrico” que aún no ha podido ser resuelto pacíficamente por el mundo contemporáneo, en el que cada sistema político ofrece un enfoque y una solución diferente a tan complejo equilibrio.

La vía elegida por Guerrero y Periñán, con el fin de intentar resolver las continuas fricciones surgidas por el desequilibrio de estos tres elementos, resulta ser, a nuestro juicio, de lo más acertada por cuanto ubican en el eje central de esta problemática a su protagonista indiscutible: al hombre. Éste, en su aparente debilidad, es la piedra angular sobre la que se fundamenta la obra colectiva, en torno a la cual se plantean toda una serie de cuestiones de la más diversa índole, analizadas por un nutrido número de profesores y profesionales del derecho, cómplices todos ellos de la labor de integración de la persona, del individuo, en la realidad política.

Precisamente, es la primera de las contribuciones a esta obra colectiva de las once que la conforman, la de la Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz, **Leticia Cabrera**, que lleva por título **“De la persona al individuo: el**

papel del *status naturae* en la configuración del estado de derecho" (pp.1-26), la que se encarga de trasladarnos a la necesaria transformación del concepto de persona en individuo, para conseguir que el *status naturae* -fundamento del Estado Moderno- sea la base de la sociedad y para que el derecho pueda pasar de ser considerado un objeto o cosa, a una facultad o poder.

Esa transformación sufrida en el concepto de persona y su distinta configuración inicial desde el ámbito filosófico y jurídico, es diseñada y configurada por la profesora Cabrera, a modo de lección magistral, en su magnífica y amplia contribución a esta obra colectiva, sobre la base del proceso evolutivo llevado a cabo en el seno del pensamiento filosófico y jurídico, en torno a la consideración de la persona como punto de atribución de derechos y obligaciones, esto es, como elemento básico de toda Ciencia jurídica.

Figura fundamental en la construcción de los cimientos de nuestra mentalidad jurídica actual -en la que se entiende la persona como sujeto de imputación, gracias a la labor última de la Pandectística del siglo XIX- y más influyente en la elaboración del concepto de persona, tal y como reconoce la autora (p. 2), es el político, poeta y filósofo romano del Siglo VI Boecio, cuya obra fue muy conocida durante la Edad Media y muy utilizadas sus disquisiciones sobre la naturaleza, el ente y la persona, pues sirvieron de punto de partida en las

explicaciones escolásticas del Ministerio Trinitario, como sabemos, uno de los dogmas más importantes de la fe católica.

En efecto, su definición filosófica de la persona como la “substancia individual de naturaleza racional” fue acogida, explicada y desarrollada por Santo Tomás en la *Suma Teologica* y antes que él, según recoge Cabrera (p. 4), por Ricardo de San Víctor, autor de uno de los grandes libros de la historia, *De Trinitate*, quien insistió en la distinción entre substancia y persona.

Así fue cómo los nombres de persona y hombre, tanto para Santo Tomás de Aquino como para otros autores de su tiempo, llegaron a designar dos realidades distintas, precisamente por esa individualidad a la que el nombre de persona hace referencia, y así fue también cómo los escolásticos, una vez definida y distinguida la persona de la esencia o substancia, alcanzaron a señalar las características esenciales de la persona (p. 6) : unidad, singularidad, incomunicabilidad, dignidad, substancialidad y racionalidad.

De todas estas características o propiedades de la persona, el filósofo y teólogo franciscano Juan Duns Escoto, nos indica la profesora Cabrera (p. 6), tomando la parte por el todo, consideró como único elemento constitutivo la incomunicabilidad, esto es, la no dependencia, lo cual resultaba algo contradictorio, tal y como se llegó a objetar por parte del dominico francés Capreolo, por cuanto el planteamiento escotista elevó un elemento negativo a constitutivo del concepto

de persona. Consciente de ello, aunque sin llegar a explicar cuál, el propio Escoto admitió que la sola negación de la dependencia no podía definir a la persona, por lo que era preciso incluir un *plus* positivo.

Lo más interesante de todo ello, como apunta Cabrera (p. 7) , no es sólo que la doctrina escotista fuera una muestra más de la identificación de la persona como ser independiente, así como el punto de partida de la corriente teológica nominal. Junto a ello, fue la noción de persona por ella desarrollada como un ser independiente, la que se acabó imponiendo y sirvió de base antropológica a la construcción intelectual del Estado de Derecho durante la Modernidad jurídica y la que propició (p.12) el avance de la noción subjetiva del derecho.

En efecto, siguiendo a Cabrera (p.13), la consideración del derecho de la Escuela franciscana como una potestad conferida directamente por la justicia divina al hombre, es lo más significativo en el tránsito de la persona al individuo: el desplazamiento del acento en la concepción del derecho, que dejaba de ser la considerado cosa justa -de ahí, que Santo Tomás de Aquino lo hubiera definido como cierto modo de igualdad (p.10)- para pasar a ser considerado un poder.

Consecuentemente, las ideas sobre el derecho como una facultad individual (p.14 s.), según nos explica la Profesora Cabrera, se extendieron rápidamente, transmitiéndose hasta la Modernidad y ello, a pesar de que en los primeros años del

siglo XVI, a través de Francisco de Vitoria y la Escuela Salmantina, se relanzara el pensamiento tomista.

Pues bien, regresando al punto de partida de la contribución a esta obra colectiva de la Profesora Cabrera, una vez explicado el proceso sufrido en la transformación de la persona a individuo y el de la noción de derecho, finalmente considerado como el poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe (p. 16), tal y como la autora nos cuestiona, ¿qué papel juega en todo esto el *status naturae*? (p.17).

Lo primero que Cabrera nos advierte a este respecto, es que el estado de naturaleza ha estado presente tanto en la Ciencia jurídica, desde tiempos remotos, como en la teología y en la filosofía, en la medida en que siempre ha sido el recurso al que han acudido todos los que han querido afirmar que, por naturaleza, el hombre es libre y todas las cosas pertenecen a todos por igual.

Para los teólogos (p.18) era el estado del hombre anterior al pecado original y para los juristas, una época histórica; una Edad dorada de la Humanidad en la que, al estar vigente el *ius naturale*, no existía ni la esclavitud ni la propiedad privada. Tan extendida estaba esta mentalidad que hasta el propio San Isidoro de Sevilla, como pone de relieve la profesora Cabrera, recogió estas ideas en sus *Etimologías* bajo la expresión *omnium una libertas y communis omnium possessio*.

Según estos mismos juristas, prosigue Cabrera, el estado de naturaleza acabó cuando el Derecho de Gentes introdujo la

propiedad privada, la esclavitud y el poder político, y posterior a este Derecho de Gentes, continúa, fue la introducción del *ius civile* por parte de los hombres, con lo que se dio el paso a la sociedad actual. Éste fue el momento en el que el estado de naturaleza comenzó a adquirir un papel relevante en la fundamentación teórica del poder. Tanto es así, que en las teorías jurídico-políticas de la Modernidad (p.21) el estado de naturaleza fue considerado como el primer axioma de los razonamientos jurídicos modernos y como la hipótesis racional necesaria para explicar el conjunto de obligaciones que pesan sobre los individuos en el estado social.

De este modo, prosigue Cabrera (p. 22 s.), sobre la base del estado de naturaleza el individuo se presenta como un ser radicalmente libre hasta el punto de afirmar, como hiciera Vázquez de Menchaca, que la sociabilidad no es natural al hombre; esto es, para Vázquez, en la misma medida en que el hombre por naturaleza es libre, la sociedad civil y el poder político son artificiales, por lo que sólo el pacto pudo ser el único criterio para establecer la legitimidad de un régimen jurídico y político.

Esta afirmación de Vázquez, por su parte, fue la que llevó a Pufendorf a la idea de que el hombre por naturaleza es un ser aislado de sus congéneres, y como tal, independiente, esto es, libre y así fue cómo los autores modernos hicieron derivar de la libertad del *status naturae*, el otro rasgo fundamental de su naturaleza: la igualdad.

Es desde esta igualdad sumada a la libertad, de donde puede afirmarse el consentimiento libre como origen de todas las obligaciones que vinculan al hombre: entre otras, el derecho de propiedad que, derivado de la libertad del individuo, tal como Locke llegó a plantear en su *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, por primera vez en la historia, pasó a ser una institución propia del derecho natural, culminando con ello el diseño intelectual del Estado de derecho.

Cierto es, como afirma la profesora Cabrera en las últimas páginas de su trabajo (pp. 24-26), que, una vez que los individuos se han disuelto en el Estado, el Derecho no es más que la manifestación del poder político (pp. 24 s.); muy atrás, como podemos observar, quedan las consideraciones del Derecho como la cosa justa o como lo que se le debe a alguien, triunfando, con ello, los individualismos y reduciendo el derecho a pura fuerza. De nuevo, sólo situando a los individuos en una situación abstracta e irreal como es el estado de naturaleza, se podrá homogenizar las voluntades de manera que se pueda evitar que la voluntad del más fuerte triunfe sobre la del más débil.

Lo chocante es que, tal y como afirma la autora, en la actualidad aún sigamos construyendo edificios teóricos para tratar de explicar racionalmente el Estado y el Derecho sobre una ficción como el *status naturae* (como el caso que expone de la teoría más reciente, la de Rawls). Ello, a decir de Cabrera, nos hace seguir inmersos en la Modernidad, al entender que los

únicos parámetros adecuados para garantizar la objetividad del razonamiento jurídico son los emanados desde el individuo abstractamente considerado; unos parámetros que son adecuados en el ámbito jurídico de protección de las personas (como el Derecho Penal, los Derechos Humanos), pero que valen poco, cuando se trata de establecer qué es lo que se le debe o se le puede exigir a alguien.

A modo de conclusión, la profesora Cabrera afirma que no existen ni el estado de naturaleza, ni los individuos aislados por la sencilla razón, tal como ella lo explica, de que lo que existe es una sociedad formada por hombres que somos al mismo tiempo muchas personas que vivimos en un cúmulo de situaciones vitales, desde las que surgen nuestras competencias, esto es, lo que podemos y se nos puede exigir justamente.

Pues bien, a la cuestión con la que Cabrera finaliza su trabajo, esto es, el modo en el que pueden ser determinadas nuestras obligaciones jurídicas y exigencias (p. 26), entendemos que puede servir de respuesta la propia noción de ciudadanía que Hanna Arendt desarrolla en su obra, por cuanto con ella lo que la pensadora alemana trata de establecer, son unos límites o condiciones para el ejercicio de la libertad, considerando tanto los derechos y las instituciones, como las responsabilidades y acciones que las personas han de desplegar en el espacio público (p.29).

Con esta primera aproximación a la noción de ciudadanía ofrecida por Hanna Arendt nos adentramos en el segundo de los estudios incluidos en la obra colectiva coordinada por los profesores Guerrero y Periñán, **“La ciudadanía en Hannah Arendt: condiciones históricas y acción política”** (pp. 27-44), llevado a cabo por el profesor de Ciencia política de la UPO, **José Francisco Jiménez Díaz**, quien considera acertada la redefinición de la política del pensamiento arentiano en tanto en cuanto posibilita una concepción de la ciudadanía más en consonancia con las condiciones socio-políticas de las plurales sociedades del presente (p. 44).

En efecto, reconoce el profesor Jiménez (p. 44), esta propuesta de ciudadanía se caracteriza por ser más inclusiva, puesto que es independiente de la existencia del Estado de modo tal, que la ciudadanía sería, a los ojos de Arendt, algo que el ser humano se brinda a sí mismo mediante su compromiso a largo plazo con la comunidad, muestra de la primacía moral de la política.

Precisamente, tal y como Jiménez pone de relieve (p.29 s), son las condiciones políticas y morales las que permiten, a juicio de Arendt, el desarrollo de la ciudadanía en los distintos procesos histórico-políticos en los que, ante todo, lo que ha de primar es un conveniente equilibrio entre libertad e igualdad, como ya vislumbrara Tocqueville en sus obras y cuyos argumentos conoce a la perfección, nuestra filósofa política alemana.

Junto a Tocqueville, Montesquieu es el otro pensador que inspira la obra de Arendt y ello, porque ambos estudiaron con detalle y admiración los sistemas políticos de su época: uno como perspicaz analista de la República estadounidense desde su fundación hasta bien adentrado el siglo XIX; el otro, como estudioso del sistema político inglés del siglo XVIII. También, porque ambos estudiaron las bases culturales y sociales que permiten el desarrollo de la libertad política, así como el sistema de equilibrios, poderes y contrapoderes de los regímenes constitucionales (p.31).

Para Hannah Arendt, la primera mujer que ocupó una plaza de profesora en Princeton, el único modo de facilitar el sistema de poderes y contrapoderes, y de configurar el equilibrio entre las diversas fuerzas sociopolíticas de un Estado es, como expone Jiménez (p. 32) , a través de la Constitución – que ha de servir de orientación a la *potestas in populo*- y del derecho positivo derivado de la misma; una Constitución, a juicio de la filósofa, considerada no sólo como fuente del derecho, sino también como “el acto de fundación” que siempre tendrá que ser recordado y actualizado, de forma paulatina, para que la ciudadanía, en sus distintos momentos históricos, pueda dotarlo de sentido moral y político.

Sin duda, para Arendt, siguiendo el comentario que de su obra lleva a cabo el profesor Jiménez (p. 33), Aristóteles es el pensador clásico más influyente en su obra; en efecto, la filósofa con su idea de que la política no es sino una acción construida

conjuntamente entre ciudadanos libres e iguales que utilizan sus ideas, palabras y discursos, lo que a su vez está reclamando, es la idea aristotélica de que solamente dos actividades pueden considerarse políticas: el discurso (*lexis*) y la acción (*praxis*). Y es que, ciertamente, tal y como fuera planteado por Hanna Arendt y recoge Jiménez (p. 35), qué tarea más decisiva para ejercer la ciudadanía puede haber, que la de pensar y expresar un juicio político en la esfera pública.

Las herramientas para poder llevar a cabo ese ejercicio de ciudadanía democrática son, en efecto, el discurso y la acción, y han de ser ejercidas en un espacio compartido de libertad e igualdad. Para lograrlo, es necesario educar a la ciudadanía en una serie de virtudes y principios que antepongan el bien común-público al bien particular; así es cómo el sentido etimológico de la república (*res publicae*: las cosas públicas) adquiere un relevante significado en el pensamiento republicano de Hanna Arendt (p. 37).

Estos ideales, estas virtudes y principios siempre han estado en peligro a lo largo de toda la historia de las democracias, desde el mismo momento en el que en la esfera pública han aparecido los ideales absolutos, constituyendo un claro ejemplo de ello (p. 38 s.) el proceso de cambio político que inauguró la Revolución Francesa, donde se cometió, a decir de Arendt, un error teórico fatal: creer, de modo casi automático y acrítico, que el poder y el Derecho tenían su origen en la misma fuente, es decir, en el pueblo. Y no solo ese, pues otro error

relacionado con el anterior, fue considerar, como hizo Marx, que la pobreza también puede constituir una fuerza política de primer orden, lo que supuso en el plano teórico la transformación de la cuestión social en fuerza política y la pérdida del mundo común.

Como reconoce el profesor Jiménez -gracias a quien se nos ha facilitado el análisis de la obra de la filósofa alemana judía Hannah Arendt, un pensamiento, como hemos podido comprobar, fundamental para desgranar el conflicto entre Poder y Derecho, y el papel que el individuo adopta en él-, puede que el análisis de la cuestión social moderna sea uno de los temas más complejos y controvertidos en la obra de Arendt.

En efecto, la progresiva extensión de la cuestión social en la modernidad (p. 40 s.) ha llevado a un fuerte y claro deterioro de la esfera política, así como a una proliferación de los intereses y necesidades privadas en la vida pública. De ahí, como reconoce Arendt, que el predominio de lo social haya tenido como clara consecuencia, de un lado, que los hombres nos hayamos convertido en seres fragmentados y atomizados, es decir, en individuos aislados unos de otros, en medio de una libertad solipsista y de un individualismo exacerbado. De otro, que hayamos llegado a una sociedad puramente adquisitiva y competitiva forjada por la burguesía moderna que ha producido apatía y hostilidad continua hacia la vida pública.

Todo ello, a nuestro juicio, no deja de ser caldo de cultivo para que, como admite el profesor Jiménez de la mano de

Arendt – la pensadora, a su vez, guiada por Tocqueville- (p. 41), los despotismos vividos durante los tiempos modernos se hayan derivado del excesivo aislamiento, individualismo e impotencia ciudadana, de cara a crear y proteger el espacio público, con el debido esmero.

Desgraciadamente, sirviéndonos de esta reflexión del profesor Jiménez que también hacemos nuestra (p. 42) , a modo de conclusión de su trabajo centrado en la obra de Hannah Arendt y que contribuye enormemente a la solidez de esta magnífica obra colectiva coordinada por los profesores Periñán y Guerrero, cierto es que nuestras sociedades del siglo XXI no son inmunes a la posibilidad de que sigan surgiendo grandes déspotas y tiranos, más aún cuando desde hace décadas se observa cómo se consolidan partidos extremistas por toda Europa, incluso en los países, como advierte Jiménez, que atesoran una larga tradición democrática y gozan de mayor grado de bienestar social.

Si bien, como afirmaba Arendt, la política existe para garantizar un mínimo de confianza ciudadana y, como sostiene Jiménez, la deriva de las democracias liberales ha erosionado progresivamente dicha confianza, el mayor problema creemos encontrarlo, en la actualidad, a tenor de los últimos acontecimientos que, sin ir más lejos, estamos viviendo en España, en la falta de confianza ciudadana en aquellos que han sido elegidos para representarnos, esto es, en nuestros políticos.

En efecto, tal y como sostenía Arendt y acabamos de comentar, la política existe para garantizar un mínimo de confianza ciudadana, en ningún caso, entendemos, para que su poder pueda llegar a suplantar la propia voluntad de los ciudadanos; más aún, su libertad.

Precisamente, una forma de evitar esa situación, es la que nos ofrece el profesor de Derecho Romano de la Universidad Panamericana de Méjico y de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, **Jorge Adame Goddard**, a través de su contribución al análisis del papel que ocupa el individuo en medio del conflicto entre Poder y Derecho, titulada, de forma tan explícita: **“El Derecho Privado como expresión de la libertad ciudadana frente al poder político”** (pp. 45-60).

Con él nos adentramos en el tercer trabajo incluido en esta obra colectiva que toma como punto de partida (p. 46) la concepción que en la actualidad se tiene del Derecho Privado, en concreto en la tradición jurídica occidental, como un orden normativo impuesto por el Estado, a través de las leyes y su aplicación judicial, consecuencia no sólo de la codificación del Derecho Privado en los códigos civiles y de comercio - en tanto que leyes, normas imperativas, a juicio del autor-, sino también de la organización política del Estado moderno, único titular del poder soberano indiscutible en un territorio determinado, capaz de definir y establecer el Derecho. De ahí, que todo el Derecho, incluido el privado, sea una expresión del poder político, del poder del Estado.

Ello lo que implica es que, tal y como expresa el profesor Adame (p. 47), el único progreso del Derecho Privado se pueda realizar mediante intervenciones del poder político -bien el legislativo, bien el judicial- y que el estudio del Derecho Privado se haya visto reducido al de las leyes -los códigos civiles principalmente- y sus interpretaciones judiciales, por lo que la única posibilidad que tienen los juristas para modificar, superar o renovar los contenidos del Derecho Privado, es hacer proyectos de ley para que puedan ser aprobados por el poder legislativo.

Ante esta situación, el firme propósito que el profesor Adame se ha fijado y que nos traslada a los lectores en su trabajo (p. 51), no es otro que plantear una renovación del Derecho Privado con la finalidad de que sea común a todos los pueblos, pero que llegue a ser realmente común por el hecho de ser ciencia y no ley, esto es, no por ser una expresión del poder político, sino fruto del estudio de los juristas.

Siguiendo al profesor, previa a esta renovación lo que se necesita es, a su vez, el reconocimiento de que el Derecho Privado es una ciencia con contenido propio (p. 48), cuya elaboración y progreso depende principalmente del trabajo intelectual de los que saben Derecho, es decir, de los juristas y no de quienes detentan el poder legislativo o judicial.

Si fuéramos capaces de reconocer que el Derecho Privado es una ciencia, ello nos conduciría, a su vez, a reconocerlo como una obra de libertad ciudadana, no del poder político (p. 48) y

el único modo de llevarlo a cabo, siguiendo al profesor Adame (p. 51), es recuperando y asimilando la concepción clásica romana del *ius* como un saber autónomo o ciencia, elaborado por los juristas; un saber que, a pesar de su necesaria vinculación con las leyes y las instancias políticas, especialmente las jurisdiccionales, es fundamentalmente una obra de la razón, de la autoridad de los que saben de estas cosas, y no de la potestad política nacional o supranacional.

Recuperación del papel del jurista en el Derecho clásico romano; reconocimiento del Derecho Privado como ciencia y método de trabajo encaminado a la renovación de los contenidos del Derecho Privado, por tanto, son los tres pilares sobre los que se asienta el planteamiento del profesor Adame.

De este modo, tras el esbozo que el profesor nos proporciona de la génesis del Derecho Romano clásico (pp. 49-51), desde la perspectiva de ser considerado como una obra racional hecha por los juristas, a quienes se les reconocía un saber o autoridad, que limitaba y orientaba el ejercicio de la potestad por los magistrados y los comicios, el profesor pasa a explicar cuáles podrían ser los elementos esenciales y permanentes de la ciencia del Derecho Privado (pp. 52-57): el objeto de estudio (material y formal); el método propio de fuentes de conocimiento; principios; contenido determinado y sistematizado.

Finalmente, Adame, en su afán por colaborar en la renovación de la ciencia del Derecho Privado derivada de la

tradición civilística o romano germánica, nos propone un método de trabajo (pp. 58-60), básicamente comparativo, que permite una reflexión sobre los contenidos de esta ciencia y que puede dar lugar a nuevas formulaciones de los contenidos tradicionales. Un método de trabajo que, de ser seguido por los juristas de diferentes países, especialmente los romanistas y civilistas, podrían llevar a la reconstrucción de una Ciencia del Derecho Privado con alcance universal, como fundamento del nuevo Derecho Privado común que la globalización y la nueva ordenación política mundial requieren.

Por último, haciendo nuestras sus palabras, querríamos destacar dos cuestiones básicas e imprescindibles para lograr el objetivo marcado por el profesor Adame:

1ª.- La necesaria formación de juristas sobre la base del estudio y la enseñanza del Derecho Romano, en tanto ciencia o doctrina jurídica creada por la autoridad de los juristas (p. 52).

2ª.- La ineludible recuperación del papel del jurista, a fin de que la elaboración y aplicación del Derecho privado sea una obra de la libertad y no del poder (p. 60).

Por su parte, la cuarta de las contribuciones a la obra colectiva coordinada por los profesores de Derecho Romano de la UPO, llevada a cabo por el también profesor de la referida universidad, además de abogado, Joaquín José Noval Lamas **“La evolución del derecho fundamental a la protección de datos: de un derecho frente al <<sistema>> a un derecho**

<<doméstico>> “(pp. 61-77), nos traslada a una de las cuestiones que ha dado lugar a grandes debates dentro del mundo jurídico, como es la de la eficacia de los derechos fundamentales, en el sentido de si son oponibles tan sólo frente al poder público o si también son alegables frente a los sujetos privados, esto es, si la eficacia de los derechos fundamentales se produce de manera vertical o también de manera horizontal.

Esta cuestión, de manera pormenorizada y explicando a la perfección cada uno de los pasos que se han dado tanto a nivel histórico-jurídico, doctrinal, como jurisprudencial, es llevada por Joaquín José Noval al terreno del, apenas hace tres lustros reconocido en España, derecho fundamental a la protección de datos -extraído del enunciado del art. 18. 4 de nuestra Constitución española, a través de la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (pp. 63 s.)-, en primer lugar, frente al sector público, esto es, el Estado y la organización económica de la sociedad y, en segundo lugar, frente a los particulares.

En efecto, tal y como apunta el autor, sirviéndose de las Memoria anuales de la Agencia de Protección de Datos correspondiente a los años 2002 (pp. 66-70) y al año 2011 (pp. 70-73), se puede observar que en la actualidad (p. 66), la realidad informativa nos demuestra que los problemas que afectan a este derecho son muy distintos, pasando a ser el

principal obstáculo a la protección de datos el propio interesado o su círculo de amistades o familiar más cercano; tanto es así,

Nos puede llamar la atención, es más, puede que nunca nos hayamos planteado que el uso privado de nuestro móvil, los geolocalizadores (buscar una calle, un restaurante, un museo, etc, a través de Google), el “*Cloud computing*” o la multitud de redes sociales a las que podemos tener acceso, puedan llevarnos a un conflicto frente a otros particulares o por nosotros mismos provocado, de cara a proteger nuestros datos.

A este respecto, el instrumento que nos puede servir para fundamentar jurídicamente nuestras pretensiones es precisamente, como nos indica Noval (pp. 73 s.), la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, reconocida en nuestro país especialmente tras la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, de 7 de febrero, esto es, el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos frente al particular.

Dando un paso más allá encaminado a proteger aún más ese derecho fundamental que, desde tan diversos ámbitos y circunstancias puede verse vulnerado, Joaquín José Noval, nos plantea la siguiente situación (p. 75): ¿qué sucede cuando las inmisiones a la intimidad de los ciudadanos vienen producidas a través de datos facilitados por personas de su ámbito de amistad, familiar, redes sociales o aplicaciones informáticas?

¿Sería aplicable en este supuesto, la que se ha venido a denominar “excepción doméstica”, recogida en el art. 3. 2 de la

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la libre circulación de éstos? (p.74):

“Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”

No, en opinión del autor y ello, sobre la base, ante todo, del precedente judicial establecido en el Asunto Lindqvist, resuelto en la Sentencia de 6 de noviembre de 2003 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se concluye, tal y como Noval recapitula, (p.76), que esta excepción debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares por lo que, evidentemente, un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas, no tendría cabida en la letra de dicha excepción.

En suma, este interesante análisis evolutivo de Joaquín José Noval Lamas en relación con el derecho fundamental a la protección de datos o *habeas data*, nos pone en la pista de los principales peligros que, como él mismo afirma (p.77), le acechan tanto por parte de los particulares como por, la

mayoría de las ocasiones, los datos que el mismo ciudadano o su entorno más cercano suministra.

La quinta de las contribuciones a nuestra obra colectiva de referencia es aportada por la también profesora de Derecho Mercantil de la UPO, **Lucía Alvarado Herrera**, quien eligió como tema no tratar directamente de la persona física; prefirió hacerlo indirectamente, desde la perspectiva del cliente, y de cómo ésta se puede ver en gran medida afectada por una determinada expresión de poder: el económico. Así, la temática sobre la que se centra el estudio de la profesora Alvarado se concreta con el título **“Persona jurídica y poder económico: el problema de las cajas de ahorro”** (pp. 79-92).

El objetivo marcado por la autora (p. 80) es llevar a cabo una serie de consideraciones sobre los cambios producidos desde el año 2010 -año en el que dio comienzo la importante reforma de las cajas de ahorro con la promulgación, tras años de reclamación, del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, *de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro-* hasta el momento legislativo en el que se contextualiza su análisis, esto es, hasta la promulgación del *Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, de 21 de junio de 2013, por la profesora Alvarado concebido como “contrarreforma”, en cierto modo, de aquella importante reforma iniciada tres años antes.

Ambos son los ejes centrales sobre los que pivota el trabajo de la Profesora Alvarado, al dedicar una parte del mismo a poner en valor los aspectos más relevantes del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, (pp. 82-86) y otra, a detenerse en los cambios más significativos que, con respecto a éste, fueron contemplados en el Proyecto de Ley de 21 de junio de 2013 (pp. 89-92).

Pues bien, sólo seis meses y ni una semana después de este Proyecto de Ley, en cualquier caso, entendemos que una vez ya fue entregado este estudio para su publicación a los coordinadores de la obra colectiva en el que este trabajo vería la luz, fue promulgada la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, por lo que, según hemos podido comprobar, no pudo ser contemplada en él, al igual, como es lógico, que el Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre de 2015, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, cuyo objeto (art. 1) es “(...) *desarrollar el artículo 44.3.b) de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, en relación con el fondo de reserva que deben constituir las fundaciones bancarias previstas en el artículo 44.3 de esa ley*”.

Excedería en mucho de nuestro propósito inicial consistente en hacer referencia a esta obra colectiva, a través del comentario sucinto de las contribuciones particulares que la integran y escaparía a nuestro alcance en estos momentos, detenernos en este estudio por la particularidad a la que nos hemos referido, por cuanto nos llevaría a tener que hacer una

comparativa exacta entre la regulación proyectada en junio de 2013, con la del texto de la propia Ley de diciembre de ese mismo año así como, en particular, en qué afecta al contenido de su art. 44. 3. b), el desarrollo contemplado en el Real Decreto de octubre del pasado año.

En consecuencia, me limitaré a resaltar mínimamente algunos aspectos que de forma puntual me han llamado la atención, tales como:

I.- La distinta percepción del modo en que se ha tardado en reaccionar ante la necesidad de una regulación de las cajas de ahorro; de una parte la profesora Alvarado, quizá desde su posición como jurista -profesora de universidad- ciudadana, critica la inactividad del legislador en la regulación de aquellos aspectos de las cajas de ahorros que la nueva realidad demandaba, las colocó en una situación nada favorable para enfrentarse a la crisis económica.

En cambio, tomado de la letra del Preámbulo (I) a la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, precisamente, “ (...) *las consecuencias de la crisis económica sobre el conjunto del sector financiero español han afectado con tal intensidad a las cajas de ahorros que han hecho necesario replantear de manera exhaustiva e integral su régimen jurídico. No resulta exagerado calificar como histórica y sin precedentes la rapidez y profundidad con la que se han sucedido los cambios regulatorios y operativos en el sector*”.

II.- Relacionado con ello, continúa Lucía Alvarado (p. 80), fue por lo que se produjo, además, un efecto que aunque no

deseado, como expresa la profesora, en cierto modo, entendemos, no era evitable: que los errores cometidos por alguna cajas llegaran a crear un clima de desconfianza hacia este tipo de entidades, cuando la realidad pone de manifiesto que no en todas ellas se cometieron abusos y que muchas de ellas se encuentran en situación de solvencia.

A este respecto, tomado literalmente de nuevo del referido Preámbulo a la Ley de diciembre de 2013 en concreto, del último de sus párrafos cabría destacar que, efectivamente, “(...) *durante los últimos años ha sido necesaria una profunda intervención de los poderes públicos para acometer el saneamiento y reestructuración de buena parte de las cajas de ahorros, cuya situación financiera ha llegado a comprometer muy gravemente el conjunto de la estabilidad financiera en España. Las dificultades para garantizar la viabilidad de ciertas cajas de ahorros y sus debilidades estructurales para reforzar autónomamente su solvencia, han exigido un esfuerzo extraordinario de la sociedad española que ha incluido la solicitud de asistencia financiera externa a los socios del Eurogrupo y la nacionalización de aquellas cajas de ahorros que se encontraban en mayores dificultades de solvencia*”.

III.- Por último, a nuestro juicio, sería matizable, a tenor de lo que expresa la continuación del último párrafo del Preámbulo anteriormente referenciado y que seguidamente extrapolaremos de forma expresa, la opinión de la profesora Alvarado en el sentido en el que ella entiende (p. 92) que el proceso iniciado en julio de 2010 y que culminaría con la

aprobación de la Ley de cajas y ahorros y fundaciones bancarias –no olvidemos que, como comentamos con anterioridad, este trabajo fue finalizado pocos meses antes de la publicación de la referida Ley-, implica que las cajas de ahorros “tradicionales”, como ejemplo destacado de la fundación-empresa, hayan pasado de ser un referente en la materia a tener la condición de fenómeno carácter residual.

En cambio, parece que la idea, según lo expresado en el Preámbulo, es otra: *“Realizado este esfuerzo, procede aprobar ahora una ley que recoja, con vocación de estabilidad y en un único texto, el régimen jurídico futuro de las cajas de ahorros. Un nuevo régimen que venga a conjugar los valores clásicos de las cajas de ahorros ya referidos, carácter social y arraigo territorial, con las lecciones que los históricos acontecimientos recientes han puesto de manifiesto.*

Para finalizar, hacemos nuestras las palabras con las que la Profesora Alvarado comenzaba su estudio con la finalidad de dirigirlas, a modo de petición, a los agentes y responsables de la gestión y buen funcionamiento de estas entidades de crédito: que hagan todo lo posible para que éstas dejen de ser vulnerables a las injerencias del poder político.

Aproximándonos o, más bien, ya casi sobrepasado el Ecuador del análisis y comentario generalizado que nos hemos propuesto hacer a cada una de las contribuciones enmarcadas en nuestra obra colectiva de referencia, “El individuo ante el conflicto entre el Poder y el Derecho: problemas

contemporáneos”, esta sexta aportación, cuya autoría pertenece a otro miembro del Área de Derecho Mercantil de la UPO, en este caso, a **Ángela M^a Pérez Rodríguez**, ciertamente nos aproxima a un problema contemporáneo de plena actualidad tanto por el contenido que trata, como por las herramientas informáticas de las que se sirve para su desarrollo, impensables si quiera hace un par de décadas.

El tema elegido por la profesora Pérez, titulado: **“Publicidad y comunicaciones electrónicas en sociedades de capital, ¿un instrumento de control del poder de los socios mayoritarios y de los administradores?”** (pp. 93-113), nos introduce en el movimiento de reforma en materia de transparencia informativa surgido en los 90 por influencia del Derecho anglosajón (*Corporate Governace*); una reforma que, ante todo, lo que demandaba ya entonces y aún ahora como principal exigencia, tal y como nos explica Ángela M^a Pérez (p. 94), es un reforzamiento de la información con el objetivo no sólo de generar un clima de confianza sobre el correcto funcionamiento de los mercados de valores sino también, y sobre todo, para potenciar el activismo accionario y, con ello, el papel de los socios como instrumento de control de los administradores.

Un movimiento de reforma, continúa explicándonos la autora, que lo que pretende es establecer reglas de organización y buen gobierno de las sociedades cotizadas, partiendo del planteamiento tradicional de que la Junta general es un

instrumento fundamental para ese buen gobierno de la sociedad que responde a la vieja aspiración de revitalizar el papel de las Juntas generales en las grandes sociedades, por la vía de facilitar y reforzar el ejercicio de los derechos del accionista.

Y esto, precisamente, es lo que a nosotros más nos ha llamado la atención: que el modo en que esta “vieja aspiración”, fundamental para el buen gobierno, como nos ha explicado la profesora Pérez, se haya hecho aún más factible, suscitado el interés y, nosotros diríamos, la necesidad de utilizar medios electrónicos de comunicación que, a su vez, enlazan directamente con ese mismo movimiento del “Buen Gobierno Corporativo”, en la medida en que el uso de las nuevas tecnologías facilitan y fomentan la participación de los socios en las Juntas generales de las sociedades de capital, como ya apuntaban en los informes Olivencia (1998) y “Winter” (2002).

Resultado de la suma de ese movimiento de reforma y de la recomendación del uso de las nuevas tecnologías para facilitar y fomentar la participación de los socios ha sido, a decir de la autora (p. 95), la paulatina incorporación en España de los medios de comunicación electrónicos en el ejercicio de los derechos de información, voto y delegación del voto en las Juntas de las sociedades de capital, iniciada en el 2002 con la Ley 44/ 2002, de 22 de noviembre, *de Medidas de Reforma del sistema financiero* y que la profesora Pérez contempla hasta el año 2012, año en el que se publicó la Ley 1/2012, de 22 de junio,

de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

A este respecto, en primer término, en lo que se refiere al derecho de información por medios electrónicos, vemos que puede manifestarse en tres ámbitos en los que la autora se detiene a explicar con detalle:

1) Publicidad a través de la página web corporativa (pp.97-101): ausencia de definición legal; permite articular el ejercicio electrónico de los derechos del socio en las Juntas; competencia para creación y supresión de la página web; convocatoria de Junta General; responsabilidad por las publicaciones realizadas.

2) Comunicaciones bidireccionales electrónicas socio - sociedad y viceversa (pp. 102-104): comunicaciones supeditadas al consentimiento individual de cada socio.

3) Foro Electrónico de accionistas (p. 104 s.): a modo de tablón electrónico habilitado en la web corporativa con ocasión de la convocatoria de una Junta y que se cancela tras su celebración, es obligatorio únicamente para las Sociedades Anónimas que coticen en Bolsa. La

En segundo lugar, decepcionante le parece a la profesora Pérez la regulación legal de la participación electrónica del socio en las Juntas por medio del ejercicio del derecho de voto y delegación del voto (representación) utilizando sistemas de comunicación electrónicos, mecanismos, como apunta la autora (p. 105), que permiten que los accionistas minoritarios puedan

participar en las deliberaciones de la Junta sin necesidad de asistencia física a la reunión pero que, sobre la base del contenido que la profesora desarrolla al respecto (pp. 106-111), es complicado poner en práctica.

Con todo, la conclusión final (p. 112) a la que la profesora llega es que, si de verdad se quiere que las nuevas tecnologías fomenten el activismo accionarial en tanto que instrumento de control de poder de los socios mayoritarios y de los administradores, es necesario que el legislador establezca el correspondiente desarrollo reglamentario a estas cuestiones del mismo modo que ya han hecho Francia o Italia.

Para finalizar este sucinto análisis que hemos llevado a cabo de este interesante trabajo de la profesora Pérez, únicamente querríamos apuntar que en él no se pudo contemplar, por ser posterior a su cierre, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.

Al igual que aconteció en la anterior contribución, únicamente pretendemos hacer una mínima llamada de atención sobre dos breves apuntes que lanzamos al aire, en relación con lo que en esta reforma podría afectar al contenido sobre el que versa el trabajo de la profesora Pérez:

I.- Tras una rápida lectura del Preámbulo (V), nos ha llamado la atención que, a diferencia precisamente de las facilidades que, como hemos visto, se les otorgan a los socios de cara a su participación en las Juntas posibilitándoles ese uso de

los recursos electrónicos, en cambio, aquí se contemple, como una de las medidas dirigidas a contribuir al correcto funcionamiento del consejo," (...) *la obligación de los consejeros de asistir personalmente a las sesiones del consejo y, para evitar que se pueda debilitar la capacidad efectiva de ejercicio de las facultades de supervisión, se regula que, en caso de representación para la asistencia a un consejo, los consejeros no ejecutivos sólo podrán delegar en otro consejero no ejecutivo.* A la reflexión e interpretación de cada cual dejamos la respuesta a la pregunta de a qué puede obedecer esta diferencia.

II.- Entre las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que se contienen en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre y hemos rescatado con ocasión del comentario del trabajo de la profesora Pérez finalizado con anterioridad a la promulgación del mismo, hay modificaciones relativas a la junta general de accionistas que, al pretender *con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial*, como por ejemplo, que se *extiende expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital*, pueden afectar al modo de informar de ello en la página web que antes comentábamos; o también habría que analizar en qué medida afectan a ese uso de los medios de comunicación electrónicos las modificaciones en el funcionamiento de la junta general en relación a su convocatoria, de cara a ser incluidos en el Foro, o

en qué pueden afectar las modificaciones *del derecho de información de los accionistas y la adopción de acuerdos (...)*; la ampliación de *las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales, etc.*

Con este atractivo título "*Ubi europaeum ius, ibi remedium?*" (pp. 115-136) damos paso a la séptima contribución aportada a nuestra obra colectiva que, si ya hicimos "nuestra" desde el primer momento en que tuvimos el honor de ser invitados a referenciarla y comenzamos a dar lectura sin tregua de la misma, conforme nos hemos ido adentrando en cada una de sus aportaciones, más aún la hemos ido interiorizando, siendo conscientes a cada paso de su envergadura, amplio alcance, mérito y gran valor jurídico del conjunto que constituye.

En esta ocasión, es el profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UPO, **José Manuel Cortés Martín** quien, con una gran destreza, precisión y capacidad de síntesis, nos da cuenta de la compleja naturaleza que, desde la perspectiva del particular, tiene en la Unión Europea el mecanismo procesal que articula la tutela judicial efectiva, integrado por la posibilidad de interponer recursos directos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la de plantear, ante la imposibilidad de poder llevarlos a

cabo, cuestiones prejudiciales ante las jurisdicciones internas de última estancia de cada uno de los estados miembros (p. 133).

Con este propósito es examinada por el profesor Cortés la doctrina reciente del Tribunal de Justicia y del Tribunal General de la Unión Europea en materia de legitimación del particular en el control de la legalidad de los actos de alcance general, en lo que respecta a actos reglamentarios que no impliquen medidas de ejecución (caso Inuit -(p. 129 s).- , entendiendo por tal- así finalmente pudo venir a ser contemplado en el apartado 4º del art. 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TJUE)-, el acto de alcance general que no sea un acto legislativo (p. 126). De modo que, esta novedad incorporada en Lisboa de fijar la interpretación del concepto de “acto reglamentario” sirvió para flexibilizar en cierta medida la legitimación directa de los particulares, como comentábamos, en el control de la legalidad de los actos de alcance general.

Este examen de la jurisprudencia comunitaria, a decir del autor (p. 116 s.), pone de relieve la ausencia de seguridad jurídica a la que la sociedad en general puede legítimamente aspirar (como si alguien penetrase en un laberinto, siguiendo el ejemplo del profesor). Asimismo, se debe tener en cuenta, a juicio de José Manuel Cortés, que el Tribunal de Justicia tiene diversas tareas aún pendientes tales como:

. Resolver el problema de la sobrecarga de trabajo, que la macroampliación de la Unión no ha hecho sino empeorar –así lo confirma un precursor estudio desarrollado por la Cámara de

los Lores británica, en 2013, en el sentido de que se trata de un problema real y serio- (p. 127 s.).

. Realizar una aplicación estricta de los requisitos de la teoría del acto claro, a resultas de la interpretación a veces abusiva por parte de algunas jurisdicciones internas, que tienen como resultado la ausencia de planteamiento de la remisión prejudicial al TJUE (p. 133)

. Gestionar una recepción más benévola, a juicio del profesor Cortés, así como una profundización en el principio de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión cuando aquella tenga su origen en los tribunales nacionales (p. 131).

Y no sólo el TJUE; además, la Comisión (p. 134 s.) como guardiana de los Tratados debe velar por la peculiar aplicación que algunos tribunales nacionales hacen de la teoría del acto claro por no hablar de si los Estados miembros, en virtud del art. 19 (2) del Tratado de la Unión Europea, prevén recursos jurisdiccionales suficientes y, aún más, considerar si es necesaria una reforma procesal (p. 135) que introduzca, como así lo han previsto algunos ordenamientos del *common law*, acciones declarativas que permitan a los particulares controlar la legalidad de los actos legislativos de la Unión Europea, aunque ninguna medida nacional de ejecución haya sido adoptada.

La necesidad de que todas estas cuestiones como colofón al análisis de esta compleja situación tuvieran que ser remediadas,

a decir del profesor José Manuel Cortés (p. 136), no era sólo para que el sistema de la Unión estuviera inmunizado y para que, especialmente, el derecho a la tutela judicial se efectiva se encontrara mejor salvaguardado; además, debían ser resueltas teniendo en cuenta que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el momento de cierre de este trabajo del profesor, estaba próximo.

Nuevamente, nos encontramos con la situación experimentada en contribuciones anteriores, lo cual no deja de ser un ejemplo de la rapidez con la que el Derecho “vive y se desarrolla”, y del que únicamente dejo constancia a través del siguiente apunte:

El 18 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia, a través de un argumentado Dictamen (2/13), se pronuncia sobre el *Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* en el que “(...) concluye que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH no es compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión. ¿En qué situación nos encontramos ahora?; ¿supone esta decisión una marcha atrás, o un paso adelante orientado a la mejora de dicho Proyecto?

¿En qué afecta este Dictamen emitido a las cuestiones planteadas en este estudio del profesor Cortés?: el testigo de la carrera, ha sido entregado.

De otra parte, con ánimo no sabe si provocador o simplemente banal, como el propio autor reconocer, **Carlos Fidalgo Gallardo**, abogado y profesor asociado del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, ha querido llamar a su trabajo **“El proceso es mentira. Esbozo de una teoría sobre la naturaleza del proceso”** (pp. 137-157).

Un trabajo surgido, tal y como desde el inicio aclara su autor, de la constatación del tratamiento opuesto que los medios de comunicación y la percepción del público en general, recibieron los procesos seguidos contra Camps y Garzón (p. 138 s.); uno, absuelto y el otro inhabilitado definitivamente para el ejercicio de la función judicial en España. Del proceso de Camps, ha resultado su absolución: el sistema que nos hemos dado ha llegado a esa conclusión, y el mantenimiento de la paz social exige que la misma sea dada por buena (p. 155).

Ambos casos, además de otros tristemente frecuentes, llevan al autor a considerar interesantes las reflexiones que pueden hacerse si se abordan desde la perspectiva de la tormentosa y conflictiva relación entre Derecho y Política donde, con mayor o menor intensidad, el Derecho y el Proceso son instrumentalizados para servir a fines ajenos a su naturaleza (p. 140).

Una naturaleza la del proceso judicial, a decir de Fidalgo (p. 145), que sería el instrumento a través del cual los tribunales de justicia conocen y en consecuencia declaran, con efectos vinculantes para las partes, la que consideran que fue realidad

de los hechos que sirven como sustento a las pretensiones de tutela jurídica deducidas por los litigantes, para sobre esa base aplicar el correspondiente razonamiento jurídico y adjudicar la controversia, determinar cuál es el Derecho de cada uno, con el respaldo del aparato coactivo del Estado si fuese preciso.

El proceso es mentira, o puede serlo, explica por primera Carlos Fidalgo, en la medida en que es constitutiva y necesariamente un instrumento falible y limitado, que no puede dar respuesta a todos los litigios planteados en sociedad, y que cuando lo intenta, puede marrar en su objetivo, en mayor o menor grado, y con mayor o menor frecuencia (p. 145).

Y ésta sería la base conceptual sobre la que asienta la naturaleza del proceso anteriormente descrita: la necesidad de tener en cuenta el carácter limitado que necesariamente tiene el proceso como instrumento al servicio de ese objetivo de hacer Justicia, de dar a cada uno su derecho (en clara referencia a Ulpiano en quien, según su criterio, se detiene -p. 144-), dada la irreductible complejidad y multiplicidad de las realidades y los conflictos que se plantan en cualquier sociedad.

De ahí que, como trata de explicar, la verdad declarada en el proceso sea oficial (a pesar de lo mal que casan, según advierte), en tanto en cuanto la capacidad humana para aprehender la realidad de las cosas es de por sí ontológicamente limitada, como en consecuencia limitados son los instrumentos que el ser humano diseña para llevar a cabo esa tarea (149 s.).

El proceso es mentira, vuelve a insistir (p. 150), o el proceso no es más -ni menos (puntualiza)- que ese instrumento que diseñamos de la forma que consideramos óptima para acercarnos todo lo posible a la realidad de los hechos y sobre esa base de los hechos jurídicamente relevantes sobre los cuales el órgano judicial haya alcanzado determinado nivel de razonable certeza, el tribunal aplicará la consecuencia jurídica con el respaldo del aparato coactivo del Estado.

Por todo ello, como llega a alcanzar finalmente Fidalgo (p. 156), toda vez que la cuestión es decidida por el órgano judicial competente tras tramitarse el procedimiento preestablecido con todas las garantías, la comunidad política pasa o debe pasar página, advierte el autor, al menos en lo que hace a la cuestión debatida en el proceso concreto. De este modo, a juicio de Carlos Fidalgo, se ajuste o no a la realidad la reconstrucción de la cuestión llevada a cabo por el órgano competente a través del procedimiento legalmente establecido, sea verdad o mentira la declaración de hechos probados (y por extensión -remarca-, sea verdad o mentira el proceso mismo en cuanto que efectivamente consiga dar a cada uno lo suyo, y no otra cosa), el asunto, sin más en su opinión, queda cerrado.

El autor, a modo de conclusión y aclaración final (156 s.), califica su visión de no positivista ni mecanicista, puesto que no considera al proceso judicial una simple máquina ni a los jueces como ciegos aplicadores de una legalidad que pueda ser aberrante (como el ejemplo que él pone del *Juicio de los Jueces* de

Nüremberg). Antes bien, se trata, simplemente, de una visión, una concepción del proceso, que parte de la naturaleza instrumental que éste tiene, que toma en consideración el presupuesto insoslayable de la humana falibilidad a la vez que hace hincapié en la necesidad de empeñarse en adquirir certeza sobre lo realmente acaecido, y que se apoya en la consideración de que, ontológica y conceptualmente, los jueces no son –ni deben ser– políticos (en clara alusión, al menos así lo hemos entendido nosotros, al caso Garzón).

Como parte del recorrido final de nuestra obra colectiva, se encuentran dos contribuciones cuya similitud en su contenido nos concede la posibilidad de hacer un comentario de las mismas en paralelo por cuanto sus autores, **Bernardo Periñán** – recordemos, uno de los dos coordinadores de esta obra colectiva- y **Pablo Abascal**, profesores de Derecho Romano y de Historia del Derecho de la UPO, respectivamente, han puesto nombre y apellidos al individuo por ellos situado ante conflicto entre Poder y Derecho:

José Castillejo (pp. 159-188: “**Glosa a un discurso de José Castillejo sobre el *common law***”), de quien se ocupa Periñán, y Félix Gil Mariscal (pp. 189-213: “**Félix Gil Mariscal (1889-1951) : independencia judicial y exilio**”), cuya trayectoria es analizada por Pablo Abascal.

Tal y como hemos podido comprobar, ambos nacieron en el seno de una familia burguesa de capital de provincia: en

Ciudad Real, Castillejo; en Badajoz, Gil Mariscal. Fueron además coetáneos, por cuanto a penas dos lustros les separan en su fecha de nacimiento -1877, Castillejo; 1889, Gil Mariscal-, y uno, en su fallecimiento -en 1945, Castillejo y en 1951, Gil Mariscal-; en ambos casos, éste se produjo fuera de España, al haberse visto obligados a exiliarse: a Inglaterra, Castillejo, en 1945; en 1951, a Méjico, Gil Mariscal.

Los dos cursaron sus estudios de Derecho en Madrid; ambos, por tanto, ejercieron su profesión principalmente como juristas: Castillejo en calidad de profesor de Derecho Romano y pedagogo, y Gil Mariscal, como juez y político.

Del mismo modo, tanto Castillejo como Gil Mariscal fueron apartados en 1939 por “Decreto de depuración”: el uno de su Cátedra de Derecho Romano de Madrid y el otro, de las carreras judicial judicial y fiscal (de mano de su propio cuñado, Romualdo Hernández Serrano, instructor de la causa general - p. 197-).

Diversos detalles sobre sus vidas, por ejemplo en relación con su formación, puestos desempeñados, así como sobre sus ideologías y acerca de sus muchos avatares vividos, son narrados por Periñán, en lo que a Castillejo se refiere, y por Abascal al ocuparse de Gil Mariscal.

Junto a su semblanza, además, cada uno de los profesores ha elegido para comentar una muestra del trabajo de Castillejo, el uno, y de Gil Mariscal, el otro, a través de la que dar a

conocer al lector la talla de estos intelectuales entregados a sus valores y modo de entender la vida.

En un discurso emitido en la BBC el 25 de mayo de 1943, en “La voz de Londres”, es en el que el Profesor Perriñán centra su atención, mientras que de una conferencia pronunciada justamente 20 años antes, el 19 de mayo de 1923 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, es de la que sirve a Abascal como principal documento, entre otros, para conocer el pensamiento político de Félix Gil Mariscal.

De este modo, siguiendo el mismo orden de aparición que el marcado en la obra colectiva, en primer término, por lo que al discurso del profesor Castillejo se refiere (pp. 171-187), de él habría que empezar diciendo que éste formaba parte de una serie de emisiones radiofónicas dirigidas a España, cuya posición geostratégica era considerada clave a partir del gran avance alemán hacia Europa occidental, y que Castillejo llevó a cabo una vez que comenzó a trabajar, durante la parte de su exilio que le llevó a vivir en Londres tras la Guerra Civil española, para el Ministerio de Información británico y la BBC (p. 171).

Un discurso, tal y como recoge Perriñán, en opinión de Nadal (yerno de Castillejo con quien trabajó en la BBC), por el que se trataba de ofrecer una visión civilizada de los valores británicos, frente a la amenaza de alinearse con Alemania y su líder y que, al mismo tiempo, buscaba evitar la acción propagandística directa con el régimen de Franco, en un

momento en el que Castillejo se fue convirtiendo paulatinamente en un elemento clave de la propaganda aliada hacia España, prestando su voz “profesoral y apasionada” y encargándose el mismo de la redacción (p.172).

Un discurso cuya finalidad, preferimos advertirlo desde el inicio, no es la divulgación de una conclusión científica o la crítica a la obra de otro autor pues, como afirma Periñán (p. 188), el argumento jurídico de fondo tiene una función muy distinta: colaborar a la difusión de un mensaje político en un momento de extrema gravedad para el emisor y el destinatario.

El texto íntegro del discurso es reproducido por el profesor Periñán (pp. 174-177) siguiendo la edición publicada por el Ministerio de Información británico para su distribución en España, a través de sus propias instituciones consulares y culturales y que, junto a otras seis intervenciones radiadas entre el 20 de abril y el 1 de junio de 1943, fue recogido en un folleto titulado *Democracias y Dictaduras*.

El discurso, a decir del profesor Periñán (p.178), deja un claro mensaje: Inglaterra representa un modelo de convivencia democrática que da lugar a una sociedad pacífica y ordenada, favorecedora del desarrollo económico; una sociedad y un orden interno que se contraponen a las dictaduras, cuya crítica es el finalidad última del orador; un discurso, pues, que tiene como objetivo la pedagogía política de un pueblo, el español, que Castillejo ha tenido que abandonar y que con su autoridad

del tono docente e intelectual del profesor, otorga a sus palabras cierta presunción de veracidad (p. 179).

Por lo que a su contenido se refiere, la asociación entre justicia y democracia es obvia, a decir de Bernardo Perriñán, en tanto la primera se presenta como vía para la segunda; en cuanto al núcleo del argumento jurídico del discurso, nos indica el profesor Perriñán (p.181), radica en que el orador descubre la que según él es la clave del éxito del Derecho inglés: la costumbre y es que, según lo entiende Perriñán, Castillejo considera que la legitimidad de las normas no puede descansar ni en la voluntad divina ni en la de los reyes –a la que califica como frágil-, ni en la “movediza” voluntad popular; en cambio, la norma consuetudinaria, identificada como “la voluntad de los muertos”, tiene dos ventajas frente a las otras fuentes del Derecho: la claridad y la inmutabilidad.

De este modo, es la defensa de la costumbre, como eje del sistema de fuentes del Derecho, la que se erige en un elemento crucial del discurso (p. 182), por el hecho de ser la norma consuetudinaria la principal garantía de la continuidad del Derecho, esto es, de seguridad.

De este elemento crucial del discurso, Perriñán pasa a entender como argumento fundamental del mismo (p. 184), la asociación entre democracia y seguridad jurídica, ya sea en el orden civil a través de la costumbre como fuente del Derecho, ya en el ámbito criminal por medio de la legalidad y la irretroactividad de las leyes penales. Es aquí donde claramente

el profesor Periñán advierte que, a su vez, el Profesor Castillejo se muestra especialmente como romanista al aludir a la quiebra de “autoridad” que supone para las dictaduras la “condena sin ley, o por ley posterior al hecho”.

Como parte conclusiva del discurso y quizá, nos advierte el profesor, como un guiño a la audiencia española recelosa de determinadas interpretaciones de la idea democrática, la historia de Inglaterra es presentada como ejemplo del protagonismo del pueblo en los procesos democráticos que conducen desde la dictadura a la democracia a través del Derecho, a pesar de los intentos y abusos de los gobernantes con tentaciones absolutistas en las “democracias falsificadas” o “las dictaduras auténticas” (p.186).

Para finalizar con esta breve referencia al comentario que, como todos sabemos, el también romanista profesor Periñán lleva a cabo sobre el discurso del profesor Castillejo¹, en efecto,

¹ Con el profesor Castillejo no sólo tengo el honor de compartir el hecho de ser romanista y tener, en mi caso, cierta vocación de pedagoga (él, ciertamente lo fue) o, más bien, de andragoga, al haber dedicado parte de mis investigaciones al terreno de la Innovación Educativa en el Espacio Europeo de Educación Superior.

También me une al Profesor Castillejo, el hecho de ser de Ciudad Real; es más, gracias a mi maestro, el profesor de las Heras, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Castilla-La Mancha y artífice de los estudios de Derecho en Ciudad Real (1989-), muchos jóvenes de la provincia y de Castilla-La Mancha (él es también manchego, nacido en Cuenca), tuvimos la oportunidad de estudiar Derecho aquí, en el Centro

el autor de la pieza radiada es un profesor de Derecho y habla como tal, no pudiendo dejar de ser jurista para ofrecer un mensaje político en el que inevitablemente, a decir de Periñán (p.187), hay una concatenación entre norma jurídica, seguridad jurídica, justicia y democracia, descritos casi como elementos de una evolución que toma como ejemplo la formación del *Common law* en Inglaterra.

Por su parte, como comentábamos con anterioridad, los documentos de los que se sirve el profesor Abascal para aproximarnos al pensamiento liberal y democrático inspirado en las ideas republicanas y federales de Francisco Pi y Margall (p. 294) sobre el que se basó para llevar a cabo su actividad intelectual política y masónica el juez Félix Gil Mariscal (p. 191), son sus conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid: “La Función Judicial Aplicada y los Jueces “, el 5 de mayo de 1922 (p. 206) y “La Libertad y el Liberalismo Político (p. 201 s.), el 19 de mayo de 1923. También nos habla el Profesor Abascal de un

de Estudios Jurídico-Empresariales (CEJE) -antecedente de la actual Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real - cuyo edificio fue llamado precisamente “José Castillejo”, por voluntad del Profesor de las Heras, que en aquel momento, además de ejercer su magisterio en Albacete, Toledo y Ciudad Real, era Secretario General de la UCLM, Vicerrector de Estudios y primer Director del CEJE. Aprovecho, pues, la ocasión, si se me permite, para rendirle un merecido homenaje a Gustavo de las Heras, como antigua alumna que fui suya y discípula en la actualidad.

artículo publicado en ese mismo año 1923, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia titulado “Del Orden Judicial” (p. 206 s.)

Diez años habían transcurrido desde que en agosto de 1913 le fuera expedido el título de juez y tomara posesión de su cargo (p. 190 s.), y dos desde que comenzara su actividad política pública, adscribiéndose al partido Republicano Federal.

Quién le iba a decir a él en aquel momento que tres lustros después, (p.193), tras la derrota del bando republicano en la Guerra Civil, iba a tener que huir a Francia, debiendo permanecer cuatro años en campos de prisioneros hasta que en mayo de 1942, desde Marsella, pudo trasladarse a Méjico, donde terminaron sus días.

Estas conferencias, como el profesor Abascal nos explica (p. 202), se centran en ideas y conceptos fundamentales como son la libertad, el liberalismo político o el comunismo, impregnados de una visión de España (p. 205) regeneracionista en la que existe el pesimismo por la decadencia de nuestro país, que caracterizaba a la generación del noventa y ocho.

La mayoría de sus artículos y conferencias, continúa Pablo Abascal (p. 206), versaban sobre la justicia, la personalidad, la formación y función del juez, así como sus condiciones de acceso a la magistratura. Es dentro de esta temática donde nosotros hemos encontrado una similitud más entre el profesor Castillejo y Gil Mariscal: la puesta en valor, de nuevo, de la costumbre escrita como única ley (p. 209).

Para ir concluyendo nuestro comentario a la contribución del profesor Abascal sobre la figura de este jurista extremeño de mediados del siglo pasado, cabría destacar que sus ideas políticas, a decir de Abascal, siguen teniendo un gran interés en la actualidad como defensa de la no injerencia del poder político en el ámbito judicial (p. 210), así como por su relación con las pautas federalistas de Pi y Margall que aún siguen teniendo interés en nuestro país, donde permanece (p. 211 s.) abierto el debate sobre la constitución de España como Estado federal.

Una última similitud que hemos encontrado y hemos extraído del relato de los profesores Periñán y Abascal, entre Castillejo y Gil Mariscal, para ir ya terminando, es la perspectiva anglófila de ambos, que a Castillejo sirviera para identificar norma jurídica y costumbre -p. 187- (lo acabamos de explicar también en Gil Mariscal) y al juez Gil, para no escatimar elogios a los jueces ingleses por su independencia y preparación ética -p.212-.

Sirvan sus vidas de ejemplo a los que nos dedicamos al mundo del Derecho; sirvan las circunstancias a las que tuvieron que hacer frente en una España dividida y en una Europa en guerra, para no cometer los mismos errores.

Pues bien, hemos llegado al final de nuestro recorrido de este primer volumen que, coordinado por los profesores Guerrero y Periñán, forma parte de las actividades del Proyecto

I+D “Derecho y Poder Político: un análisis histórico y comparado desde la perspectiva de la persona” (DER2011-22560), subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Como colofón y epílogo a éste aparece, precedida de una “Nota de presentación” de la también profesora de Derecho Romano de la UPO, Carmen Velasco (pp. 215 s.), la intervención que, bien en el acto de inauguración o en el de clausura a las Jornadas Internacionales que dieron como fruto este volumen, hubiera llevado a cabo la profesora de Derecho Civil de la misma UPO, **Rosario Valpuesta** quien, entre sus muchos méritos, llegó a ser la primera mujer en Andalucía al frente de un rectorado; en este caso, el de la Universidad Pablo Olavide, cuyo proyecto inicial concibió y peleó, como nos explica la profesora Velasco, hasta hacerlo realidad.

Desafortunadamente, la profesora Valpuesta falleció antes de ser celebradas las Jornadas, por lo que no pudo pronunciar tales palabras, pero sí que llegó a tiempo de entregar en papel la que iba a haber sido su intervención, a la que muy acertadamente tituló “**Los juristas y el Derecho**” (pp.217-225).

La profesora de forma consciente y comprometida, nos invita a reflexionar en torno a la relación entre los juristas, el Derecho y el Poder, en el marco del Estado de Derecho en el que parece que, tal y como ella nos explica (p. 218), asistimos a una progresiva juridificación del ejercicio del poder que lleva a una creciente intervención en las decisiones políticas y en su

ejecución, hasta el punto de que se habla del monopolio del Derecho por los juristas que, se dice, han secuestrado las reglas del juego.

Una reflexión que, como la misma profesora Valpuesta llega a reconocer (p. 218), responde a la preocupación que como jurista tiene, por lo que en la actualidad está aconteciendo:

- La identificación de los juristas con un Derecho excesivamente profesionalizado, manifiestamente técnico y de lenguaje descarnadamente críptico, incapaz de identificar y solucionar los problemas reales a los que se enfrentan las mujeres y los hombres.
- El depósito en los juristas por parte de la sociedad de las aspiraciones de cambio surgidas de otra forma de hacer y entender el Derecho.

Específicamente, pues, a la profesora Valpuesta lo que le interesa es centrarse en la vinculación de los juristas con el Derecho y de éste con el Estado (pp. 217 s.); una relación en la que, a su juicio, se aprecia una especie de cordón umbilical que une a los tres factores en liza en una suerte de interdependencia que, a su juicio, conviene clarificar, pues no ocupan la misma posición ni comparten la misma esencia.

De este modo, nos explica Valpuesta, cuando ella se refiere a los juristas está reparando en profesionales que por su especialización tienen una posición privilegiada respecto del ordenamiento jurídico que rige una comunidad organizada; asimismo, cuando a Derecho se refiere, está pensando en algo

más que un conjunto de leyes y normas, esto es, está pensando en el sistema jurídico formalizado, a su vez, deudor de la ciencia del Derecho y de la Dogmática por ella elaborada; y cuando hace mención al Estado, es porque está pensando en el poder organizado que, en el sistema democrático, se legitima en la soberanía popular, sin dejar de tener presente las contradicciones internas de la sociedad y las diferentes posiciones de poder, esto es, sin dejar a un lado los déficits democráticos de la sociedad.

En su intervención, la profesora Valpuesta, además, quiso reparar más específicamente (pp. 219 ss.) en los juristas aplicadores del Derecho que en su tarea de acercar la norma a la realidad del caso que han de resolver, se rigen por la dogmática jurídica en una labor que no sólo consolida el sistema sino que, además, está próxima a la creación del Derecho. En este sentido, es por lo que la profesora Valpuesta considera que la influencia de estos juristas en el Derecho que se crea y en el que se aplica tiene mucho que ver con el desarrollo de la ciencia del Derecho y la dogmática que a partir de la misma se ha elaborado.

El Derecho que hoy conocemos responde, como reconoce la profesora, a una cultura jurídica y a una ciencia fruto de una experiencia histórica netamente occidental, que se caracteriza por su continua y progresiva formalización en normas abstractas y generales, hasta conformar un sistema cerrado, racional y sistemático. Un Derecho que, en consecuencia a decir de Valpuesta (p. 221), además de ser un instrumento del

poder, es una creación intelectual de los juristas que han racionalizado el conjunto de soluciones imperantes en cada sociedad, las han sistematizado y sometido a reglas lógicas, creando un sistema lógico y acabado. Y ello, sobre la base de las aportaciones, entre otros, de glosadores, postglosadores, sistemáticos, humanistas o exégetas, en la conformación del Derecho que ha servido como un buen instrumento para la expansión del poder; de ahí que tenga su origen en el Imperio Romano y que a él recurrieran los Príncipes y Monarcas que quisieron imponerse al régimen Feuda, en forma de Derecho común y de ahí también, continúa Valpuesta, que este Derecho estuviera en el germen del Estado que se alumbra en la Edad Moderna y, por supuesto, que se consolidara en el cambio impulsado por la Revolución Francesa.

Será en el orden jurídico que se instaura con las democracias burguesas, apunta la profesora, cuando el Derecho se configure como garante de posiciones individuales de poder frente al Estado, complicándose las cosas, continúa, cuando emerge al escenario político la clase trabajadora excluida del poder, reclamando un Derecho que repare en sus circunstancias y dé respuesta a sus aspiraciones.

En ese momento, sigue explicando la profesora Valpuesta, es cuando surge el Estado Democrático y Social y de su mano, las Constituciones normativas siendo en ese momento, cuando la posición de los juristas adquiere otra dimensión, en tanto en cuanto el Estado de Derecho se fortalece, la juridificación del

ejercicio del poder ser hace realidad y la dialéctica entre los juristas, el Derecho y el Estado se complejiza hasta el punto de llegar a producirse el mayor desencuentro entre la ciudadanía y sus representantes políticos; un alejamiento ante todo fruto del proceso de globalización de la economía que limita la capacidad de decisión de los Estados.

Es en este contexto, para ir finalizando con estas más que acertadas reflexiones de la profesora Valpuesta, frente a las contradicciones sociales que se acentúan y frente a los nuevos movimientos que surgen, los juristas adquieren (p. 224) un protagonismo inusitado al convertirse en los garantes del modelo de convivencia, debiéndose ajustar a las nuevas exigencias de la ciudadanía, por medio de una aplicación del Derecho más acorde con la realidad social, y debiendo ejercer un control de los poderes públicos conforme a los principios democráticos y sociales que inspiran las Constituciones.

Y todo ello, con la finalidad de alcanzar un equilibrio en la relación entre los juristas, el Derecho y el Estado que sitúe a cada uno en su ámbito pues de ello, a juicio de la profesora Valpuesta (p. 225), depende el futuro de la Democracia.

Sirviéndonos de esta última reflexión de la profesora Valpuesta, damos por finalizado nuestro comentario al contenido de esta obra colectiva convencidos, de que se cumple el objetivo inicialmente marcado por los coordinadores de esta obra en la que hemos tenido la oportunidad de adentrarnos. Y

lo damos por concluido, como si el círculo se hubiera cerrado finalmente, en tanto en cuanto podemos comprobar que entronca a la perfección, tal y como apuntábamos al inicio de nuestro comentario, con el fin que esta obra pretendía alcanzar: intentar resolver las continuas fricciones que, justamente, surgían por el desequilibrio de estos tres elementos.

En efecto, el eje central de esta problemática y su protagonista indiscutible, según hemos podido comprobar a lo largo de todas las contribuciones que hemos ido referenciando, es el hombre; el jurista, por su parte, es el que en gran parte tiene la solución a tales problemas y desequilibrios luego, preocupémonos de formar buenos juristas capaces de dar solución a las cuestiones que la vida nos pueda ir planteando: *cavere, respondere, agere*.