

## INCONTINENCIA LEGISLATIVA, POBREZA DE RESULTADOS

*José Enrique Bustos Pueche*  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Alcalá*

I. Nadie pone en duda que una nota característica de nuestra sociedad actual, y particularmente de nuestros gobernantes, es la de la producción desmesurada de normas jurídicas, acaso en la creencia, que no sé si es ingenuidad o algo peor, de pensar que a base de leyes pueden enderezarse las conductas de los hombres, hacerlos buenos, tras haber arrumbado, en buena medida, como inservibles y manifestación supersticiosa de una época felizmente superada, gran parte de las enseñanzas de la Moral. El asunto ya se ve que es de alto bordo, pero me voy a limitar a llamar la atención sobre algunos fenómenos bien conocidos y actuales que, en mi opinión, justifican el diagnóstico precedente.

Traigamos a la memoria cualquier acontecimiento desgraciado y de suficiente entidad y repercusión social. El hundimiento de un petrolero o el derramamiento de sustancias tóxicas en ríos o parques naturales; la multiplicación de agresiones en el ámbito familiar, mejor su denuncia, porque no podemos asegurar que su número sea superior al de antaño; el fenómeno urbano conocido como “botellón”; los incumplimientos por el esposo de las medidas personales o patrimoniales acordadas en los procesos matrimoniales, convenientemente aireados, cuando no exagerados por el feminismo ejerciente; etc. Sea uno u otro el acontecimiento desdichado, la primera reacción de gobernantes y gobernados es la de clamar por el endurecimiento de la legislación sustantiva vigente, la reforma del proceso y, generalmente, la creación urgente de juzgado y fiscalía especiales que promuevan la represión de conductas tan indeseadas. Nadie se toma la molestia de revisar la normativa existente por si resultara que es adecuada y suficiente, aunque acaso no se haya observado o cumplido convenientemente. No; lo decisivo es hacer más normas y multiplicar órganos y funcionarios. Veamos algunos cambios legislativos que manifiestan la inquietud que ahora comento.

II. Recordemos la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Pocos dudan de que la mayor parte del texto, si prescindimos de las Disposiciones Finales, es perfectamente inútil por superflua, ya que idénticos resultados a los perseguidos por la Ley se podían obtener mediante la aplicación de la normativa ya existente. Podía aceptarse la necesidad de modificar el Código Civil, en lo atinente a las instituciones de protección del menor, pero de ahí a redactar una pomposa ley nada menos que de Protección Jurídica del Menor, como si hasta entonces el menor se hubiera hallado horro de amparo jurídico, va un trecho.

La Ley se compone de dos títulos. El Título I “atribuye” a los menores unos derechos —honor, intimidad, información, libertad ideológica, asociación...— que cualquier alumno de 1º de Derecho Civil, después de haber estudiado la lección de la capacidad jurídica, que es de las que antes se estudian, enseguida se los habría

reconocido, sólo con el Código Civil y su sentido común. El título II o no sirve absolutamente para nada, una vez reformado el Código mediante las Disposiciones Finales que la misma Ley contiene, o pretendía un intervencionismo público del todo incompatible con la naturaleza privada de las instituciones reguladas y, sobre todo, de los intereses en juego.

En efecto, en este Título II hay un primer capítulo sobre “*Actuaciones en situaciones de desprotección social del menor*” que, por sus escasísimas probabilidades de llevarse a la práctica, ha de calificarse como Derecho simbólico o talismán, esto es, el que se hace simplemente por razones de imagen pública de los gobernantes, a sabiendas de que jamás será aplicado. El Capítulo II siguiente ordena lo que en otros tiempos hubiera sido el contenido de una circular del Fiscal del Estado: manda que en cada Fiscalía se lleve “*un índice de Tutelas de Menores*”. Y el tercero y último capítulo regula la adopción internacional. Y tras las Disposiciones Adicionales, se modifica el capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, *De la adopción y otras formas de protección de menores*, mediante el curioso procedimiento de añadir una interminable serie de disposiciones finales a la Ley. Esta segunda parte ya es más valiosa, aunque lo oportuno hubiera sido reformar directamente el Código, y con más laconismo, pero ésta ya es batalla perdida porque exige el dominio del propio idioma<sup>1</sup>.

Como se ve que éste del menor es tema que vende, de nuevo se modifican al tiempo Código Penal y Código Civil para protegerle, mediante la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores. No es que no existiera en el Código Penal el delito de desobediencia y afines, o que el juez civil careciera de competencia para dictar “*las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*” (art. 158, 3º del C.c.), lo que pasa es que resulta más popular anunciar que se cambian las leyes en conformidad con los gustos del momento, aunque luego todo quede como estaba. En efecto, las adiciones introducidas por la nueva Ley en los artículos 103 y 158 del Código Civil para que el juez pueda decidir la prohibición de que el menor salga de territorio nacional, obtenga pasaporte o cambie de domicilio sin su autorización, son del todo innecesarias porque son medidas que ya cabían en el ámbito del precepto antes transcrito.

III. Pero es en el campo del Derecho Penal donde el recurso innecesario a la legislación adquiere mayor notoriedad y máxima gravedad.

Ha sido pacífica la afirmación de que el Derecho Penal constituía la *ultima ratio* del Estado. Precisamente por la contundencia e intensidad de la sanción penal quedaba ésta reservada como amenaza final contra comportamientos del todo incompatibles con la vida social. No estaba justificado este instrumento tan poderoso para la represión de actos que, aun siendo ilícitos, no significaban la lesión o puesta en peligro de bienes completamente indispensables para vivir en comunidad. Es la argumentación que suele resumirse predicando de esta rama del Derecho el llamado principio de intervención mínima. QUINTANO RIPOLLÉS recuerda la expresión de JELLINEK de “ser el Derecho el mínimo ético”, que en lo penal, escribe el profesor español, debe rebajarse al

---

<sup>1</sup> Vid. el acertado comentario a la Ley del Prof. GULLÓN BALLESTEROS: “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *Rev. La Ley*, 8 febrero 1996.

“mínimo de un mínimo”.<sup>2</sup> Con la sensatez que es característica de todo su pensamiento, SANTO TOMÁS ya advirtió —siguiendo por lo demás a SAN AGUSTÍN— que la ley humana “*no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquéllos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes*”<sup>3</sup>.

La inobservancia de tan prudentes advertencias sólo acarrea desgracias. Ante todo padece la justicia, al castigarse conductas menos graves con penas severas, sin respeto al principio de proporcionalidad; se va difuminando en la sociedad la frontera entre lo intolerable y lo meramente reprobable, que a la postre influye en la distinción básica entre el bien y el mal; se pierde entre los ciudadanos el temor sano al Derecho; en fin, por no alargarnos, como jueces y funcionarios en general perciben la inadecuación entre el acto ilícito cometido y la gravosa consecuencia aparejada, se las ingenian para dejar inaplicada la norma, que es modo seguro de desprestigiar la Ley. Pues bien, a continuación voy a señalar, por vía de ejemplo, algunos tipos penales que por reprimir —mejor, intentar reprimir— comportamientos que, a mi juicio, no merecen el reproche penal infringen el principio indicado de intervención mínima y significan un recurso indeseable a tan grave instrumento de castigo.

El art. 227 del Código Penal castiga el impago de las pensiones o cantidades equiparables impuestas en procesos matrimoniales a cargo de un cónyuge y a favor del otro. Se restablecía así la prisión por deudas, abrogada hace casi dos siglos... pero resultaba políticamente correcto y muy progresivo. Ya existía el delito de abandono de familia —art. 226— y el ya recordado de desobediencia previsto en el 556, que podían recoger sin mayor dificultad las conductas ahora tipificadas en el nuevo precepto, pero ninguno de ellos tenía la dimensión feminista de aquél.

La protección de los llamados consumidores es otro de los campos estrella para un buen político. No bastaba con subvertir buena parte de los fundamentos jurídico-patrimoniales, como la noción de contrato, el concepto de capacidad de obrar en los adultos, el sentido de la responsabilidad civil, la teoría de la acción procesal, los efectos de la cosa juzgada, y otras varias bagatelas doctrinales de semejante laya, —todo ello, eso sí, con el aplauso casi unánime de los colegas— había que llamar también al Derecho Penal en auxilio de los pobres consumidores. Ahí está el revolucionario artículo 282 para castigar a fabricantes o comerciantes que faltaren a la verdad en sus ofertas o publicidad, de modo que “*puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores*”. Ni qué decir tiene que el legislador, sabedor de que está redactando un precepto para la prensa y la opinión pública, lo configura en términos tales que jamás será aplicado por tribunal alguno, porque no es de imaginar un fabricante que afirme, por ejemplo, que el automóvil que fabrica vuela. Y cualquier otra afirmación publicitaria entra en el ámbito protegido de la exageración del vendedor, vamos, del *dolus bonus* de toda la vida, que nunca se ha pensado en reprimir, entre otras cosas

---

<sup>2</sup> Antonio QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho Penal*, I, Edersa, Madrid, 1963, pág. 9.

<sup>3</sup> SANTO TOMÁS: *Summa Theologica*, I-II, C. 96, art. 2.

porque siempre se ha creído que los compradores tenían sentido común, a diferencia de lo que ahora se piensa.

¿Podía faltar el medio ambiente, expresión por lo demás tautológica, entre los temas predilectos para aplicar lo que ya se ha llamado Derecho Penal simbólico? Nada menos que un capítulo entero, el IV del Título XVI, artículos 332 a 337, se dedica a la protección de la flora y la fauna. Así puede castigarse, faltaría más, al que “*corte, tale queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos*” ¡Imprescindible cautela ésta de los “propágulos”, y nosotros sin conocerla! El 334 sanciona el comportamiento paralelo respecto a la fauna. Merced a tan ecológicas normas, todos recordarán que fiscales hubo que, llevados de su celo profesional, promovieron la acción penal contra un labriego provecto que había arrancado cierta raíz de planta medicinal, como venía haciendo desde que se lo enseñaron sus padres, planta que por lo visto entraba en ese catálogo fascinante de especie amenazada, aunque todavía menos fascinante que el de especie en extinción; o contra un buen campesino que se había atrevido a comer un huevo de no recuerdo qué ave, cuya subsistencia bien merece se asegure con pena de cárcel.

El espacio no sería suficiente si quisiéramos completar la lista de insensateces: tendríamos que hablar del acoso sexual (art. 184), delito en que, según dicen, podemos incurrir también los profesores; la mayor parte de los delitos societarios (arts. 290 a 297), que no pasan de constituir ilícitos —a veces graves— civiles y que como ilícitos criminales son de muy difícil aplicación por los tribunales penales; delitos contra la ordenación del territorio (arts 319 y 320), que deberían ser meros ilícitos administrativos; la represión del llamado tráfico de influencias (arts. 428 a 431) para cuya apreciación en un proceso penal habría que montar un caso de laboratorio, o sea, irreal.

IV. Un somero repaso de los temas en que se han producido las reformas jurídico-penales evidencia que son aquéllos en que concurren varias circunstancias: están de actualidad en los medios de comunicación; se consideran electoralmente sensibles; están sujetos a censura intelectual, de modo que no es fácil encontrar quien se atreva a hablar de ellos en sentido diferente del que se supone mayoritario, pues como acabo de indicar resultaría políticamente incorrecto; forman parte del escaso bagaje ideológico de ciertos movimientos extremosos, de esos que nunca piden o sugieren, sino sólo “exigen ya”. Pues bien, ante las presiones provenientes de los factores enunciados, los gobernantes, de uno u otro signo, enseguida condescienden y se aprestan a introducir las oportunas reformas legislativas. Dudo que sus autores crean realmente en la eficacia de aquéllas y pienso, más bien, que, sin descartar otros motivos, el principal es el del beneficio político que puedan obtener, pero por si en verdad hubiera una creencia significativa en la bondad del procedimiento, importa una consideración que, en mi opinión, es de suma importancia y acaso explique el fenómeno al que vengo aludiendo, de pensar que las leyes arreglan casi todo.

En efecto, y vuelvo al principio de estas sumarias reflexiones, se ha difundido en la sociedad, y por tanto en sus gobernantes —concedamos que al menos algunos no actúan sólo por razones de rentabilidad política—, la creencia de que la mayor parte de

los males que la afligen pueden evitarse con una atinada regulación legal. A mí me parece que semejante actitud está pretendiendo del Derecho más de lo que éste puede dar, le está pidiendo lo que sólo la Moral puede asegurar. Buena parte de esos comportamientos sociales reprochables tienen su causa en vicios personales; pero a ser bueno y honrado y justo enseña antes y mejor la Moral, no el Derecho. Sucede que después de haber desestimado, incluso destruido, la mayoría de los valores morales sobre que se asentaba la vida personal y, por ende, social, se cae en la cuenta de que ésta se torna con frecuencia insufrible y, entonces, por error o porque no se quiere reconocer la verdadera causa de la desgracia, que obligaría a recuperar aquellos valores, se reclama al Derecho la moralización de las costumbres, cometido que le desborda. No niego que también pueda ser necesaria la norma legal, cuando no existiera o la existente fuera en verdad insuficiente; lo que rechazo es la ingenuidad —o la ceguera voluntaria— de pensar que sin cambio moral en las conductas personales pueda reformarse para bien la sociedad. No es serio, por ejemplo, la permisividad social de la indecencia e inmoralidad permanentes en las televisiones, al paso que se introducen nuevos artículos en el Código Penal para reprimir el acoso sexual, la violencia doméstica o el incumplimiento de las obligaciones familiares que libremente se asumieron.

V. Si hubiera que señalar una parcela de la realidad paradigmática del fenómeno que denuncio, ésta sería sin duda la de la violencia doméstica<sup>4</sup>. La impotencia del Derecho para frenar, reprimir y, en lo posible, erradicar tan penoso comportamiento se manifiesta aquí con toda evidencia. Y concurren todas las demás notas características del fenómeno a que me he referido: impotencia del Derecho, por supuesto; y engaño del Poder Público haciendo creer que con leyes puede atajarse una calamidad que es fundamentalmente moral; y multiplicación demagógica e innecesaria de normas y otros instrumentos jurídicos, como jueces y fiscales especiales, cuando todo eso es perfectamente superfluo porque ya existían normas penales e instrumentos represivos suficientes; electoralismo como razón principal de la actuación pública... y ceguera o falta de gallardía para reconocer el fracaso de las reformas legales emprendidas. Porque la pretenciosa LO. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género (sic) ha fracasado rotundamente, pero se ocultan las estadísticas, cuando lo cierto es que la cifra de ataques con resultado de muerte o lesión sobre las mujeres no hace sino incrementarse, lo que hubiera ocurrido exactamente igual con ley o sin ella. Y es que si un hombre es capaz de alzar su mano contra una mujer, difícilmente se inhibirá de tan salvaje comportamiento por la amenaza penal, cuando, además, la acción delictiva acontece en un momento de ira y descontrol propio incompatible con un juicio medianamente sereno por parte del agresor. El respeto a la mujer, y al prójimo en general, no se aprende primariamente en las leyes, sino en la familia, en la escuela y en la iglesia. Y si se desprecian o desnaturalizan estas

---

<sup>4</sup> Como es sabido, por razones difícilmente alcanzables, se ha considerado que la expresión violencia doméstica o violencia de sexo resulta menos progresista que la de violencia de género, por lo visto mucho más políticamente correcta. En consecuencia, nuestro legislador no ha dudado en recoger la segunda y rechazar las primeras, no obstante las razones estrictamente semánticas que se le han ofrecido por los que saben de esto, tratando de explicarle que hablar de violencia de género es traducción literal y errónea del inglés, porque en español distinguimos entre sexo y género, que es término gramatical. Todo inútil para el pensamiento débil.

instituciones, es muy difícil encontrar otras sustitutorias para que cumplan tales funciones.

Y no sólo es que la ley sea inútil; es que ha producido unos efectos indeseados pero inevitables que de igual modo se silencian. Quien quiera saber algo de lo que estamos tratando, antes de fulminar anatemas, tome un café con un juez de instrucción, pero fuera del juzgado y con tranquilidad, de modo que se pueda crear un clima propicio para la confidencia: al cabo de diez minutos, oirá el relato de denuncias falsas de quinceañeras que buscan escapar a las iras paternas; cómo se montan acusaciones con tan marcado carácter retroactivo que casi no se recuerdan; los excesos de fiscales a los que se ha instruido para que mantengan la acusación con fundamento o sin él; los temores de los jueces penales, por si absuelven ante la evidente falta de pruebas y días después se produce una agresión grave, lo que significaría su lapidación en los medios de comunicación; y, quizás, lo peor: resulta que se ha descubierto en las medidas de cautela o de amparo previstas en la vía penal —no dudo que con la mejor intención— el medio de escapar de la vía civil, siempre más lenta y costosa. En efecto, esas medidas que llamábamos provisionalísimas y que hoy la Ley de Enjuiciamiento Civil denomina “*provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio*” (art. 771) pueden obtenerse con mucha mayor facilidad —pero también con mucha menor garantía para el otro cónyuge— en el procedimiento penal.

Pero nadie se atreva a dudar en público de la política legislativa que se pretende seguir en este punto. Alguna juez autorizada se atrevió y, naturalmente, calló sobre ella el aplastante peso de la nueva censura: la de lo políticamente correcto. Hay temas, sucesos o personajes históricos, fenómenos tan terribles como la pandemia del sida, sobre los que si alguien atentare decir algo diferente de lo que debe decir un buen progresista —decir de palabra porque por escrito es más que dudoso que encuentre quien se lo publique— será de inmediato descalificado y, probablemente, injuriado. Todo ello sin perjuicio de que sobre otros temas, instituciones o personajes, cualquier mendacidad o calumnia que se divulgue por los mismos que antes estigmatizaban a quienes osaban desafiar lo políticamente correcto, en seguida será amparada y protegida contra cualquier crítica mediante la invocación de la libertad de expresión o de la libertad artística, libertades que antes no recordaban.

Termino. Creo que tanta frivolidad o ignorancia obedece al obsesivo prejuicio, acaso no consciente del todo, de apartarse, de no coincidir, con un bloque normativo de naturaleza moral, en que se educó Occidente desde hace muchos siglos pero que ahora se desdeña y rechaza por sectarismo ideológico. Actitud cerril porque se ha debelado sin construir nada en su lugar, y sin querer aceptar la realidad porque no coincide con los previos postulados ideológicos. Y si no se quiere averiguar y actuar sobre las verdaderas causas de los graves desequilibrios y calamidades que nos afligen, la vana pretensión de remediarlos mediante normas y más normas sólo engendrará frustración y agravará aquéllos.