

## La lucha por el derecho en Europa hoy

Enrique García Pons

### Autor

#### Enrique García Pons

Periodista y jurista. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

**Contacto:** egpons@telefonica.net

### Cómo citar este artículo

García Pons, E. (2016). La lucha por el derecho en Europa hoy. *Nova et Vetera*, 25. Recuperado de <http://esapvirtual.esap.edu.co/ojs/index.php/novaetvetera/article/view/197>

Fecha de recepción: 15-09-2016

Fecha de aprobación: 28-09-2016

*Es la última palabra de la sabiduría que solo merece la libertad y la vida, el que sabe conquistarlas cada día. (Ihering, 1872, p.)<sup>1</sup>*

El libro, que mantiene plena actualidad, fue reeditado en España durante el 2016 por la editorial Comares. Este, a mi parecer, continúa siendo imprescindible para cualquier jurista que pretenda profundizar en el derecho.

Yo tengo la suerte de disponer de un ejemplar de la editorial Civitas, publicado en 1985. Aquel ejemplar incorpora el brillante prólogo a la primera traducción española hecho por Leopoldo Alas "Clarín", en enero de 1881, y que comienza con la siguiente cita de la obra *Espíritu del derecho romano* del propio Ihering:

Solo la voluntad puede dar al derecho lo que constituye su esencia: la realidad. Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho.

El concepto de *lucha* que maneja Ihering se relaciona con la posición activa del individuo en la construcción del derecho. Tal concepto también se contrapone a las tesis defendidas por Savigny, entre otros, que concebían el derecho como la manifestación de la historia de un pueblo, completamente ajena a la intervención activa del hombre o a la actitud combativa del individuo.

### El deber ser y el ser

Dado que solo la voluntad puede dar al derecho la realidad que constituye su esencia, lo expuesto conduce al deber ser y al ser. La realidad objetiva, las

<sup>1</sup> Ihering parafrasea en este apartado a Johann Wolfgang Goethe.

cosas u objetos materiales e inmateriales, las personas y los seres vivos en general se encuentran en lo que se denomina el mundo del ser, esto es, en la ontología.

En la deontología, es decir, en el deber ser, se determina cómo debe ser la conducta humana. A partir de esta distinción entre el deber ser y el ser es posible definir el mundo de las normas y, por consiguiente, del ordenamiento jurídico. Este ha sido objeto de reflexión por parte de Hans Kelsen y Norberto Bobbio.

## El deber ser, el ser y la lucha por el derecho

El lector seguramente se estará preguntando a dónde conduce este preludeo. Para el jurista que se adhiere a estas líneas es un honor poder aportar su granito de arena a la reflexión sobre el deber ser y el ser del ordenamiento jurídico.

De igual manera, es un honor tener la posibilidad para un español —y también europeo— de exponer e intercambiar sus reflexiones con sus colegas colombianos —y, por tanto, latinoamericanos— tan queridos y cercanos pero, al mismo tiempo, lejanos.

La lucha por el deber ser del derecho fue abordada por mí en el libro *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, editado por J. M. Bosch en 1996. Esta obra se basa en la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional de España (en adelante TC), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), sobre la extensión y límites de los derechos fundamentales.

Luego de 20 años de su publicación, es posible afirmar que el estudio que propone la obra, a saber, sobre el deber ser de la extensión y límites de la realización efectiva de los derechos, se mantiene vigente.

Las circunstancias han conducido al autor de estas líneas, tras dudar de la conveniencia de la divulgación de la obra, a tratar la lucha por el ser del derecho en la atípica obra *Administraciones Públicas: vías de hecho y violación de derechos fundamentales*. Esta ha sido editada por J.M. Bosch en Barcelona durante 2016.

### *Administraciones públicas: vías de hecho y violación de derechos fundamentales*

Se trata de un libro con una estructura única, como podrá comprobar el lector, construido con los restos de un naufragio documentado de la lucha por el derecho. Este texto

tiene como finalidad ser un útil, didáctico y práctico aviso para navegantes.

La obra está constituida por una breve introducción periodística y un cuerpo jurídico que corresponde al escrito presentado al Parlamento Europeo el día 10 de diciembre de 2015, en ejercicio del derecho fundamental de petición, y a la documentación que acompañaba a dicho escrito. Aquel fue registrado con el número 1419/2015 y pendiente de pronunciamiento.

También, dentro de la obra, se reproduce toda la documentación presentada a dicho Parlamento, que da cuenta de que todos los poderes públicos abandonaron arbitrariamente sus funciones. Allí se retrata el procedimiento, paso a paso, de quienes intervinieron, a saber: el Ayuntamiento de Ainsa-Sobrarbe, la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la Jurisdicción Civil, y especialmente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en adelante, TS), el TC, y el TEDH.

Ninguno de esos poderes determinó la jurisdicción competente en España, es decir, no determinó si era la jurisdicción civil o la jurisdicción contencioso-administrativa para los casos de vías de hecho o para los actos arbitrarios de las administraciones públicas.

El libro sirve como prueba de que, si el titular de un bien inmueble es privado del mismo, por vía de hecho o acto arbitrario de una Administración Pública sin indemnización, en Francia tendrá que acudir a un Tribunal Civil, en Alemania tendrá que acudir a un Tribunal Contencioso-Administrativo y en España, como en Alemania antes de la Ley de 1960, tendrá la incertidumbre de a cuál de los dos tribunales acudir. El titular, en ambos casos, podrá recibir cualquier tipo de resolución.

Esta situación genera una gran inseguridad jurídica en las leyes procesales internas puesto que viola los derechos fundamentales europeos a un tribunal y a un plazo razonable. Por ende, viola el derecho a un juicio justo.

*Administraciones Públicas: vías de hecho y violación de derechos fundamentales* y el escrito de petición al Parlamento Europeo constituyen las dos últimas paradas de un viacrucis por el derecho. Estos textos constituyen una magnífica película documental sobre la realidad de la justicia española y europea.

Asimismo, ponen en evidencia la inseguridad jurídica en la que se encuentran todos los titulares de un bien inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad libre de cargas en España. Los textos, además, advierten que una administración pública que se apropia de un inmueble por

la vía de hecho constituye una flagrante violación a los derechos fundamentales.

La globalización y la revolución del conocimiento están cambiando rápidamente a nuestro mundo. Esto tiene como efecto la decadencia de la idea misma de Europa, de sus valores y de sus principios. Entre ellos se encuentra la seguridad jurídica, como presupuesto de un mayor y más justo desarrollo social y económico, para el que una adecuada organización del derecho de propiedad constituye un requisito necesario, como concluyó Douglass C. North, Premio Nobel de Economía en 1993, junto con R. Fogel.

No es fácil defender la aplicación de los Derechos Humanos como derechos reales y efectivos en Europa gracias a la solución jurídica que se le está dando a los refugiados que demandan asilo. Hemos de tener presente que Roma no se hundió por perder una guerra, sino porque no supo hacer prevalecer el derecho ante las tribus bárbaras, ni adaptarlo en favor de sus propios excluidos, perdiendo así la fortaleza de su cohesión social.

El Parlamento Europeo, durante 2009, constató la abstención y la parcialidad de la justicia española. Empero, una vez agotadas las vías nacionales, se conservaba la posibilidad del TEDH. Esta posibilidad parecía mostrar la existencia de una cierta seguridad jurídica en el espacio europeo, idea que resultó ser errónea y, sin embargo, compartida por el redactor de estas líneas. (*Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, J.M. Bosch Editor, 1996, página 27).

La Constitución Española de 1978, el edificio jurídico que ampara a todos los españoles, necesita múltiples reformas de modernización democrática y una adecuación a los tiempos actuales (para lo que es necesario el consenso de amplias mayorías que concilie intereses diversos).

Aquella necesita, en concreto, la inclusión explícita de derechos fundamentales constitucionales, de los nuevos Derechos Humanos positivizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre tales derechos se encuentra el derecho a la propiedad.

Estas reformas son del mayor interés para los ciudadanos. Por lo cual, por pura racionalidad jurídica, no debe plantear ninguna discrepancia en una clase política democrática, con vocación europeísta y con voluntad de garantizar efectivamente al menos los derechos fundamentales de libertad (llegando en aras a la seguridad jurídica a un gran pacto de Estado). Lamentablemente, no parece que el tema constituya en estos momentos una de las prioridades de la clase política española y europea.

En España la justicia es lenta porque la clase política — en España hay el doble de políticos que en Alemania en relación al número de habitantes— no ha suministrado a la justicia una estructura racional dotada de los medios materiales —instalaciones y tecnología— y personales —en España hay menos de la mitad de jueces que en Alemania en relación al número de habitantes—, los cuales son imprescindibles.

La justicia es parcial en España porque ha sido polarizada por la clase política a través de su estrategia de nombramientos (TC, Consejo General del Poder Judicial, TS, etc.). En estos, con mucha frecuencia, prevalece la sumisión partidaria sobre la valía jurídica. De igual manera, la justicia es parcial porque se le ha dado más importancia a la cantidad que la calidad, lo cual ha provocado que se atosigue a la mayoría de jueces y tribunales de trincheras.

La actual redacción del incidente de nulidad de actuaciones en el ordenamiento jurídico español, como forma para reparar vulneraciones de derechos fundamentales, puede considerarse como una burla. Esto, porque obliga al recurrente, en prácticamente todas las ocasiones, a presentar el recurso de forma prematura o extemporánea, pero nunca dentro del plazo.

Atribuir al TC la condición de Tribunal de Amparo frente a la violación de derechos fundamentales resulta confuso para los ciudadanos. Precisamente la confusión radica en que, más allá de su apariencia, acudir al TC se asemeja a un juego de azar. En efecto, el recurrente tiene el 99 % de posibilidad de recibir una providencia de inadmisión irrecurrible, habitualmente arbitraria.

El escrito de petición manifiesta al Parlamento Europeo, al igual que el libro al lector, que el TEDH no es una forma eficaz para subsanar la lentitud y la parcialidad de la justicia española. Manifiesta también que es falaz atribuir al TEDH, como al TC, la condición de tribunal de eficaz garantía de los Derechos Humanos, cuando en realidad acudir a aquel es, también, como participar en un juego de azar.

Lo anterior, porque el demandante tiene alrededor del 1 % de posibilidades de recibir una resolución de admisión. De ahí que los ciudadanos no recurran a tal tribunal pues saben que de hacerlo perderán el tiempo, el dinero y se generarán nuevas frustraciones. Así las cosas, los Derechos Humanos positivizados por el CEDH y garantizados por el TEDH son en realidad teóricos e ilusorios. Solo en pocos casos es posible afirmar que son reales. En efecto, como decía Platón, “la peor forma de injusticia es la justicia simulada”

Ciertamente, no resulta fácil defender el ser del deber ser de los Derechos Humanos como derechos reales y efecti-

vos más no como algo teórico e ilusorio. Ni siquiera en el decadente balneario del mundo que es Europa, dada su menguante realización efectiva.

Es poco probable que la clase política, por iniciativa propia, resuelva el problema de la inseguridad jurídica (específica en cuanto a las vías de hecho y genérica en cuanto a los derechos fundamentales) puesto que es la principal beneficiada gracias a la posición de indefensa en la que se encuentran los ciudadanos en virtud de aquella inseguridad. Sin embargo, es posible que la clase política ni siquiera sea consciente de la importancia que tiene para brindar dicha seguridad jurídica.

Frente a ello, solo es posible formular denuncias de carácter democrático, doctrinal (de parte de los juristas, en especial de los constitucionalistas, de los procesalistas, de los civilistas y de los administrativistas) y ciudadano a través de los medios de comunicación. Esto, para impulsar la voluntad de los poderes públicos, legislativos y judiciales, tanto españoles como europeos, hacia una sociedad con una mayor seguridad jurídica y, por ende, social y económica. Cuando no existe certidumbre legal ni amparo judicial no es posible luchar por el derecho.

Causa estupor que ni la Sala Civil del TS, el TC, ni el TEDH, leyeron los escritos dirigidos a ellos. Por tanto, no resolvieron las cuestiones jurídicas planteadas que siguen pendientes de pronunciamiento y determinación. Precisamente por ello, como motivación del libro y como aviso para los navegantes, es preciso reiterar que

La lucha por el Derecho posiblemente sea la más inútil de todas las luchas, pero al mismo tiempo, por otra parte, debe tenerse siempre muy presente que más allá del Derecho se encuentra la frontera de la negación de la Justicia, territorio en el que imperan los jinetes de lo apocalíptico. (García, 1996, p. 373).

## La lucha por el derecho hoy

En conclusión, al igual que la democracia es el menos malo de los sistemas políticos, en palabras de Churchill, el derecho es el sistema menos malo para la resolución de los conflictos. Empero, dadas las limitaciones de la condición humana, la realización de ambos depende del espacio y del tiempo, y de la calidad y voluntad de las personas llamadas a su implementación. La lucha por el derecho nunca ha sido fácil, aun así, su dificultad se ha incrementado en las últimas décadas, al menos en España y en Europa.

Pese a sus limitaciones, el derecho es el sistema menos malo para la resolución de los conflictos. Esto deberían

saberlo las sociedades española y europea, colombiana y latinoamericana, pues todas han sufrido la violencia y, por ende, la vulneración de los derechos del ser humano, en especial, aquellos que son esenciales como el derecho a la vida y a la paz.

Al lector que haya llegado hasta aquí, en correspondencia a su interés, le voy a facilitar dos enlaces en los que podrá acceder de forma gratuita al índice y a la introducción del libro. De esta forma, el lector podrá determinar con criterio su posible interés por el contenido completo del mismo:

- [http://libreriabosch.com/media/public/doc/Garcia\\_Pons\\_Resumen\\_Intro.pdf](http://libreriabosch.com/media/public/doc/Garcia_Pons_Resumen_Intro.pdf)
- <https://www.yumpu.com/es/document/view/55625930/de-derechos-fundamentales>

La intención de estas líneas es la de aportar su granito de arena a la reflexión sobre la dificultad en la lucha por el derecho y en la realización efectiva de los derechos, especialmente de los derechos inherentes a la dignidad de la condición humana en España y en Europa. En qué medida lo he conseguido lo podrá valorar el lector.

## Referencias

- Boch (2016). Sitio web. [http://libreriabosch.com/media/public/doc/Garcia\\_Pons\\_Resumen\\_Intro.pdf](http://libreriabosch.com/media/public/doc/Garcia_Pons_Resumen_Intro.pdf)
- Ihering, R. (2016). *la lucha por el derecho*. Comares: Madrid
- Yumpu (2016). Sitio web. <https://www.yumpu.com/es/document/view/55625930/de-derechos-fundamentales>