

PRADA, JOAQUÍN DE, y otros: *Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*. Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de dicha Universidad, San Sebastián, 1988. Un tomo de 286 páginas.

El panorama normativo actual en España en materia de cooperativas es sencillamente demencial. Hay una Ley General de 1987, en principio aplicable, o así debería ser, a toda la Nación y, por otro lado, tenemos nada menos que otras cuatro leyes regionales. Esto, por supuesto, supone una tremenda confusión a la hora de saber cuál será la norma aplicable en cada caso concreto, que sólo puede llevar a ser un seguro semillero de pleitos y dudas.

Quizá el origen de todo el tiberio arranca de que había una Ley de Cooperativas de 1974 a la que en seguida se tachó de «poco democrática» y por ello había que sustituirla a toda prisa. Pero fuese porque esa sustitución se retrasó más de lo debido o porque algunos sintieron de pronto apremiantes pujos normativos, el caso es que fueron apareciendo en el ínterin nada menos que cuatro leyes autonómicas que o se repiten o confunden o ambas cosas a la vez. Porque estas disposiciones de limitado ámbito territorial quieren solucionar, cada una a su aire, unos problemas cooperativos que son generales y que no contienen en modo alguno peculiaridades regionales que justificasen esos absurdos intentos de singularidad.

Intentando curar un cáncer con aspirinas, la tardía Ley General de Cooperativas de 1987 incluye una disposición final primera en la que decreta su aplicación a todas las sociedades cooperativas españolas... excepto aquellas cuyas relaciones internas se llevan a cabo dentro del territorio de las Comunidades Autónomas con normas singulares, sin perjuicio, dice, de que se establezcan relaciones jurídicas fuera de sus territorios respectivos.

¡Ahí reside precisamente el problema! ¿Hay quien entienda esta norma? ¿Qué pasará cuando una cooperativa contrate con otras que se rijan por distintas normas? ¿Cuál de las leyes será aplicable a la capacidad y formalidades de las sociedades intervinientes? ¿Cómo se medirá el contenido y los efectos de los contratos? ¿Qué previa investigación de chinos tendrá que hacer el abogado para saber los preceptos, diferentes y hasta contradictorios, que habrá de alegar en el Juzgado para pedir el cumplimiento de lo pactado o las indemnizaciones si la mercancía es defectuosa o se pierde?

Para acabar de «arreglarlo», el número 2 de esa disposición final primera de la Ley General de 1987 dice que a los efectos de las competencias de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas, tendrá el carácter de normas básicas las contenidas en esta Ley. ¡Hombre, eso ya es algo..!

Pero, a continuación, incluye un *pero* descomunal, pues se enumeran nada menos que *setenta y seis artículos y once disposiciones*!, que son excepción a ese calificativo de normativa básica. ¿Cabe mayor confusión?

El problema es preocupante para los profesionales que más directamente intervienen en la constitución y desenvolvimiento jurídico de estos entes sociales cuya importancia económica corre pareja con su proliferación. Por ello aplaudimos la iniciativa de la Universidad del País Vasco al convocar por segunda vez estos «Encuentros», en los que se han abordado los «Aspectos notariales y registrales de las sociedades cooperativas», donde se encierran cuestiones tan importantes como la autenticidad y la seguridad jurídica de estas sociedades.

En el libro que presentamos se recogen las conferencias de varios Notarios, Registradores y otros calificados profesionales, pronunciadas en noviembre de 1987, a las que se trataba de aclarar este entramado normativo que repetidamente venimos calificando de confuso.

«Función notarial y persona jurídica» fue el tema desarrollado por el Notario JOAQUÍN DE PRADA, el cual tras dar unas nociones fundamentales sobre el papel del Notario como funcionario titular de la fehaciente, estudia el derecho de asociación y su iter negocial, para terminar relacionando ambas cuestiones y expresar su tesis de que debe darse entrada siempre a la intervención notarial en la constitución de personas jurídicas en general y especialmente de las cooperativas, ya que está en juego no sólo el interés de los individuos sino también la seguridad en el tráfico jurídico.

La misma tesis se reafirma en el trabajo del Notario ANTONIO VENTURA TRAVESET, titulado: «La constitución de la sociedad cooperativa y el papel del Notario». Resaltando la importancia del momento constitutivo de la persona jurídica y la tendencia de las cooperativas a evolucionar hacia una concepción empresarial, hace ver que es fundamental la existencia de una seguridad, claridad y operatividad de estos entes, que deben arrancar desde el mismo momento de su constitución. Estudia las formas de fundación simultánea y la sucesiva, para centrarse en la conveniencia de la escritura pública, que es la regla general, con la excepción injustificada de la norma vasca, que autoriza una simple acta con pocas garantías.

Este aspecto notarial se completa con el trabajo del también Notario JAVIER MANRIQUE PLAZA, titulado «Garantías formales para la eficacia de la transformación y extinción de las cooperativas», donde se abunda en los argumentos antes expuestos, extendiendo la conveniencia y aun necesidad de la fe pública no sólo en los actos constitutivos, sino también para las posteriores de estas figuras asociativas. Dado que la legislación de las cooperativas es confusa, dice aquí el autor, es de interés general estén circundadas por una disciplina jurídica que garantice a los terceros y a los propios socios una protección similar a la que tienen los demás empresarios, sometién dose a las normas generales de las sociedades mercantiles.

El segundo momento de la constitución de una cooperativa es su inscripción en un Registro. Este tema lo tocan dos Registradores en sus respectivas conferencias. Bajo el título «Planteamiento total de los Registros públicos, su división en Registros administrativos y Registros jurídicos y especial nota crítica del Registro de cooperativas», ANTONIO LEYVA DE LEYVA critica los intentos doctrinales que quieren englobar en una idea única los diversos tipos registrales; esta unificación está desprovista de todo rigor científico, pues no es concebible equiparar un Registro hipotecario o jurídico con otro administrativo o de simple publicidad. Critica esas diversas posturas unificadoras con razonamientos convincentes y señala claramente la distinción entre Registros administrativos y jurídicos, basándola en consideraciones históricas, doctrinales y legales. La Constitución distingue claramente los Registros administrativos regulados en el artículo 105, de

los jurídicos, puestos en el artículo 149-1.º-8 bajo la competencia directa del Estado. Traza las tipologías que caracterizan a los Registros administrativos y los jurídicos, estableciendo netamente su diferencia, para concluir criticando el sistema adoptado al regular el Registro especial de cooperativas. Este, por ser un puro Registro administrativo, no puede aportar las garantías de autenticidad que ofrece un Registro jurídico, donde la calificación a cargo de funcionario especializado supone una base segura de la legalidad; la inscripción obligatoria denota su carácter administrativo y después viene el contrasentido de conferirle notas que más bien convienen a Registros jurídicos. Por ello concluye que donde verdaderamente debían inscribirse las cooperativas es en el Registro Mercantil, basándose en la disposición que establece el artículo 16 del Código de Comercio para las personas jurídicas en general y porque las cooperativas tienen, por lo común, verdadera naturaleza mercantil.

El otro Registrador que enfoca el tema es JUAN ANTONIO PÉREZ DE LEMA con su conferencia «La publicidad registral y la legislación cooperativa», en cuya primera parte expone la trayectoria histórica de la publicidad registral de las cooperativas en nuestro Derecho. En la segunda parte enfoca la problemática actual de esta publicidad registral, basada en un Registro administrativo pero de eficacia material. También termina propugnando la inscripción de las cooperativas en el Registro Mercantil, para mejor seguir la línea de los países europeos y porque, además, se justifica por otras múltiples razones que enumera.

NARCISO PAZ CANTALEJO, Profesor de Legislación en la Escuela de Estudios Cooperativos de la Universidad Complutense de Madrid, analiza «Algunos aspectos de la problemática registral en la Ley General de Cooperativas» y empieza haciendo un examen de los caracteres que presenta esta Ley en lo referente al Registro especial. Concluye diciendo que la Ley de 1987 no ha encontrado un nivel de equilibrio al regular la materia registral, pues ha introducido innovaciones no siempre justificadas.

Los «Encuentros Cooperativos» se completaron con una visión de Derecho comparado en esta materia, desarrollándose tres conferencias que también recogen en el libro. Son las siguientes:

«Las Cooperativas en Italia: Control estatal e intervención notarial», por MARIO MICCOLI, Notario de Livorno.

«El régimen jurídico de las sociedades cooperativas en la Alemania Federal», por HELMUT FESSLER, Notario, Vicepresidente de la Sección Mercado Común de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Y «Las cooperativas en los países del Benelux», por ANDRÉ SCHWACHTIGEN, Notario de Luxemburgo.

En el libro se agradece la decisiva aportación de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Registrador de San Sebastián, Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores y de los Notarios de la misma capital; don JOSÉ MARÍA y don MIGUEL ÁNGEL SEGURA

FRIEDMAN, LAWRENCE M.: *Introducción al Derecho norteamericano*, Librería Bosch, 1988.

Este libro, editado por la Universidad de Stanford, ha sido traducido por el Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona señor VERGÉ Y GRAU y publicado en Zaragoza por la Librería Bosch. Tiene 346 páginas más un apéndice en el que figura la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución de Oregón y varias leyes federales y estatales: La Ley Sherman antimonopolios, la Ley sobre Alimentos, Fármacos y Cosméticos, la Ley de Derechos Civiles de 1964, la Ley de Indemnizaciones Laborales de Ohio y la Ley de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios de California y varios textos reglamentarios: el Reglamento sobre Alimentos y Fármacos, el de la Comisión para la igualdad de Oportunidades y Empleo y el de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios, así como varios fallos del Tribunal Federal: el caso Brown y otros contra el Departamento de Educación de Topeka de 1954 sobre la segregación de negros en las escuelas públicas, el caso Dothard contra Rawlinson de 1977, en el que la señora Dothard alegó que la Ley por la que se regía el concurso para la provisión de plazas de guardián de prisiones en el Estado de Alabama, violaba el principio de igualdad de oportunidades federal al exigir unos requisitos de peso y estatura que excluían virtualmente a las mujeres; el caso Louis contra Bamboo Gardens de 1947 sobre si la agresión realizada contra el demandante mientras trabajaba en el restaurante en el que estaba empleado, debía ser considerada o no accidente laboral y el caso Marvin contra Marvin de 1976 acerca de la eficacia de un pacto de comunidad de bienes entre dos personas que vivían juntas no estando casadas.

El cuerpo del libro se divide en catorce capítulos y un epílogo sobre el futuro del Derecho en los Estados Unidos. Los capítulos más interesantes versan, el tercero, sobre los orígenes del Derecho Norteamericano; el cuarto, sobre la estructura judicial; el quinto, sobre Leyes y legisladores; el decimotercero sobre la Abogacía, y el decimocuarto, sobre el Derecho y el cambio social.

Acepta el autor la concepción del Derecho de Donald Black como control social del Estado y se adentra en el estudio del sistema jurídico desde el punto de vista de la estructura, de la sustancia y de la cultura jurídica. El sistema se halla en constante cambio. Pero sus partes cambian a ritmo diferente. En cuanto a la sustancia examina las leyes actuales, los modelos de conducta y actitudes de las personas frente al Derecho y al sistema jurídico. Estos tres elementos —estructura, sustancia y cultura jurídica— constituyen la base del libro. Estudia la forma en que el sistema jurídico está organizado, qué hace y cómo lo hace, prestando especial atención a la cultura jurídica, a las ideas y a las fuerzas que la ponen en movimiento y la detienen.

En el mundo hay una variedad de sistemas jurídicos. Cada país tiene el suyo y en los Estados Unidos, cada Estado tiene un sistema jurídico propio, para regular sus asuntos internos. Las enseñanzas jurídicas en los Estados Unidos se ciñen al Derecho Norteamericano; son netamente centralistas y pretenden ignorar el Derecho de los Estados. Los sistemas de Derecho civil son sistemas codificados, es decir, sus leyes básicas se distribuyen en códigos. En el Renacimiento, dice el autor, la ciencia jurídica europea quedó deslumbrada por la belleza y la fuerza del redescubierto Derecho romano. Sin embargo hubo un país que consiguió resistir a la llamada recepción del Derecho romano. Este país fue Inglaterra que se agarró a sus antiguas tradiciones; es posible que muchos conceptos y

términos del Derecho romano se deslizaron en el Derecho inglés, pero el núcleo central del sistema jurídico de la Isla aguantó firme. Este sistema jurídico local y tenaz es llamado Common Law. El Common Law se resistió a la codificación, no existiendo equivalente inglés del Código de Napoleón.

Los principios generales del Derecho no se sacaron de las leyes del Parlamento, sino de los procesos judiciales. La doctrina del precedente, según la cual el Juez queda obligado por las sentencias anteriores, es una doctrina típica del Derecho inglés. El jurado es una institución del Common Law. También lo es el «trust» o negocio fiduciario, por virtud del cual una persona recibe a título fiduciario dinero o propiedades de otra para invertirlo o administrarlo en provecho de determinados beneficiarios. Los ingleses llevaron el Common Law a sus colonias y allí arraigó y fructificó. Todos los países del Common Law fueron alguna vez colonias de Gran Bretaña o colonias de colonias. A *grosso modo* puede decirse que el Common Law domina donde quiera que se hable inglés. Pero a pesar de ello entre Inglaterra y Estados Unidos hay hoy importantes abismos.

Por medio de los ingleses, el sistema del Common Law —con sus costumbres, tolerancia y forma de pensar— cruzó el Atlántico y echó raíces en los Estados Unidos. En la historia del Derecho norteamericano se observan dos períodos, el colonial que va desde la llegada de los colonos a Plymouth Rock al estallido de la Revolución en 1834. Es un período tan largo como el que va desde 1834 a nuestros días. El período colonial no fue tan turbulento, ni tan cambiante, pero fue largo y estructuralmente complejo. El Océano separaba las colonias de Inglaterra. En teoría los ingleses tenían el pleno control de las colonias y sus pobladores eran subditos del rey, pero de hecho, los ingleses sólo tenían un control débil sobre sus lejanos hijos. Estaban muy lejos y carecían de una política colonial coherente. Por ello las colonias fueron visiblemente independientes durante la mayor parte de su historia. Cabe dividir las colonias en tres grupos. Las colonias del Norte que fueron desde el punto de vista de influencia del Derecho inglés las más alejadas; las colonias del grupo Central, a medio camino entre las del Norte y del Sur, y las colonias del Sur, las más conservadoras del Derecho inglés y de su cultura jurídica.

El Derecho que trajeron consigo los colonos no fue el Derecho de los grandes tribunales, sino el Derecho local y las costumbres de sus comunidades. En el Derecho norteamericano hay tres elementos: el Derecho popular consuetudinario, el nuevo derecho surgido de las necesidades materiales de la vida en el nuevo país y los elementos jurídicos modulados por la ideología de los pobladores. El Derecho de Massachussets era forzosamente más sencillo que el Derecho inglés de 1600, que estaba plagado de tecnicismos. El sistema judicial inglés era tan complicado que Lord Cocke necesitó todo un libro para describirlo. Hubiera resultado grotesco copiar ese sistema en unos pobres asentamientos a lo largo de la costa atlántica. Massachusetts estableció un sistema judicial claro y simple que se copió por las demás colonias. En el xvm las colonias del Norte y del Sur se acercaron al Derecho inglés lo que sucedió de forma natural y automática. Los colonos se habían acostumbrado a dirigir sus asuntos y cuando los ingleses impusieron nuevos impuestos, crearon nuevos tribunales, actuaron como imperialistas e hicieron estallar la Revolución, con el resultado de la pérdida de sus colonias.

En 1776 estalló la guerra y los tenues lazos entre Inglaterra y las colonias se rompieron. La guerra fue un éxito. Pero a las colonias les quedó pendiente el problema de buscar una forma de unión. Querían constituir una especie de federación pero también querían conservar buena parte de su autonomía. Des-

pues de un primer paso en falso (los arts. de la Confederación) las colonias redactaron una carta —la Constitución de 1787— que dio al Gobierno central mucho más poder que el que tenía con la Confederación. Cada Estado seguía siendo soberano en su propia esfera.

El nuevo Gobierno tuvo que afrontar de inmediato la cuestión de qué hacer con los territorios del Oeste. Las colonias tenían reivindicaciones particulares sobre ellos pero desistieron y las cedieron al gobierno federal. La Ordenanza de Northwest de 1787 dio a estos territorios el estatus de Estados y no de colonias de colonias, a los que se extendió el Derecho de los Estados Unidos.

Las relaciones entre el Norte y el Sur se envenenaron por la esclavitud, que era parte vital de la economía de los territorios del Sur. El amplio campo jurídico de la esclavitud era ignorado por el Norte, para cuyos Estados era sólo una cuestión moral.

En 1860 estalló la Guerra Civil que duró cinco años. Después de 1865 empezó una nueva era, la era de las fábricas, de las grandes ciudades, de las oleadas de inmigrantes del Este de Europa, y que significó el lento declive de la América rural.

El sistema del Common Law es complicado por naturaleza. El Derecho hecho por los Jueces es, en los Estados Unidos con sus 50 Estados, particularmente desordenado, contradictorio e incongruente. La idea de codificar el Derecho interesó a algunos juristas con el fin de acabar con el excesivo poder de los jueces pero salvo determinadas ramas del Derecho como el Derecho procesal o el Derecho mercantil estos esfuerzos no llegaron a cristalizar. Por otro lado regía la regla jurídica de que las leyes que derogaban el Common Law debían interpretarse restrictivamente. Los Tribunales veían con desconfianza los cambios jurídicos procedentes de los ejecutivos y no de ellos mismos pues venían a romper la belleza y simetría del Common Law.

La Constitución Norteamericana de 1787 ha sido enmendada 26 veces. Doce de ellas se añadieron a la Constitución en 1804 y desde entonces sólo ha habido catorce más.

No es la Constitución la que es fuerte, sino el Sistema Constitucional. Se trata de un sistema formado, en primer término, por una actitud pública frente a la Constitución y, en segundo lugar, por formas de comportamiento e instituciones que se han desarrollado a su alrededor. La Constitución es lo que los Jueces dicen que es y lo que los Jueces dicen pertenece al contexto de los casos reales, que son producto de su tiempo, de forma que esos casos son la fuente principal del Derecho constitucional.

Todos los Estados tienen su propia Constitución y los Tribunales del Estado tienen la última palabra en materia de Derecho constitucional del Estado. Las Constituciones de los Estados son pálidos reflejos de la Constitución Federal. Todos tienen una declaración de derechos que siguen el modelo federal. Las Constituciones de los Estados han tenido un pasado más complicado que el de la Constitución Federal. Después de la Guerra Civil el Norte consiguió la aprobación de tres Enmiendas a la Constitución —13, 14 y 15. La primera abolió la esclavitud y la servidumbre involuntaria excepto como pena impuesta por delito. La decimoquinta prohibió negar o limitar el derecho al voto por motivos de raza, color o anterior condición de esclavitud, la Enmienda decimocuarta dejó sin efecto la doctrina del caso Dred Scott y declaró que los Estados no podían privar a nadie de su vida, de su libertad o de sus propiedades sin el debido procedimiento legal «due process of Law»—.

A finales del siglo pasado se desarrolló un intenso control judicial de la cons-

titucionalidad de las leyes en torno al concepto de «debido procedimiento legal». Cuando se redactó la Enmienda sólo se pensó en un procedimiento justo ante los Tribunales de Justicia. Pero con posterioridad se interpretó en el sentido de que toda ley arbitraria equivalía a una privación del procedimiento debido. Con esta argumentación los Tribunales poco a poco levantaron una estructura que hacía de la libre empresa parte del esquema constitucional, a partir de 1880 las impugnaciones por inconstitucionalidad de las leyes empezaron a ser normales, cosa que antes no lo habían sido. Esto hizo que el control judicial fuera en los años veinte cada vez más fuerte. En 1915 el Tribunal Supremo anuló 22 leyes estatales.

Igualmente esta Enmienda decimocuarta ha servido para que los ciudadanos puedan acudir a los Tribunales Federales para hacer que los Estados respeten los derechos fundamentales. Y así el Tribunal Federal declaró que el Estado que no respete la libertad de expresión se sale de la legalidad y viola el «debido procedimiento legal». La década de los cincuenta fue la del movimiento por los derechos civiles.

En fin, un libro interesante que nos acerca a un mundo jurídico nuevo que nos sorprende por su vitalidad y su dinamismo y por cuyas páginas aparecen figuras nuevas para nosotros como los Jueces de alquiler o Rent a Judge o conocidas muestras, aunque allí aparezcan con dimensiones mastodónticas, y cuyo entramado jurídico obedece hoy a la idea fundamental sobre la que se levanta nada menos que la unidad nacional, de que para que el individuo sea fuerte y sus derechos estén protegidos el gobierno debe estar limitado y ser popular, pues tanto la sociedad en general como el gobierno en particular existen para satisfacer los derechos de los individuos en cuanto a su vida, libertad y búsqueda de felicidad.

AMONIO MORO SERRANO

SURIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO: *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

Desde que España se incorporó a las Comunidades Europeas, la doctrina se vio en la necesidad de atender al requerimiento que imponía la existencia de un ordenamiento rigurosamente nuevo y desconocido hasta ese momento.

El esfuerzo realizado ha sido considerable, ya que en el corto espacio de diez años, se ha tenido que adaptar nuestro pensamiento jurídico a los nuevos moldes impuestos por la Constitución, buscando fórmulas hasta entonces inéditas, en las que la doctrina tuvo que dar lo mejor de sí misma.

Y cuando parecía que ya se habían conseguido parámetros jurídicos de entendimiento más o menos aceptables y aceptados, surge con notable ímpetu un sistema normativo de nueva factura, que tiene una notable influencia en la vida cotidiana, aunque todavía no seamos, quizá, conscientes de ello.

Sucede que el llamado Derecho comunitario es un sistema jurídico completo, con sus propias fuentes, sus claves interpretativas también propias, y con una eficacia inmediata y directa sobre el ordenamiento particular de los doce Estados miembros, que desde luego no pueden poner obstáculos a la aplicación de dichas fuentes comunitarias, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo encargado de sostenerlas, caso de que hubieran fallado los Estados miembros.

Pues bien, el libro del profesor SORMNO, Catedrático de Derecho administra-

tivo, se sitúa en ese contexto y trata de ofrecer, con un lenguaje sencillo y directo, una explicación coherente sobre este complejo tema.

En lo esencial, la monografía que recensiamos, intenta explicar al lector que son dos los instrumentos normativos más importantes de las fuentes comunitarias.

Y lo hace siguiendo un método que, además de que facilita enormemente la lectura, es sin duda el más apropiado cuando se trata de enfrentarse con este ordenamiento.

Nos referimos a que el autor ha seguido el método jurisprudencial, y además lo hace, como por demás ocurre en gran medida con la doctrina comunitaria, cuidando enormemente el relato de los hechos. Con lo cual, el libro gana en amenidad, y demuestra el exquisito cuidado en la selección del material jurisprudencial, que es sin duda uno de los logros mejor conseguidos de este libro.

La jurisprudencia se expone, dentro de un contexto que permite al lector tener una rápida idea de cuáles son los problemas principales que se plantean en cada una de las distintas fuentes, que así reciben un tratamiento completo y adecuado, y permiten con facilidad compararlas con las fuentes internas.

En este aspecto el trabajo resulta enormemente sólido y atractivo ya que el estudioso recibe una información inmediata de cuál es la situación en el Derecho de las comunidades.

El autor comienza con una reflexión sobre el Derecho comunitario haciendo una descripción completa de sus principales características, enfatizando la importancia que dicho Derecho ha de recibir por nuestros operadores jurídicos, singularmente por la Judicatura, que es uno de los poderes llamados a jugar un mayor papel en este tema.

En el siguiente capítulo, se estudian los Reglamentos de la Comunidad, para lo cual, se analizan todos los rasgos jurídicos de tal fuente, especialmente la normatividad, el carácter general, la obligatoriedad, la aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la primacía.

Cada uno de tales rasgos es estudiado con profundidad, y con el correspondiente apoyo jurisprudencial.

El complejo tema de las Directivas, quizá uno de los más difíciles de todo el Derecho comunitario, es tratado con una enorme fluidez, fruto sin duda del considerable esfuerzo del autor, que como señala en la introducción dedicó una parte considerable del tiempo de elaboración de este libro —precisamente en los centros de estudios de las distintas Universidades europeas— a este enjudioso tema.

Tras comparar tales Directivas con algunas pretendidas fuentes españolas, analiza con enorme cuidado —y con el consabido apoyo jurisprudencial— el artículo 189 del Tratado CEE, en lo que se refiere a esta fuente.

Especialmente se hace hincapié en los aspectos que se refieren al difícil tema del llamado efecto directo de las Directivas, sin duda alguna uno de los temas que más pueden afectarnos, y al fundamento para dictar esta fuente normativa.

Se trata de una obra útil y eficaz, en la que sin menoscabo del esfuerzo teórico, en el que es claro que el autor toma partido sobre todos los temas, su mayor y mejor mérito se encuentra en su eficacia práctica, al resolver todos los problemas que se plantean, y hacerlo acompañado del instrumental necesario, tanto normativo como jurisprudencial, por lo que es una obra, que nos atrevemos a calificar de excelente y a recomendar sin vacilaciones.

COTTA, SERGIO: *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Traducción al español del Profesor Antonio Fernández Galiano. Editorial Ceura. Madrid, 1987. Un tomo de 171 páginas.

Introducción

La justificación del ordenamiento jurídico como sistema de normas es un problema que atrae constantemente la atención de los estudiosos del Derecho en su plano teórico. Este autor, en concreto, comienza intentando demostrar que se trata de un asunto que atañe directamente a los juristas y que no es tan sencillo desentenderse del mismo alegando que se trata de una cuestión simplemente política o ideológica. Es cierto que la política y las ideologías intervienen decisivamente en la producción de la norma; por eso el jurista debe tener ciertos conocimientos de política para poder entrar en la discusión que nos ocupa.

También es verdad que la norma está ahí, existe, ya sea eficaz o inoperante; desde el momento en que el legislador la incluye en el ordenamiento, es tarea del jurista cumplirla y aplicarla. Parece que si la norma debe ser aplicada no viene al caso ocuparse de su justificación, de sus orígenes; pero, en realidad, no deja de ser grave la pretensión de aplicar unos imperativos arbitrariamente. Por eso, a lo largo de la Historia se ha buscado la razón de ser del ordenamiento, mediante su correspondencia con la idea del Derecho natural, o a través de la interpretación.

Esta última ha sido importantísima a la hora de restar rigidez a la norma escrita (*summum ius, summa iniuria*), buscando lo que se ha dado en llamar el «espíritu de la norma», la amplitud de miras del legislador a la hora de regular determinadas conductas, la posible analogía con otros comportamientos no previstos, en definitiva, «La actividad intelectual que tiende a descifrar el sentido escondido en el sentido aparente y el manifestar los niveles de sentido implicados en el significado natural», como dice PAUL RICOEUR en la cita del autor de este libro. La relevancia de la interpretación llega al punto de modificar el significado normativo del texto inicial, hasta presentar una norma nueva. Ahora bien, ese nuevo significado, o esa nueva norma, sigue necesitando una justificación.

SERGIO COTTA propone que no hay que buscar la justificación de la norma en la interpretación, puesto que ésta se realiza sobre normas ya existentes, mientras que la justificación debe ser anterior a la norma, debe ser la causa de la misma. Con la pregunta de «¿Por qué la justificación y no su ausencia?», COTTA se propone una búsqueda a través de los diferentes planteamientos doctrinales y formula una serie de razonamientos en los que basar el fundamento del sistema normativo.

Veamos sus razonamientos siguiendo el mismo esquema que él utiliza en su obra.

I. ¿Por qué la justificación?

Para responder a esta pregunta, parte el autor de la distinción entre mandato y norma. El mandato es una proposición prescriptiva que, si bien tiene carácter imperativo, no está dotada de la obligatoriedad que caracteriza a la norma jurídica. Ahora bien, ¿por qué es obligatoria la norma? ¿Lo es por el mero hecho de estar promulgada y existir formalmente, como proponía KELSEN? ¿Deja de ser obligatoria cuando es transgredida por un acto aislado no reiterado?

La transgresión de la norma no es absolutamente evitable; de hecho se produce con frecuencia y aunque existe el miedo a la sanción, el elemento coactivo contenido en el enunciado de la norma tampoco justifica por sí solo la obligatoriedad de la misma. Es más, según COTTA, «la fuerza no puede eliminar la transgresión, pues a la fuerza cabe siempre oponer otra fuerza, que puede ser incluso mayor»; recordando el ya clásico ejemplo kelseniano del ladrón: «¡La bolsa o la vida!», es un imperativo acompañado de una amenaza y sin embargo no es una norma jurídica, pues el ladrón que la emite no cuenta con ningún tipo de autorización; por lo tanto no crea ninguna obligación para el destinatario de la frase.

En el plano teórico, lo que caracteriza a la norma como enunciado prescriptivo es que establece un *deber ser* dirigido a un destinatario concreto: el hombre y su conducta. Ni el legislador ni el destinatario de la norma están «predestinados» a legislar y a cumplirla, respectivamente, sino que, a juicio del autor, ambos se mueven en el plano de la posibilidad. Si nos fijamos en la diferencia entre el «ser» y el «deber ser» nos daremos cuenta de por qué la norma es infringible, ya que según COTTA, el deber ser es «la condición de pensabilidad del concepto de transgresión», basándose en la idea kantiana de la complementación de los contrarios: la prescripción normativa existe porque también existe la infracción; donde no esté aquella no se daría ésta.

Un ejemplo elocuente de esto lo encontraríamos en la historia del leñador que tenía que talar un bosque, cosa que no le apetecía nada, por lo que se le ocurrió dejar el hacha en lugar bien visible con el cartel: «Prohibido usar este hacha». A la mañana siguiente se encontró con todo el bosque talado. No es que se pretenda con esto demostrar que la norma está hecha para ser transgredida, pero queda suficientemente claro que en el enunciado prescriptivo tampoco reside la justificación de la norma; la simple observancia de la misma no es prueba de que ésta haya sido válidamente justificada.

II. ¿Obligatoriedad sin justificación?

Continúa COTTA SUS razonamientos, intentando esta vez buscar la obligatoriedad de la norma en su pertenencia a un ordenamiento, tomando como referencia a KELSEN, para quien la validez de la norma consiste en su existencia específica y la eficacia supone la conformidad con el ordenamiento. KELSEN habla de una estructura jerárquica normativa y de un sistema de delegación que culmina en lo que él llama «Grundnorm», norma fundamental presupuesta de la que deriva todo el ordenamiento positivo y su consiguiente obligatoriedad. El planteamiento kelseniano es criticado en el sentido de que la norma constitutiva debe ser real y no imaginaria. Aun así, tampoco encontramos la obligatoriedad de la norma en la autojustificación del ordenamiento; y no la encontramos porque dentro de un mismo ordenamiento no sólo pueden darse antinomias entre normas (que quedarían resueltas con los criterios *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*, *lex specialis derogat generali*), sino que incluso pueden darse antinomias entre los mismos criterios a los que BOBBIO llama «antinomias internas de segundo grado» y que sólo podrán resolverse acudiendo al «criterio de los criterios»: el de la Justicia. Aun así, todas estas ideas giran en torno a la pretensión de autojustificar el ordenamiento, propósito que excluye COTTA, para quien la justificación deberá alcanzarse por otra vía, desde el exterior del sistema normativo.

Otra solución que examina este autor es la propuesta por el realismo jurídico escandinavo, escuela en la que destaca KARL OLIVECRONA, para quien la norma

jurídica es un imperativo independiente que no implica una relación personal, como ocurre con el mandato. Para OLIVECRONA la obligatoriedad del imperativo independiente reside en la «presión psicológica» que éste ejerce sobre la población, erando una «conciencia del deber» basada en el arraigado respeto de los subditos hacia la Constitución. Pero con este planteamiento nos está mostrando OLIVECRONA la obediencia al ordenamiento, no su obligatoriedad. Otro autor, Ross, hace depender la obligatoriedad del comportamiento general de los tribunales al aplicar efectivamente la norma.

Para HEGEL hay que aceptar sin más la obligatoriedad del ordenamiento porque es la forma jurídica del pueblo constituido en Estado (Volksstaat). Así, el sistema normativo no tiene que justificar su propia obligatoriedad, ya que ésta deriva del Volksstaat.

En definitiva, COTTA desdeña todas estas posturas que buscan la justificación del ordenamiento en sí mismo e intentará encontrarla en los conceptos de «autoridad» y de «ideología».

Por lo que se refiere a la autoridad, tras dejar bien clara su diferencia con el concepto «poder» (la autoridad es un poder dotado de elementos apreciativos positivos), afirma que las normas que dicte quien goza de autoridad, se justifican precisamente por el hecho de que el gobernante no sólo tiene poder sino que se tiene depositada en él una gran confianza. Es una síntesis de la actividad del gobernante y la conciencia del gobernado. El concepto de autoridad es muy utilizado, es eficaz y racional, pero puede objetarse que sólo vale para quien cree en ella y sólo produce una presunción de obligatoriedad de las normas que de ella nacen.

En cuanto a la ideología, excluidas las vías anteriormente expuestas, parece la más idónea para hallar la obligatoriedad de la norma. Si nos apartamos de las connotaciones peyorativas que tiene el término «ideología» (como, por ejemplo, ocultación de intereses), nos interesa el vocablo en el sentido de sistema de ideas y valores generalmente aceptados en un momento dado y dirigidos a provocar la acción. Este criterio tiene a favor su referencia a ideas, proyectos y valores aceptados en común y el desarrollo de juicios valorativos en los que se desarrolla la justificación del ordenamiento, pero se le pueden oponer los mismos reparos que a la autoridad: sólo vale para quien la acepta y sólo será eficaz si funciona después de implantada, creando una especie de presunción de justificación. Conclusión: Ninguno de los medios vistos prueban objetivamente el fundamento de la norma.

III. *Requisitos de la justificación*

La justificación de la norma consiste en demostrar que la opción de elevar lo posible al rango del «deber ser» no es arbitraria sino fundada. Para que exista tal justificación deben darse los siguientes requisitos: 1) La justificación debe demostrar que el comportamiento prescrito es realmente posible. 2) Debe traspasar el nivel de la simple verificación de la eficacia de la norma (es decir, debe ser algo más que la mera observancia). 3) No debe reenviar a premisas no justificadas y no justificables. 4) Debe valer para todos los miembros del mismo universo lógico, y 5) Debe probar que el comportamiento prescrito es aporable.

De estos cinco requisitos, el segundo, tercero y cuarto tienen naturaleza formal según el autor, ya que atañen respectivamente al objeto, a la congruencia y

a la esfera de validez del discurso justificativo. En cuanto a los requisitos primero y quinto, tienen naturaleza sustancial, ya que se refieren al contenido de la norma.

IV. *La justificación y la cuestión del Derecho natural*

Aborda en este punto el autor el debate sobre la existencia del Derecho natural y su contraposición al Derecho positivo. En el natural, la validez de la norma depende de un discurso teórico, mientras que en el Derecho positivo es un deber ser establecido por la voluntad humana, dependiendo de un discurso prescriptivo.

Las teorías iusnaturalistas infieren proposiciones de deber ser a partir de proposiciones de ser, inferencia lógicamente incorrecta, por lo que se ha dado en llamar «la falacia naturalista». El término «Derecho natural» es contradictorio, ya que «Derecho» es un deber ser, mientras que «Natural» es un ser. ¿Es útil el Derecho natural para implicar correctamente la idea del Derecho positivo? El autor dice que sí, contradiciendo a la filosofía analítica.

COTTA intenta justificar la existencia del Derecho natural desde el punto de vista histórico al señalar la confrontación entre varios sistemas culturales y jurídicos, como ocurrió con Grecia al extender su civilización, o con la colonización del Nuevo Mundo, donde los europeos hallaron un sistema cultural y jurídico, que trajo como consecuencia un renacimiento del iusnaturalismo, en el que destacó la escuela española de VITORIA Y SUÁREZ.

La misma razón de ser del Derecho natural la busca también desde el punto de vista filosófico, donde el iusnaturalista fue concebido como un Derecho «oculto» e inspirador del visible o como un Derecho originario que después desapareció o como lo ideal respecto a lo real. Frente al Derecho positivo aparece como lo que «debe ser» respecto de lo que «es». Es decir, frente a quienes sostienen la inexistencia o inoperancia del llamado «Derecho natural», SERGIO COTTA no sólo afirma y prueba que existe, sino que además lo configura como «criterio normativo del Derecho positivo» o «deber metapositivo».

El Derecho positivo es considerado variable, particular, producto de la voluntad, artificial. Por el contrario, el Derecho natural se nos presenta como invariable, universal, racional, obra de la naturaleza.

Al margen de la discusión que se plantea entre ambos sistemas, el autor pretende presentarnos una realidad de dos sistemas de normas, tomando como referencia a ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, para quienes el Derecho natural contiene las reglas generales y el positivo las determinaciones. HOBBS y SPINOZA ven al Derecho natural como el que rige en las relaciones en que interviene el Estado y al positivo rigiendo las relaciones civiles. Así, persisten como posibles y compatibles, en lo que el autor llama «dos especies de un mismo género», compatibilidad teórica que nos no ayuda a encontrar la juridicidad del Derecho natural.

Afirma COTTA que los iuspositivistas parecen reconocer este carácter de subespecie que tiene el Derecho positivo, precisamente porque al necesitar la calificación de «positivo» se considera como una especie del género «Derecho». En definitiva, es cierto que ha existido un Derecho llamado «natural», efectivamente respetado durante la Historia y que va más allá de la mera abstracción de un deber ser moral. Por lo tanto, si existe en el ámbito de la experiencia deberá tener los elementos comunes a toda norma. Así, está dotado de una estructura

lógica, un enunciado que prescribe un comportamiento, prescripción que es obligatoria, al menos ajuicio del iusnaturalista.

Concluyendo, el Derecho natural es obligatorio por su racionalidad y de forma más convincente que la ofrecida por el Derecho positivo. Así parece deducirlo el autor del Derecho internacional no escrito, llamado «Derecho natural vigente» por BARILE, y también del concepto de equidad y del de los «derechos fundamentales del hombre», cuya intangibilidad está reconocida por la conciencia común; y también, finalmente, del «núcleo prescriptivo esencial» que hace que ciertas normas conserven su capacidad vinculante aceptada naturalmente, no a la fuerza. SERGIO COTTA no parece ya tener reparo en ser tachado de iusnaturalista por intentar la búsqueda de la justificación de la norma, aunque a tenor de lo expuesto da la impresión de que le ha preocupado más justificar su iusnaturalismo que la obligatoriedad del ordenamiento.

V. *La justificación en términos de verdad*

Distingue el autor entre la justificación funcional o relativa y la justificación funcional-estructural o absoluta.

En cuanto a la simplemente funcional, nos muestra COTTA el siguiente ejemplo: Partiendo de una proposición como «la obediencia de las leyes es necesaria para la existencia del Estado», llega a otra proposición prescriptiva, como «todos los ciudadanos deben obedecer las leyes estatales», extrayendo la conclusión de que si este tipo de proposiciones están sólidamente probadas, tendrán correcta justificación las subsiguientes prescripciones.

Estas proposiciones prescriptivas, al resultar justificadas por la determinación de ciertas situaciones, resultarán obligatorias, convirtiéndose en normas. Este tipo de justificación se asemeja al teleológico predicado por KANT, para quien el imperativo no prescribe una acción porque sea buena, sino por ser medio necesario para un fin concreto y la obligatoriedad de la norma viene justificada por el hecho de querer dicho fin. Pero el autor no quiere que la justificación por él propuesta sea calificada de teleológica, por lo que se prefiere llamarla funcional, término que define mejor el nexo de la prescripción con una situación de ser. Este tipo de justificación, al estar basado en una concreta realidad existencial, vale para todos los que participan en ella; pero, precisamente por ello, la norma deja de estar justificada fuera del ámbito del universo lógico al que se refiere, si bien podría abarcar diversos universos lógicos, justificando así un sistema global de normas de una manera funcional y con un carácter razonable y empíricamente controlable, sin acudir a valores arbitrarios. Aun así, esta justificación no deja de ser relativa por cuanto sólo sirve dentro del contexto existencial al que se refiere la norma.

Por eso se plantea la posibilidad de una justificación funcional-estructural o absoluta. Para ello toma nuevamente ejemplo de KANT, ya que su «imperativo asertórico» no se refiere a un universo lógico cualquiera, sino al universo total, universo en el que todos los hombres tienen un fin común, por lo que la acción que aparezca como medio realmente necesario para dicho fin será obligatorio. Para KANT ese fin real común a todos los hombres es la felicidad, cuyos elementos son variables, por lo que «el hombre no puede determinar con arreglo a un principio lo que le hará verdaderamente feliz». Pero las felicidades individuales no coinciden, incluso llegan a ser incompatibles, por lo que el logro de la felicidad no es condición para la realidad de la coexistencia humana.

Este es el punto al que pretendía llegar el autor: No se puede justificar la norma en la búsqueda de la felicidad o de la supervivencia como fines comunes a todos los hombres, porque en realidad no son comunes; cada uno busca no *la* felicidad o *la* supervivencia, sino *su* felicidad o *su* supervivencia.

COTTA propone sustituir el *mors lúe, vita mea* por un *vita tita, vita mea*; es decir, una coexistencia, concepto que tiene plena reciprocidad sin incompatibilidad y es, por tanto, universalizable.

VI. *La obligatoriedad del Derecho positivo y el Derecho natural*

Antes de llegar a sus conclusiones, sintetiza COTTA SUS hallazgos: La norma constituye la posibilidad de la transgresión, su justificación va más allá de la propia eficacia y debe ser válida para todos los miembros de un mismo universo lógico; no debe remitir a ningún presupuesto injustificado, debe referirse a comportamientos posibles de forma no arbitraria ni subjetiva; esta justificación puede ser relativa (por referirse a una situación particular) o absoluta (por tratarse de la coexistencia humana, es la llamada justificación funcional-estructural). Por último, la necesidad de justificación se da en las normas de Derecho natural (para las que la obligatoriedad es c'=mostrable mediante razonamiento) y en las de Derecho positivo, en las que la obligatoriedad es demostrable con argumentos simplemente formales o fácticos.

Estas son, según el autor, las razones que hacen indispensable la justificación. Ahora se trata de ver qué concepción del hombre la hace razonable. La norma, además, de prescriptiva es ordenadora, instaura el orden que no existía o concreta el que era impreciso. La conveniencia de ese orden se hace patente a través de la justificación que se nos muestra como un discurso racional. Además, el individuo no sólo tiene capacidad para comprender el enunciado lingüístico de la norma, sino también para captar en las palabras (en su sentido) la prescriptibilidad. Por lo tanto, la justificación nos hace ver la paridad entre legislador y destinatario: Lo que para el legislador es un deber ser, tiene también que parecerlo al destinatario para que resulte obligatorio; por eso la prescriptividad de la norma la encontramos más allá del simple hecho material del lenguaje utilizado por el legislador.

Llegamos así a la gran conclusión de SERGIO COTTA: La configuración del Derecho positivo como Derecho natural vigente, tomando la idea de CAPOGRASI, para quien «el Derecho positivo, considerado en su profunda razón de ser, es Derecho natural». Ya se había referido el autor al Derecho natural como «el deber ser del Derecho positivo». Dejando de lado la diferencia entre ambos por la diversidad de sus fuentes, se centra en la perspectiva de la obligatoriedad, desde la cual «todo Derecho, incluso el positivo, es natural», ya que la prescripción es obligatoria cuando está justificada objetivamente según un criterio asumible por todos los miembros del mismo universo lógico.

Esa justificación es un discurso racional referido a la coexistencia. Si estos dos elementos (razón y coexistencia) son los inspiradores de la norma (ya que sin ellos caeríamos en el *homo hominis lupus est*) y son consustanciales a la naturaleza humana, obtenemos el por qué de la atribución del adjetivo «natural» a todo el Derecho. Lo que sucede es que ese Derecho natural puede ser «puesto» por los hombres, por lo que el Derecho positivo podemos llamarlo «Derecho natural vigente»; con ello queda soslayada la contraposición de naturalismo y

positivismo, siendo ambos términos acogidos bajo el más genérico de Derecho natural. COTTA termina con una clasificación de las formas de Derecho natural vigente.

VII. *Conclusión*

Sinceramente, no termina de quedar clara la pretensión del autor de esta obra. ¿Se trataba de buscar la justificación de la norma allí donde no la encontraron las escuelas doctrinales examinadas? ¿O más bien era un pretexto para demostrar a los positivistas que el Derecho natural no sólo existe sino que abarca al mismo Derecho positivo? ¿Ha equiparado Derecho natural y justificación de la norma para poder llegar a sus conclusiones?

Es cierto que ha quedado bien patente la necesidad de justificar el ordenamiento, pero en un momento dado COTTA abandona esta cuestión para plantear la idoneidad del Derecho natural, utilizando en su defensa unos conceptos nuevos y conciliadores que serán evidentes tanto para defensores como para detractores.

Es también verdad que se ha preocupado de definir los elementos característicos de la justificación y ha seguido sus razonamientos hasta hacer encajar el concepto de coexistencia en los parámetros descritos. Durante su obra, el autor repetía: «Es cierto que la norma es coactiva, pero no encontraremos la justificación en la coacción». Venía también a decir que es verdad que la norma está influida por la autoridad y la ideología, pero no encontraremos sólo en ellas la buscada justificación. ¿Porqué nos presenta entonces la justificación de la norma como algo que deriva exclusivamente del concepto de coexistencia?

Es cierto que se trata de un concepto real, como hemos tenido ocasión de ver, pero no es menos impreciso que los términos «fuerza», «justicia», «ideología» y otros, desdeñados todos por el autor. ¿Por qué, pues, hacemos ver la justificación como un «monopolio» de la coexistencia, como algo privativo de la misma?

Este y otros intentos de buscar el origen de la justificación del sistema normativo nos ponen de manifiesto la gran paradoja que supone el hecho de que algo en apariencia tan abstracto afecte de una forma tan directa a los destinatarios de la norma.

JOSÉ MARÍA CORRAL GUÓN