

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.

Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho
Editorial: Fundación Iuris Tantum
Santa Cruz de la Sierra - Bolivia
Pasaje Tumusla 77
Telf. +591.3 3365875 / 3375330

Correo Electrónico:
orlandoparada.vaca@gmail.com

Página Web:
www.revistabolivianadederecho.com

Traducción: Horacio Andaluz

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez
c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)

Depósito Legal: 4-3-18-06
ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

IMPRESO Y DISTRIBUIDO POR
EDITORIAL EL PAÍS
Calle Cronenbold N°6
Tel. +591.3 334.3996 / 333.4104
Casilla Postal: 2114
edpais@cotas.com.bo
Santa Cruz de la Sierra

Impreso en Bolivia
Printed in Bolivia

SUMARIO

01/ LA CONSTITUCIÓN VIGENTE Y SUS LEYES DE DESARROLLO ¿Guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho? Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)	6
02/ EL LÍMITE AL PODER POLÍTICO COMO FUNCIÓN PRIMORDIAL DE LA CONSTITUCIÓN M. Sc. Eric Cícero Landívar Mosiño (Bolivia)	24
03/ LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL NUEVO MARCO LEGAL E INTERPRETATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Marcos Francisco Massó Garrote (España)	54
04/ DE LOS ESTADOS FALLIDOS. Salvador Francisco Ruiz Medrano (México)	86
05/ LOS ORÍGENES DEL TOTALITARISMO DE HANNAH ARENDT Y LA MANIPULACIÓN DE LA LEGALIDAD (EL DESAFÍO TOTALITARIO DE LA LEY). Juan Carlos E. Vargas (Venezuela)	114
06/ LA RETICENCIA EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO José Ramón de Verda y Beamonte (España)	132
07/ ¿ES POSIBLE LA TUTELA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO? EL ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO EN EL REAL DECRETO 231/2008, DE 15 DE FEBRERO, REGULADOR DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. Diana Marcos Francisco (España)	176
08/ ARBITRAJE OBLIGATORIO Y DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Mario Castillo Freyre (Perú) Rita Sabroso Minaya (Perú)	204
09/ LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS E HIDROCARBUROS EN BOLIVIA. Nahid Cuomo (Bolivia)	222
10/ LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA LEGISLACIÓN LABORAL VIGENTE EN BOLIVIA. José Luis Bejarano Frias (Bolivia)	240
COMENTARIOS NORMATIVOS Comentarios al Art. 16 de la Ley contra el Racismo y toda forma de Discriminación Orlando Parada Vaca (Bolivia)	259
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES El juez Preconstituido por Ley y el Tribunal Constitucional Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)	267
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS Derecho civil III, Tirant lo Blanch, Valencia	273
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	277
SUSCRIPCIONES	281

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Antonio Andaluz Westreicher
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

Alex G. Parada Mendía
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Carlos Joaquín Barbery Suárez
Profesional Independiente (Bolivia)

Claudia J. Parada Algañaz
Universidad Católica San Pablo (Bolivia)

Dorita Montenegro Caballero
Universidad Andina Simón Bolívar (Bolivia)

Horacio Andaluz Vegacenteno
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia (España)

Luis Alberto Arias Lazcano
Universidad Privada de Santa Cruz (Bolivia)

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Ricardo Serrano Herbas
Universidad Católica San Pablo (Bolivia)

Rosa Moliner Navarro
Universidad Valencia (España)

Virginia Pardo Irazo
Universidad de Valencia (España)



FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LEY CONTRA EL RACISMO

La confrontación entre el gobierno y los medios masivos de comunicación -llámense propietarios, periodistas o trabajadores de los medios en general-, se ha generado por los Arts. 16 y 23 de la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación. Los unos afirman que se trata de una ley mordaza y los otros que no se está afectando al derecho a la libre expresión.

De un lado, pareciera que se ha configurado la utópica aspiración que la libre expresión e información se constituya en una libertad situada más arriba del cielo de los conceptos jurídicos: “una libertad supraconstitucional, incondicionadamente preferente a cualquier otro derecho constitucional, regida por un diferente sistema de frenos y equilibrios, autoregulada, autocontrolada, autotutelada, exenta, en fin, intocable para cualquier otro poder externo” (Muñoz M. Santiago, Libertad de Prensa, Ariel, Barcelona, 1988, p. 12).

Del lado del gobierno, pareciera que se quiere utilizar de todos los medios legislativos a su alcance -ahora que tiene el control de ese órgano del Estado-, para avanzar a pasos agigantados en busca de la configuración de un Estado hegemónico y para ello, el control de los medios de comunicación es una tarea insoslayable; y ya se tiene anunciado el siguiente paso: la educación.

La norma jurídica en general trata de precautelar los derechos de todos y de cada uno de los miembros de una sociedad. Cuando decimos esto, parece una contradicción. El derecho de todos, muchas veces se constituye en los límites del derecho de cada uno de forma individual.

No existe en nuestra Constitución y en la Ley de Imprenta, ni en ninguna otra norma o Constitución de otro país, un derecho de características de ser ilimitado y absoluto. Pero no faltan quienes creen sinceramente que ese paraíso inexistente puede fabricarse a fuerza de soñarlo.

El rol informador de los medios de comunicación ha sido y es exagerado por algunos de ellos. El valor esencial que la prensa libre tiene para promover la información -más allá de los boletines oficiales- y el debate en las sociedades democráticas, es usado algunas veces como argumento

válido para pisotear derechos constitucionales de los particulares y que tienen que ver, principalmente con su honor, dignidad y decoro, bienes jurídicos éstos protegidos por la Constitución, el Código Penal y la ley antirracismo.

Del otro lado, las normas de ambigua redacción o con ausencia de la definición del contenido esencial del derecho que se regula o de las sanciones que contempla, deja un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades administrativas o jurisdiccionales que les toque aplicar esa norma al caso concreto. Ese es, creo, el pecado del Art. 16 de la controvertida ley.

No toda actividad, desarrollada en el ejercicio de un derecho, profesión o cargo puede considerarse exenta de responsabilidad, sino enmarcada en los límites que marca la legalidad, el Estado de Derecho. Lo contrario significaría la impunidad de toda actividad cumplida en el ejercicio de la profesión, el derecho o los deberes propios, lo que desde ya es inaceptable, porque se pueden lesionar bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento civil y penal.

La libertad de expresión, además de un derecho es una libertad y una función esencial para la pervivencia del sistema democrático, razón por la cual debe estar debidamente protegida y amparada. La controversia surge cuando el derecho y la libertad de la libre expresión entran en conflicto con otros derechos que también se encuentran protegidos por nuestro ordenamiento legal, entre ellos el derecho a la dignidad y el honor de las personas.

Quien se atreve a escribir y publicarlo no tiene la pretensión de poseer la verdad absoluta. Es apenas un intento de esbozar algunos aspectos que al autor le parecen relevantes y a partir de allí, provocar el debate que enriquezca el análisis y conduzca a encontrar formas de convivencia democrática, donde se privilegie y respete el derecho de todos (a informar y ser informado) con el derecho de cada uno en particular (la intimidad, la dignidad, el honor).

Por otro lado, no todo comentario que les envían a los medios es publicado; es decir, que se realiza un análisis y evaluación de pertinencia respecto del contenido, del lenguaje utilizado y si se podrían estar afectando derechos de terceros. Sólo entonces se autoriza la publicación o difusión.

Entonces, no es de alarmarse que el artículo 16 se refiera a los medios que autoricen y publiquen ideas racistas y discriminadoras, porque esa tarea ya es desarrollada en el diario quehacer de los medios de comunicación. Alarma, tal vez, la sanción, pero como ya dijimos, nadie puede estar exento de responsabilidades. Si se afecta el honor, la intimidad, la imagen y, principalmente la dignidad que es lo que protege la norma, debe asumirse la responsabilidad por esa vulneración.

El Director



LA CONSTITUCIÓN VIGENTE Y SUS LEYES DE DESARROLLO
¿GUARDAN COMPATIBILIDAD CON LA IDEA ESTADO DE
DERECHO?

*THE CONSTITUTION IN FORCE AND THE STATUTES
ENACTED TO ITS APLICATION, ARE ALL THEY COMPATIBLE
WITH THE RULE OF LAW?*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 6-23



Willman R.
DURÁN
RIBERA

RESUMEN: Este artículo está dedicado al estudio del poder judicial en el Estado de Derecho. Desde aquí, analiza si la normativa constitucional, así como las leyes que se han dictado en su desarrollo, son compatibles con el diseño institucional que cualquier poder judicial debiera tener a efectos de controlar los actos de los otros poderes públicos.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, poder judicial, Constitución boliviana.

ABSTRACT: This article is mainly focused in the role of the Judiciary Power in the Rule of Law. Taking this as a starting point, it analyzes whether the constitutional regulation as well as the legislative enactments are compatibles with the institutional design that any Judiciary must have in order to review the acts of the other branches of government.

KEY WORDS: Rule of Law, Judiciary Power, Bolivian Constitution.

SUMARIO.- I. IDEAS DE APROXIMACIÓN AL TEMA. I.2 Concepto de Estado de derecho. I.3 Pilares básicos o contenidos que sustentan el Estado de Derecho. I.4 Aplicación e interpretación de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución. I.5 Los principios de la interpretación de la Constitución. I.7 El canon de racionalidad en la creación de las normas. I.8 Metodología a emplearse. II. ESTUDIO ANALÍTICO. II.1 Sobre la garantía de acceso a la vía judicial. II.1.1 Quebrantamiento de la garantía de la vía judicial por omisión legislativa en la propia Constitución. II.1.2 Los actos de la Administración están exentos de control judicial. II.2 Sobre la independencia judicial. II.2.3 Ambigüedad e imprecisión normativa de la Constitución es utilizada para vulnerar el principio de legalidad y el derecho al debido proceso. II.2.3.1 Ley 004 lesiona en su núcleo esencial la garantía del principio de legalidad tanto en su vertiente penal y como procesal. II.2.4 Vulneración de la Constitución por las leyes de desarrollo. II.2.4.1 Ley del Tribunal Constitucional otorga al Legislativo la atribución de interpretar la Constitución. II.2.4.1 Ley 007 prevé que las resoluciones del Tribunal Constitucional sólo son vinculante cuando el operador jurídico las considere conforme a la Constitución. III. Conclusión.

I. IDEAS DE APROXIMACIÓN AL TEMA

I.1 Alcance del trabajo y secuencia expositiva.

El trabajo se abocará a verificar si los preceptos que integran la Constitución vigente y sus leyes de desarrollo, guardan compatibilidad con los pilares básicos del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, verificaremos en lo pertinente, si los preceptos que regulan la función judicial son idóneos y suficientes para que este órgano del Poder cumpla el rol que se le asigna -en el Estado de Derecho-, a la función judicial; entre ellos, fundamentalmente, el de ejercer el control judicial del ejercicio del Poder y garantizar la eficacia material de los derechos y libertades de las personas.

I.2 Concepto de Estado de derecho.

La expresión Estado de Derecho no goza de una uniforme concepción. Básicamente esta expresión es utilizada bajo perspectivas contrapuestas o divergentes en su contenido. Se trataría, según Sánchez Lascurain “de una afortunada expresión cuya ambigüedad ha permitido su aceptación por grupos sociales ideológicamente enfrentados”¹. Desde un punto de vista estrictamente legalista, puede definirse la expresión “Estado de Derecho” como aquel Estado en el que impera la ley o que funciona a través de los causes establecidos por la legislación vigente. El uso de la

¹ LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Ed. Civitas, Madrid, 1994, Pág. 175.

• Willman Ruperto Durán Ribera

Es Abogado y doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; profesor de postgrado de las universidades: Gabriel René Moreno, San Simón, San Andrés, San Francisco Xavier, Andina Simón Bolívar, Franz Tamayo y Aquino de Bolivia.

expresión en este sentido es cuestionable, dado que al ser el Estado, una forma de organización coactiva de la sociedad, que utiliza a la ley como instrumento para asegurar su vigencia y el logro de sus fines; conduciría a una identificación entre Estado y Estado de Derecho, privándole a este último de la función legitimadora que había sido causa de su nacimiento²; pues, bajo esta concepción, todo Estado sería de Derecho por el sólo hecho de que la actividad estatal se desarrolle bajo cánones legales; imprescindibles por lo demás en la articulación de todo Estado³; al ser éste –como quedó expresado– una forma de organización coactiva de la sociedad.

La expresión “Estado de Derecho” como sinónimo de “Estado Constitucional”, debe entenderse por Estado de Derecho a aquel modelo de Estado que se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos, al ordenamiento jurídico, y dentro de ello, a su norma suprema (La Constitución); orden superior que expresa y garantiza unos valores que desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia social y sin cuyo respeto y salvaguarda eficaz, no es posible adjetivarle como Estado de Derecho. Y es que este modelo de Estado, responde a una determinada concepción del hombre y de la comunidad política: la del Estado como ente racional al servicio del individuo y la comunidad.⁴

1.3 Pilares básicos o contenidos que sustentan el Estado de Derecho.

Existe consenso en la doctrina que el principio Estado de derecho tiene como contenido básico los siguientes institutos jurídicos: la protección de la dignidad humana, la garantía de la vía judicial, independencia de los jueces, derecho al debido proceso, división de poderes, sometimiento de los poderes al orden constitucional y a las leyes; exigencias formales y materiales para la creación de las normas.⁵

Vinculado con lo anterior se tiene que dentro del sistema de la división de poderes, el primordial rol de la función judicial, en el Estado de derecho, es la de actuar de dique de contención de la extralimitación de los restantes poderes; o lo que es lo mismo, es el **poder moderador del poder**; rol que cumple a través de la

² Ibid.

³ Lansing, Norberto, Estado de Derecho y debido proceso penal, Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Ed. 1998, Buenos Aires, 1998, Pág. 453,

⁴ LASCURAIN SANCHEZ, ob. cit. Pág. 175

⁵ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en la SC 101/2004, ha entendido que “...el Estado de Derecho no sólo se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, sino por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades públicas) que, desde el punto moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social”.

“Esta noción de Estado de Derecho, responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política –el Estado como ente racional al servicio del individuo– que se constituye en un sistema de vida en libertad, que se configura bajo la idea de: a) separación de los poderes estatales; b) sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes; c) sujeción de la administración a la ley y control judicial; d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales. Esta segunda noción de Estado de Derecho es la que guarda compatibilidad con el modelo de Estado diseñado por la reforma de nuestra Constitución; lo que significa que el legislador a tiempo de crear normas legales, debe precautelarse que éstas no menoscaben los derechos y garantías fundamentales”.

potestad jurisdiccional que inviste, proveyendo tutela judicial efectiva⁶, en el marco del respeto al derecho al debido proceso de ley y el derecho al juez independiente e imparcial.

1.4 Aplicación e interpretación de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución.

El artículo 13 de la Constitución, luego de describir las notas que caracterizan a los derechos reconocidos por la Constitución, precisa que "El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos". A su vez el art. 256, en cuanto a su aplicación, establece que "I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta" agregando en el párrafo II del mismo artículo en cuanto a su interpretación, que "II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables"; de lo que se extrae que los derechos contenidos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional; consiguientemente, todo el quehacer legislativo ordinario queda vinculado en la creación de las normas, y en especial, a las que tienen la función de tutelar tales derechos, a precautelar que los preceptos contenidos en tales leyes, no restrinjan la realización efectiva de tales derechos y garantías, sino que al contrario, desplieguen su máxima eficacia.

1.5. Los principios de la interpretación de la Constitución.

La constitución al ser una ley de características muy peculiares, requiere además de los métodos de la interpretación utilizados para la interpretación de la legalidad ordinaria, la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre ellos, el principio de unidad de la constitución, que parte de la idea de que la Constitución es una unidad, y por tanto, no puede ser parcelada en la labor interpretativa⁷ en partes aisladas; el principio de concordancia práctica, que exige que los bienes jurídicos protegidos implicados en la interpretación deben ser compatibilizados, y en caso de que no sea posible encontrar una solución por esta vía, se debe recurrir a la ponderación de los bienes jurídicos en juego; el principio de eficacia integradora, que enseña que si la norma promueve la formación y

⁶ La Convención Americana sobre derechos humanos, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, y al juez independiente e imparcial, en los siguientes términos: "**Artículo 8. Garantías Judiciales:**

I. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

⁷ Así la DC 003/2005 del Tribunal Constitucional, sobre el particular precisó lo siguiente: "...el art. 118.5° de la CPE, ...sólo puede ser interpretado bajo el principio de unidad de la Constitución... que impele al órgano constitucional a interpretar la Constitución de manera conjunta"

mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad, tomando en cuenta la realización de los fines del Estado y la conservación del sistema; y finalmente, el principio de eficacia o efectividad, que obliga al intérprete a optimizar y maximizar las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido, actualizándolas ante los cambios del mundo externo. Este principio es utilizado frecuentemente en la interpretación de los derechos fundamentales, conocido con el nombre de principio de favorabilidad o *in dubio pro libertate*.

Consiguientemente, de lo expresado nace la necesidad de que el contraste o test de compatibilidad no se reduzca sólo a preceptos aislados, sino a la interpretación de la Constitución como unidad, como conjunto; por tanto, tal análisis debe extenderse, según el caso, al artículo del que forma parte el párrafo o inciso en estudio; al capítulo o título con el que se vincula; en síntesis, con la Constitución; o lo que es lo mismo, con sus normas, principios y valores; así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, dada la prevalencia de estos, en el orden interno. Este entendimiento es uniforme en la jurisprudencia nacional, comparada y en la doctrina.⁸ La misma hermenéutica será aplicada en el análisis de las leyes de desarrollo.

1.7. El canon de racionalidad en la creación de las normas.

La doctrina⁹ y la jurisprudencia comparada¹⁰, ha propuesto un marco analítico que puede ser útil para constatar si los preceptos contenidos en las leyes objeto del presente trabajo, superan las exigencias de racionalidad legislativa, visualizado conforme a los siguientes criterios¹¹:

⁸ En efecto, el **Tribunal Constitucional de Bolivia**, sobre el particular precisó en la SC 1846/2004-R, lo siguiente: "En este orden, conviene precisar que la interpretación sistemática o contextualizada, puede extenderse, según los casos, al artículo del cual forma parte el párrafo o inciso analizado; al capítulo o título al que pertenece; al sector del ordenamiento con el que se vincula o pertenece; o al ordenamiento en su conjunto; y finalmente, de manera inexcusable, con las normas, principios y valores de la Constitución, dado que de todas las interpretaciones posibles que admita una norma, debe prevalecer siempre aquella que mejor concuerde con la Constitución".

Independientemente de lo anotado, esta interpretación puede ser subsumida dentro de la interpretación sistemática; pues en última instancia, el texto legal interpretado, de acuerdo al método sistemático, la norma será conectada con todo el ordenamiento jurídico, principalmente con los preceptos constitucionales.

El Tribunal Constitucional de España, que en la STC 9/1981, en la STC 77/1985, señaló que "este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica"; señalando luego en la STC 112/1989, que "todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a la Constitución y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico."

Rodolfo Luis Vigo, enseña que "en toda interpretación jurídica está presente, de manera más o menos directa, la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior... (porque) el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional, (y) la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional".

⁹ Por todos, Cfr.: Díez Ripollés, José Luis, *El Control de Constitucionalidad de las leyes penales*, Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211, núm. 75, septiembre-diciembre (2005), págs. 59-116.

¹⁰ Véase entre otras, las SSTC español: 108/1986, de 29 de julio; 92/2002, de 25 de abril, 142/1993, de 22 de abril.

¹¹ Díez Ripollés, José Luis, ob cit. Pág. 60 y ss., sobre cuya propuesta desarrollaremos este apartado.

De racionalidad ética, que exige que la norma a crearse guarde correspondencia con las creencias, valores y principios, en los que se sustenta y desarrolla la interacción social de la colectividad destinataria de la norma. Lo que aquí se trataría de constatar; es si la ley guarda sujeción a esas pautas de la convivencia social.

De racionalidad teleológica, que exige que el texto guarde coherencia con la finalidad que se persigue con la creación de la norma.

De racionalidad pragmática, que el mandato o la prohibición que expresa la norma, han de ser previsiblemente cumplidos; asegurando de esta manera que la función de la norma como directiva de conducta de sus destinatarios, tenga eficacia.

De racionalidad jurídico- formal, que exige que la norma creada guarde compatibilidad y coherencia con el sistema constitucional y jurídico en el que inserta.

De racionalidad lingüística, que exige que la norma jurídica además de tener claridad y precisión, emplee un lenguaje asequible al entendimiento común de sus destinatarios; de tal manera que cumpla la función trasmisora del mensaje normativo.

I.8. Metodología a emplearse.-

En base a los presupuestos normativos, jurisprudenciales y doctrinales descritos precedentemente, los preceptos de la Constitución y sus leyes de desarrollo, en lo conducente; serán contrastadas con los pilares básicos del Estado de Derecho y el sistema internacional de protección de los derechos humanos; a objeto de verificar, desde un plano estrictamente objetivo, si las normas aludidas aseguran de manera eficaz, la vigencia plena de los pilares básicos en los que se asienta el Estado de Derecho; esto es, la garantía de la vía judicial o tutela judicial efectiva, la independencia de los jueces, el derecho al debido proceso, división de poderes, sometimiento de los poderes al orden constitucional y las exigencias formales y materiales para la creación de las normas.

II. ESTUDIO ANALÍTICO.

II.1 Sobre la garantía de acceso a la vía judicial.

La garantía de acceso a la vía judicial, de la que se deriva el derecho a la tutela judicial efectiva, está prevista formalmente en la Constitución vigente en el art. 115.I, conforme al siguiente texto: "Artículo 115. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Esto significa que cuando alguien se siente afectado por algún acto o resolución sea del Poder público o de los particulares, la Constitución vigente le garantiza el derecho de acudir ante un juez competente para la protección

de sus derechos e intereses legítimos; lo que implica, como punto de partida, el funcionamiento de tales órganos (jurisdicción ordinaria o Constitucional), así como el acceso expedido y pronto de los ciudadanos al juez competente, que es el preestablecido en el orden jurídico.

Del contraste entre esta garantía establecida en la Constitución por el art. 115.I y los restantes preceptos de la misma Constitución y sus leyes de desarrollo, se constata que la indicada garantía se agotó en una simple declaración formal, sin posibilidad de eficacia material plena, conforme precisará en el apartado que sigue.

II.1.1. Quebrantamiento de la garantía de la vía judicial por omisión legislativa en la propia Constitución.

El legislador constituyente en su **Disposición Abrogatoria** dispuso textualmente lo siguiente: “Queda **abrogada** la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores” (Las negrillas son nuestras). De esto dimana que a parir de la promulgación de la nueva Constitución y la abrogación de la vieja, tanto los órganos jurisdiccionales existentes en el marco de la Constitución abrogada así como las autoridades que la conformaban, dejaron de tener vigencia, conforme lo precisó la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, **“las normas de la Constitución tienen aplicación inmediata**, y que excepcionalmente, la normativa abrogada podría seguir en vigor; cuando el mismo Legislador Constituyente, a través de las Disposiciones Transitorias, determinen en forma expresa que continúen aplicándose **“hasta que se sancionen algunas Leyes de desarrollo, o se designen autoridades”**.¹²

¹² La SC 0076/2005, estableció la siguiente doctrina aplicable: “ De acuerdo a las características anotadas, la Constitución Política del Estado, al ser el fundamento del ordenamiento jurídico, no puede estar sometida a las reglas de la irretroactividad establecidas por la propia Constitución (art. 33) para las leyes y, en general, para toda norma jurídica infra constitucional. En este sentido, se entiende que las reformas introducidas al texto constitucional tampoco están sometidas a esas reglas; al contrario, en virtud de las características anotadas y de la fuerza expansiva de la Constitución, es el ordenamiento jurídico el que tendrá que readecuarse a los nuevos lineamientos establecidos por la Ley Suprema.”

“En ese orden, la Constitución, al ser la base que estructura el sistema jurídico y la convivencia social, no está regida por el principio de irretroactividad, sino que, a diferencia de las otras normas jurídicas, sus preceptos tienen eficacia plena en el tiempo, lo que implica que pueden ser aplicados en forma inmediata, salvo que el mismo texto constitucional disponga otra cosa, en resguardo de una aplicación ordenada, y de la seguridad jurídica.”

“Bajo ese entendimiento, es la misma Constitución la que define o determina en qué casos la eficacia plena de las normas constitucionales en el tiempo puede ser modulada. Esto se constata en los siguientes supuestos: 1. Las disposiciones transitorias en determinados casos establecen la inaplicación de ciertos preceptos constitucionales hasta que se sancionen algunas Leyes de desarrollo, o se designen autoridades. Así, por ejemplo, la Ley 1585 de 12 de agosto de 1994, entre sus disposiciones transitorias estableció, en el art. 1 que “En tanto el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura no se designen por el Congreso Nacional, el Poder Judicial continuará trabajando de acuerdo al Título III de la Constitución Política del Estado de 2 de febrero de 1967”; en el art. 2° se determinó que “El nombramiento de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Vocales, Jueces y personal subalterno de las Cortes Departamentales, hasta que no se promulgue la ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Judicatura se regirá por lo dispuesto en el Título III de la Constitución Política del Estado de 2 de febrero de 1967 y la Ley de Organización Judicial.”

“2. El art. 231 de la CPE establece otra excepción a la eficacia plena en el tiempo de los preceptos constitucionales, al señalar que: “Cuando la enmienda sea relativa al período constitucional del Presidente o Vicepresidente de la República, entrará en vigencia sólo en el siguiente período constitucional”. “Este supuesto nos muestra con toda claridad que si la norma constitucional no señalara de manera expresa que la enmienda entra en vigencia el siguiente período, su aplicación sería inmediata. Lo que nos hace ver que es la propia Constitución la que marca los supuestos de excepción al principio general de eficacia plena de la Constitución en el tiempo.”

Como se puede apreciar, aquí hay una ruptura, un corte, en el funcionamiento de uno de los órganos del poder estatal. Esto se presenta debido a que inexplicablemente no se tendió el puente jurídico (desconocemos los motivos), a través del derecho transitorio.

Desde esta perspectiva, como previsiblemente ni los órganos ni los funcionarios de la nueva Constitución estaban en condiciones de entrar en vigor, se debió disponer la ultra actividad de las normas abrogadas y la continuación de las funciones de los jueces del sistema anterior. Esto ocurre de manera regular en todo cambio de normas; sean ordinarias o constitucionales. El derecho transitorio regula qué órgano jurisdiccional (jueces), serán los encargados de resolver los procesos de la jurisdicción constitucional y ordinaria que se encuentran en curso (**procesos no concluidos**), al momento de la promulgación de la nueva norma. Lo propio ocurre con la regulación de las causas nuevas, hasta el funcionamiento pleno de los órganos previsto en el nuevo orden jurídico.

La omisión aludida podría representar un incumplimiento de deberes; comportamiento que se halla sancionado en la ley¹³, del que dimanar responsabilidades penales y civiles por el daño causado a las víctimas, que no son otras que quienes se vieron privadas del derecho a la tutela judicial pronta y efectiva.

De La omisión Constitucional aludida, se derivan tres cuestiones con significativa relevancia jurídica, a saber:

1. Los jueces asumen jurisdicción y competencia sin respaldo jurídico.-

En efecto, los órganos jurisdiccionales de la ex República (Ministros de la Corte Suprema, Vocales de Corte, Jueces, etc.), asumieron conocimiento de los asuntos en trámite y de las causas nuevas, por **vías de hecho**; esto es, sin ningún amparo o cobijo constitucional; dado que tanto la jurisdicción como la competencia, deben nacer de la ley, no del voluntarismo. En el caso concreto, los jueces de las distintas jerarquías y materias, han ejercido la potestad jurisdiccional sin amparo del orden constitucional; ni del nuevo ni del derogado. Se ha ejercido la potestad jurisdiccional sin ley.

2. Se intentó tardíamente, y por causas no constitucionales, superar la omisión.-

Invocando la ausencia de reglas para el período de transición constitucional, la Asamblea legislativa sancionó el 13 de febrero de 2010, la llamada "Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público (Ley 003); la cual, bajo el argumento de "garantizar el funcionamiento y continuidad del servicio de administración de justicia" (art. 1), dispone que el Presidente del Estado

¹³ Cfr.:ARTÍCULO 154.- (Incumplimiento de deberes). El funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, incurrirá en reclusión de un mes a un año.

Plurinacional, **designará** a los cargos de **Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo de la Judicatura** (art. 3) . Esta misma ley prorroga el periodo de funciones del **Fiscal General interino**, asignándole la prerrogativa de designar a los fiscales de distrito interinamente (La Ley 025 del Órgano Judicial, de manera desfasada regula el periodo de transición).

3. La aplicación de la ley 003, provocó infracciones graves al orden constitucional, a saber:

- a) **Vulneración del principio de sujeción de los órganos de poder a la Constitución.**- Este principio, consustancial al Estado de derecho, fue infringido, dado que los nombramientos no guardaron sujeción ni con el antiguo ni con el nuevo orden constitucional. En efecto, la Constitución nueva establece que los cargos de la cúpula judicial deben ser cubiertos mediante elección de las nóminas que apruebe la Asamblea Legislativa. A su vez la Constitución derogada, le otorga la atribución de designar a los Ministros de la Corte Suprema, Consejo de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Constitucional, Fiscal General y Fiscales de Distrito, al Parlamento. En síntesis, aquí, al desvincularse el Poder Constituido de la Constitución, en los hechos, se quebrantaron varios pilares básicos del Estado de Derecho proclamado por misma Constitución; entre ellos, el principio de independencia de los órganos del Poder estatal¹⁴; la prohibición expresa de conceder facultades extraordinarias, contemplada en el art. 140 de la Constitución¹⁵; el derecho de los ciudadanos al juez independiente e imparcial (art. 120.1)¹⁶
- b) **Se priva a los ciudadanos del derecho a la tutela judicial.**- El Tribunal Constitucional interino designado por el Presidente de la República, en el marco de la ley 003, tenía la función de liquidar los asuntos en trámite; con lo cual no se ocupó de los asuntos nuevos; con lo cual varios recursos constitucionales quedaron sin ninguna posibilidad de ser activados en la perspectiva de obtener la tutela judicial a los derechos de los ciudadanos que proclama la nueva Constitución; entre ellos, el incidental de inconstitucionalidad, el recurso contra tributos y otras cargas públicas, etc.

El estado de indefensión se agravó aún más, debido a que el mismo Tribunal interino **ha rechazado conocer procesos en liquidación**, bajo el argumento de que

¹⁴ Cfr.: "Artículo 12. I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos."

¹⁵ Artículo 140. I. Ni la Asamblea Legislativa Plurinacional, ni ningún otro órgano o institución, ni asociación o reunión popular de ninguna clase, podrán conceder a órgano o persona alguna facultades extraordinarias diferentes a las establecidas en esta Constitución

¹⁶ Artículo 120. I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.

“...el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad **está basada íntegramente en la Constitución Política abrogada...**”¹⁷ (las negrillas son nuestras); omitiendo cumplir de manera inexplicablemente el mandato que le dio la ley de liquidar las causas en trámite. El argumento de que se rechaza el recurso porque “está basado íntegramente en la Constitución abrogada...”, es desconcertante desde la óptica del derecho transitorio dado que todo órgano liquidador en cualquier parte del mundo, resuelve las causas en trámite aplicando la legislación que se va, nunca la que llega. Esa es la naturaleza de todo tribunal liquidador. Por lo demás, es la misma Ley de la que provino su designación, la que le encomendó tarea de **liquidar las causas en trámite**; y no obstante aquello, a los ciudadanos no se proveyó la tutela judicial que invocaron, por lesión a sus derechos y garantías constitucionales.

II.1.2 Los actos de la Administración están exentos de control judicial.

Por principio general, la garantía de la vía judicial asegura que ninguna parcela del Poder estatal puede estar exento de control judicial; lo cual garantiza al ciudadano la posibilidad de que toda decisión o acto de la Administración (Poder Ejecutivo), que afecte sus derechos o intereses jurídicos legítimos, pueda estar sometida a control judicial; lo que implica que quien estime que sus derechos o intereses jurídicos legítimos, están siendo lesionados o amenazados, pueda ocurrir, en forma expedita, pronta y oportuna, ante la autoridad judicial en busca de protección jurídica.

Esta garantía se la materializa generalmente a través del Contencioso administrativo; el cual no está contemplado dentro de las atribuciones que la Constitución le asigna al Tribunal Supremo de Justicia (art. 184)¹⁸; tampoco está presente en la ley del Órgano Judicial; dado que el art. 38 de la ley establece las atribuciones de la Sala Plena no alude a este recurso. Tampoco está regulado por el art. 42, que enumera las atribuciones de las Salas Especializadas.

¹⁷ Cfr.: AC 0085/2010-CA, de 19 de abril de 2010

¹⁸ Artículo 184. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las señaladas por la ley:

1. Actuar como tribunal de casación y conocer recursos de nulidad en los casos expresamente señalados por la ley.
2. Dirimir conflictos de competencias suscitados entre los tribunales departamentales de justicia.
3. Conocer, resolver y solicitar en única instancia los procesos de extradición.
4. Juzgar, como tribunal colegiado en pleno y en única instancia, a la Presidenta o al Presidente del Estado, o a la Vicepresidenta o al Vicepresidente del Estado, por delitos cometidos en el ejercicio de su mandato. El juicio se llevará a cabo previa autorización de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por decisión de al menos dos tercios de los miembros presentes, y a requerimiento fundado de la Fiscal o del Fiscal General del Estado, quien formulará acusación si estima que la investigación proporcionó fundamento para el enjuiciamiento. El proceso será oral, público, continuo e ininterrumpido. La ley determinará el procedimiento.
5. Designar, de las ternas presentadas por el Consejo de la Magistratura, a los vocales de los tribunales departamentales de justicia.
6. Preparar proyectos de leyes judiciales y presentarlos a la Asamblea Legislativa Plurinacional.
7. Conocer y resolver casos de revisión extraordinaria de sentencia.

Es de hacer notar que el Proyecto de ley del Órgano Judicial contenía una vaga referencia al contencioso administrativo¹⁹; sin embargo, por alguna razón que desconocemos, se optó por su desaparición.

II.2 Sobre la independencia judicial.

La independencia judicial está formalmente garantizada en el Art. 178. La independencia judicial para que tenga eficacia material **-esto es para que cada Juez o Tribunal en el ejercicio de su labor jurisdiccional no esté expuesto a interferencias externas-** debe ser precautelada tanto desde afuera como al interior de la organización judicial; lo que implica que la protección debe ser: **1)** frente a los restantes órganos del Poder **2)** frente a los órganos jurisdiccionales, administrativos y disciplinarios del mismo Poder Judicial **3)** frente a la sociedad. En este contexto, se suele clasificar estas garantías de salvaguarda de la independencia judicial en dos grandes grupos: **1)** los que precautelan la independencia judicial frente a factores externos **2)**

Desde la perspectiva anotada, en el texto de la Constitución en vigor, se detecta una severa afectación a la independencia del órgano judicial por parte del Legislativo (Asamblea Plurinacional). En efecto, el art. 159. I I, otorga a la Cámara de Diputados la atribución de "Acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones". A su vez el art. 160.6, otorga a la Cámara de Senadores, la atribución de "Juzgar en única instancia a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones...".

Del contenido del precepto glosado se constata que el texto constitucional no ha respetado el rol que dentro del Estado de Derecho tiene cada órgano del Poder público. El rol esencial de la función judicial, es la de juzgar; el legislativo, legislar; y, el Ejecutivo, administrar. Conforme a esto, otorgar al legislativo la atribución de juzgar, que es propia de la función judicial; de un lado, corroe la base en la que fundamenta el sistema de la división de poderes, como contenido esencial del Estado de Derecho, y de otro lado, lesiona en su núcleo esencial el derecho que tienen los ciudadanos al juez competente, independiente e imparcial; con lo cual, los derechos y libertades proclamadas por la Constitución y la Convención americana de Derechos Humanos (art. 8)²⁰ están seriamente dañados. Es que en la división de poderes late la idea de que ninguno de los otros órganos del poder pueden asumir el rol esencial asignado

¹⁹ Cfr.: "Artículo 69.- COMPETENCIA DE JUZGADOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA, COACTIVO FISCAL Y TRIBUTARIA El Juez en materia Administrativa, Coactiva Fiscal y Tributaria tiene competencia para: 3. Conocer en los casos previstos por la ley, los procedimientos contencioso administrativo."

²⁰ Cfr.: Art. 8 I. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"

a los restantes sin desnaturalizar el principio en que se fundamenta la división del Poder (frenos y contrapesos); creados como mecanismo que tiende a garantizar la existencia del juez imparcial; idóneo por tanto, para reconducir a través de la potestad jurisdiccional que ejerce, la acción estatal a los valores y principios constitucionales en los que se asienta todo Estado, que se predica como de Derecho.

A partir de la experiencia humana, no cabe duda que independencia judicial proclamada por la Constitución ha quedado reducida a una simple declaración formal sin posibilidad alguna de eficacia; dado que sobre la cúpula del Órgano Judicial y los Magistrados del Tribunal Constitucional, y desde éstos a los demás jueces, pesará la amenaza siempre latente del **proceso penal** por parte del Partido de turno que ostente la supremacía parlamentaria; con lo cual, en el entendido que la independencia judicial no es un fin en sí mismo sino un medio para precautelar el derecho de los ciudadanos al juez imparcial; en definitiva, será potencialmente cada ciudadano el afectado, al no tener la posibilidad de acceder cuando así lo requiera el caso, al juez independiente e imparcial en procura de tutela judicial, cuando sus derechos e intereses jurídicos legítimos, sean lesionado o amenazados de ser lesionados.

El test de congruencia para verificar la incompatibilidad entre la disposición constitucional en análisis y el derecho al juez imparcial que tiene todo ciudadano en el modelo Estado de derecho, podría formularse del siguiente modo: ¿Los miembros del parlamento están revestidos de independencia e imparcialidad?

II.2.3 Ambigüedad e imprecisión normativa de la Constitución es utilizada para vulnerar el principio de legalidad y el derecho al debido proceso.

La exigencia de ley previa, como única fuente creadora de delitos y penas, se conoce con el nombre de principio de legalidad. Es la más significativa de todas las garantías que rigen en materia penal; pues, busca eliminar que el poder público pueda perseguir ciudadanos sin una ley que describa de manera clara y precisa (*lex certa*), creada con anterioridad al supuesto hecho delictivo que genera la persecución penal (*ley previa*). El principio prohíbe con la misma intensidad, la aplicación de figuras delictivas agravadas de manera retroactiva. Esta garantía el pueblo de Inglaterra le arrancó luego de largo sacrificio, aunque con severas deficiencias, al Rey Juan Sin Tierra en la denominada Carta Magna de 1215, quien en el art. 39, garantizó que “Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, o despojado o proscripto, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él, salvo por el proceso legal de sus pares o por la Ley del país”.

Todas las versiones constitucionales en Bolivia han reproducido en sus textos el contenido esencial de esta garantía; dado que se ha entendido que el ciudadano tiene derecho a saber, con claridad y en todo momento, lo que puede hacer (ámbito

de lo permitido); Lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido) y lo que le sucederá (la consecuencia) si realiza la conducta prohibida.

La Constitución en vigor prohíbe de manera general la aplicación retroactiva de la ley, conforme al siguiente texto: "Art. 116. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible." El art. 123 formula de manera específica la garantía en materia penal, con severas ambigüedades e imprecisiones.

En efecto, la primera parte del Art. 123 de la Constitución; consagra el principio de irretroactividad en la aplicación de ley; estableciendo dos supuestos en los que es posible aplicar la ley retroactivamente (materia laboral y penal); conforme al siguiente texto:

"Artículo 123. *La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado;...*" (Las negrillas son nuestras)

La garantía transcrita, cuya finalidad es proveer certidumbre en los ciudadanos de que el Estado no aplicará ninguna ley penal de manera retroactiva desfavorable, tiene un aditamento que destruye el núcleo esencial de la garantía proclamada en el art. 116.II DE LA Constitución; al establecer a renglón seguido que la excepción de aplicación retroactiva de la ley pena, se extenderá:

"...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución."(Las negrillas y subrayado es nuestro)

Si bien el texto en principio podría resultar inocuo de cara a la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva, dado que existe uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia en sentido de que la ley **procesal** al ser instrumental no está afectada por la prohibición aludida, excepto claro está, cuando afecta ámbitos de libertad; en cuyo caso, si tiene contenido sustantivo no obstante estar en una ley procesal, rige la prohibición de aplicación retroactiva.

Como se puede verificar, el texto del artículo en análisis en su primera parte está hablando de una excepción universalmente acogida por las distintas constituciones, como es la aplicación retroactiva de ley penal favorable, llamado principio de favorabilidad o benignidad; sin embargo, dentro de esa estructura literal, aparece la expresión **"...en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos"** (las negrillas son nuestras); que se muestra discordante con la articulación total del texto, dado que como parte integrante del principio de favorabilidad que

creó el derecho penal humanitario, se inserta otro diametralmente opuesto en su finalidad, como es el de aplicar preceptos penales desfavorables.

Este no sería a lo mejor un problema dogmático relevante por cuanto pudo haber sido interpretado dentro de los cánones de los tratados internacionales sobre derechos humanos a través de las leyes de desarrollo de la Constitución; sin embargo, contra todo pronóstico, esta ambigüedad, que a todas luces es contraria a la exigencia de taxatividad que tiene por finalidad delimitar el campo de acción del Estado y garantizar las libertades individuales, ha sido utilizada en franca contradicción con la jurisprudencia constitucional²¹, para “fundamentar” -como se constará luego- la creación de normas punitivas que lesionan de manera grosera el principio de legalidad y el derecho al debido proceso de ley; ambos, como quedó precisado, proclamadas por la Constitución y consagrados en los tratados internacionales.

II.2.3.1 Ley 004 lesiona en su núcleo esencial la garantía del principio de legalidad tanto en su vertiente penal y como procesal.

En materia penal, la lesión al principio de legalidad penal -que opera siempre como base del principio de seguridad jurídica- se materializó entre otros, a través de los artículos 27 y 28 de la ley en análisis, al establecer que a los funcionarios públicos y a los particulares, se será aplicable de manera retroactiva las sanciones establecidas en los referidos preceptos penales, con lo cual se vulneró el principio de legalidad y derivado de esto, el derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos, derechos que se hallan cobijados dentro de las garantías judiciales mínimas contenidas en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En materia procesal, la lesión al principio de legalidad se hace presente, entre otros, a través del art. 37 de la ley 004 que modifica el art. 91 y 344 Bis del Código de Procedimiento Penal, autorizando el desarrollo del juicio penal y la imposición de penas, sin presencia del procesado (en rebeldía); extremo que viola de manera patente la garantía establecida en la Constitución en el art. 115²², así como en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los juicios en rebeldía son la antítesis del sistema procesal, caracterizado por el principio de contradicción y el derecho a la defensa amplio e irrestricto, entre ellos el relativo a la defensa material.

²¹ La SC 1691/2004-R, precisó que “III.... el quebrantamiento de la función de garantía que cumple el tipo penal, dentro de ello el principio de legalidad, que no sólo cumple la función de discriminar los comportamientos en punibles y no punibles; sino básicamente, la de establecer en qué tipo penal se subsume la conducta investigada; de ahí que se afirme la tipicidad de un hecho cuando existe plena coincidencia entre el mismo y la descripción conceptual abstracta dada por el legislador. Sólo a través de una adecuada o correcta calificación del hecho se realiza”

²² Artículo 115.I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.
II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

II.2.4. Vulneración de la Constitución por las leyes de desarrollo.

II.2.4.1. Ley del Tribunal Constitucional otorga al Legislativo la atribución de interpretar la Constitución.

El Art. 4. III de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, expresa que en las primeras líneas del precepto, que el Tribunal Constitucional **“es el intérprete supremo”** de la Ley Fundamental, lo cual guarda sujeción a lo establecido en la Constitución en los Arts. 196 y 203²³; sin embargo, el mismo precepto de la ley en análisis, a renglón seguido expresa que tal atribución interpretación del Tribunal Constitucional, es **“...sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular²⁴”**; lo que viola lo previsto en los artículos aludidos de la Constitución así como al art. 158.I.3, de la misma norma suprema, que otorga al parlamento la potestad de interpretar las leyes, no la Constitución²⁵; la interpretación de la Constitución por parte del parlamento contraviene radicalmente la Constitución en vigor, y desnaturaliza el modelo de control de Constitucionalidad.

II.2.4.1. Ley 007 Prevé que las resoluciones del Tribunal Constitucional sólo son vinculante cuando el operador jurídico las considere conforme a la Constitución.

La infracción al orden constitucional también está presente en la **Ley 007 de 08 de mayo de 2010**, llamada de modificaciones al Código penal, cuya disposición final, establece que **“La autoridad Jurisdiccional o administrativa que tenga que aplicar una norma del ordenamiento jurídico boliviano, deberá hacerlo, en todos los casos, con sujeción a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios, valores y fines que sustentan al Estado, siéndole vinculante la jurisprudencia constitucional, solo en aquello que no contradiga dichos postulados de la norma suprema”²⁶ (las negrillas son nuestras).**

²³ Artículo 203. Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

²⁴ ARTÍCULO 4. (SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL).

I. La Constitución Política del Estado Plurinacional es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

II. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y las normas de Derecho Comunitario ratificados por el país.

III. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular.

²⁵ Cfr.: “Art. 158.I.3 Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas.”

²⁶ DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. La autoridad Jurisdiccional o administrativa que tenga que aplicar una norma del ordenamiento jurídico boliviano, deberá hacerlo, en todos los casos, con sujeción a la Constitución Política del Estado tomando en consideración los principios, valores y fines que sustentan al Estado, siéndole vinculante la jurisprudencia constitucional, solo en aquello que no contradiga dichos postulados de la norma suprema.

La violación anotada es patente puesto que el art. Artículo 203 de la Constitución establece que “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional **son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio**, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”; en cambio, la ley aludida, condiciona arbitrariamente lo mandado por la Constitución, sólo para cuando las resoluciones del Tribunal, no contradigan la Constitución.

Del contenido del texto de la ley en análisis, dimanán dos entendimientos: 1) que por mandato del legislador ordinario, no es el Tribunal Constitucional Plurinacional -como proclama la Constitución- el intérprete supremo de la Constitución, sino que los jueces la interpretan incluso con más autoridad, dado que tienen la potestad de hacer un test de verificación de la si jurisprudencia constitucional es conforme a la constitución o no; y 2) Consiguientemente, la jurisprudencia del Tribunal es vinculante únicamente cuando los operadores del sistema así la consideren conforme a la Constitución; lo cual ha trastocado el sistema de control de constitucionalidad establecido en la Constitución; con lo cual, podría decirse que no es la Constitución la norma suprema, dado que la ley puede contradecirla sin más.

En lo concreto, la ley confiere a los operadores jurídicos la autoridad para calificar qué fallos del Tribunal están ajustados a la Constitución y cuáles no; y por tanto, son los jueces ordinarios, quienes tienen autoridad para estimar cual es la doctrina constitucional aplicable.

III. Conclusión.

En base a los presupuestos anotados precedentemente, es posible sostener desde una óptica estrictamente objetiva, que ni la Constitución ni las normas de desarrollo, guardan compatibilidad con los pilares en los que se asienta el Estado de Derecho, al contradecir de manera patente sus pilares básicos; concretamente, la garantía de la vía judicial, la independencia de los jueces, derecho al debido proceso, división de poderes, sometimiento de los poderes al orden constitucional y a las leyes; exigencias formales y materiales para la creación de las normas.



EL LÍMITE AL PODER POLÍTICO COMO FUNCIÓN
PRIMORDIAL DE LA CONSTITUCIÓN

*THE LIMIT ON THE POLITICAL POWER AS PRIMARY
FUNCTION OF THE CONSTITUTION*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 24-53



Eric Cícero
LANDÍVAR
MOSIÑO

RESUMEN: En este artículo el autor hace un recorrido teórico por la historia del constitucionalismo. No sólo afirma la importancia de la Constitución como garantía para el ejercicio de las libertades, sino que también explica y contrasta las doctrinas opuestas al movimiento constitucional así como los planteamientos modernos que pretenden llevar el Estado de Derecho hacia nuevas fronteras.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, democracia, Constitución.

ABSTRACT: On this article the author makes a theoretical journey across the history of constitutionalism. It not only affirms the importance of a Constitution as a guarantee to the exercise of liberties, but also exposes the doctrines opposed to constitutionalism as well as the modern doctrines that pretend to push forward the idea of the Rule of Law.

KEY WORDS: Rule of Law, Democracy, Constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I. El Poder Político. I.1. El Ejercicio degenerado del Poder Político. I.1.1. Consecuencias del ejercicio degenerado del poder político. I.1.1.1. El mal Gobierno. I.1.1.2. El exceso y abuso de poder. I.1.1.2.1. La Autocracia. I.1.1.2.1.1. El Autoritarismo. I.1.1.2.1.2. El Totalitarismo. I.1.1.3. El poder como sustancia negativa. I.1.1.4. El poder ilimitado e incontrolado. II: El origen de la Constitución. II.1. Relación Histórica entre Gobernantes y Gobernados. II.2. Primeros Precedentes Constitucionales. II.3. Del Constitucionalismo Censitario al Constitucionalismo Democrático. III: La Constitución como límite del poder político. III.1. Derecho y Poder. III.2. Límites al Poder Político. III.2.1. Control horizontal del Poder. III.2.1.1. Controles intraórganos e interórganos. III.2.1.2. El control de las minorías. III.2.2. Control vertical del Poder. III.2.2.1. Distribución territorial o espacial del Poder. III.2.2.1.1. Del Estado Federal a las Autonomías Regionales. III.2.2.2. Los derechos individuales y las garantías constitucionales. IV. CONCLUSIÓN: El Estado Constitucional y el Estado Pseudoconstitucional.

I. INTRODUCCIÓN.

La Constitución ha sido uno de los fenómenos más debatido en los últimos tiempos, tanto en el ámbito del Derecho como en el de las Ciencias Políticas, lo que nos lleva a creer en la importancia de la misma, y aún más, cuando vemos que todos los países poseen una Constitución, aunque cada una con contenidos muy distintos, debido obviamente a que toda sociedad tiene una realidad distinta, y por lo tanto cada Constitución debe reflejar dicha realidad.

Pero cuando decimos que toda Sociedad tiene una realidad distinta, no nos referimos solamente a las diferencias culturales, sino también a las diferencias que existen en las estructuras y sistemas políticos adoptados, es decir que por ejemplo tanto Cuba como Corea del Norte, los cuales son Estados que afirman guiarse por un régimen político socialista, poseen sus respectivas Constituciones al igual que los Estados Unidos de América, el cual posee un sistema político y forma de gobierno que evidentemente es completamente distinto al de los Países citados anteriormente. De la misma manera, en Latinoamérica durante los gobiernos militares dictatoriales cada Estado tenía su Constitución, pese a que como en el caso de Bolivia, mayormente, con cada nuevo gobierno producto de un golpe de Estado, se cambiaba la Constitución con el fin de tratar de dar legitimidad o legalidad al gobierno de facto.

Entonces, aparentemente una Constitución puede existir en cualquier Estado, e incluso existe quienes sostienen que no es concebible un Estado sin Constitución,

• **Eric Cícero Landívar mosiño**

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Tecnológica Privada de Santa Cruz (UTEPSA) y Licenciado en Ciencia Política y Administración Pública por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (UAGRM), en ambas carreras obtuvo la titulación directa bajo la modalidad de excelencia y buen rendimiento académico; Diplomado en Educación Superior y Docencia Universitaria por la Universidad San Francisco de Asís (USFA) y Magíster en Derecho Constitucional y Autonomías por la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB); Actualmente se desempeña como docente invitado de la carrera de Ciencia Política y Administración Pública de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno.

sin tomar en cuenta la forma de gobierno que se tenga o el tipo de Estado que sea, puesto que al parecer la Constitución únicamente tiene la finalidad de definir como se organiza el Estado y los órganos que lo componen, además de obviamente determinar el comportamiento que deben seguir los ciudadanos, mediante los derechos y deberes determinados. Esa sería, bajo este paradigma su función primordial.

Giovanni Sartori, observando esta situación, indica que *“Desde los años veinte, por constitución se empieza a entender cualquier forma que un Estado se da.”*¹ Sin embargo, Sartori es enfático también al señalar que: *“Pero si la constitución de Stalin o la constitución de Hitler son constituciones con el mismo título que la de Estados Unidos, entonces “constitución” no sirve ya para proteger libertades.”*²

Por lo tanto, siguiendo lo apuntado por Sartori y de acuerdo a la tradición y doctrina constitucional clásica, se tendría que una Constitución sólo es válida si rige dentro de un Estado Democrático de Derecho, donde se promueven los valores fundamentales de la libertad y dignidad, puesto que su función primordial es precisamente proteger y garantizar dichos valores mediante la limitación a los abusos excesivos que puedan cometer quienes detentan circunstancialmente el Poder Público dentro de un Estado.

I: EL PODER POLÍTICO.-

I.1. El Ejercicio degenerado del Poder Político.

Como punto de partida, debemos preguntarnos: ¿Cuál es el fin del poder político? ¿Será simplemente el sometimiento del hombre sobre el hombre?³ (Llámense éstos gobernantes-gobernados, dominantes-dominados, detentadores del poder-destinatarios del poder, etc.). Pues bien, a criterio nuestro, al ser el poder político un elemento esencial del Estado, el cual fue creado por el hombre para su propio bienestar, nos resistimos a la idea de creer que el poder es sinónimo de maldad, de explotación y de simple y pura dominación. Por esa razón, tratando de apartarnos un poco de la tendencia actual casi uniforme que existe sobre la idea del poder; diremos que el poder es sinónimo de dirección. Es decir que, quienes ejercen el poder político (la autoridad del Estado) son quienes tienen el deber de dirigir a la sociedad hacia el fin⁴ por el cual se creó el Estado.

¹ SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?. Taurus. España. 2003. Pág. 240.

² *Ibidem*.

³ Bobbio señala que: *“El hombre no es sólo el sujeto sino también el objeto del poder social”* (BOBBIO, Norberto. Diccionario de Política. Editorial Siglo XXI. México. 2005. Pág. 1190).

⁴ *“aunque los Estados tengan en general el mismo fin, que es el de conservarse, cada uno se inclina a desear alguno en particular...el engrandecimiento fue el fin de Roma; la guerra el de los espartanos; la religión el de las leyes judías; el comercio el de los marseleses, etc.”* (Montesquieu, en FERNÁNDEZ SANTILLAN, José, (compilador). Norberto Bobbio: El filósofo y la Política. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. pág. 138)

Rodrigo Borja en su Enciclopedia de la Política señala que:

“El poder cumple la función muy importante, yo diría que vital, de dar coherencia al grupo social, de mantenerlo unido, de hacer de él una comunidad. Sin el poder y el sistema de relaciones que implica la sociedad se disgregaría.”⁵

Entonces, si el poder es un elemento tan esencial ¿Cómo puede ser entendido en la actualidad como algo negativo?, la respuesta es simplemente que el poder, como toda invención humana (incluso las pertinentes a las ciencias sociales), tiene un carácter eminentemente instrumental, por lo que sus efectos y consecuencias están estrictamente ligadas a las acciones de quienes lo ejercen, tanto para hacer el bien como para hacer el mal, pero obviamente en este último caso estaríamos ante un uso degenerado del poder:

I.I.I. Consecuencias del ejercicio degenerado del poder político.

I.I.I.I. El mal Gobierno.

Aristóteles distinguía tres formas típicas de poder: el poder del padre sobre los hijos, del amo sobre los esclavos y del gobernante sobre los gobernados, siendo este último el poder político.⁶ Pero también Aristóteles identifica, en cada uno de estas formas típicas para bien de quién se ejerce el Poder:

Es así que el poder paternal se debe ejercer para el beneficio de los hijos, el poder patronal para ventaja del amo y el poder político, para beneficios de ambas partes. Esto último sería lo que Aristóteles denominaría “el bien común.”⁷ Según Bobbio, estas definiciones dadas por Aristóteles nos ayudan a distinguir entre el buen Gobierno⁸ y el mal Gobierno. Es más, las dos primeras formas típicas de poder enunciadas por Aristóteles ya representaban para Bobbio de por sí, a malas formas de gobernar. Él señalaba que:

“En efecto, dos formas tradicionales de mal gobierno son tanto el gobierno paternal o patriarcal, en el que el gobernante se comporta con los súbditos como si fuesen sus hijos (y por consiguiente como eternos menores de edad), como el gobierno despótico (en griego despote significa patrón), en el que el gobernante trata a sus súbditos como esclavos. Patriarcalismo y despotismo son, en otras palabras, formas degeneradas del

⁵ BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. Fondo de Cultura Económica. México. 1997. Pág. 1098.

⁶ FERNÁNDEZ SANTILLAN, José. Op. Cit. Pág. 135

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Sobre el buen gobierno Rousseau señala: “cuando se pregunta cual es el mejor gobierno, se hace una pregunta que no tiene respuesta y que es, además, indeterminada; o, si se quiere, tiene tantas buenas soluciones como combinaciones posibles haya en las posiciones absolutas y relativas de los pueblos. Pero si se preguntase cuales son las señales que permiten conocer que tal pueblo, por ejemplo, está bien o mal gobernado, ya sería otra cosa, y esta cuestión de hecho podría resolverse.” (ROUSSEAU. Juan Jacobo. El Contrato Social. Edición Electrónica. Buenos Aires. 2004. pág. 60)*

poder político por que no reconocen este último poder y por tanto no salvaguardan su naturaleza específica.”⁹

Sin embargo, ésta no era la idea principal que Bobbio rescataba de Aristóteles para diferenciar entre el buen y el mal gobierno. Básicamente, él sostenía una idea para realizar esta diferenciación, que decía se empleaba desde Aristóteles, la cual era simplemente la distinción entre el bien común y el bien individual. Decía que: *“el buen gobierno es el que se preocupa del bien común; el malo se inclina al bien propio, se vale del poder para satisfacer intereses personales”*.¹⁰

Karl Loewenstein, coincidiendo con Bobbio, apuntaba que Aristóteles estaba plenamente consciente de las dos caras del poder; puesto que a eso se debe su confrontación entre las formas “puras” de gobierno, las cuales tienen por finalidad servir al bien común de los destinatarios del poder; y las formas “degeneradas”, que sólo sirven a los intereses egoístas de los detentadores del poder.¹¹

Sobre este punto también escribió Rousseau, cuando contraponía la “voluntad general” frente a la “voluntad particular o individual”. La primera, decía, siempre es la manifestación de la soberanía y siempre busca el propio bien del cuerpo colectivo, es decir el bien común. En cuanto a la segunda Rousseau reconoce que cada hombre como individuo puede tener una voluntad particular, que incluso puede diferir de la voluntad general. Pero si se impone aquella sobre ésta, se produciría la ruina del cuerpo político, puesto que *“por su naturaleza, la voluntad particular se inclina a los privilegios, y la voluntad general a la igualdad”*.¹²

Por lo tanto, vemos que Rousseau, al igual que Aristóteles, hacía también una diferenciación entre la dirección del Estado bajo un principio de igualdad que encamine a la sociedad hacia el bien común, con aquellas arbitrariedades que podrían suscitarse a favor del interés de un individuo o grupo de individuos (que obviamente sería quien o quienes detenten el poder o la dirección del Estado) en desmedro de la colectividad, lo que no sería otra cosa más que un mal gobierno.

En consecuencia podemos afirmar que el poder político, como dirección del Estado, debe utilizarse para el beneficio de la sociedad y para el cumplimiento de los fines colectivos, respetando las reglas y parámetros establecidos para ello. Pero cuando este poder se utiliza para el sólo beneficio de quienes lo detentan, y/o se le ejerce contrariando las referidas reglas, no solamente nos encontramos ante un mal gobierno sino también ante la degeneración y mal ejercicio del poder político.

⁹ FERNÁNDEZ SANTILLAN, José. *Op. Cit.* Pág. 136

¹⁰ *Ibidem.* Pág. 137

¹¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel SA. Barcelona. 1986. Pág. 28.

¹² ROSSEAU, Juan Jacobo. *Op. Cit.* Pág. 22.

1.1.1.2. El exceso y abuso de poder.

Lamentablemente, la historia nos ha demostrado que el mal gobierno y el uso degenerado del poder se ha convertido en la regla en vez de ser la excepción. Es decir que, el poder político a menudo se lo utiliza en beneficio de los pocos individuos y no así para el bien de la colectividad. Y lo peor de esto, es que además de sólo beneficiar a los pocos, se ha llegado a afectar a los muchos mediante la vulneración de sus derechos.

Sin duda una de las características del poder político es el uso de la fuerza,¹³ es decir que quien posee el dominio del poder político posee también el dominio sobre la fuerza pública, la coacción legítima del Estado. Entonces, cuando decimos que el poder político es usado en contra de las personas, no solamente es por que se afecta a éstas con las decisiones que toma el Gobierno, sino que con frecuencia se sustentan dichas decisiones con el uso de la fuerza, reprimiendo a quienes se opongan a ellas.

Ante esta situación ya no sólo hablamos de un uso degenerado de poder; sino también de un uso abusivo de él, lo que lo convierte en un exceso de poder.

Este exceso de poder ha sido denominado de muchas maneras: Autoritarismo, Totalitarismos, Despotismo, Tiranía, Dictadura, etc., todos estos términos tienen su origen en acepciones y realidades distintas, es decir que cada uno posee ciertas características particulares y fueron utilizadas en distintas épocas y durante diferentes tipos de gobierno, sin embargo todos estos conceptos representan lo mismo, puesto que reflejan una forma de gobierno en donde existe una exacerbación del poder y la restricción de libertades y derechos a los ciudadanos, mediante la concentración y abuso excesivo del poder político.

1.1.1.2.1. La Autocracia.

Para Karl Loewenstein, todas las formas de gobierno dentro de las cuales señalamos que existe un exceso de poder, pueden ser clasificadas dentro de una sola denominación genérica, la cual es la "Autocracia",¹⁴ que se caracteriza por:

- a) La existencia de un solo detentador del poder, el cual puede ser una persona, una asamblea o un partido.
- b) El ejercicio del poder no está distribuido, sino concentrado en una sola persona o ente.
- c) No existe ningún control efectivo sobre el poder.

¹³ "El criterio más adecuado para distinguir el poder político de otras formas de poder [...] es el que atiende a los medios de los que las diferentes formas de poder se sirven para obtener los efectos deseados: el medio del que se sirve el poder político...es la fuerza" (FERNÁNDEZ SANTILLAN, José. *Op. Cit.* Pág. 139)

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. Cit.* 51-88 Passim

- d) El monopolio del único detentador del poder no está sometido a ningún límite.
- e) Funciona bajo un “circuito cerrado”, es decir que no hay espacio para otras ideologías y fuerzas sociales distintas a la de los detentadores del poder.
- f) Subordinación de todas las funciones estatales bajo el mando del único detentador del poder.
- g) Sus técnicas políticas se basan en la orden y en la obediencia. La orden del único detentador del poder, y la obediencia tanto de los ciudadanos como de todos los otros órganos y funciones estatales subordinados al poder único.
- h) No existe responsabilidad política para el único detentador del poder.

Es decir que dentro de las autocracias se encuentran enmarcadas las dictaduras, las cuales se derivan de la clásica concentración del poder; el despotismo y la tiranía, que son utilizadas para reflejar más que todo la ausencia del Estado de Derecho; el Estado policía, que tiene su base en un régimen de fuerte coacción; el absolutismo, que como su nombre lo indica refleja la existencia de un poder absoluto; y el totalitarismo y autoritarismo, que, de acuerdo a lo apuntado por Loewenstein, generalmente se utilizan como sinónimos.

Loewenstein señala además que, la mayor parte de estas designaciones son de carácter **“descriptivos emocional”** y se intercambian según la época. Pero además indica, que para una clasificación científica de los regímenes autocráticos es esencial la distinción entre totalitarismo y autoritarismo.

1.1.1.2.1.1. El Autoritarismo.

Además de todas las características asignadas a la autocracia, el autoritarismo tiene la peculiaridad de que puede coexistir con otros órganos ajenos al detentador del poder, pero aquellos órganos deben de ceder siempre ante éste en caso de que exista un conflicto entre ambos. Es decir que, los otros órganos están vigentes, pero prácticamente se vuelven ineficaces ante el detentador del poder, puesto que básicamente se encuentran neutralizados.

Este modelo de autocracia busca simplemente mantener y fundamentar una estructura gubernamental, por lo tanto si la sociedad civil no pone en riesgo el cumplimiento de los objetivos y el ejercicio del poder político, se le respetaran ciertos derechos fundamentales.

Existe una ideología pero esta no es ejecutada plenamente, simplemente estará destinada a defender la estructura y configuración del poder.

1.1.1.2.1.2. El Totalitarismo.

El totalitarismo a diferencia del autoritarismo, no sólo busca el control del aparato gubernamental, sino que también tiene por finalidad penetrar todas las esferas del Estado, desde la estructura socioeconómica hasta los aspectos referentes a la moral.

Loewenstein señala sobre este modelo de autocracia que:

“aspira a algo más que a excluir a los destinatarios del poder de su participación legítima en la formación de la voluntad estatal. Su intención es modelar la vida privada, el alma, el espíritu y las costumbres de los destinatarios del poder de acuerdo a una ideología dominante.”¹⁵

Este tipo de gobierno, no permite la existencia de otras ideologías diferentes a la del régimen dominante, por lo que siempre existirá un partido único¹⁶ cuyas acciones no estarán destinadas simplemente al ejercicio del poder político, sino que también buscarán el adoctrinamiento e integración ideológica de la sociedad.

Esta tendencia totalitaria por dominar tanto el aspecto público como el privado del Estado, guarda estrecha similitud con lo que Antonio Gramsci denominaría el “bloque histórico”, que no es más que la configuración de un modelo donde existe una clase dominante que ejerce el control hegemónico sobre toda la sociedad en todos los aspectos de la vida social, *“se trata, por lo general, de la afirmación sumaria de la unidad entre la estructura socio-económico y la superestructura política e ideológica”*.¹⁷

Gramsci reconoce enfáticamente, que para lograr la construcción de un “bloque histórico”, no es suficiente la conquista de la sociedad política (el gobierno), sino que se debe lograr principalmente el control de la sociedad civil, sólo de esa manera se asegura la hegemonía total de la clase fundamental o grupo dominante.

Según Gramsci: *“En las sociedades “primitivas” la lucha se concentraba alrededor del aparato de Estado. En las sociedades más complejas, lo esencial del combate va dirigido contra la sociedad civil.”¹⁸*

¹⁵ *Ibidem*. Pág. 78.

¹⁶ Si bien los Partidos Políticos son un elemento fundamental para las sociedades democráticas constitucionales, Loewenstein señala que también la existencia del Partido Único en las modernas autocracias es vital. Específicamente señala que: *“en la moderna sociedad de masas [...] el partido estatal único se ha convertido en un elemento tan indispensable como el sistema pluripartidista en el Estado democrático constitucional. El partido único es la grapa organizadora que mantiene sujetos a detentadores y destinatarios del poder y sin él la moderna autocracia es incapaz de acción”*. (*Ibidem* Pág. 95)

¹⁷ PORTELLI, Hugues. Gramsci y el Bloque Histórico. Siglo XXI Editores. Décima Edición. México. 1983. Pág. 8.

¹⁸ *Ibidem*. Pág. 37.

Por lo tanto, dentro de la concepción gramsciana, no basta la conquista del aparato del estado, es decir el gobierno, para poseer el poder total. Sino que es esencial ejercer el dominio también sobre la sociedad civil.¹⁹

Por lo tanto, el totalitarismo, desde este punto de vista, no es otra cosa que la construcción de un “bloque histórico” que busca la hegemonía ideológica, moral, cultural y ética de un grupo o clase social dominante sobre las otras clases sociales subalternas que habitan dentro de un determinado espacio político.

1.1.1.3. El poder como sustancia negativa.

Debido a los malos gobiernos, y a las numerosas autocracias que han existido en el desarrollo y formación de las sociedades políticas Estatales en el mundo entero, se fue relacionando la idea de poder político con algo negativo, y ésta fue tal vez la consecuencia más trascendental del ejercicio degenerado del poder; puesto que aquello que, a nuestro criterio, surgió como la capacidad de dirección del Estado, se transformó en algo tan aberrante que se convirtió en algo opuesto a la libertad de los ciudadanos.

Muchas han sido las obras dedicadas al poder; y en la mayoría, por no decir todas, se lo concibe como un elemento negativo que envilece al hombre. “*Si quieres conocer a un hombre dale poder*” reza una de las frases más populares de nuestros tiempos que básicamente refleja esa característica negativa del poder como sustancia degenerativa, que corroe el alma de los hombres, tanto así que el lord J. Acton llegó a afirmar que “*Todo poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente*”.²⁰

Como consecuencia de todos los hechos históricos, y las ideas arboladas sobre los mismos, en la actualidad la lucha del poder no es más que otra cosa que la lucha por servirse del poder. Es generalizado el pensamiento que quien detenta circunstancialmente el poder puede, incluso transformado en su propia personalidad, hacer uso indebido del poder y de la autoridad que ejerce.

Pero de todos modos a pesar del concepto tan negativo que se tiene del poder (con justa razón), éste continúa siendo uno de los elementos esenciales del Estado, y no pudiendo el individuo convivir fuera del Estado debe lidiar necesariamente con los riesgos que el poder engloba, puesto que de lo contrario se tendría que optar por la eliminación del Estado.

¹⁹ Sobre este punto, sin el ánimo de entrar en subjetividades ni controversias, nos llama la atención las declaraciones realizadas por el Presidente de Bolivia, Evo Morales Ayma, quien en una entrevista dada al colectivo AMAUTA de Argentina en fecha 7 de marzo del 2008, afirmó “*Hemos llegado al gobierno pero no tenemos el poder todavía*”. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=64239> [Consultado el 10 de octubre de 2009]

²⁰ ACTON, J. *Essays on Freedom and Power*, en BORJA, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Pág. 1103.

I.1.1.4. El poder ilimitado e incontrolado.

Karl Loewenstein no tenía una opinión diferente a las expuestas con anterioridad sobre las características del poder. Es más, sostenía que el poder posee un carácter demoníaco, que conlleva en sí su propia degeneración, y que sólo un santo podría resistir la tentación de abusar del poder.²¹

Pero Loewenstein también señalaba que:

“allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento...el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo [...] cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y arbitrario despotismo.”²²

De este pensamiento expuesto por Loewenstein, extraemos que el poder que representa potencialmente un riesgo de ser usado de manera degenerada y abusiva, es el poder ilimitado e incontrolado.

Por lo tanto siendo imposible el eliminar y suprimir el poder político de la sociedad, puesto que como señalamos es un elemento esencial del Estado, lo que corresponde es limitarlo y controlarlo para de esa manera evitar su ejercicio degenerado, abusivo, excesivo y autocrático.

II. EL ORIGEN DE LA CONSTITUCIÓN.

II.1. Relación Histórica entre Gobernantes y Gobernados.

Desde la formación de los Estados y el surgimiento de la Autoridad y el Poder, ha existido una dicotomía permanente entre Gobernantes y Gobernados, tratando los primeros de justificar su derecho de mandar, gobernar y tener más poder; y los segundos luchando por el reconocimiento y respeto a mayores derechos y por conseguir un mayor margen de participación en las decisiones sobre los asuntos de la vida pública. Lo que no quiere decir que el ciudadano común lucha por alcanzar el poder; sino que más bien históricamente ha luchado contra el ejercicio arbitrario y abusivo del Poder.

Karl Loewenstein señala por ejemplo que:

“La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit. Pág. 28

²² *Ibidem.*

esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.”²³

Esta búsqueda de la que habla Loewenstein, colisionó frecuentemente con el uso degenerado del ejercicio del poder; lo que trajo como resultado que la relación entre los individuos y la autoridad no sea otra cosa más que una constante pugna por la libertad y el sometimiento, respectivamente.

Fruto de esas luchas y pugnas, los Gobernantes van cediendo espacio a favor de los Gobernados, dejando de lado los grandes excesos cometidos y reconociendo los derechos reclamados por la generalidad de los individuos.

Cada victoria conseguida por los individuos ante la autoridad fue convirtiéndose en un precedente fundamental para la conformación de una estructura rígida en contra del abuso del poder. Sin embargo, este proceso como todo proceso histórico-social no fue lineal sino más bien cíclico, puesto que algunas conquistas y avances conseguidos sufrían grandes retrocesos, por la aparición de personajes que echaban por tierra todo lo avanzado en cuanto a derechos ciudadanos se refiere, imponiendo nuevamente regímenes autocráticos sangrientos y catastróficos.

Pero la lucha de los individuos fue constante, y a pesar de los altibajos sufridos en distintas épocas, los precedentes se mantuvieron intactos en el tiempo, y tras la defenestración de cada autocracia, se daba un salto para el establecimiento de una sociedad democrática y constitucional.

II.2. Primeros Precedentes Constitucionales.

El primer precedente Constitucional, que se da como consecuencia de la lucha entre Gobernantes y Gobernados que señalamos en el punto anterior, fue la Carta Magna de 1215, mediante la cual el rey de Inglaterra Juan sin Tierra, después de haber sido derrotado en sangrientas luchas por la aristocracia inglesa, otorga a ésta distintos tipos de garantías tales como la correcta administración de justicia, respeto a antiguas libertades y costumbres y prohibió requisas y embargos, entre otras cosas. Además, mediante el mismo documento el rey se comprometió a no buscar mediante ningún medio la revocación de estas concesiones, suscribiendo el documento en nombre suyo, de su familia y de sus herederos.²⁴

Posteriormente en 1679, también en Inglaterra, el rey Carlos II (Estuardo) mediante el Acta de Habeas Corpus hizo extensiva a la burguesía las conquistas de la libertad personal y la sanción o pena previo juzgamiento, que antes había sido reconocido para la aristocracia.²⁵

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. Cit.* pág. 150.

²⁴ MORALES, Manuel. *Derecho Constitucional: Cuatro Temas.* UPS-Editorial. La Paz. Bolivia. 2006. Pág. 42

²⁵ *Ibidem*, pág. 43

Luego mediante la Bill of Rights de 1688 se extiende también para la burguesía todos los demás derechos y garantías reconocidos para la aristocracia, esto como resultado del derrocamiento de Jacobo II, quién trato de concentrar nuevamente todo el poder en el rey.

La primera Constitución escrita aparece en 1787 con la declaración de la independencia de los Estados Unidos de América, quienes se rebelaron contra la corona inglesa y recogieron todos los principios adoptados en los documentos señalados anteriormente.

Sin embargo, la proliferación plena de los principios constitucionales clásicos se da en 1789 con la revolución francesa, la cual fue una lucha de los ciudadanos franceses contra el absolutismo monárquico, que basaba su lucha en tres principios fundamentales: libertad, igualdad y fraternidad, los cuales fueron considerados como principios universales.

Esta revolución tuvo como consecuencia el derrocamiento y ejecución del rey Luís XVI y la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo espíritu servirá de base fundamental para la posterior aprobación de la Constitución francesa y todas las demás Constituciones del mundo que fueron influenciadas por el pensamiento denominado "liberal".

Pero si bien la revolución francesa se constituyó en el hito que representa el triunfo del pensamiento liberal bajo el cual se apoyaría la Constitución, lamentablemente no representó el triunfo del constitucionalismo en sí, puesto que a tan sólo unos años de la revolución asentada en la tríada de los principios fundamentales señalados líneas arriba, surgió en Francia el denominado Régimen del Terror (1793-1794), implantado por el Comité de Salvación Pública que lideraba Maximilien Robespierre, cuyas acciones eran completamente contrarias a lo establecido en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Durante esta época los principios de libertad, igualdad y fraternidad fueron reemplazados por los desvalores de inseguridad, violencia y caos. Posteriormente, este mismo país, propulsor de los principios liberales, caería bajo el régimen del cesarismo Napoleónico. Pero de todos modos, la semilla del constitucionalismo ya había sido sembrada, y la conciencia de los hombres comenzaba a apegarse más a la idea del poder controlado y limitado. Los países que ya contaban con una constitución, exigían a sus gobernantes el cumplimiento de la misma, pero lamentablemente muchos de ellos seguían apoyando sus gobiernos en la fuerza y la arbitrariedad, y otros fingían respetar la constitución pero sus actuaciones demostraban lo contrario.

No sería hasta después de la Segunda Guerra Mundial (SGM) que los principios constitucionales alcanzarían su máximo reconocimiento. Para ese entonces, no sólo quedaba demostrada la necesidad de proteger los derechos de los individuos sino

también los riesgos que representa la existencia de un poder que esté por encima de las leyes y de la constitución.

La dura experiencia que trajo la SGM, conmovió las conciencias de los países considerados potencias mundiales, y en razón de ello se conformó la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como ente internacional encargado de preservar la paz en el mundo. Con la conformación de la ONU se suscribiría también la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en cierta forma plasmaría los principios establecidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

II.3. Del Constitucionalismo Censitario al Constitucionalismo Democrático.

En el periodo de la segunda posguerra, no sólo se desarrollarían con mayor asimilación los principios constitucionales emanados de la revolución liberal francesa, sino que también se consolidó la democracia como el sistema de gobierno ideal para los Estados, que si bien no es perfecto, mas es el que presenta menores imperfecciones.

Durante todo el proceso que atravesó el desarrollo del constitucionalismo los individuos fueron consiguiendo el reconocimiento y respeto de mayores derechos, pero éstos eran aplicados sólo para un selecto grupo de individuos, debido al carácter censitario de las sociedades. Sin embargo, esta situación también se fue modificando, y pronto los derechos serían considerados universales de verdad, puesto que ampararían a todo individuo sin exclusión alguna, para ello fue fundamental el desarrollo también de la democracia, ya que con la participación de la totalidad de los individuos en la vida política sería imposible el negar para todos las conquistas sociales alcanzadas.

Por lo tanto, la aspiración de las sociedades políticas a convertirse en Estados Constitucionales sería insuficiente, ahora el objetivo sería encaminarse hacia una Democracia Constitucional,²⁶ sólo así el sistema de garantías sería completo porque se reconocerían los derechos de todos los individuos en su conjunto, bajo un verdadero principio de igualdad.

Sobre este punto Loewentein señala que:

“antes de que se hubiese formado la actual democracia constitucional existieron Estados constitucionales, es decir, regidos por un sistema fijo de normas, pero que no podrían ser clasificados en absoluto de democráticos, dado que la masa de los destinatarios del poder no tenía ninguna participación decisiva en el proceso político [...] El estadio final, la democracia constitucional, sería alcanzado relativamente más

²⁶ *“El constitucionalismo culmina en la democracia constitucional” (LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit. Pág. 326)*

tarde, cuando la masa de los destinatarios del poder, organizada como electorado en los partidos políticos y con la ayuda de elecciones honestas en base de un sufragio universal, participó en el proceso político elevándose a la categoría de un independiente y originario detentador del poder”²⁷

Por lo que vemos que, la diferencia fundamental entre constitucionalismo y constitucionalismo democrático, es la ampliación del marco de aplicación de los derechos y de la participación en la conformación de la voluntad general del Estado, a través del sufragio universal.

III. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE DEL PODER POLÍTICO.

III.1. Derecho y Poder.

Uno de los principales debates que influyó en el desarrollo del constitucionalismo, fue el que se desarrolló en torno a la relación entre el Poder y el Derecho.

Autores como Bodino y Hobbes, eran partidarios del absolutismo, y sostenían que el poder del Estado está por encima de todo, incluso el Derecho. Sobre estos autores, Antonio Torres del Moral, señala que:

*“Para Bodino, el poder del Estado está por encima de las leyes, no ligado por ellas: es absoluto. [...] en la construcción hobbesiana del Leviatán [...] todo es preferible antes que el desorden; el poder se justifica por el hecho de su establecimiento y ejercicio”.*²⁸

Entre los primeros defensores del Derecho, se encuentran Aristóteles y Cicerón. Este último sostenía que el Poder debe atenerse al Derecho, caso contrario, sus dictámenes no son válidos. Por su parte, Aristóteles decía que el poder debía ejercerse a través del Derecho, puesto que ni el mejor de los gobernantes, o el más sabio, podía prescindir de la ley, por que la ley es *“razón sin pasión”*.²⁹

Además, según Torres del Moral, Aristóteles fue el primer pensador que intentó crear una fundamentación teórica sobre la institucionalización jurídica del Poder; al señalar que:

*“es peligroso [...] que el poder no se halle regulado por las leyes y que esté exento de toda responsabilidad; pedir cuentas a los gobernantes [...] es un principio saludable para evitar la corrupción del poder y el enriquecimiento en el ejercicio del cargo.”*³⁰

²⁷ *Ibidem*, Pág. 90

²⁸ TORRES DEL MORAL, Antonio. Estado de Derecho y Democracia de Partidos. Factoría de Ideas. 2da Edición. Madrid 2004. Pág. 71.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

En este comentario que hace Aristóteles, no solamente vemos que se resalta la prevalectía de la Ley sobre el Poder; sino que también notamos que Aristóteles hace referencia al principio de responsabilidad³¹ que deben tener los gobernantes ante los gobernados, lo que sería otro punto fundamental para el desarrollo del constitucionalismo.

Pero, siguiendo con la relación entre Derecho y Poder, Ferdinand Lassalle decía que: “*Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder;*”.³² Lo que básicamente coincidía con su idea de que la Constitución no es más que “*la suma de los factores reales de poder*” que rigen en un país.³³

Esta definición le causó varias críticas a Ferdinand Lassalle, pues se entendió que él ponderaba la idea de que el Poder (o lo político) estaba por encima del Derecho (o lo jurídico). Sin embargo, Lassalle simplemente hacía un análisis de la situación en la que se encontraba en esa época Prusia bajo el Gobierno de Bismarck, quien no respetaba la Constitución vigente en su país, y sostenía sus decisiones políticas con el uso de la fuerza del Ejército, y a ese contraste, entre la Constitución que se vuelve ineficaz ante el poder “real” y efectivo de las Fuerzas Armadas, es al que hacía referencia el citado autor:

Por eso Lassalle sostenía que para que una Constitución sea efectiva, debía coincidir con los factores reales de poder; que eran los que tenían la capacidad “material” de hacer que se cumpla lo que dicta la Constitución, coincidiendo básicamente con Hobbes quien señalaba que “*No es la palabra de la ley, sino el poder de quien tiene en sus manos la fuerza de una nación, lo que hace eficaces a las leyes.*”³⁴

Pero, F. Lassalle reconocía también, que este Poder apoyado en las bayonetas, nunca iba lograr convertirse en un *fundamento sólido y permanente de poder*, por eso necesitaba fingir que se manejaba dentro del marco de una Constitución, y a esta falsedad fue a lo que Lassalle denominó como “*pseudoconstitucionalismo*”,³⁵ que no era otra cosa más que un Gobierno absolutista disfrazado bajo la apariencia externa de ser Constitucional.

Posteriormente, ante las constantes críticas e interpretaciones forzadas que se hicieron sobre las teorías emitidas por Lassalle, éste decidió dejar en claro su

³¹ Según J. Roland Pennock, “*la voz “responsabilidad” fue usada por vez primera en inglés y francés en 1787 justamente para ser aplicada a la actuación de las nuevas instituciones políticas respecto del pueblo.*” (PENNOCK, J. Roland. *The Problem of responsibility. Apud. GARCÍA DE ENTIERRA, Eduardo. “La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa.”. Alianza Editorial, segunda reimpresión 2001, Madrid. Pág. 144*)

³² LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?*. Editorial Ariel SA. Barcelona. Pág. 119.

³³ *Ibidem*. Pág. 92. Para Lassalle, los factores reales de poder “*son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.*” (Pág. 84)

³⁴ FERNÁNDEZ SANTILLAN, José (compilador). *Op. Cit.* Pág. 149.

³⁵ *Ibidem*. Pág. 148-152 *Passim*. Éste término acuñado por Lassalle, lo estudiaremos con mayor profundidad en las conclusiones del presente trabajo.

posición sobre la relación del Poder con el Derecho, mediante una carta abierta, escrita el 7 de febrero de 1863. En ella explicó, que si de él dependiera, el Derecho mandaría sobre el Poder, pero la realidad demostraba que sucedía lo contrario, y en sus conferencias él no exponía sobre el **deber ser** sino sobre lo que *real y verdaderamente* es.

En concreto señalaba que:

“aun siendo evidente que el derecho debía prevalecer sobre el poder, tienen que resignarse a la evidencia de que, en la realidad, ocurre lo contrario, que es siempre el poder el que prevalece sobre el derecho y se le impone y lo sojuzga, hasta que el derecho, por su parte, consigue acumular a su servicio la cantidad suficiente de poder para aplastar el poder del desafuero y la arbitrariedad.”³⁶

Con esto, Lassalle deja claramente establecido que estaba absolutamente convencido de que el Derecho debe primar sobre el Poder, pero lamentablemente esta idea en la realidad práctica no se cumplía, puesto que quienes detentaban circunstancialmente el Poder, no respetaban las leyes, y abusaban en exceso del uso de la fuerza.

Esta reflexión, es atendible tomando en cuenta la época en la que se encontraba Lassalle, toda vez que conforme lo señalamos en el anterior capítulo los principios constitucionales lograrían consolidarse con mayor fuerza recién durante la segunda postguerra.³⁷

Pero, por otra parte, tampoco podemos decir que el análisis que hace Lassalle es anacrónico, por que evidentemente la Constitución, y el Derecho en sí, necesitan de la fuerza pública para castigar y reprender a quién vulnere sus dictámenes, y así conseguir su plena eficacia, puesto que tal como lo señaló Norberto Bobbio:

“Donde no hay poder capaz de hacer valer las normas impuestas por él recurriendo en última instancia a la fuerza, no hay derecho [...] no hay otro derecho que el existente, directa o indirectamente reconocido por el poder político.”³⁸

De igual manera, Torres del Moral decía que: *“Sin un poder que lo respalde, una norma no pasa de ser una recomendación”*.³⁹ Sin embargo, este mismo autor reconocía que:

³⁶ *Ibidem.* Pág. 180.

³⁷ *Vid. Supra.* Pág. 55-56.

³⁸ FERNÁNDEZ SANTILLAN, José (compilador). *Op. Cit.* Pág. 149.

³⁹ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 37.

“al mismo tiempo, el Derecho traza cauces, líneas de conducta, pautas organizativas; define competencias y establece sanciones, quedando el poder prendido en la trama y urdimbre jurídicas.”⁴⁰

Esto quiere decir que, si bien la Constitución y las normas necesitan de la ayuda del Poder Público para hacer efectivas sus líneas trazadas, no es menos cierto que estos poderes, para cumplir con ello, deben restringir sus actuaciones dentro del mismo marco establecido y permitido por la propia norma, y de la manera que ésta lo manda, por que de lo contrario todos los actos que cometieran serían ilegales, carecerían de legitimidad alguna y por lo tanto no serían otra cosa más que un abuso de poder, simple y llanamente, por que el Poder solamente dentro del Derecho es autoridad, fuera de él es tiranía.

III.2. Límites al Poder Político.

El fin de la reglamentación del ejercicio del Poder, es precisamente limitarlo para evitar sus abusos, puesto que como señalamos anteriormente, el peligro del abuso del Poder, se da cuando este Poder es ilimitado e incontrolado. Es por esa razón que sostenemos que la función primordial de la Constitución es limitar y controlar al Poder; y para ello la Constitución estructura la configuración de los Estados de una manera que el Poder no se encuentra concentrado en ningún órgano o ente determinado, sino que lo fragmenta de distintas maneras para que en la participación del proceso de poder concurren distintas autoridades individuales o colectivas, y de esa forma se necesiten entre sí para subsistir; y así también conseguir un control recíproco entre ellas. Es decir que, esta distribución equitativa del Poder, bajo la cual se estructura el denominado Estado Constitucional, no se refiere a una composición netamente funcional o de simple organización de las actividades que debe desarrollar el Estado a través de sus Poderes u órganos, sino que dicha distribución de funciones tiene como finalidad primordial y fundamental el controlar y limitar al Poder Político, y de esa manera garantizar el ejercicio de las libertades ciudadanas.

III.2.1. Control horizontal del Poder.

El control horizontal del Poder, se desarrolla bajo una distribución funcional del mismo, basado en el clásico principio de “Separación de Poderes”, que surge con la obra *Esprit des lois* de Montesquieu, quién a su vez lo tomó de Locke.⁴¹

⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 38.

⁴¹ Según lo señalado por K. Loewenstein, existen varios teóricos que afirman haber encontrado en la obra *Política* de Aristóteles el origen del principio de separación de poderes, puesto que en dicha obra Aristóteles distinguió las funciones Estatales, las cuales eran: 1. las deliberaciones sobre asuntos de interés común; 2. la organización de cargos o magistraturas; 3. la función judicial. Sin embargo, Loewenstein también señala, y de manera correcta para nuestro criterio, que Aristóteles sólo intentó realizar un análisis de las funciones estatales según su sustancia, pero en ningún momento sugirió que esas tres funciones debían ser atribuidas a distintas persona u órganos, y es precisamente en ese punto donde se encuentra el elemento fundamental del principio de separación de poderes. (LOEWENSTEIN, Karl. *Op. Cit.* Pág. 59)

Posteriormente, este principio se contemplaría por primera vez en la constitución Estadounidense de 1787, y luego en el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.⁴²

Bajo este principio, todos los Estados Constitucionales dividieron las funciones de los Poderes estatales en: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales son necesariamente independientes entre sí, cada uno con sus respectivas funciones y competencias, pero estableciendo a la vez, principios de coordinación que llevarían a completar el mecanismo del *check and balance*.

Bajo este sistema, la concentración del Poder estaría evitada, puesto que se hace necesaria la intervención de distintos organismos para la conformación de la voluntad Estatal, lo que obligaría a una necesaria concertación, y fiscalización recíproca.

III.2.1.1. Controles intraórganos e interórganos.

K. Loewenstein señala que el control horizontal está constituido conjuntamente con los controles intraórganos y los controles interórganos. Los controles interórganos son las respectivas influencias que se dan entre los tres órganos o Poderes del Estado, es decir entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, en el marco del proceso del poder.⁴³ Dichos controles varían dependiendo del sistema de gobierno adoptado por el Estado, es decir si es de tipo presidencialista o parlamentarista,⁴⁴ pero se dan necesariamente de dos formas fundamentales: de manera obligatoria; y de manera optativa.

Los de carácter obligatorio son aquellos en los cuales los detentadores de poder están obligados constitucionalmente a actuar de manera conjunta para desarrollar ciertas funciones. Y los optativos, son aquellos en los que determinado Poder u órgano esta autorizado por la constitución para intervenir discrecionalmente en la actividad de cualquiera de los otros, sobre determinadas tareas.

En cuanto a los controles intraórganos, Loewenstein señala que “es esencial tomar en cuenta que una función del proceso político puede ser realizada a través de una institución constituida por una pluralidad de miembros.”⁴⁵

Esto quiere decir que, dentro de cada órgano o Poder, concurren también distintas instituciones ordenadas de tal manera para que las decisiones adoptadas

⁴² DE VERGOTTINI, Giuseppe. Derecho Constitucional Comparado. Espasa-Calpe. Madrid. 1985 Pág. 253

⁴³ Loewenstein, considera al electorado como un cuarto elemento de control interórgano, pero por nuestra parte coincidimos con el posicionamiento de los individuos (integrantes del electorado) en los controles verticales.

⁴⁴ “Los controles interórganos operan con máxima eficacia en el parlamentarismo: interdependencia por integración; son también eficaces aunque en grado menor en el presidencialismo americano: interdependencia por coordinación;” (LOEWENSTEIN, K. Op. Cit. Pág. 253.)

⁴⁵ LOEWENSTEIN, K. *Ibidem*. Pág. 235.

no dependan de una única persona o institución. Es así que por ejemplo en los órganos jurisdiccionales existen Tribunales Superiores que confirman o revocan las decisiones adoptadas por un Juez de primera instancia. La organización colegiada de dichos Tribunales constituye a su vez otra garantía para el ciudadano, puesto que la decisión adoptada sería resultado del debate y análisis desarrollado por los Magistrados que componen aquel Tribunal. De la misma manera, en algunos sistemas judiciales se permite la concurrencia de ciudadanos comunes y corrientes para participar en la decisión de un determinado caso, lo que representa otra forma de control intraórgano en el Poder Judicial.

En el Ejecutivo, se permite al ciudadano recurrir una decisión administrativa ante el superior jerárquico para que la confirme o revoque. Por otra parte, se requiere que las decisiones del Jefe de Gobierno sean respaldadas necesariamente por los Ministros del ramo.

En cuanto al Poder Legislativo, el control intraórgano se expresa con claridad en la composición bicameral del mismo, puesto que mediante este sistema, las decisiones adoptadas por la cámara baja son revisadas, y pueden ser rechazadas, por la cámara alta, existiendo de esa manera un control entre ambas cámaras. El voto de mayoría calificada para ciertos casos, de igual forma, ayuda a que las decisiones asumidas no se dicten mediante lo que en Bolivia se conoce como el "rodillo parlamentario", puesto que mediante dicho procedimiento de votación es necesaria la concurrencia de fuerzas minoritarias para la adopción de alguna decisión legislativa, promoviendo de esa manera el debate previo, y protegiendo también a las minorías, mediante la limitación del poder de las mayorías.

Todos estos mecanismos, entre otros, constituyen formas de control intraórganos. Pero este último que hemos señalado, merece una especial atención puesto que también, y principalmente, funciona como un mecanismo de control interórgano, tal como lo explicamos en el siguiente punto.

III.2.1.2. El control de las minorías.

Históricamente, la aplicación del control horizontal se ha reflejado en gran medida en la constante lucha y fricción entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo, puesto que el Poder Judicial es considerado como un órgano técnico más que político y funciona mayormente como un órgano dirimidor de las controversias suscitadas entre los dos primeros (aunque en muchos casos su incidencia ha sido fundamental para los procesos políticos).

El parlamento representaba, en determinada época, un verdadero ente fiscalizador y de contra peso para el Ejecutivo, el cual a su vez buscaba las formas de liberarse de

aquel, algo que lograron muchos Gobiernos autócratas mediante su neutralización, pero no lo disolvían para mantener la apariencia de Estado Constitucional.

Pero en las actuales democracias de partidos, el Ejecutivo ha ampliado su poder sobre el congreso mediante las mayorías parlamentarias, de las cuales a su vez depende para desarrollar su programa de gobierno mediante la creación de las leyes necesarias para ello. Pero esta dependencia no quiere decir que dichas mayorías vayan a controlar al Ejecutivo, sino que más bien darán luz verde a todos los proyectos de ley presentados por éste, puesto que el éxito de la gestión del Gobierno representa el éxito del partido, y por ende de los parlamentarios que pertenecen al mismo.

Entonces, ante tal situación, ¿quién ejerce el control al Ejecutivo? Giuseppe de Vergottini lo explica claramente:

“Se ha producido, pues, un nuevo dualismo funcional que contempla como polos de la relación de control, por un lado, Los partidos de la minoría que se expresan en la oposición parlamentaria, por otro un partido de la mayoría, o una coalición mayoritaria, que se manifiestan en la mayoría parlamentaria y en el gobierno. Desde esta perspectiva el principio de separación de poderes asume un nuevo aspecto completamente diferente del tradicional: la máxima garantía consistente en el control entre los poderes, entre legislativo y ejecutivo se ha transformado en la ofrecida por el control ejercido por las minorías de la oposición sobre la mayoría” (las negrillas son nuestras)

Es decir que en la actualidad aún subsiste, de cierta manera, el control del Legislativo hacia el Ejecutivo, pero dicho control sólo es ejercido por las minorías que existen en el primero, las cuales constituyen las fuerzas de oposición, que se enfrentan a las del oficialismo, formadas por el Gobierno más las mayorías del parlamento.

Citando a lord Acton y a Ferrero, Giovanni Sartori señala lo siguiente sobre el respeto de las minorías y la necesidad de oposición:

*“Como escribió lord Acton (1955, p. 56): “La prueba más segura para juzgar si un país es verdaderamente libre, es el quantum de seguridad de la que gozan las minorías”. En la misma línea Ferrero (1947, p. 217) afirmaba que “en las democracias la oposición es un órgano de la soberanía popular tan vital como el gobierno. Cancelar la oposición significa cancelar la soberanía del pueblo”.*⁴⁶

Por lo tanto, en la actualidad es condición imprescindible para los regímenes constitucionales, el respeto de los derechos de las minorías, y el asegurar la participación de éstas en el proceso del poder, por que son ellas las que garantizarán

⁴⁶ SARTORI, Giovanni. Op. Cit. Pág. 34.

la transparencia dentro del mismo, mediante el control y la fiscalización de las fuerzas oficialistas que detentan circunstancialmente el Poder Político.

III.2.2. Control vertical del Poder.

El control vertical del Poder se realiza fundamentalmente bajo dos fórmulas: a) Una distribución territorial o espacial del Poder; y b) Mediante los derechos individuales y las garantías constitucionales.⁴⁷

La primera se configura bajo un sistema de administración pública del aparato del Estado, mediante fórmulas de descentralización política y administrativas. Y los segundos, se reflejan mediante el respeto de los derechos de cada ciudadano y las acciones de defensas otorgadas a los mismos para ejercitarlas de manera directa contra el Estado.

III.2.2.1. Distribución territorial o espacial del Poder.

La distribución territorial o espacial del Poder, se basa en un principio de democratización del Poder, trasladándolo desde un centro dominante hacia gobiernos intermedios y locales.

Los gobiernos autocráticos tienden a centralizar el poder, para poder controlar y dominar todos los espacios sobre los que pretende ejercer su hegemonía. Es decir que, cuando se habla de los riesgos que representa la concentración del Poder en un determinado ente o persona, no sólo se hace alusión a una concentración de tipo funcional, sino también de manera territorial. Por eso, Giuseppe De Vergottini indica que:

*“al principio de la separación de poderes mediante la atribución de las funciones estatales a órganos distintos, se añade la articulación del poder político también con base espacial.”*⁴⁸

De igual manera, Karl Loewenstein sostiene que:

*“El detentador exclusivo del poder [...] puede soportar difícilmente ámbitos de autonomía inaccesible a su dominio, ya que podrían servir como núcleos potenciales de una oposición a su ejercicio autocrático del poder.”*⁴⁹

⁴⁷ Loewenstein identifica como un tercer mecanismo de control vertical del Poder, al “pluralismo” (Vid. LOEWENSTEIN, K. Op. Cit. Págs. 422 y Ss.), que es ejercido por los grupos pluralistas de la sociedad que se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder. Dichos grupos pluralistas son: los partidos políticos y los grupos de presión. Pero el propio Loewenstein reconoce que estos grupos son extraconstitucionales, por lo tanto no corresponde el estudio de ellos en el presente trabajo.

⁴⁸ *Ibidem.* Pág. 266

⁴⁹ LOEWENSTEIN, K. Op. Cit. Pág. 384.

Por lo tanto para combatir las autocracias, y poder limitar y controlar el Poder Político, se volvió una regla fundamental distribuirlo también de manera territorial o espacial, de esa manera la descentralización política y administrativa dejó de ser simplemente una forma de administración efectiva para países con territorios considerablemente extensos, así como también una forma de reconocimiento a las diversidades culturales existentes dentro de un mismo Estado,⁵⁰ para ser hoy en día un principio más de la democracia Constitucional.

III.2.2.1.1. Del Estado Federal a las Autonomías Regionales.

El Estado Federal, representa la mayor expresión del principio de distribución territorial del Poder; puesto que en este tipo de Estado coexisten varios Estados menores, con alto grado de independencia, cuyas soberanías reunidas conforman la soberanía del Estado mayor o Federal.

Estados Unidos ofreció el primer modelo de Estado federal que luego se expandiría en el mundo,⁵¹ contraponiéndose al clásico Estado unitario.

Pero para la constitución de un federalismo, era necesaria la concurrencia de la voluntad de todos los integrantes del Estado, quienes debían aceptar convivir bajo ese sistema.

Sin embargo, en lo últimos tiempos muchas regiones de distintos Estados contemporáneos, han logrado zafarse de la conformación unitaria y centralista de sus respectivos países mediante la configuración de las denominadas Autonomías Regionales, que representan una nueva y moderna forma de descentralización política y administrativa, en la cual no se necesita la concurrencia de todas las regiones que integran el Estado para constituirse bajo este modelo de administración, sino que cada región de manera independiente puede acceder a su propia Autonomía, sin perjuicio de la voluntad o deseo de las otras.

Ossorio señala que las Autonomías simplemente son:

“una descentralización administrativa y política, que no debe confundirse con lo que en un Estado Federal representan las provincias o Estados miembros, que no son autónomos sino independientes, salvo en las facultades a que hubieren renunciado para delegarlas en el Estado Federal”⁵²

⁵⁰ “la unidad nacional se busca a través de la diversidad regional” (LOEWENTEIN, Karl. Op. Cit. Pág. 355)

⁵¹ “el federalismo es la aportación americana más importante a la teoría y a la práctica del Estado moderno.” (Ibidem Pág. 354).

⁵² OSSORIO, Manuel. Citado por URENDA, Juan Carlos. Autonomías Departamentales. El País. Santa Cruz de la Sierra. 2003.

Es decir, que las Autonomías Regionales, se presentan como una configuración intermedia entre los Estados unitarios y los Estados Federales, y pueden incluso en la práctica presentar un mayor grado de descentralización del Poder que en estos últimos.

Para la configuración de los Estados Federales, así como también para los Estados con Autonomías Regionales, es imprescindible una regla clara de distribución de las competencias tanto para el Gobierno central, como para los Gobiernos intermedios. Estas competencias deben estar señaladas en la Constitución, en ella se delimitan los campos de acción de cada ente Gubernamental.

Es preciso además, que exista una autoridad imparcial especializada, encargada de dirimir cualquier conflicto de competencia que pueda suscitarse entre los distintos niveles de Gobierno.

III.2.2.2. Los derechos individuales y las garantías constitucionales.

Toda la conformación y estructuración del Estado, como ya hemos señalado, tiene la finalidad de limitar y controlar al poder político para que el individuo pueda vivir en libertad. Pero además la Constitución, establece expresamente los derechos individuales de todas las personas, y les otorga mecanismos directos que pueden accionar en contra de cualquier abuso de poder, que este violentando o vulnerando alguno de sus derechos.

Los derechos individuales y las garantías constitucionales, son el núcleo fundamental de un Estado constitucional, y representan un espacio de autodeterminación individual sobre el cual el Estado no puede intervenir; y son además, una esfera de protección contra el Poder ejercido por éste.

La mejor forma de identificar si un Estado es Constitucional o no, es mediante la verificación del cumplimiento al respeto efectivo de las libertades de los individuos, puesto que *"la autocracia no puede tolerar zonas autónomas de autodeterminación individual, porque éstas interferirían la formación de la voluntad estatal desde arriba."*⁵³

La importancia y relevancia de los derechos individuales, ha llevado a que surjan un sin fin de consideraciones teóricas dedicadas directamente y de manera exclusiva a este tema en particular. Es decir que, no sólo son parte del estudio del constitucionalismo, sino que también son estudiados de manera individual, bajo la teoría de los derechos humanos, derechos naturales, derechos individuales, derechos públicos subjetivos, derecho internacional de los derechos humanos, entre otras denominaciones.

⁵³ *Ibidem.* Pág. 392.

Sin importar el nombre que se le otorgue a este campo de estudio, el objeto es el mismo, la protección del individuo. Estos derechos se presentan como derechos supraconstitucionales, puesto que las propias Constituciones permiten que se tutelen derechos que no están expresamente reconocidos, aunque en muchos casos se requiere que sean reconocidos por un tratado internacional.

Generalmente, los referidos derechos requieren una acción negativa por parte del Estado, lo que quiere decir que el Estado no debe intervenir de ninguna manera en el desarrollo de los mismos, limitándose a respetarlos bajo las únicas restricciones del derecho ajeno y el orden público. Pero con el advenimiento de los denominados derechos sociales y económicos, se ha establecido también una acción positiva del Estado respecto a dichos derechos, puesto que el Estado debe desarrollar políticas de Gobierno adecuadas que permitan el cumplimiento y otorgamiento de los mismos. Sin embargo, sobre esta situación se debe tener un especial cuidado, por que a pesar que la Constitución manda al Estado hacer algo, no le otorga completa discrecionalidad, es decir que todas las acciones que el Estado realice deben estar dentro del marco de la Constitución.

En otras palabras para el Estado, a diferencia del individuo, todo lo que está escrito le está permitido, no pudiendo ir más allá de ello.

Es muy importante considerar este punto, porque en muchos Estados *so pretexto* de poder cumplir con los derechos sociales y económicos se llega a vulnerar la propia norma constitucional, lo que no puede ser aceptado, debido al carácter imperativo que tiene esta norma. Asimismo, se debe tener en cuenta que no basta el simple reconocimiento de los derechos en la constitución, sino que también el Estado debe proporcionar todas las condiciones materiales para que éstos sean exigibles, sin necesidad de ningún requerimiento previo. Es decir que, la aplicación de los derechos individuales (a excepción de los derechos sociales y económicos), se hace de manera directa⁵⁴ sin necesidad de que sean desarrollados de ninguna forma.

Por otra parte, en caso de que a un individuo se le vulneren sus derechos la Constitución confiere a éste, mecanismos que pueden ser accionados de manera directa contra autoridades públicas o particulares, para exigir la restitución inmediata de aquel derecho restringido. Para ello, es imprescindible que existan también organismos especializados encargados de otorgar la tutela de los derechos individuales, cuando ésta sea requerida por algún ciudadano.

Toda esta configuración conlleva a completar el sistema de libertad, bajo el cual anhela vivir toda sociedad conformada por ciudadanos naturalmente libres.

⁵⁴ “El principio general en la actualidad es que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, de manera que la Constitución resulta norma de aplicación directa, también en esta parte”. (AJA, Eliseo. Estudio Preliminar de la obra ¿Qué es una Constitución? De Ferdinand Lassalle. Ariel. España 1989. Pág. 54)

IV. CONCLUSIÓN: El Estado Constitucional y el Estado Pseudoconstitucional.

A lo largo del presente trabajo hemos podido evidenciar, que el espíritu de la Constitución no es simplemente darle vida a un Estado y configurar su funcionamiento. La Constitución surge como un instrumento necesario para limitar y controlar al Poder, y todos los principios bajo los que se funda más los mecanismos que adopta, están dirigidos a garantizar precisamente ese fin. Es por ello, que Giovanni Sartori acertadamente propone *“que todo el planteamiento sobre la solución constitucional del problema de la libertad presupone el rechazo de la definición formal de constitución y el mantenimiento de su definición como garantía.”*⁵⁵

En concordancia a lo expresado por Sartori, podemos decir que todo Estado, cuya ingeniería Constitucional este configurada bajo los parámetros de controles horizontales y verticales del Poder, descritos en el Capítulo precedente, es considerado válidamente como un verdadero Estado Constitucional. Pero también se debe tomar en cuenta, que tampoco basta el dotarse de una Constitución democrática, donde se cumplan con todos los principios fundamentales y se reconozca la vigencia de los derechos ciudadanos, si en la práctica está Constitución no se cumple ni se respeta, y lo que predomina en la sociedad es más bien el uso abusivo del Poder asentado en la fuerza pública y la intimidación de los ciudadanos. En este caso, estaremos ante un Estado Pseudoconstitucional, y lo que correspondería, bajo esta situación es repetir las sabías palabras expresadas por Ferdinand Lassalle hace décadas atrás y *“Proclamar la realidad de lo que es”*.⁵⁶ un Estado Absolutista encubierto.

El citado autor explicaba:

*“El pseudoconstitucionalismo consiste [...] en que el gobierno proclame lo que no es; consiste en hacer pasar por constitucional un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto; consiste en el engaño y la mentira”*⁵⁷

Por eso era que Lassalle exclamaba a sus conciudadanos en sus conferencias: *“¡Obligad al absolutismo a quitarse la careta!”*⁵⁸

Por otra parte, hablamos también de un Estado Pseudoconstitucional, cuando el Estado goza de una Constitución, pero en ella no se limita y controla el Poder político ni tampoco se garantiza la libertad de los individuos, sino que más bien, mediante esta “Constitución” se otorga al Estado facultades propias de la autocracia en desmedro de los ciudadanos, utilizándose esa “Constitución” como un instrumento de Poder, en vez de ser un instrumento para limitar el Poder.

⁵⁵ SARTORI, Giovanni. *Op. Cit.* Pág. 240.

⁵⁶ LASSALLE, Ferdinand. *Op. Cit.* 1989. Pág. 147

⁵⁷ *Ibidem* Pág. 154.

⁵⁸ *Ibidem* Pág. 155.

En otras palabras, se tiene que tener en claro que la Constitución fue creada por y para los ciudadanos, puesto que es una conquista conseguida mediante las arduas e históricas luchas que sostuvieron éstos contra el abuso de Poder del Estado. Entonces, no es posible que un Gobierno, como cabeza del Estado y centro del Poder político, utilice la Constitución para dotarse de más Poder.

Reiteramos, la Constitución es de los ciudadanos, y ellos deben utilizarla para protegerse del Estado. Si por el contrario, el Estado utiliza la "Constitución" para someter al individuo, aquella no es una Constitución *stricto sensu* sino una pseudoconstitución, y en consecuencia nos encontramos ante un Estado Pseudoconstitucional.

Karl Loewenstein, nos da un claro ejemplo de esta situación:

"la Constitución de Haile Selassie, en Etiopía (1931), que en su artículo 5 establece: <<En el Imperio etíope el poder supremo yace en el emperador>>, no podrá ser considerada como una auténtica Constitución, ya que prescinde de institucionalizar la distribución y la limitación del ejercicio del poder"⁵⁹

Asimismo, el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que:

"Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"

Esto quiere decir que, para que un Estado sea considerado como un verdadero Estado Constitucional, no es suficiente el simple hecho de tener una Constitución formalmente, sino que ésta debe contener los mecanismos necesarios para limitar y controlar al Poder, para que de esa manera se garantice la vigencia de los derechos de las personas. Además, obviamente, esa Constitución debe ser plenamente respetada y cumplida. En caso de que no se den estas dos condiciones básicas y fundamentales, aquella Constitución será una simple carta orgánica, programática y fundacional, si se quiere, pero de ninguna manera será una verdadera Constitución, y por ende el Estado no será más que un Estado Pseudoconstitucional, regido por una autocracia encubierta.

BIBLIOGRAFÍA.

AJA, Eliseo. Estudio Preliminar de la obra ¿Qué es una Constitución? De Ferdinand Lassalle. Ariel. España 1989.

⁵⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit. Pág. 151

BOBBIO, Norberto. Diccionario de Política. Editorial Siglo XXI. Decimocuarta Edición en español. México. 2005.

BORJA, Rodrigo. Derecho Político y Constitucional, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, México, 1991.

BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. Fondo de Cultura Económica, Tercera Edición, México. 1997.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. Derecho Constitucional Comparado. Espasa-Calpe. Madrid. 1985.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. (compilador). Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Fondo de Cultura Económica. México. 1996.

GARCÍA DE ENTIERRA, Eduardo. "La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa". Alianza Editorial, segunda reimpresión 2001, Madrid.

LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución?. Editorial Ariel SA. Barcelona. 1989.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Editorial Ariel SA. Barcelona. 1986.

MORALES, Manuel. Derecho Constitucional: Cuatro Temas. UPS-Editorial. La Paz. Bolivia. 2006.

PORTELLI, Hugues. Gramsci y el Bloque Histórico. Siglo XXI Editores. Décima Edición. México. 1983.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. Edición Electrónica. Buenos Aires. 2004.

SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?. Taurus. España. 2003.

TORRES DEL MORAL, Antonio. Estado de Derecho y Democracia de Partidos. Factoría de Ideas. 2da Edición. Madrid 2004.

URENDA, Juan Carlos. Autonomías Departamentales. El País. Santa Cruz de la Sierra. 2003.



LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES
DE LOS EXTRANJEROS EN EL NUEVO MARCO LEGAL E
INTERPRETATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

*FOREIGNER'S CONSTITUTIONAL RIGHTS IN THE NEW
LEGAL AND INTERPRETATIVE FRAME OF THE SPANISH
CONSTITUTION*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 54-85

Marcos F.
MASSÓ
GARROTE

RESUMEN: El artículo tiene por objeto el estudio y dimensión de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española desde las últimas sentencias del Tribunal Constitucional Español declarando inconstitucionales las últimas reformas legislativas sobre la legislación de extranjería. La doctrina del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que las Constituciones son textos normativos hecho por sus comunidades nacionales pero no solamente para ellos, sino también para todos su habitantes y toda su población que vive y reside en igualdad de condiciones que los nacionales. Hecho este que se constata en materia de derechos y libertades fundamentales al garantizarse que los extranjeros son no solamente titulares de todos los derechos fundamentales sino que su ejercicio debe de respetar los contenidos constitucionales mínimos, no pudiendo en ningún caso el legislador, restringir su ejercicio hasta hacerlo impracticable. En definitiva, se trata de un estudio sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales en la teoría de la Constitución.

PALABRAS CLAVES: Inmigración, extranjería, nacionalidad, ciudadanía, derechos fundamentales, derechos políticos, discriminación, titularidad, contenido esencial, Constitución.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the dimension of the foreigner's constitutional rights taking as a starting point the latest Constitutional Court's decision declaring unconstitutional the last reforms to the aliens' laws. The Constitutional Court doctrine set up that although Constitutions are made by national communities, their norms are not only applicable to them, but also to all the people, national or not, who is in the community's territory. This fact is applicable to the constitutional rights, which belong to the foreigners in the same way that belong to nationals, binding the legislator with the prohibition of enacting regulation that makes it exercise impossible. To sum up, the article is an exercise about the rights' subjective dimension in the Spanish Constitution.

KEY WORDS: Immigration, alien's laws, nationality, citizenship, constitutional rights, political rights, discrimination, essential content, Constitution.

SUMARIO:I.INTRODUCCIÓN:Precisiones conceptuales.II.LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.III.EL MARCO NORMATIVO VIGENTE Y LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO.IV.LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: A. Del reconocimiento del principio de igualdad a la desigualdad de legislador. La interpretación del Tribunal Constitucional Español tras la STC 236/2007 y su adecuación en la reforma legal proyectada del 2009. La clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros. B. La protección de la familia y el derecho a la reagrupación familiar: Las propuestas de reforma legal. 1. La reagrupación de la pareja no matrimonial. 2. La reagrupación de los ascendientes. C. Las Garantías jurídicas: las propuestas de “lege ferenda”.

INTRODUCCIÓN: Precisiones conceptuales.

Si atendemos a sus orígenes etimológicos, extranjero proviene del latín «extraneus», para hacer referencia a aquella persona cuya nacionalidad es distinta del país en que se encuentra. En un principio, se concibe al extranjero como aquel que viene de fuera, el que pertenece a una comunidad o grupo social ajeno. El extranjero abandona su comunidad para entrar en un grupo social distinto que lo recibe, en algunos casos, huérfano de derechos¹. Según la Enciclopedia Jurídica Española se define al extranjero como el «natural de una nación con respecto a los nacidos en cualquier otra». Esta definición no es, sin embargo, aceptada por RIGO VALLBONA, pues en ella sólo interviene como concepto básico el nacimiento, sin tener en cuenta que pueden ser nacionales los nacidos en cualquier otra nación². Por ello propone sustituir el concepto de nacimiento por el de «natural» de cualquier otra parte.

Para MIAJA DE LA MUELA³, el concepto de extranjero es un término puramente negativo: es extranjero en un país el individuo al que sus leyes no le confieren la cualidad de nacional, seálo en otro Estado o se encuentre en situación de apátrida. En definitiva, tal concepto presupone la carencia de vínculo nacional entre la persona y una comunidad determinada. En la práctica, sólo es posible delimitar al extranjero de una manera negativa, como aquella persona que no forma parte de la comunidad política y que por tanto, carece del estatuto de nacionalidad⁴.

¹ De igual manera, ARJONA COLOMO, A., «voz extranjero» en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1965, Tomo IX, p.404.

² RIGO VALLBONA, J., *Extranjería y nacionalidades*, Barcelona, 1986, p.19.

³ MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Madrid, 1979, p.119.

⁴ De este modo se ha entendido por nacionalidad el nexo o vínculo jurídico que une a una persona con una determinada comunidad política, que se concreta en la posesión de este estatuto nacional de una comunidad social. Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Curso de Derecho Internacional Privado*, T.II, Oviedo, 1983, p.163.

• Marcos Francisco Massó Garrote.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete.

En palabras de NASCIMBENE, la noción de extranjero se caracteriza por la «estraneidad» del individuo respecto del ordenamiento nacional, cuyo origen nace de la contraposición que desde la antigüedad distinguía entre los pertenecientes a una comunidad étnica y política, la polis o la gens, de aquellos que eran por entonces extraños a la comunidad, los bárbaros o enemigos, que no gozaban de ninguno o de algunos derechos⁵.

Por consiguiente, la noción de extranjero se define en relación y contraposición con la de nacional. El nacional es el que pertenece a una nación determinada, y como hoy el Estado, casi sin excepción, se encarna en aquella, es el nacional el que forma parte de un Estado como miembro del mismo frente al que no lo es, esto es, el extranjero. La palabra nacional viene a expresar el vínculo jurídico-político que se crea entre los Estados y los individuos que a los mismos pertenecen. El extranjero carece de tal vínculo pues ya lo mantiene con otro Estado. Mientras que la nacionalidad implica la plenitud de derechos y, por lo tanto, la igualdad jurídica, la extranjería no presupone la igualdad. En consecuencia, el estatuto de los extranjeros admite una diferenciación⁶.

Es en el Código Civil, en sus artículos 17 a 26, donde se determinan las condiciones para adquirir la nacionalidad española, siendo relevante para los extranjeros la que se refiere a la concesión de la nacionalidad por residencia. Con carácter general, el plazo se establece para diez años, si bien se reduce a cinco para los que hayan obtenido asilo y refugio y a dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o de sefardíes. Cabe también que dicho plazo se reduzca a uno para determinados supuestos previstos en el artículo 22.2, como el de haber nacido en territorio español (*ius soli*), estar casado con un nacional o haber nacido de padre y madre originariamente español⁷.

⁵ Sin embargo esta noción para NASCIMBENE admite gradaciones diversas que varían según la categoría de los extranjeros que el ordenamiento considera relevante por efecto de disposiciones de derecho interno o de normas internacionales. NASCIMBENE, B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Guiffré editore, 1988, pp.7 a 10.

⁶ La situación diferencial de los extranjeros en la noción de extranjería es destacado por LÁZARO GONZALEZ, quien considera que el goce de los derechos constituye el problema central de la condición de los extranjeros. La extranjería implica en sí misma la posibilidad de que la titularidad de los derechos se encuentre limitada. Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., «Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería», en la obra colectiva, *La inmigración*, Ed. Bosch, 1995, pp.21 y 22.

⁷ Según la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad, la concesión por residencia según resulta del artículo 21.2 ha de obtenerse en las condiciones que señala el artículo siguiente y entre ellas se cuenta la de que el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art.22.4 del CC). Por consiguiente, el Ministro de Justicia podrá denegar la concesión no sólo por motivos razonados de orden público o interés nacional, sino por la ausencia de los requisitos expresados, o por falta de cualquiera de los demás que detalla el artículo 22. De aquí se deduce que ha cobrado una mayor importancia el trámite establecido en el artículo 22.1 del Reglamento del Registro Civil, es decir, la obligación del Encargado de oír personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. Conforme al artículo 22.2.d) y e), para que pueda acogerse al plazo abreviado de un año de residencia el casado con español o española se exige «que al tiempo de la solicitud llevara un año casado y no estuviera separado legalmente o de hecho», y para que pueda acogerse a ese plazo, el viudo o viuda de española o español se requiere que a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho. Estas nuevas normas parten de

II. LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.

Especial atención merece la influencia del marco internacional en el derecho de extranjería, como fuente directa de regulación de los derechos de los extranjeros en el Estado español y por extensión a toda la comunidad internacional. A la hora de establecer una determinada reglamentación, el legislador interno se encuentra cada vez más mediatizado por la sociedad y el Derecho internacional. En concreto, el Derecho internacional general impone todo un conjunto de pautas relevantes en los sistemas jurídicos internos con un cierto grado de integración. En cualquier caso, la soberanía del Estado en el establecimiento de un determinado régimen de extranjería sigue siendo la regla básica y fundamental.

La importancia de la regulación internacional de los derechos de los extranjeros se deriva sobre todo del fenómeno reciente de la internacionalización de los órdenes jurídicos nacionales. Nuestra época, en efecto, se está caracterizando por un proceso de internacionalización de parcelas hasta hoy reservadas exclusivamente al Derecho interno de cada país, correspondientes a una soberanía nacional que se consideraba absoluta⁸. La ordenación de la situación de los extranjeros en cada Estado era una de esas parcelas, sin perjuicio de que, por Tratados internacionales, generalmente bilaterales, se reconocieran a los ciudadanos de otro país determinados derechos. Los Estados podían, a su libre discreción, recibir, reconocer derechos o expulsar a extranjeros, sin otra limitación que la protección diplomática.

En nuestros días, sin embargo, estas facultades absolutas se han visto restringidas por una serie de circunstancias históricas que están forzando a los Estados a aceptar un control internacional. Curiosamente, este control no viene impuesto por otros Estados sino que es libremente aceptado como una contrapartida a las ventajas de pertenecer a una organización internacional y al mantenimiento de unas relaciones internacionales que cada día se hacen más convenientes o inevitables. La facilidad de las comunicaciones y la expansión económica han desencadenado una movilidad

la idea de que el matrimonio español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges. Sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión, agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del CC. A este y a otros efectos, cobra especial importancia el trámite previsto en el último párrafo del artículo 221 del RRC, cuando señala que el Encargado «procurará también oír al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren.

⁸ Como muy bien dice FERNÁNDEZ ROZAS, aunque en materia de extranjería existe una alternancia entre instrumentos internacionales y normas de carácter interno de los propios Estados, se ha ido produciendo, paulatinamente, y de modo especial en los últimos años, una creciente importancia de la dimensión internacional en esta materia. Proceso de internacionalización que se manifiesta en un doble nivel: de una parte se asiste cada día con más frecuencia a una mayor reglamentación internacional del derecho de extranjería, originariamente reservado a la exclusiva competencia estatal; de otra parte, y como consecuencia de lo anterior, nos encontramos ante una evidente tensión entre la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas en los diferentes textos internacionales, y la primigenia exclusiva competencia estatal sobre la materia. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Legislación básica sobre extranjeros*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p.20.

de personas por encima de las viejas separaciones fronterizas. Los movimientos migratorios sin precedentes de las últimas décadas han producido ese nuevo fenómeno de una masiva presencia de extranjeros en los Estados de la Europa occidental.

Frente a una situación imperante en el pasado, donde los vínculos jurídicos de pertenencia a un Estado prevalecían sobre la solidaridad humana, se ha alzado en la actualidad la consideración del carácter de persona humana del extranjero y, a partir de ésta, el reconocimiento de una serie de derechos inalienables⁹. Este reconocimiento, se inscribe dentro del principio del trato mínimo internacional, una noción acuñada por el Derecho internacional que faculta al Estado de donde es nacional un individuo para reclamar ante un país extranjero, si la normativa de este último no es conforme, a un standard mínimo internacional¹⁰. Dicho principio, si bien cuenta hoy con indiscutible vigencia, resulta de difícil precisión en cuanto a su contenido. Son los Tratados Internacionales de derechos humanos donde se concretan con mayor exactitud¹¹. Como pone de manifiesto NASCIMBENE, una vez admitida la posibilidad de aplicar al extranjero los instrumentos internacionales con el objeto de buscar una definición de un estatuto internacional del extranjero, ello confirma la existencia de un mínimo de derechos que los Estados están obligados a observar¹².

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen en la actualidad el marco jurídico de toda la ordenación de la extranjería y dentro de ella ha de situarse la legislación y la actuación administrativa de los Estados¹³. Para desarrollar el principio general del standard mínimo internacional, se han ido elaborando unos tratados relativos a los derechos humanos, que no solamente se limitan a reconocer derechos, sino también a establecer unos sistemas de control con los que asegurar la aplicación efectiva del respectivo convenio.

Uno de estos tratados internacionales es la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 2.1 establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados, sin distinción alguna de raza, color, sexo u origen nacional

⁹ En estos mismo términos se expresan sobre ello: BICONTTINI, G., «I diritti fondamentali dello straniero», *Diritto Internazionale*, Vol. XVII, 1963, pp. 15 a 25 y LILICH, RICHARD B., *The human rights of aliens in contemporary international law*, Melland Schill Monograph in international law, 1984, pp. 40 y ss.

¹⁰ Este reconocimiento de un standard minimum, señala KISS, cobra su máxima relevancia e importancia práctica, en favor de los que no pueden reclamar la protección de ningún Estado, es decir de los apátridas, así como los que, aunque tienen una nacionalidad, no puede invocar la protección de su gobierno. KISS, A., *La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, en Mélanges WJ. Ganshofran der Meersch, T.I, Bruselas, Paris, 1972, p. 501.

¹¹ No obstante como ha indicado LAGARDE, no parece que sobre estos derechos, el Derecho internacional general condene las discriminaciones a extranjeros sobre la base de la reciprocidad. LAGARDE, P. «La reciprocité en Droit International Privé», *Recueil des Cours*, 1977, Vol. 154, pp. 125 y ss.

¹² NASCIMBENE, B. *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, Ed. Guiffré editore, 1984, pp. 185 y ss.

¹³ Para MORENILLA son los tratados internacionales en materia de derechos humanos los que fijan un verdadero status jurídico mínimo de los extranjeros. Vid. MORENILLA RODRIGUEZ, J.M., «Dimensión internacional de la ordenación Española de la Extranjería», *Actualidad Administrativa*, N°3, 1987, pp. 31 a 33.

o social, nacimiento o cualquier otra condición. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles establece en su artículo 7 el compromiso de cada Estado a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio todos los derechos reconocidos sin distinción alguna de raza u origen nacional. Los tratados citados, de ámbito universal, establecen el principio de igualdad para toda persona o todo individuo, reconociendo para todos los seres humanos los derechos y libertades que proclaman, condenando, en su relación exhaustiva, todos los motivos de discriminación, incluido lógicamente el de origen nacional. Entre los más de 80 derechos reconocidos en la Declaración Universal y reiterados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966¹⁴, sólo se limitan al extranjero el ejercicio de los derechos políticos de participación en los asuntos públicos, el acceso a la función pública o el ejercicio de profesiones reservadas. Se establecen por el contrario, como no sujetos a restricción o limitación alguna, los derechos a la vida, la supresión de la esclavitud y servidumbre, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la tutela judicial. Bajo ciertas restricciones previstas por la ley, se recogen los derechos a la libertad de circulación, de asociación y reunión pacífica, el respeto a la vida familiar, el domicilio y la correspondencia, la libertad de religión, etc¹⁵.

Las normas internacionales establecen de este modo un nivel mínimo pero universal de protección de la persona y sus derechos fundamentales. Su contenido, pues, es el equivalente al de los derechos humanos, y se constituye en un régimen general mínimo, que tiene como beneficiario a todos los seres humanos y como destinatarios a todos los Estados que se obligan a la defensa y protección de todas las personas que, de manera permanente o accidental, estén bajo su jurisdicción. El conjunto de estos derechos constituye un imperativo general para todos los Estados que supera, en muchos casos, el carácter restrictivo de algunos regímenes de extranjería.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶ (en adelante CEDH) y los protocolos que lo modifican o complementan, reconocen una serie de derechos enunciados en la Declaración Universal que los Estados se comprometen a respetar a toda persona. Sin embargo, a pesar de esta vocación universalista, el CEDH admite limitaciones en caso de situación de excepción (art.15) o por la vía de las reservas o declaraciones interpretativas hechas por los Estados al aceptar el tratado (art.64).

¹⁴ Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE, 30 de abril de 1977).

¹⁵ Sobre un análisis más somero y detenido de estos tratados internacionales ver: BARONESS ELLES, *Aliens and activities of the united nation in the field of human rights*, 1980, pp.307 a 314. MANJÓN, JOSÉ RAMÓN, «Inmigración y extranjería en los tratados internacionales», *Revista de economía y sociología del trabajo*, N°11, 1991, pp.144 a 146.

¹⁶ Convenio Europeo de Derechos del Hombre, realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950, firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979 (BOE, 10 de octubre de 1979).

Respecto a los extranjeros, el Convenio permite a los Estados imponer restricciones a sus actividades políticas en el ejercicio de las libertades de expresión, reunión, asociación o sindicación (art.16) o les reconoce unas facultades respecto a la entrada, permanencia o expulsión, que vienen a establecer un tratamiento distinto con relación a los nacionales.

Su gran innovación, con respecto a los tratados internacionales de ámbito universal, es que los Estados pueden limitar las actividades de los extranjeros en su territorio, negarse a recibirlos o expulsarlos, pero no con el objeto de restringir los derechos universales sino para prevenir el peligro que de los extranjeros pudiera derivarse para la seguridad nacional, la economía, la salud o el orden público, anteponiendo esos «indefinidos intereses nacionales» a la objetiva equiparación de tratamiento que reclaman los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas. El extranjero, por el mero hecho de serlo, puede ser sometido a unas restricciones discriminatorias que sólo pueden explicarse por la desconfianza hacia el foráneo al que se contempla todavía, en una época donde rigen hondamente los principios nacionalistas, como un enemigo potencial.

Sin embargo, ello no quita para que el CEDH y los protocolos adyacentes reconozcan de modo general a los extranjeros la casi totalidad de derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos.

En todo caso, es necesario distinguir en el Convenio unos derechos absolutos que no admiten derogación alguna, como son, el derecho a la vida (art.2), la prohibición de la tortura o de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.3), la prohibición de la esclavitud (art.4.1), la prohibición de las expulsiones colectivas de nacionales o extranjeros (Protocolo N°4, art.4). Estos derechos se ejercen sin distinción alguna entre nacionales y extranjeros, sin que exista precedente jurisprudencial alguno que justifique un trato diferente.

Existen otros derechos que pudiéramos calificar como restringibles. Son aquellos que se enuncian en términos generales pero que pueden ser objeto de restricciones por los Estados en su ejercicio, siempre que vengan determinadas por la ley, que fija su alcance y efectos, y que constituyan medidas en una sociedad democrática con un fin legítimo, entre los que se incluyen, la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y prevención del delito o la protección de los derechos y libertades de los demás (arts. 8.2, 9.2, 10.2; Protocolos N°4, art.2.3 y N°7, art.1.2). Estos derechos restringibles son los enunciados en los artículos 8 a 11 del Convenio, que son, el derecho a la vida privada y familiar, al domicilio y la correspondencia (art.8), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.9), el derecho a la libertad de expresión, que incluye la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas (art.10), y el derecho a la libertad de reunión pacífica, asociación y creación de sindicatos (art.11). Al enunciar cada uno

de estos derechos, sin embargo, suele ser común incluir un párrafo a continuación que permite establecer restricciones al ejercicio del derecho por los fines legítimos antes expuestos.

Otros derechos del CEDH pudiéramos calificarlos de contenido mínimo inderogable. Tal y como señala DRZEMCZWEWSKI, son un conjunto de derechos de contenido mínimo que permiten ser regulados por los Estados, pero debiendo respetar un mínimo indispensable que constituye su denominador común¹⁷. Estos son: el derecho a la libertad y seguridad, que incluye el derecho del detenido a ser informado en una lengua que comprenda y en el más corto plazo de las razones de su detención, el derecho a ser conducido ante un juez prontamente y a ser juzgado en un plazo razonable, y el derecho a recurrir ante una reparación en caso de detención ilícita (art.5). Por otro lado, el artículo 6 delimita un conjunto de garantías procesales que comprenden el derecho a un proceso justo, a la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación, a la adecuada preparación de su defensa y, si carece de medios económicos, a una asistencia gratuita¹⁸.

De esta clasificación resulta que los derechos absolutos y los de contenido mínimo inderogable corresponden por igual, y sin distinción alguna, a los nacionales y extranjeros, mientras que los derechos restringibles admiten un tratamiento diferenciado en su regulación. El CEDH viene además a reconocer otros límites a los derechos de los extranjeros, al permitir, a los Estados partes, una amplia discrecionalidad en la ordenación de la entrada, permanencia y expulsión del extranjero¹⁹.

En la misma línea, parece manifestarse la jurisprudencia de la Comisión y del TEDH a través de la cual el Derecho internacional general confiere a los Estados el derecho de controlar la entrada y la salida de los extranjeros en la medida y dentro de los límites que han asumido por el Convenio²⁰.

¹⁷ DRZEMCZEWSKI, ANDREW, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 1985, pp.13 a 21.

¹⁸ *Ibidem*, pp.21 y ss.

¹⁹ El protocolo N°4 de 20 de marzo de 1952, firmado el 16 de septiembre de 1963 y no ratificado aún por España, garantiza a este respecto en su artículo 2.1 a «toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado el derecho a circular libremente por él y escoger su residencia. Este derecho admite restricciones necesarias para la defensa de intereses nacionales o públicos que vienen a reconocer la potestad del Estado para expulsar extranjeros que no se encuentren legalmente en el territorio del mismo. El mismo protocolo 4 (art.4) prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Finalmente, el protocolo N°7 al Convenio Europeo de 22 noviembre de 1984 (tampoco ratificado por España) establece en su artículo 1° que un extranjero que resida regularmente en el territorio de un Estado sólo puede ser expulsado de él en ejecución de una decisión tomada con arreglo a la ley, y debe poder: a) hacer valer las razones que militan contra su expulsión; b) hacer examinar su caso, y c) hacerse representar a estos fines ante la autoridad competente o ante las personas designadas por esta autoridad. El párrafo 2 de este mismo artículo prevé que un extranjero sea expulsado antes de ejercitar esos derechos, cuando la expulsión sea necesaria en interés público del orden público o esté basado en motivos de seguridad nacional.

²⁰ Sobre ello ver de nuevo el estudio jurisprudencial llevado a cabo por DRZEMCZEWSKI de 1985, Ob. cit. pp.21 y ss.

En resumen, es cada vez más frecuente la internacionalización de los derechos de los extranjeros, ámbito éste que correspondía en exclusividad a la soberanía de los Estados. El Derecho internacional ha creado a lo largo de su existencia una serie de principios y normas que vinculan, cada vez más frecuentemente, a los Estados en sus prácticas y a la hora de interpretar las normas jurídicas que tienen relación con la política internacional y con los sujetos de Derecho Internacional. No obstante, los ámbitos de exclusión son todavía amplios. Cuando se trata de determinar cuáles son, respecto de esos principios y normas de Derecho Internacional, los derechos que un Estado debe acordar o puede rechazar a los extranjeros, se constata en seguida que el Derecho internacional razona en términos de «tratamiento mínimo», y no en términos de integración, asimilación o de igualdad de derechos con los nacionales, de manera que las discriminaciones fundadas sobre la nacionalidad nunca son ilícitas en sí mismas, excepto cuando, por la amplitud de tales discriminaciones, llegan a privar al extranjero del mínimo de protección que le es debido. La conclusión es evidente: lo que constituye el mínimo de tratamiento exigido por el Derecho internacional no es tratamiento nacional, sino el tratamiento conforme a las exigencias de la civilización. A partir de este mínimo, cuyo contenido por otro lado es difícil de precisar, cada Estado puede decidir libremente, en función de su interés nacional y de acuerdo con sus compromisos internacionales, la extensión de los derechos que considere oportuna conceder a los extranjeros.

II. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE Y LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –que vino a sustituir a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio- supuso en su momento un importante cambio en la política de extranjería, al establecer un marco regulador de carácter global y coherente e incluir de forma expresa un catálogo de derechos y libertades de los extranjeros. La citada Ley ha sido reformada en tres ocasiones: La primera reforma se produjo a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Esta reforma fue de gran calado y afectó prácticamente a todo el articulado, si bien tuvo especial relevancia la modificación relativa a determinados derechos fundamentales, en concreto, a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. El cambio que se introdujo en tales derechos fundamentales consistió en distinguir entre la titularidad y el ejercicio de los mismos, limitando su ejercicio exclusivamente a aquellos extranjeros que residieran legalmente en España. Con ello, la reforma restringía la posibilidad de ejercicio de tales derechos a los extranjeros, en igualdad de condiciones con los españoles, suponiendo una quiebra del principio de igualdad entre nacionales y no nacionales, que proclama la Constitución, respecto de la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. Por este motivo, se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley

Orgánica, que fueron resueltos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del año 2007. En estas Sentencias, el Tribunal viene a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley Orgánica reguladores de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, en la medida en que se condicionaba su ejercicio a los trabajadores extranjeros que hubieran obtenido la correspondiente autorización de residencia. La segunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se lleva a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Esta reforma se orientaba principalmente a adaptar la legislación penal y de extranjería a la nueva realidad delictiva que aparecía asociada al fenómeno de la inmigración, por lo que se introdujeron reformas en el Código Penal, orientadas a dar una respuesta penal adecuada a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometieran delitos, así como a las nuevas formas de delincuencia relacionadas con la inmigración. Además, las reformas introducidas iban encaminadas a mejorar la regulación en materia de expulsión, con el fin de lograr una mejor adecuación entre los procedimientos penal y administrativo, cuando la expulsión fuera concurrente con la comisión de un delito.

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se efectúa por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, que viene a incidir básicamente en los siguientes aspectos: Simplificación de los trámites administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, reforzamiento y mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 4/2000 incorporación de las últimas Directivas aprobadas por la Unión Europea, incorporación al texto de la Ley Orgánica de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en relación con determinadas previsiones contenidas en el Reglamento de la Ley, que habían sido anuladas por problemas de legalidad.

Por último, en la actualidad se encuentra en el Parlamento la tramitación de una reforma sustancial en donde tres son los motivos que justifican los cambios en la normativa actual que se pretende introducir en la vigente Ley Orgánica 4/2000: en primer lugar, se pretende adaptar la Ley Orgánica 4/2000, -en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000-, a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, respecto de la regulación de algunos derechos fundamentales como los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. Debe tenerse presente, que el Tribunal declara en sus Sentencias que, a pesar de la inconstitucionalidad de tales preceptos legales, no se procede a declarar la nulidad de los mismos, ya que ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues produciría la denegación de tales derechos a todos los extranjeros, con independencia de su situación. Por ello, se procede ahora, mediante el instrumento de la propia Ley Orgánica a introducir los cambios requeridos, con el fin de corregir la tacha de inconstitucionalidad declarada por el Alto Tribunal y

adaptar su regulación a la doctrina sentada en la jurisprudencia constitucional, dando nueva redacción a los preceptos reguladores de los citados derechos.

En segundo lugar, la reforma tiene por objeto la adaptación de la legislación española en materia de extranjería, a las normas aprobadas por la Unión Europea en materia de inmigración con posterioridad a la última reforma efectuada en la Ley Orgánica, procediendo para ello a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas europeas que se encuentran pendientes de transposición, respecto de todas las cuales, ya se han agotado prácticamente el plazo de transposición. En concreto son las siguientes: Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. Directiva 2203/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Directiva 2004/81/II, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas. Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.

En tercer lugar, la reforma persigue introducir determinadas modificaciones en la actual Ley Orgánica, con el fin de adaptar su regulación a los nuevos requerimientos que plantea el fenómeno migratorio en España. En este sentido, las reformas introducidas se dirigen al cumplimiento de los siguientes objetivos: Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de la inmigración a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo. Aumentar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el destino o la permanencia de la inmigración ilegal en nuestro país, agravando el régimen sancionador y reforzando los procedimientos de devolución de extranjeros que han accedido ilegalmente al territorio español. Favorecer la integración de los inmigrantes, asumiendo para ello los principios del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, recientemente aprobado. Adaptar la normativa a las competencias de ejecución de la legislación laboral, previstas en los

nuevos Estatutos de Autonomía, que inciden en el régimen de la autorización inicial de trabajo, así como potenciar la coordinación entre las Administraciones Públicas con competencia sobre inmigración y reforzar la cooperación y desarrollo de la política migratoria, así como potenciar el diálogo y la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración. Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales, así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria.

III. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES A.

Del reconocimiento del principio de igualdad a la desigualdad de legislador. La interpretación del Tribunal Constitucional Español tras la STC 236/2007 y su adecuación en la reforma legal proyectada del 2009. La clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros.

La Ley Orgánica 4/2000 incorporaba una nueva filosofía en el tratamiento jurídico de los extranjeros que se ponía ya de manifiesto en su propia denominación «sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», muy inclinada sobre todo en la regulación de la integración, atemperando los controles legales de los movimientos migratorios y, sobre todo, casi eliminando la tradicional diferencia entre el inmigrante «regular» y el inmigrante «irregular», más allá de las categorías de «residentes» en sus diversos grados e incluso «empadronados». Sin embargo, la reforma de la Ley 4/2000 por la Ley 8/2000 pretendía hacer compatible tanto el fenómeno de la extranjería como el de la inmigración, recuperando de manera nítida la distinción entre los extranjeros que se encuentren legalmente en España de los que no, poniendo de manifiesto el aspecto técnico más importante de la ley, lo que supone el reconocimiento de una desigualdad de tratamiento de los extranjeros por el legislador, más preocupado como antaño en la Ley Orgánica 7/85, en la actividad de «control» que en la acción de «integración» de los inmigrantes. Esta reforma legal reposaba sobre este principio, y en especial la reforma del artículo 3 de la LODYLE, donde se condiciona el goce y disfrute de los derechos fundamentales al presupuesto de que el extranjero resida legalmente en España. Sin embargo, esta regulación rozaba los límites de constitucionalidad que el propio Tribunal Constitucional ha puesto ya de manifiesto en su propia doctrina tras la STC 236/2007, F.J. 3º y que la nueva reforma legal en trámite en el Parlamento pretendo paliar. En resumen, se puede colegir, según el TC, que el ámbito de derechos de los extranjeros en España es coextenso al ámbito del Título I de la Constitución, cuyo disfrute podrá atemperarse, en cuanto a su contenido, a lo que determine tanto

la ley como los Tratados Internacionales, aunque ésa modulación no será posible en los derechos que correspondan por igual a españoles y extranjeros **como en resumen señala el TC en su Sentencia de 10 de abril de 2000²¹ y viene ya a consolidar en la Sentencia 236/2007 de 7 de Noviembre** Así, de esta doctrina se desprende tres grupos de derechos:

En primer lugar, los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación ha de ser igual para ambos, sin posibilidad alguna de diferenciación por el legislador. Forma parte de este grupo aquellos derechos que son básicos para la realidad plena de la dignidad humana, que es, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución, uno de los fundamentos del orden político. Su reconocimiento es pleno. Se trata del conjunto de derechos que se reconocen a toda persona por el mero hecho de su condición de tal, plasmados por la propia dignidad de la persona. Su negación supondría infringir uno de los fundamentos clásicos del Estado de derecho. MIQUEL CALATAYUD²² los denomina derechos innatos absolutos. Son, en puridad, los derechos humanos de protección universal, emanados de la personalidad y dignidad humana, y cuyas posibilidades de diferenciación son nulas, rigiendo por imperativo constitucional, un sistema de igualdad absoluto, no sólo en cuanto a su titularidad sino además en su ejercicio, no siendo necesario invocar, en apoyo de tal postura, principios jurídicos o éticos derivados del derecho natural o imposiciones derivadas de la adhesión de España a los Tratados internacionales, sino que se imponen por pura coherencia léxica de nuestra constitución, que resultaría gravemente distorsionada si se permitiesen criterios discriminatorios. El fundamento jurídico se encuentra en el artículo 10.1 de la CE que establece:

«1.La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El primer elemento nos lleva a averiguar aquello que constituye en toda persona su condición ineludible del tal, y cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada

²¹ El Tribunal Constitucional dice en su reciente Sentencia de 10 de abril del 2000 (FJ.3º) que «no es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el artículo 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985 y 130/1995, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art.10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (art.23 CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales».

²² MIQUEL CALATAYUD, J.A., *Estudios sobre extranjería*, Ed.Boch, 1987, p.23.

a un nivel de estima incompatible con su verdadera naturaleza. Se trata, pues, de un contenido obligatorio que excluye determinadas conductas o actitudes atentatorias contra la misma. Su concepto se identifica como el mínimo invulnerable y constante, cualquiera que sea la situación en que se encuentre, consistente en el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual, libre y capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno. De otro lado, el respeto a la dignidad de la persona impide tratarlo como un objeto o instrumento por parte del Estado o los demás, convirtiéndole en mera entidad sustituible²³. No estamos ante una pura definición de carácter ideológico sino un precepto con fuerza obligatoria para los ciudadanos y los poderes públicos. Pero es indudable, como destaca PECES BARBA²⁴, que las propias expresiones «dignidad de la persona», «derechos inviolables» y «libre desarrollo de la personalidad» supone una vinculación a una concepción iusnaturalista, que hace que nuestra Constitución no sea expresión rígida al pie de la letra de ninguna concepción doctrinal.

A igual conclusión llega el TC en relación con estos derechos absolutos, estableciendo su vinculación con la dignidad de la persona. En efecto²⁵:

«Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político social».

De tal manifestación se deriva que, ni la dignidad de la persona, ni los derechos humanos inherentes a ella, permiten diferencias por razón de la nacionalidad y, como consecuencia de ello, su protección no es susceptible de ser personificada en ningún caso, por muy fundamentados que éstos sean. La dignidad de la persona no es la superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón²⁶.

²³ Para SOLOZÁBAL el valor normativo del precepto se entiende considerando el desarrollo de su eficacia en el ordenamiento en un doble plano: En primer lugar cabe hablar de un efecto impeditivo como el mandato de respeto a los órganos del Estado, prohibiéndoles la producción de normas o actos que tengan un efecto degradante o enriquecedor; esto es que signifique el tratamiento del hombre como mero objeto. En segundo lugar tiene también un efecto positivo, consistente en la orientación del Estado hacia políticas favorecedoras del desarrollo de la persona, posibilitando su autodeterminación de modo que asegure la ayuda de los poderes públicos frente ataques o conductas provenientes de poderes públicos o sujetos privados, contrarios a la misma. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Dignidad de la persona», *Voz de la Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995.

²⁴ PECES BARBA, G., «Reflexiones sobre la Constitución Española desde la filosofía del derecho», *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N°61, p.106. En análogo sentido se expresa PÉREZ LUÑO quien subraya de forma taxativa que dicha inspiración iusnaturalista constituye la innegable fuente del artículo 10.1 que proclama la dignidad de la persona. Vid. PÉREZ LUÑO, E., *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, 1984, p.115.

²⁵ STC 107/84 de 23 de Noviembre. Ob.Cit. Fj.3, p.1405, STC 95/2000, Fj. 3º y STC 236/2007, Fj. 3º.

²⁶ En el mismo sentido Vid.MILLÁN PUELLES, *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1973, p.15. Como pone de

No cabe, pues, trato diferencial en estos derechos. Según MIQUEL CALATAYUD²⁷, ello sería lícito, siempre y cuando no se hubiese constitucionalizado la materia, pero como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, los derechos fundamentales no se hayan desconstitucionalizados y menos aún los inherentes a la persona humana, al querer el constituyente impedir cualquier diferencia.

En conclusión, el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros que calificamos de absolutos o innatos aporta lo siguiente:

- a) Solemnidad programática, derivada de la propia inserción de los mismos en la Constitución, con todo lo que ello supone de reconocimiento formal y solemne, a nivel normativo supremo de los derechos humanos, que en su calidad de personas se atribuyen a los extranjeros en España.
- b) Concreción enumerativa y conceptual de los mismos, que delimita con claridad literal, la titularidad material y formal de tales derechos.
- c) Inconstitucionalidad de sus violaciones en la misma posición que la sufren los españoles.

Estos derechos, que sólo pueden ser comprendidos a partir del artículo 10, sin ánimo de ser exhaustivos en su enumeración, se pueden concretar en los siguientes:

- a) Derecho a la vida e integridad física y moral (art.15 CE.).
- b) Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16 CE.)²⁸
- c) Derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio y secreto a las comunicaciones (art.18.1, 18.2, 18.3 de la CE.)²⁹.
- d) Derecho a la tutela judicial efectiva³⁰.

manifiesto también LEGAZ LACAMBRA, la persona humana debe ser persona en sentido jurídico. En definitiva hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho de ser reconocido siempre como persona humana. Concluye el autor que el orden jurídico debe atribuir al hombre, conforme a su naturaleza, ciertas libertades y ciertos derechos frente al Estado y la comunidad política; los llamados derechos humanos que protegen la libertad humana. Estas exigencias tienen el mismo fundamento: la dignidad humana, que se impone con fuerza obligatoria invencible. Vid. LEGAZ LACAMBRA, L., «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», *Revista de Estudios Políticos*, N°55, p.20 y 45 y ss.

²⁷ MIQUEL CALATAYUD, J.A., Ob.cit.p.24.

²⁸ Según el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (BOE N°177, de 24 de julio) «Las creencias religiosas no constituirán motivos de desigualdad o discriminación ante la ley».

²⁹ Según pone de manifiesto el TC: «Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc... corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles» STC 107/84, FJ.3, Cit. De igual manera señala el TC en su Sentencia de 7 de noviembre del 2007 sin dar una lista de los mismos pero sí mencionando algunos incuestionables como «Entre otros derechos se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a la persona en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva», Cit. FJ.3°.

³⁰ En la STC 99/85 FJ.2 incluye expresamente dentro de esta categoría el derecho a la tutela judicial efectiva: «...Uno de estos derechos es el que todas personas tienen... a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo, sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE...». De igual manera, la citada STC 236/2007, FJ. 3°.

- e) Derecho a la libertad, seguridad y habeas corpus³¹.
- f) Libertad de expresión e información³².
- g) Derecho de reunión y asociación³³.

En segundo lugar, se encuentran aquellos derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros, siendo tales derechos los reconocidos en el artículo 23 de la CE, conforme a lo que dispone el artículo 13.2 de la CE, que limita estos derechos a los españoles salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, precepto que hubo de ser modificado para adaptarlo al artículo 8.B del Tratado de la Unión Europea.

En tercer lugar, se encuentran los derechos respecto de los que el artículo 13.1 de la CE reconoce a los Tratados y a las Leyes la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio por parte de los extranjeros, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales. El poder del legislador es sin duda, en esos derechos, amplio pero no absoluto, pues no puede configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales.

A este respecto merece atención la reforma del artículo 3º de la Ley 4/2000. En el artículo 3º de nueva redacción desaparece expresamente la mención «igualdad con los españoles» recuperando aproximativamente la regulación de la Ley 7/1985. Así, mientras la Ley 4/2000 tendía a la equiparación de los derechos de los extranjeros con los españoles, con una declaración normativa que comprendía en ella no sólo los que se conocen como derechos fundamentales, sino también de los derechos socioeconómicos, ampliándose también, por no distinguirlo nítida y suficientemente, a aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular. Ahora, en cambio, se establece que el goce por los extranjeros de los derechos y libertades que se les reconoce, lo es en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia Ley Orgánica y en las leyes que regulen su ejercicio. La norma reformada,

31 En la STC 115/87, FJ.1 se dice:

»El derecho a la libertad del artículo 17 de la CE el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/84, corresponden por igual a españoles y extranjeros».

32 Según el artículo 10 del Convenio de Roma de 1950 establece que:

»1-Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

También el PIDCP, artículo 19.2, se expresa en los mismos términos. LÁZARO GONZÁLEZ, siguiendo a FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., y PARADA, J.R., señala que si bien desde una dimensión individual del derecho, no están justificadas las restricciones subjetivas por razón de la nacionalidad, desde su dimensión social y política al incidir en la formación de la opinión pública, parece ser que el único peligro que la ley debe combatir es la apropiación de dependencia extranjera de los medios de comunicación de masa. En tales términos el artículo 19.4 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (BOE, de 5 de mayo de 1988), establece que la «totalidad de las acciones de titularidad de extranjeros no podrán en ningún momento, ni directa ni indirectamente, superar el 25% de capital de una sociedad concesionaria». Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., *La inmigración*, Ob.cit.p.210 y 211.

33 Para cierto sector doctrinal, los derechos de reunión y asociación son derechos condicionados a la configuración legal o derechos reconocidos de forma no plena para los extranjeros. Vid. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; Las personas jurídicas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº35, 1992, pp.69 a 71. FERRER PEÑA, R.M., *Los derechos de los extranjeros en España*, Ob.cit.pp.76 y 77.

equiparaba el goce del ejercicio de los derechos de los extranjeros a los españoles, optando por el nivel máximo de igualdad. Sin embargo, ese nivel pasa a reducirse significativamente, como veremos, remitiéndose a los términos de la Ley y los Tratados Internacionales. La opción de política legislativa, aun siendo legítima, no deja de ser restrictiva y para saber si es respetuosa con la doctrina del TC se deberán analizar los distintos preceptos que la reforma ha llevado a cabo. Es pues una opción acorde con el artículo 13 de la Constitución, pero no la mejor de las posibles para una adecuada y correcta política de integración que la Constitución permite y que el legislador ha desechado para impulsar más la acción de lo que hemos llamado antes de «control» sobre el de «integración» de los extranjeros en nuestro país. Actividad de control que sufrirán con mas intensidad aquellos que se encuentren en situación irregular:

Sin embargo, no podemos olvidarnos de la perspectiva que apunta el TC sobre el derecho de igualdad de los extranjeros en España. En la STC 107/84 *Leyes Rosano* el TC, al centrar su jurisprudencia en el alcance de la protección del artículo 14, después de afirmar como premisa previa que el artículo 14 CE se refiere en exclusividad a los españoles, declara, matizando lo anterior, que la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante. Y no es argumento bastante pues, como afirma el TC, el artículo 14 de la CE no es el único artículo que debe de ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. El argumento decisivo lo ofrece una vez más el artículo 13.1 de la CE: «Los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades del Título I» que, por supuesto, incluye el derecho de igualdad del artículo 14. De la visión del TC, si bien no se deriva una posición expresa de la titularidad del derecho de igualdad del artículo 14 de la CE con respecto a los extranjeros, sí parece que tiene una aceptación implícita por parte del TC³⁴, admitiendo la posible titularidad de los extranjeros del artículo 14 de

³⁴ Para el TC la desigualdad o igualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos dependerá por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado y la ley, STC 107/84, FJ.3. El artículo 14 CE no ha incluido la nacionalidad entre las causas prohibitivas de discriminación, pues no ha impuesto la paridad de trato a los extranjeros ya que el artículo 14 CE comienza hablando de españoles, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. FERNÁNDEZ, *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, 1986, pp. 188 y 189. De la misma manera SANTOS, LIDIA señala que en el marco de los derechos fundamentales, el esencial derecho a la igualdad y no discriminación no es aplicable a los extranjeros como se aplica a los españoles ni tampoco a los extranjeros entre sí, SANTOS, LIDIA, Ob. Cit. p. 105. La igualdad constitucional no es, dice PÉREZ ROYO, un concepto universal aunque se base en una concepción de la igualdad humana que sí tiene carácter universal. La igualdad que se predica de la población del Estado es una igualdad política, territorialmente limitada. En consecuencia, todos los hombres son iguales por naturaleza, pero políticamente sólo lo son los ciudadanos del Estado, PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 223.

la CE, aunque si bien es cierto no de la forma explícita con que se pronuncia, por ejemplo, el Conseil Constitutionnel francés³⁵ o la Corte Costituzionale Italiana³⁶.

La prohibición de discriminaciones puede proyectarse en dos ámbitos: uno reducido, el disfrute de los demás derechos fundamentales, y otro más amplio referido a todos los posibles derechos o situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento español. Tanto en un ámbito como en otro, la igualdad encierra una incógnita en cuanto a sus efectos. Una vez zanjada la cuestión de la titularidad del derecho fundamental a la igualdad, en virtud de la interpretación sistemática entre el artículo 13.1 y 14 de la CE, habrá que estudiar la extensión y alcance que el derecho a la igualdad del artículo 14 CE tiene en su aplicación a los extranjeros.

Cuando la ley, en el ámbito de su aplicación subjetiva, no diferencia por razón de la nacionalidad, el derecho de los extranjeros a la igualdad implica, de manera inmediata, el pleno derecho a la igual aplicación de la ley. Éste es el razonamiento del TC en la sentencia LEYES ROSANO:

«...la ley puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o

³⁵ Una aceptación explícita del principio de igualdad se encuentra en la jurisprudencia constitucional francesa relativa a los extranjeros. El principio de igualdad había sido aplicado de manera espectacular en la Décision 269 DC du 22 janvier 1990, RJC1-392 por el Conseil Constitutionnel. En el origen del asunto se examinaba la constitucionalidad de una disposición legislativa que excluía a los extranjeros residentes regularmente del beneficio de un subsidio suplementario de solidaridad aplicable a los mismos. En dicha decisión el Conseil manifiesta: «...la exclusión de los extranjeros residentes regularmente en Francia del beneficio del subsidio suplementario desconoce el principio constitucional de igualdad». Se trata de una decisión capital pues lo que hace el Conseil es la afirmación con fuerza de que las discriminaciones fundadas sobre la nacionalidad no son constitucionales pues la nacionalidad de un individuo no puede ser criterio para eliminar o rechazar el beneficio de derechos a los extranjeros, en definitiva que elimine su titularidad. En consecuencia, el Conseil afirma con rotundidad: «El principio constitucional de igualdad no es por lo tanto un derecho del ciudadano sino un derecho del hombre y como tal los extranjeros y nacionales pueden hacerlo prevalecer». A las mismas conclusiones se llega desde el punto de vista doctrinal: FAVOREU, L., *Revue française de Droit constitutionnel*, N°2, 1990, p.331-332. MODERNE, F., «Les bénéficiaires ou titulaires de droits fondamentaux en France», *AIJC*, 7-1991, p.237, TURPIN, D., «Le statut constitutionnel des étrangers», *Les Petites Affiches*, 15 mars 1991, p.13. Pero esta posición no es una posición aislada en la jurisprudencia constitucional francesa sino continuada de forma especial en la Décision 325 DC 12-13 août 1993, RJC 1-539 sur le maitrise de l'immigration. En esta sentencia no solamente se afirman los grandes principios aplicables a los extranjeros en decisiones precedentes sino, más aún, viene a fijar con precisión los principales puntos del estatuto de extranjería. En relación con lo que nos atañe, el Conseil Constitutionnel, en su fundamento o considerando 15 afirma que «les discriminations son admises dès lors qu'elles son justifiées»; si bien se pone de manifiesto que los extranjeros y los nacionales están situados en una situación diferente que el legislador puede establecer, «les dispositions contestées ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité». Ver los comentarios que de la misma hace FAVOREU, L. et PHILIP, LOIC, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Ed. Dalloz Sirey, 1993, p.840 a 850 y FAVOREU, L. en la *Revue Française de Droit constitutionnel*, N°15, 1993.

³⁶ Para la afirmación de que el principio de igualdad se aplica también a los extranjeros en el derecho italiano ver la Sentenze della Corte Costituzionale N°120 del 23 de Novembre de 1967, la N°104 del 26 giugno 1969 y la N°144 del 16 de luglio de 1970. Del mismo modo la doctrina Italiana pone de manifiesto también la existencia de este derecho con respecto a los extranjeros. Vid. PALADIN, L., *Il principio costituzionale d'egualianza*, Milano, 1965, p.205 y nota 102. ROSSANO, C., *L'egualianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p.395 y ss. CHIAVARI, M., «Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati dogandi», in *Gurisprudenze Costituzionale*, 1967, p.1579 y ss. CASSESE, A., «Principio de egualianza e assunzione al lavoro di stranieri», in *Gurisprudenze Costituzionale*, 1970, p.1653 y ss. CERRI, A., *L'egualianza nella giurisprudenze della Corte Costituzionale*, Milano, 1976, pp.61 y 62.

ciudadanía del titular; produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros³⁷».

La conclusión a extraer de ello es que el derecho de igualdad de los extranjeros es un derecho de configuración legal, es decir, solamente la ley podrá decir en qué casos puede existir igualdad, cuando el legislador así lo haya pretendido, pues ello ya no es una exigencia constitucional. La única exigencia que se puede derivar de ello, desde el punto de vista constitucional y partiendo del supuesto de la titularidad del derecho del artículo 14 de la CE, es la prohibición de discriminación de los extranjeros por alguna de las cláusulas tasadas en el artículo 14 de la CE: raza, sexo, religión, opinión³⁸. En consecuencia, el legislador no puede utilizar las cláusulas prohibitivas y absolutas de carácter constitucional supralegal del artículo 14 como instrumento para diferenciar a españoles y extranjeros. El concepto de discriminación es un concepto normativo en el que, partiendo de la titularidad de este derecho fundamental por los extranjeros, su protección legal se expresa en términos absolutos. Las causas taxativas prohibitivas son también de alcance internacional³⁹, y por tanto de protección constitucional. En tales términos, el principio de prohibición de discriminación racial en nuestra Constitución no sólo tiene un alcance nacional, como por ejemplo pueda ser el hecho social específico de la raza gitana, sino un alcance universal que ampara a cualquier persona con independencia de su nacionalidad⁴⁰.

³⁷ STC 107/84 Cit. Fj.3º

³⁸ La aplicación conjunta de los artículos 13.1 y 14 CE permitiría sostener como constitucionalmente razonable este tipo de medida o prácticas, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Ob.cit.p.189. En posición contraria a la misma FERNANDO DE LA MATA señala que la protección jurisdiccional ante una discriminación en función de la raza, que deriva fundamentalmente del recurso de amparo, solo sería en principio predicable para los españoles, aunque no obstante, nada impide que la igualdad de trato sea introducida por tratado o por ley, «Razismo y Xenofobia» en la obra colectiva *Diez años de la ley de extranjería: balance y perspectivas*, ITINERA, 1995, p.32.

³⁹ Así, a la obligación genérica derivada de los artículos 2.1, 6, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto de derechos civiles y políticos, debemos añadir la que específicamente resulta de la ratificación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, (BOE N°910 de 17 de mayo de 1969).

⁴⁰ A la misma conclusión llega BORRAJO INIESTA, IGNACIO, «El status constitucional de los extranjeros», en la obra colectiva: *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II: De los derechos y deberes fundamentales. Ed.Civitas, 1991, pp.760 y ss, y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Ob.cit.p.189. En posición contraria DE LA MATA, F., Ob.cit.p.32. De la misma manera, tal posición doctrinal ha tendido ya su aplicación pragmática en la STC 214/1991 de 11 de Noviembre al protegerse por la libertad de expresión las discriminaciones racistas y xenófobas, cuyo Fj.8 señala textualmente: «Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el artículo 1.1 de la CE, en relación con el artículo 14 de la misma (...). Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que, ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales (...). Un comentario de esta sentencia se encuentra en O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «El honor de la raza judía», *Actualidad y Derecho*, N°3, 1992, pp.11 a 13. El desarrollo legislativo del supuesto discriminatorio parece recogerse en el nuevo proyecto de Código Penal, cuyo artículo 23.5 por el que se regulan las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal establece que «son circunstancias agravantes (...) cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o a la profesión religiosa de la víctima. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 26 de septiembre de 1994, p.6.

Fuera de estas cláusulas prohibitivas de carácter constitucional supralegal, el legislador podrá establecer en qué casos se puede diferenciar entre españoles y extranjeros, y en el supuesto de que así fuera, tendría que justificar el por qué de esa diferenciación, pues ante una falta de motivación suficiente estaríamos en un supuesto de discriminación legal no autorizada.

Ésta es la interpretación que con firmeza ha aplicado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia relativa a la colegiación de odontólogos sudamericanos⁴¹. Al serles convalidada por la administración del Estado español la titulación obtenida en sus países de origen para el ejercicio de la profesión, el Colegio profesional no podía someterlos a pruebas de aptitud u otras restricciones inaplicables a los graduados en Universidades españolas. Tal posibilidad constituye, para el Tribunal Supremo, una vulneración del artículo 14 de la CE⁴². En este caso, la fundamentación jurídica del TS se ha visto ratificada por el Tribunal Constitucional por medio de autos, viniendo a afirmar lo siguiente:

«Así so capa de unas valoraciones sobre la dificultad de los estudios en uno y otro país, consideraciones improcedentes e irrelevantes, cuando el legislador ha admitido la convalidación y la administración la ha otorgado, lo que se quiere es impedir con la denegación de la colegiación el ejercicio de la profesión de quienes, siendo iguales a los titulados españoles, tienen derecho a ser tratados como iguales a éstos, es decir tienen derecho a la colegiación»⁴³.

○ como pone de manifiesto con más pulcritud el TC en otro auto de 1985⁴⁴:

⁴¹ Ver el comentario que de ella hace MIRALLES SANGRO, P., «Homologación de títulos latinoamericanos de odontólogos: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N°61, 1989, pp.67 a 93.

⁴² Vid. STS de 16 de enero de 1985, Rep. de Aranzadi 412, FJ.5. Esta doctrina se encuentra respaldada por otros casos posteriores con iguales supuestos de hecho, como la STS de 7 de octubre de 1986, Rep. de Aranzadi 4546, sucediéndose así una multitud de sentencias durante el año 1986 y 1987, pudiéndose encontrar sus referencias en MIRALLES SANGRO P., Ob.cit.p.82. En tal sentido y con algunos matices, en función de las características del caso, todas las sentencias emplean los siguientes fundamentos que el TS utiliza ya a modo de coletilla:

«...por lo que por aplicación del principio de igualdad, no puede negarse a los odontólogos con título argentino la posibilidad del ejercicio, con la necesaria incorporación a un Colegio, ya que según el artículo 13 de la Constitución los extranjeros gozan en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I de la Constitución, en los términos que establezcan la ley y los tratados internacionales, lo que se complementa con el reconocimiento que para esos títulos y ese ejercicio se contiene en el Convenio Cultural ratificado...»

A modo también de referencia en otra Sentencia del TS de 7 de diciembre de 1988:

«Son cuestiones diferentes la obtención de la homologación del título profesional y la de los permisos de trabajo o residencia. La primera es una condición de validez profesional inherente a los títulos universitarios reconocidos en España, mientras que los restantes permisos son de ámbito y funciones diferentes a la colegiación. En unos la competencia corresponde a los Colegios Oficiales, limitada al examen de la correcta posesión del título...en el otro la competencia es de la Administración...Por ello deben concluirse que la advertencia de la presentación de los permisos de residencia y trabajo por el Colegio Oficial era inoperante y que la denegación de la solicitud de colegiación infringe los artículos 14 y 22 de la Constitución Española».

⁴³ Auto del Tribunal Constitucional N°53/1986, de 22 de enero BOE, Tomo XIV, jurisprudencia constitucional, p.656.

⁴⁴ Auto del TC N°420/1985 de 26 de junio BOE, Tomo XII, Jurisprudencia constitucional, pp.1164 a 1168.

«...como alega la propia parte recurrente y declarado repetidamente este tribunal, el derecho fundamental a la igualdad consiste en el derecho subjetivo a obtener un trato igual por parte de quienes se encuentran en una situación de hecho sustancialmente idéntica, de manera que, a igualdad de supuestos de hecho, no puede atribuir la norma consecuencias jurídicas distintas, si no media una justificación objetiva y razonable.»

El derecho a la igualdad de los extranjeros también conlleva el derecho de igualdad ante la ley. Pero aquí la cuestión aparece más complicada. De entrada, los razonamientos que pueden ofrecer respuesta son necesariamente diversos, según cuál sea la concepción general que se sustente acerca de los derechos fundamentales de los extranjeros. Si se parte de la premisa de que el status constitucional de los extranjeros viene configurado directamente por la Constitución, al menos en la garantía de su contenido esencial, la respuesta la encontramos en el propio artículo 14 de la CE. Del mismo se desprende, como aludíamos antes, que el legislador español no puede discriminar a los extranjeros por razón de su raza, religión, etc... También el artículo 14 asegura que no podrá prevalecer discriminación contra ellos por razón del nacimiento, o por cualquier condición o circunstancia personal o social. Siguiendo con esta línea de razonamiento, habrá que discernir las normas lícitas de las ilícitas, examinando si introducen diferencias entre extranjeros y españoles atentatorias contra la dignidad humana o, aunque no incidan en las prohibiciones específicas del artículo 14 de la CE, son incongruentes porque el dato de la nacionalidad no guarda relación con la finalidad o efectos de la norma. Dicho de otra manera, y mirando cada supuesto de hecho diferente, que las eventuales desigualdades de trato entre españoles y extranjeros establecidas por las leyes estén desprovistas o no de un fundamento objetivo y razonable.

El panorama es completamente distinto si se parte de una concepción antagónica de los derechos de los extranjeros en la Constitución, como la que parte el actual legislador con la reforma de la LO 8/2000: que todos sus derechos, sean o no fundamentales, son de configuración legal, debido a la remisión que efectúa el artículo 13.1⁴⁵. El TC, en la sentencia Leyes Rosano, llegó a esta conclusión respecto al tema que le ocupaba: la diferenciación entre españoles y extranjeros en el acceso al trabajo⁴⁶. Por ello, la única fuente de parámetros de validez de las

⁴⁵ Como pone de manifiesto BORRAJO INIESTA, la aplicación de esta doctrina da lugar a un resultado concluyente: al ser un derecho de configuración legal, corresponde a las leyes determinar qué discriminaciones pueden ser resistidas por los extranjeros, que es lo mismo que afirmar que no cabe el derecho de igualdad de los extranjeros en la ley. Vid. BORRAJO INIESTA I., «El status constitucional de los extranjeros», Ob.cit.p.761.

⁴⁶ Según el Tribunal Constitucional:

«...introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante». Vid. STC 107/84 Cit.F.J.3º parr.5º.

discriminaciones legislativas son los Tratados internacionales a los que también se remite el artículo 13.1 de la CE. Si bien, no podemos olvidar, a efectos interpretativos de la normativa de estos Tratados, que tal reserva no puede entenderse como desconstitucionalizadora de la posición jurídico-constitucional del extranjero, derivándose de ello que su efectividad sólo operará respecto a la delimitación e interpretación de los contenidos mínimos constitucionales, pero no como sustituto de éstos, circunstancia ésta que impide que en el desarrollo legislativo afectante a los extranjeros puedan recibir el beneplácito de constitucionales si se adaptan sólo a lo previsto en los estándares mínimos de protección delineados por los instrumentos internacionales y no a los inmediatamente previstos por la propia CE. Como muy bien termina en enjuiciar el TC en una de sus últimas sentencias del 2007 el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto de su ejercicio por parte de aquéllos, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, lo que implica que la regulación habrá de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho como garantía normativa del derecho fundamental en cuestión⁴⁷. Entre otros derechos de esta conformación de la doctrina del Tribunal Constitucional se encuentran los derechos individuales de proyección colectiva como el derecho de reunión, asociación, sindicación, huelga, el derecho a la educación.

Por último, en dicha clasificación de los derechos fundamentales se encuentran aquellos derechos fundamentales “que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”, se trata de derechos en los que es admisible un tratamiento diferenciado entre españoles y extranjeros, en virtud de lo que dispongan los tratados y las leyes que los regulen, siempre que en su aplicación no se vulnere el contenido esencial del derecho en cuestión, en cuanto “no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros” (STC 94/1993, de 22 de marzo, F.J. 4º). En este grupo, el Tribunal Constitucional incluye, “derechos tales como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo y, también con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España” (STC 236/2007, F.J. 4º). El Tribunal añade que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

⁴⁷ Igualmente MIQUEL CALATAYUD, J.A., Ob.Cit.p.59, PEREZVERA, E., «Comentario al artículo 13.1 de la CE» en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Ob.Cit.p.234 y MASSÓ GARROTE, M.Fº., *Los derechos Políticos de los extranjeros en el Estado Nacional*, Ed.Colex, 1997, p.53 y ss. STC 236/2007 del 7 de noviembre, F.J. 4

B. La protección de la familia y el derecho a la reagrupación familiar: Las propuestas de reforma legal.

En el artículo 16, de nueva redacción por la LO 8/2000, incorporaba ciertas novedades en relación con su regulación anterior y originaria de la LO 4/2000. Sin embargo, conviene hacer ciertas precisiones. Si bien el Derecho de intimidad familiar, se puede mantener como derecho fundamental que tiene su fundamento en el artículo 18 de la Constitución no ocurre así con el derecho a la reagrupación familiar. En el primer caso nos encontramos ante un derecho fundamental con todas las consecuencias que ello supone desde el punto de vista constitucional Pero el legislador quizás no esté pensado sólo en el texto constitucional como fundamento para reconocer este derecho, sino también en el Derecho Internacional, especialmente en el artículo 8⁴⁸ del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde se venía garantizando el derecho a una vida familiar sin injerencias de ninguna clase a toda persona. Ha sido sobre la base de este precepto, donde la Jurisprudencia del TEDH ha venido a limitar la actuación de los Estados a la hora de dictar normas sobre entrada y residencia de extranjeros⁴⁹. Partiendo de estos presupuesto, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado qué debe entenderse por vida familiar⁵⁰. En relación con ello, en efecto, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal (STC 236/2007, f.j. 11). No obstante, reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en contraste con la de nuestro Tribunal Constitucional-, ha deducido del artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía; sin embargo, precisa, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del artículo 8 del CEDH, que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico. En éste ámbito conviene tener presente la normativa

⁴⁸ Recoge el artículo 8 que: 1. Toda persona tiene derecho al respecto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico de país, la defensa del orden y la prevención del delito, la prevención de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

⁴⁹ También en el ámbito comunitario con la propuesta de directiva del Consejo de 1997 donde se considera la reagrupación como un medio necesario para conseguir la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros.

⁵⁰ En la STEDH de 28 de mayo de 1985, **Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido** señala que el artículo 8 del CEDH presupone la existencia de una familia en la que se incluye la relación matrimonial en este concepto, pero en este caso la expresión vida familiar comprende normalmente la convivencia. También en aquellos casos en que el extranjero se encuentre divorciado pues el vínculo de la vida familiar se presupone también en relación con los hijos de matrimonio según recoge la STEDH de 21 de junio de 1988, **Asunto Berrehab c Holanda** y sin que quepa hacer distinciones entre la filiación natural y la legítima, STEDH de 13 de junio de 1979, **Asunto Marckx c. Bélgica**. No se contienen en cambio las relaciones de carácter homosexual, tal y como se deriva de la decisión de la Comisión de 3 de mayo de 1983.

de la Unión Europea en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, o de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

La reagrupación familiar regulada en la Ley Orgánica, constituye pues una modalidad de protección de la familia, que viene a hacer efectivo el principio rector consagrado en el art. 39.1 de la Constitución (“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia), por lo que no existe en esta materia una reserva de Ley Orgánica, correspondiendo a la ley establecer las condiciones y requisitos de su ejercicio por los extranjeros, y pudiendo establecer las restricciones o condicionamientos que considere adecuados a los principios y criterios generales de la política migratoria.

A continuación, se analizan algunas cuestiones relativas a la reagrupación familiar pendientes de adaptar en nuestra normativa legal como la de la pareja no matrimonial o la reagrupación de los ascendientes. La regulación que efectúa el proyecto de ley del Gobierno de reforma de la Ley de Extranjería se ajusta a lo dispuesto en la normativa europea en esta materia (Directiva 2003/86/CEE, de 22 de septiembre de 2003) y tiene por objeto principal acotar el concepto de familia, a efectos del ejercicio de este derecho, recurriendo para ello, en línea con el derecho comunitario, a la idea de “familia nuclear”, integrada por los progenitores, su ascendientes y descendientes directos, menores o incapacitados. Dicha acotación supone la introducción de restricciones en el concepto de familiares reagrupables; de ellas, la más novedosa es la que afecta a los ascendientes (art. 17.2.d) respecto de los cuales se limita la reagrupación a los mayores de 65 años, partiendo de la consideración de que son éstos los que, con carácter general, reúnen los requisitos que determinan el objetivo de la reagrupación, que no es otro que el de la dependencia respecto al reagrupante y su situación de vulnerabilidad, limitando así los efectos que sobre el mercado laboral y la ordenación de los flujos migratorios pudiera tener la reagrupación de ascendientes que se encontraran en situación de trabajar. Por lo que respecta al cónyuge y los descendientes, en el caso de segundas o posteriores nupcias (art. 17.2.a), el derecho a reagrupar alcanza al nuevo cónyuge, pero no a sus familiares, como prevé la Ley vigente.

1. Reagrupación de la pareja no matrimonial.

La prioridad que se da a la familia nuclear, acorde con la citada Directiva 2003/86/CE, se plasma en la introducción de reformas en cuanto a los potenciales beneficiarios de la reagrupación: de un lado, se regula la reagrupación de la pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal; de otro, se modifica la regulación de la reagrupación de los ascendientes.

La pareja con análoga relación de afectividad se equipara al cónyuge a estos efectos (artículo 17.4 del de la reforma propuesta por el Parlamento), si bien se remite a la regulación reglamentaria el desarrollo de las garantías probatorias que eviten la utilización fraudulenta de esta figura y para que esa relación de afectividad análoga a la conyugal “pueda producir efectos en España” (artículo 17.5 proyectado). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de los principios de libre circulación de personas y de no discriminación, ha declarado que los Estados de la Unión Europea deben de reconocer efectos jurídicos a las Uniones no maritales de Ciudadanos de Estados en los que estas figuras tienen pleno reconocimiento jurídico (STJCE de 17 de abril de 1986, FJ.3)

En relación con ello se ha planteado en la tramitación del expediente la posibilidad y términos de acreditación de esa relación de afectividad y la posible utilización fraudulenta de la figura. Se trata de una cuestión que se deberá abordar con las debidas cautelas por vía reglamentaria, para lo cual pueden ser útiles algunas pautas que se recogen en la citada Directiva 2003/86/CE. Esta Directiva se refiere a la posibilidad de autorizar la reagrupación de la pareja no casada “que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada” o de la “pareja registrada” (artículo 4.3); y precisa el artículo 5.2 de la Directiva que, cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y “cualquier otro medio de prueba fiable”.

2. Reagrupación de los ascendientes.

Mayores dudas ha suscitado la nueva regulación proyectada relativa a la reagrupación de ascendientes, en cuanto exige, de un lado y como regla general, que los ascendientes reagrupables sean mayores de 65 años (artículo 17.1.d) y, de otro, que este concreto grupo de familiares sólo puedan ser reagrupables a partir del momento en que el solicitante (reagrupante) adquiera la residencia de larga duración (artículo 18.1). Esta nueva regulación ha sido criticada por algunos de los órganos y entidades intervinientes a lo largo del proceso de elaboración del Anteproyecto, por el retroceso que supone respecto de la regulación preexistente.

La memoria justifica el nuevo régimen por la influencia imprevista y compleja en el mercado de trabajo que tiene la entrada, por esta vía, de ascendientes que se hallan en edad y situación de trabajar. Se trata, por tanto, de adecuar la regulación a la capacidad de acogida y al mercado laboral de nuestro país. Por ello, se ciñe más la reagrupación a la llamada familia nuclear (cónyuges e hijos) si bien se permite la reagrupación de ascendientes mayores de 65 años, puesto que ello no tendrá impacto en el mercado laboral y, objetivamente, tales personas pueden encontrarse

en una situación de mayor vulnerabilidad (lo que también lleva a matizar la regla y admitir excepciones por razones de carácter humanitario).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, las objeciones fundamentales a esta nueva regulación se han formulado a partir del contenido de la Directiva 2003/86/CE, antes mencionada, lo que exige alguna consideración al respecto.

Dicha Directiva impone que se autorice ("autorizarán") la reagrupación del cónyuge y los hijos menores a que se refiere su artículo 4.1. En cambio, en relación con los ascendientes en línea recta y primer grado no se impone, sino que se permite (podrán autorizar), aunque se matiza: "siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV" y cuando los ascendientes estén a cargo del reagrupante o de su cónyuge "y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen" (artículo 4.2).

Ciertamente, la Directiva dispone que su regulación no afectará a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables (artículo 3.5). De acuerdo con ello, si no se impone la reagrupación de los ascendientes, parece que el Estado miembro puede aceptarla (como medida más favorable) e imponer las restricciones que tenga por conveniente en relación con tales familiares. No obstante, también parece razonable entender que, aunque no se les imponga (a los Estados miembros) la reagrupación de estos familiares, en caso de que se admita, se haga con unas exigencias mínimas. A partir de ello, pueden analizarse los dos requisitos nuevos incorporados en el Proyecto de reforma del Gobierno.

En relación con la exigencia de que sean mayores de 65 años no es objetable -desde la perspectiva de esta norma comunitaria- su exigencia por el derecho interno. Puesto que la Directiva no impone la reagrupación de los ascendientes, el ordenamiento español podría rechazar tal posibilidad, y consiguientemente, puede también admitirla sólo parcialmente (esto es, en relación con los mayores de 65 años). No obstante, quiere llamarse la atención sobre la pertinencia de mantener la excepción orientada a permitir la reagrupación de ascendientes menores de 65 años, cuando concurren razones de carácter humanitario, a la vista de las consideraciones que se hicieron más arriba sobre el objetivo de protección de la familia y el derecho a la vida familiar, afirmado por el TEDH (que, como se ha apuntado, comprendería, como uno de sus elementos fundamentales, el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía).

Mayores dudas suscita la exigencia de que el reagrupante haya adquirido previamente la residencia de larga duración (artículo 18.1 del Anteproyecto), lo que supone, con carácter general, una residencia previa y continuada de cinco años. Ya no se trata de una de las exigencias del familiar reagrupable, sino de los requisitos del reagrupante. Y en relación con este punto, el artículo 8 de la Directiva (inserto en el

capítulo IV, al que se remite el artículo 4.2: “siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV”) establece: “Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él” (aunque se prevé una excepción que la extiende hasta tres años como máximo, en función de la legislación existente en el momento de adopción de la Directiva).

Como se ha apuntado, aunque no se imponga a los Estados miembros la reagrupación de los ascendientes, sí parece que, en caso de que se opte por aceptar tal posibilidad, deben respetarse las exigencias que la Directiva recoge en su capítulo IV y, en particular, cuando no se trata de una restricción relativa a los ascendientes reagrupables, sino de los requisitos exigibles al residente reagrupante (como es el de que la residencia legal previa exigida no supere los dos años).

También suscita dudas la falta de incorporación de la exigencia, en el artículo 17.1.d) proyectado, de que los ascendientes reagrupables lo sean “en línea recta y en primer grado” y de que “carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen” (criterio que la Directiva utiliza para delimitar los ascendientes reagrupables: artículo 4.2.a); exigencia, esta última, que sería coherente con los objetivos que, en este ámbito, se propone el Anteproyecto, aunque no se ignoran los problemas que podría plantear su acreditación. No obstante, ya se ha aludido a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables (artículo 3.5 de la Directiva).

Por último, quiere llamarse la atención sobre el requisito contemplado en el artículo 17.1.d) proyectado de que “existan razones que justifiquen su residencia en España”: si se trata de ascendientes del reagrupante, que están a su cargo y que son mayores de 65 años, parece que concurren ya razones suficientes que justifican su residencia en España. Nótese que, en la redacción actualmente vigente de la LOE hay una diferencia de matiz, no exento de virtualidad, al exigirse que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España” (lo que da pie para que por vía reglamentaria se concreten casos en que se considera que existe esa “necesidad” de autorizar la residencia en España: por ejemplo, en función de la carencia de un apoyo familiar adecuado en el país de origen).

C. Las Garantías Jurídicas. Las propuestas de “lege ferenda”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 95/2003, ha venido afirmando reiteradamente la inconstitucionalidad de *“la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación”* (F.J. 8º). La doctrina constitucional afirma la conexión instrumental

entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce a todos los extranjeros con independencia de su situación jurídica; esta conexión determina la existencia de un "contenido constitucional indisponible" para el legislador, que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, de modo que la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, esa misma jurisprudencia sería recogida en la STC 236/2007, que declaró, por ello, la inconstitucionalidad del artículo 22.2 de la LO 4/2000 y la consiguiente nulidad del inciso "residentes" que figuraba en él. Por ello, la modificación que se pretende introducir permite acomodar las previsiones del precepto a esta jurisprudencia constitucional. La principal novedad del proyecto de Ley que discute el Parlamento consiste en la introducción de un nuevo artículo que bajo la denominación "Postulación procesal" viene a establecer que, en los procesos contenciosos administrativos el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, que habrá de realizarse por cualquiera de los medios previstos en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el supuesto de que el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud de este derecho y la manifestación de voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente. La previsión contenida en este precepto viene a intentar resolver un problema práctico recurrente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, y especialmente, el que se produce cuando al extranjero se le deniega la entrada en los puestos fronterizos, y el letrado designado inicialmente, al amparo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, viene muy a menudo a mantener la representación del ciudadano extranjero, continuando adelante en el ejercicio de las pretensiones en todas las instancias, sin que el interesado, que en la mayoría de los casos se encuentra fuera del territorio nacional, tenga conocimiento de ello ni, en consecuencia, haya manifestado su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones, ni pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce como parte, dando lugar a una efectiva lesión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como consecuencia de esta práctica, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), una corriente mayoritaria de la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido exigiendo, con ocasión de la interposición del recurso contencioso-administrativo, que la representación del recurrente ha de constar debidamente acreditada, por cualquiera de los medios previstos en el art. 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denegando el acceso al proceso en todos aquellos supuestos en que la voluntad del recurrente no constase debidamente acreditada o no se hubiese atribuido la representación procesal en los términos previstos en el mencionado art. 24 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta misma posición se ha situado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señalando que *“Este Tribunal ha afirmado que es difícilmente rebatible la tesis de que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso o inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre) o del poder apud acta (STC 205/2001, de 15 de octubre)”* (ATC 296/2006, de 6 de septiembre, F.J. 6º). Con el fin de garantizar adecuadamente el cumplimiento del requisito de postulación, evitando que el extranjero pueda ver cerrado su acceso a la jurisdicción, la modificación introducida exige a éste la formulación de una nueva solicitud de asistencia jurídica gratuita, pero ello implica la aplicación los extranjeros de un tratamiento diferenciado, y más gravoso, que a los nacionales, en el procedimiento de reconocimiento de este derecho en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita dispone que el reconocimiento del derecho se extiende, en el transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. La Ley no exige, por tanto, una nueva solicitud ni, en consecuencia, una nueva valoración de las circunstancias económicas del beneficiario, por lo que el trámite introducido en el precepto que se examina, supone la exigencia al extranjero de requisitos no aplicables a los nacionales en la citada Ley. Si bien cabría una interpretación favorable del precepto examinado, partiendo de la consideración de que dicha exigencia opera en favor del afectado, en cuanto su finalidad no es otra que la de actuar como garantía del adecuado ejercicio por los extranjeros -especialmente en el supuesto de que carezcan de domicilio en España-, de los derechos que se integran en el ámbito de la tutela judicial efectiva, no puede ignorarse el hecho de que, en la medida en que se introduce para éstos una condición diferente o más gravosa que la exigida a los nacionales, se pone en cuestión el principio de igualdad de condiciones con los nacionales, en el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, principio que ha sido reiteradamente señalado por la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 95/2003 y 236/2007).



DE LOS ESTADOS FALLIDOS

FAILED STATES

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 86-113

Salvador
Francisco
RUIZ
MEDRANO

RESUMEN: Al presente, desde distintas perspectivas, los Estados fallidos parecieran ser una clasificación más de los Estados en general. Este artículo constituye un intento por revisar dicho concepto, que en nuestros días, últimamente, a cobrando nueva relevancia. La tarea se emprende desde el concepto que el derecho internacional da a los Estados fallidos. Luego se analizan las características políticas del mismo, a través del Índice de Política Exterior y Fondo para la Paz de los Estados, que consideran el nivel de desprotección de la ciudadanía frente a la violencia. El propósito principal es determinar una conexión real que justifique la existencia de Estados fallidos, o si esta categoría es sólo una manipulación de las potencias poderosas. Del mismo modo, el artículo es un intento por clarificar ciertos conceptos relativos a los Estados fallidos, como falta de gobernabilidad y estabilidad que, con frecuencia, se han usado como sinónimos de Estado fallido, aunque su aplicación debe ser relativa al contexto específico de cada país.

PALABRAS CLAVE: Estados fallidos, gobernabilidad, estabilidad, sujetos de derecho, indicadores sociales, políticos y económicos.

ABSTRACT: In the present, from different perspectives, Failed States appear to be another classification of states in general. This article constitutes an attempt to evaluate and revisit the concept of Failed States, which has become relevant, lately. From the international law perspective we intend to find the roots of this controversial concept. Then, we analyze the political characteristics through the revision of Foreign Policy and Fund for Peace index of National-States that consider the level or degree of lack of protection to the citizenry from violence. The main objective of this article is to try to find a relation or real connection that actually motivates the existence of failed states, or if it is only a political manipulation of powerful states in the world. Likewise, the article is an attempt to clarify concepts related to failed states such as lack of governability and stability, which frequently have been used as synonyms of failed states, however they are different and their application must be related to the particular context of each nation.

KEY WORDS: Failed states, governability, stability, law subjects, social, political and economic indicators.

SUMARIO: Introducción. I. De los sujetos en el Derecho Internacional.- I.1. De los sujetos atípicos en el Derecho Internacional.- I.1.1. Los beligerantes.- I.1.2. Movimientos de liberación nacional.- I.1.3. Los insurrectos o insurgentes.- I.1.4. Los gobiernos imperfectos.- I.1.5. De los sujetos atípicos, conclusión.- I.2. Los Estados como sujetos del Derecho Internacional.- I.2.1. El reconocimiento de la Comunidad Internacional a un Estado.- II. De los Estados en general.- II.1. Estabilidad y gobernabilidad.- II.2. Definiciones de Estados Fallidos. Un primer análisis.- II.3. Concepto de Estado fallido según Fund for Peace. II.4. De los parámetros empleados por Fund for Peace para llevar a cabo su análisis.- II.4.1. Los indicadores sociales. II.4.2. Indicadores Económicos.- II.4.3. Indicadores Políticos. II.5. Análisis detallado de cómo se miden los factores o indicadores de Estados fallidos.- II.5.1. Introducción.- II.5.2. Problemas con el concepto y el índice de Estados fallidos.- Conclusión.- Bibliografía.- Bibliografía Virtual.

INTRODUCCIÓN.

El concepto de Estados Fallidos ha cobrado especial relevancia en los últimos tiempos. Diversos índices sobre los Estados Fallidos en el mundo se han publicado en los últimos años. Uno de los más notorios es el de la revista Foreign Policy y el Fund for Peace que agrupa a los Estados-nación del orbe de acuerdo al grado de amenaza que presentan con respecto a la protección de sus poblaciones de la violencia. Sin embargo, el concepto que se ha aplicado alrededor del mundo para señalar a los Estados Fallidos es “terriblemente” amplio o en palabras de Noam Chomsky¹ “frustrantemente impreciso”. Esto ha colocado a una gran cantidad de Estados en los primeros lugares de los índices y a otros en el umbral de ser fallidos, pero las conclusiones sobre las características precisas que hace a un Estado fallido son parciales hasta el momento. En todo caso, si el concepto es tan laxo y puede interpretarse de cualquier manera, cualquier Estado que reúna algunos de los factores previstos podrá ser puesto en el saco del “malogro o ruina” estatal. Dadas estas condiciones el índice de Estados Fallidos podrá usarse, entonces, de acuerdo a las intenciones políticas de otros Estados.

En la actualidad se habla con relación a los Estados fallidos como si de una clasificación más de los Estados se tratase. Se habla desde la perspectiva de la política, del derecho y de la sociología. En ocasiones estas discusiones han tenido serios debates en los círculos por donde se escuchan y en otras ocasiones han

¹ ЧОМСКИЙ, Noam, *Estados Fallidos, El abuso del poder y el ataque a la democracia*, Ediciones B, México, D.F., 2007, p. 7.

• Salvador Francisco Ruiz Medrano

Es Doctor en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Valencia, España, con especialidad en Propiedad Intelectual, Maestro en Derecho Internacional Privado y Licenciado en Derecho. Es actualmente profesor de tiempo completo del Departamento de Gestión y Dirección de Empresas de la División de Ciencias Económico Administrativas de la Universidad de Guanajuato, donde imparte las materias de Contratos Internacionales, Derecho de los Negocios Internacionales, Derecho Fiscal y en el Departamento de Derecho de la misma universidad, la materia de Hermenéutica Jurídica. e-mail: kikamron@hotmail.com

encontrado escaso eco de sus palabras. Sin embargo, han sido pocos los que se han puesto a pensar acerca de sí, para empezar dicha clasificación tiene verdaderos fundamentos, o es simplemente una moda pasajera, una etiqueta que se impone por cuestiones de política doméstica desde el lugar de donde sale la famosa lista, Estados Unidos, o simplemente si tiene alguna utilidad práctica desde la óptica del Derecho Internacional.

Estas reflexiones son las que motivan la presente investigación con la única finalidad de encontrar un nexo o un vínculo real que motive dicha aseveración de la existencia de los denominados “Estados Fallidos”. Así mismo, el presente artículo es un intento por rescatar los conceptos que se relacionan con los Estados Fallidos y generar una discusión sobre la precisión de los mismos. Conceptos como el (in) estabilidad y (in) gobernabilidad, que se han manejando frecuentemente como sinónimos aún y cuando su precisión y las características de los mismos nos indicarían que son distintos y su aplicación debe ser de acuerdo a los condiciones de cada nación, alimentan a su vez la discusión sobre los Estados fallidos.

I. DE LOS SUJETOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

A pesar de las discrepancias que suelen existir en el Derecho Internacional, desde las teorías clásicas y puristas, sólo se reconocen dos sujetos del Derecho Internacional: El Estado y las organizaciones internacionales.

Posteriormente, para fines prácticos suelen también considerarse como sujetos controvertidos a las entidades políticas y religiosas. Dentro de los primeros, suelen nombrarse a los gobiernos imperfectos, los insurgentes o insurrectos, los movimientos de liberación nacional y los pueblos. Dentro de los segundos pueden reconocerse a la Iglesia Católica y la Soberana Orden de Malta. Finalmente y para completar la clasificación, se suelen denominar cómo sujetos impropios a las entidades económicas, las organizaciones no gubernamentales y a la Humanidad en sí misma².

Para el objeto de esta investigación, nos centraremos en una primera parte en los sujetos atípicos, esto en virtud de que son considerados como elementos desestabilizadores que posteriormente pueden desembocar en la consideración de Estados Fallidos, para posteriormente incluir al sujeto por excelencia del Derecho Internacional que es el Estado.

I.1. De los sujetos atípicos en el Derecho Internacional.

Resulta indispensable para la obtención de un panorama claro de lo que se pretende lograr con este trabajo, consultar a los sujetos atípicos del Derecho

² Vid. JUSTE RUIZ J., y CASTILLO DAUDÍ M., *Derecho Internacional Público*, Ed. Punto y Coma, Valencia, 2000, pp. 185-201.

Internacional, ya que estos pueden resultar en elementos desestabilizadores de un Estado y que estos sean considerados como Estados Fallidos. Por tanto la visión que se mostrara será la de que los sujetos atípicos pueden ser elementos que pueden dar pauta a que un Estado sea calificado como fallido.

De manera doctrinal³ se pueden señalar que existen cuatro sujetos atípicos del Derecho Internacional que pueden ser causa de que un Estado pueda ser considerado como fracasado, estos son:

- a) Los beligerantes.
- b) Movimientos de liberación nacional.
- c) Los insurrectos o insurgentes.
- d) Los gobiernos imperfectos.

I.1.1. Los beligerantes.

Esta situación ocurre cuando existe un grupo “rebelde⁴” que domina una importante del territorio y puede ejercer un dominio efectivo sobre él. El reconocimiento de la existencia de este grupo por parte de terceros Estados es de carácter discrecional y sujeto a las dos condiciones de existencia, que son: a) dominio sobre una parte importante de un territorio y, b) que este dominio sea efectivo, es decir, que pueda realizar actos que en otras circunstancias le corresponderían al Estado.

Si no se cumplen estas dos condiciones estaríamos ante una rebelión o ante casos de reconocimientos prematuros de la existencia de esta condición dentro de un Estado.

I.1.2. Movimientos de liberación nacional.

Estos movimientos tienen como antecedentes directos los procesos de descolonización de África, Asia, Oceanía y la región del Caribe, a mediados del siglo pasado. La distinción con la que cuentan actualmente para ser diferenciados de otros movimientos es el objeto que persiguen, que suele ser⁵, el de la autodeterminación de una población autóctona de un determinado territorio, en contra de una ocupación extranjera, ya sea legal o ilegal.

³ Entre los muchos autores, se pueden consultar a JUSTE RUIZ J., y CASTILLO DAUDÍ M., *Derecho Internacional... Op.Cit.*, pp. 190-193; ORTIZ AHLF L., *Derecho Internacional Público*, Ed. Harla, 2ª Ed., México 1993, pp. 70-73; SEARA VAZQUEZ M. *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, 15ª Edición, México, 1994, pp. 96-120; REMIRO BROTONS A., et al, *Derecho Internacional*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1997, pp. 107-134.

⁴ Aquí se ha de entender como rebelde a todo grupo antagónico, que a través del uso de la fuerza se opone a un gobierno central, elegido por vías democráticas o no, pero que ha sido reconocido por una parte importante de la comunidad internacional.

⁵ Aquí valdría la pena aclarar que denominamos “suele ser” ya que existen grupos rebeldes, en América principalmente, que se autodenominan “de Liberación Nacional”, sin que el objeto, tal y como la doctrina internacional señala, sea el mismo para ser considerados como tales por la comunidad internacional y caen invariablemente en la posición de beligerantes, tal y como podría ser el caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México.

La personalidad jurídica internacional con la que cuentan estos movimientos se manifiesta en tres ámbitos: derecho humanitario, derecho de los tratados y las relaciones internacionales⁶.

De lo anteriormente señalado, se pone de manifiesto que estos movimientos pueden constituir un elemento desestabilizador para dar pauta a una calificación de Estado fallido, más sin embargo, los Estados que tengan estos movimientos, no pueden ser considerados de facto como Estados fallidos.

1.1.3. Los insurrectos o insurgentes.

Esta figura explica que se le llama insurrecto a aquellos grupos que por medio del uso de la fuerza se rebelan ante su gobierno tomando unas escasas posiciones dentro del territorio del Estado ante el que se rebelan, tal y como pueden ser plazas o embarcaciones. Son el paso previo de la beligerancia si obtienen el apoyo de otros territorios o Estados, de lo contrario suelen disolverse en busca del asilo político⁷. Como fuente del Derecho de este grupo se puede señalar el artículo 3 de la Convención de la Habana de 1928 sobre los Derechos y Deberes de los Estados en caso de Guerra, el cual establece que: "El buque insurrecto de guerra o mercante, equipado por la rebelión, que llegue a un país extranjero o busque refugio en él, será entregado por el gobierno de éste al gobierno constituido del país en lucha civil, y los tripulantes serán considerados como refugiados políticos".

De esto, se puede muy bien señalar que también pueden ser considerados como elementos desestabilizadores, más no como un elemento capaz de hacer fracasar un Estado.

1.1.4. Los gobiernos imperfectos.

Este tipo de gobiernos suelen ser de tres clases: a) gobiernos de facto; b) comités nacionales, y; c) gobiernos en el exilio⁸.

Los gobiernos de facto son aquellos que surgen de una revolución, levantamiento, asonada, etc., y su problemática deriva de un problema de reconocimiento internacional del gobierno triunfante, más no de existencia misma del Estado, el cual ya existía con anterioridad.

Los comités nacionales son los representantes de una comunidad nacional cuyo territorio se encuentra ocupado militarmente. En estos casos el final de la guerra o

⁶ Vid., ORTIZ AHLF L., *Derecho Internacional...* Op.Cit., p. 71-73.

⁷ Vid., ORTIZ AHLF L., *Derecho Internacional...* Op.Cit., p. 73; Vid. SEARA VAZQUEZ M. *Derecho Internacional...* Op.Cit., p. 96, donde lo señala como reconocimiento de insurgencia, pero con idénticos elementos a los ya señalados antes; Vid., JUSTE RUIZ J., y CASTILLO DAUDI M., *Derecho Internacional...* Op.Cit., pp. 191-192.

⁸ Esta clasificación se puede observar en JUSTE RUIZ J., y CASTILLO DAUDI M., *Derecho Internacional...* Op.Cit., pp. 190-191 y en SEARA VAZQUEZ M. *Derecho Internacional...* Op.Cit., pp. 96-98, donde lo señala como *Reconocimiento del derecho a la independencia y Reconocimiento a gobiernos derrocados*.

el conflicto, regresa las situaciones a su punto de origen, donde, generalmente, los comités nacionales son reconocidos como gobiernos por la comunidad internacional.

Los gobiernos en el exilio, no gozan de ninguna implantación territorial, cuya existencia es de carácter simbólico o testimonial y cuya función se relega al plano político más que el jurídico. Como las anteriores no plantea la creación de un nuevo sujeto del derecho internacional.

I.1.5. De los sujetos atípicos, conclusión.

Como se puede observar en lo anteriormente señalado, y para los efectos de este estudio, los sujetos atípicos pueden ser considerados como factores claves para la desestabilización de un Estado y por ende Estados Fallidos, ya que una de las características en común que comparten entre sí, es el derrocamiento de un gobierno a través del uso de la fuerza o de medios políticos y de presión internacional. Sin embargo se habla de un cambio de gobierno, no de la disolución del Estado en sí mismo, o bien la creación de un nuevo ente del Derecho Internacional, tal y como cabría esperar de la definición propia de Estado fallido.

Por tanto, es incomprensible que ante esta lógica, se pueda considerar que si un Estado sufre alguno de estos tipos de situaciones pueda ser considerado como un Estado Fallido de facto o en vías de ser uno de estos. Esto nos lleva a pensar que quizás las motivaciones para la existencia de una lista de estas características se funden más en cuestiones de carácter político que jurídico.

I.2. Los Estados como sujetos del Derecho Internacional.

En términos generales para que un Estado pueda ser considerado como sujeto del Derecho Internacional debe de haber realizado una serie de actividades que se concreten de tres maneras⁹:

- a) Ejercicio de la facultad de Legislación (*ius communicationis*), es decir que mantenga unas relaciones con otros Estados u organizaciones internacionales de carácter real y efectivo.
- b) Que pueda realizar una celebración efectiva de los Tratados Internacionales, es decir que tenga una capacidad para poder hacerlo.
- c) Que pueda ser sujeto de responsabilidad internacional.

Sin embargo, para que un Estado pueda ser considerado como tal en primera instancia este ha de reunir una serie de requisitos ante la Comunidad Internacional. El primero y más importante de ellos es la soberanía, es decir que se trate de

⁹ Esta clasificación viene señalada por el profesor Paul Reuter y puede ser vista en JUSTE RUIZ J., y CASTILLO DAUDÍ M., *Derecho Internacional...* Op.Cit., p. 185.

un Estado Soberano. De esta forma, para Alfred Verdross¹⁰ señala que los Estados soberanos son: Una comunidad humana perfecta¹¹ y permanente¹², capaz de gobernarse plenamente a sí misma en forma independiente, la cual debe tener la capacidad necesaria para imponer su propio ordenamiento jurídico y mantener relaciones jurídicas internacionales con el resto de la comunidad internacional.

Por tanto estaríamos entrando a las doctrina clásicas de Bodino donde se señala la no sujeción del Estado a ningún otro poder hasta las teorías de carácter absoluto de Hegel en esta materia. Así, tenemos que soberanía es directamente proporcional al grado de independencia con que puede actuar un Estado, lo que lleva a pensar que los Estados se pueden encontrar limitados por sus obligaciones que les impone el Derecho Internacional. Sin embargo estas obligaciones a que hacemos referencia van ligadas a cuestiones relacionadas al reconocimiento mismo de un Estado, ya que, y tal como lo señala el artículo 4º de la Carta de las Naciones Unidas¹³, se necesita que un Estado tenga la capacidad para mantener relaciones internacionales con otros Estados y con organismos e instituciones internacionales, la capacidad para celebrar tratados, mantener relaciones diplomáticas y para reclamar y exigir responsabilidad internacional, para que este sea miembro de la ONU, es decir que sea independiente y soberano.

Sobre este mismo aspecto cabe destacar lo señalado en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, el cual señala: "Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En particular; la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:

- a) los Estados son iguales jurídicamente;
- b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
- c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
- d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;

¹⁰ Vid., ORTIZ AHLE L., *Derecho Internacional...* Op.Cit., p. 64 tomando la cita de VERDROSS A., *Derecho Internacional público*, 5ª ed., trad. Antonio Truyol y Serra, Ed. Aguilar, Madrid, 1976.

¹¹ Para entender lo anterior debemos de señalar que la comunidad humana perfecta ha de ser entendida como la capacidad que gozan o deben de gozar los Estados para poder perseguir por sí mismos, sin intervención alguna, sus fines.

¹² Puede resultar contradictorio señalar que como requisito de un Estado soberano, que su comunidad humana ha de ser permanente, si se toma en consideración el hecho que Kelsen nos introduce un elemento más de los Estados, el tiempo.

¹³ Este artículo a la letra señala: "Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo."

- e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar delante libremente sus sistemas político, social, económico y cultural;
- f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.”

I.2.1. El reconocimiento de la Comunidad Internacional a un Estado.

Como se podrá observar, el hecho de que el Estado mismo sea reconocido ante la comunidad internacional, implica que este es “Soberano”, si es soberano, no puede ser en ningún caso, un Estado fallido, ya que es el reconocimiento que hace la comunidad internacional el que hace suponer que el Estado es soberano.

El reconocimiento que hace la Comunidad Internacional de un Estado viene explicado en el Instituto de Derecho Internacional de Bruselas en 1936, el cual señala que se trata de “el acto libre por el cual uno o varios Estados constatan la existencia de un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones del Derecho Internacional, y manifiestan consiguientemente su voluntad de considerarlo como miembro de la Comunidad Internacional”¹⁴.

De lo anterior se puede señalar que se trata de un acto libre y discrecional que puede ser empleado como una herramienta de la política internacional. En casos recientes se puede señalar como ejemplo a Honduras y la asonada militar que depuso al presidente Zelaya para evitar que pudiese hacer un referéndum para intentar volver a ser reelecto como presidente de su país. El actual gobierno de Roberto Micheletti pretendería buscar la legitimidad de su gobierno a través del reconocimiento internacional ante la oposición de los países miembros de la OEA que piden el regreso del depuesto presidente. Ante este caso, el reconocimiento internacional fungiría como elemento *sine qua non* para poder legitimar el nuevo régimen, el cual sería de carácter libre y discrecional proviniendo de cualquier país con algún tipo de interés en que así fuese.

Este mismo caso, haría plantear, ¿acaso es Honduras un Estado fallido?, en términos generales no se trata de un Estado fallido, en todo caso el fracaso no vendría de las instituciones del país centroamericano sino provendría de un nuevo gobierno que fracasaría en intentar legitimarse ante la comunidad internacional. Por tanto se puede descartar que el fracaso de un Estado provenga de la falta de reconocimiento internacional hacia un gobierno determinado sino que podría obedecer a situaciones más graves y constantes dentro del mismo.

¹⁴ REMIRO BROTONS A., *et al*, *Derecho Internacional...* Op.Cit., p. 52.

II. De los Estados en general.

II.1. Estabilidad y gobernabilidad.

Asociados al concepto genérico de Estado Fallido se encuentran los conceptos de estabilidad y gobernabilidad. Gran parte de la discusión sobre el concepto de estabilidad de los Estados ha transcurrido en un vaivén de interpretaciones sobre las condiciones económicas y la fortaleza institucional de los gobiernos para ser frente a los periodos de crisis. Tendríamos que distinguir las situaciones particulares de los países para hablar de las connotaciones especiales que adquiere la estabilidad en naciones desarrolladas y subdesarrolladas, por ejemplo. Manuel Alcántara menciona esas diferencias sobre las visiones de la estabilidad de los Estados entre el mundo desarrollado y el mundo en vías de desarrollo. Mientras que en el primero la estabilidad se vislumbra asociada más al control de la violencia, el desarrollo de la economía y la fortaleza institucional de la capacidad de gobernar; en los países en vías de desarrollo el concepto de estabilidad adquirió un sentido socioeconómico por excelencia. Es decir, que los "...factores políticos se contemplan, generalizadamente, en su capacidad de producir resultados económicos que aseguren el crecimiento y la superación de la marginación social y de la pobreza"¹⁵.

La variedad de factores y condiciones que se han sumado al término estabilidad (si lo utilizamos en este sentido desde la dimensión política) ha producido una gama extensa de posicionamientos al respecto. Por ejemplo, Dowding y Kimber¹⁶ definen a la estabilidad política de acuerdo a las capacidades de un Estado por prevenir contingencias que potencialmente lo lleven a su desaparición. Entre los factores y condiciones que proponen para la ilustrar la estabilidad política se encuentra: la ausencia de violencia, la longevidad gubernamental, la existencia de un régimen constitucional legítimo, la ausencia de cambio estructural, y una sociedad multifacético adaptable a los cambios. La lista de factores, como se aprecia, es numerosa. Aún mayor resulta si agregamos otros componentes económicos como el control del déficit público, el control de la inflación y el desarrollo productivo¹⁷. El punto central es finalmente la capacidad de los Estados para mantenerse en el tiempo. Pero no a toda costa y sobre la base de cualquier medio.

Aunque hay ciertas precisiones sobre el concepto de estabilidad los problemas, los podemos encontrar en las mediciones de los factores que producen la estabilidad

¹⁵ ALCÁNTARA S., Manuel, *Gobernabilidad, Crisis y Cambio. Elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio*, FCE, México, 2004, p. 24.

¹⁶ DOWDING, KEITH M., RICHARD KIMBER, "The Meaning and Use of political Stability", en *European Journal of political Research*, Vol. 11, 1983, pp. 229-243.

¹⁷ ERSON SVANTE, Jane-Eric Lane, "Political Stability in European Democracies", en *European Journal of Political Research*, Vol. 11, 1983, pp. 245-264.

política o en su caso inestabilidad. De esto que el concepto de Estado fallido presente a su vez diversas imprecisiones.

El concepto de gobernabilidad, a su vez se encuentra directamente asociado con la estabilidad de los Estados. El interés sobre el término está relacionado con la aparición o agudización de situaciones de crisis en los sistemas políticos. En este sentido se habla de crisis de gobernabilidad como la incapacidad de los gobernantes y como consecuencia de las demandas excesivas de los ciudadanos¹⁸. Desde esta perspectiva la ingobernabilidad es causada por el sistema político y por la sociedad al mismo tiempo. Es notable que la gobernabilidad o ingobernabilidad se interprete como una capacidad o incapacidad del Estado de la misma manera que se presenta en el concepto de estabilidad o inestabilidad. Aunque la gobernabilidad desde la literatura especializada ha estado más asociada con los regímenes democráticos modernos. Entonces es preciso hablar de gobernabilidad o ingobernabilidad democrática. Ciertamente, el término se concentra en el ámbito del gobierno y el sistema político pero no es ajeno a todo lo que se considera como el Estado y a la sociedad civil.

Coppedge¹⁹ enuncia seis condiciones de la gobernabilidad: las primeras dos tienen que ver con la capacidad y el deseo de todos los grupos políticamente relevantes para comprometerse con arreglos institucionales que sirvan como base para la negociación socio-política. La tercera está asociada con la aceptación de los compromisos institucionales por parte de todos los actores sociales y las élites. La cuarta y la quinta tienen que ver con los mecanismos de representación ciudadana, sobre todo aquellos relacionados con los regímenes democráticos y el acceso al poder político. La sexta se refiere al mantenimiento estable de mayorías representativas. Asimismo, la gobernabilidad se relaciona con el fortalecimiento de la sociedad civil, el comportamiento de la economía y la integración de sectores amplios sociales al sistema productivo. Estas últimas condiciones acercan más los factores de estabilidad y gobernabilidad.

Finalmente, el concepto de gobernabilidad debe entenderse desde una perspectiva pluridimensional que se establece a lo largo de gobierno-sociedad, representación-legitimidad, y cambio-mantenimiento. Sin embargo, la noción que prevalece es la de capacidad en todas estas dimensiones. Entonces, un Estado será fallido, considerando los conceptos de gobernabilidad y estabilidad, si es incapaz de producir las condiciones necesarias para su propio mantenimiento y el de la sociedad, y poder revertir los efectos negativos de los contextos de crisis.

Asociando conceptos encontramos que el Estado Fallido en términos de

¹⁸ PASQUINO, Gianfranco, "Gobernabilidad", *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI, 1988

¹⁹ COPPEDGE, Michael, "Institutions and Democratic Governance in Latin America", en *Rethinking Development Theories in Latin America*, ILAS, University of North Carolina, 1993.

Chomsky²⁰ es aquel que carece de voluntad o capacidad de proteger a sus ciudadanos de la violencia y quizás incluso de la destrucción y se considera más allá del derecho nacional e internacional, padeciendo al mismo tiempo de un gran déficit democrático. Las dimensiones en este concepto se estrechan y relacionan directamente con aquellas mencionadas en los conceptos de estabilidad y gobernabilidad.

II.2. Definiciones de Estados Fallidos. Un primer análisis.

La revista norteamericana Foreign Policy es la encargada de publicar la lista de la Fund for Peace en donde se ordena a los países basándose en doce factores determinantes como la presión demográfica creciente, movimientos masivos de refugiados y desplazados internos; descontento grupal y búsqueda de venganza²¹, huida crónica y constante de población; desarrollo desigual entre grupos; crisis económica aguda o grave; criminalización y deslegitimación del Estado; deterioro progresivo de los servicios públicos; violación extendida de los Derechos Humanos; aparato de seguridad que supone un "Estado dentro del Estado"; ascenso de elites fraccionalizadas e intervención de otros Estados o factores externos²².

De estas variables, ninguna puede ser considerada objetiva para la conceptualización de un Estado fallido, todas estas son de carácter muy subjetivo que pueden dar pie a diversas interpretaciones que derivarían en poner a un Estado dentro de la lista a juicio personal, interés político o económico.

De lo anterior resulta, que por mucho que intentemos definir a un Estado fallido con estos parámetros siempre terminaremos con términos vagos y ambiguos, tal y como los que pueden aparecer en el Internet²³, ya que no se puede negar que todos los Estados sufren de estos problemas, sí, es cierto, en mayor o menor proporción, pero de ahí a afirmar que sean o estén encaminados al fracaso existe un abismo.

Aplicando la lógica positivista a esto, no existen como tal los Estados fracasados. Punto. No hay más, el Derecho Internacional, la Comunidad Internacional es quien debe proponer esta nueva denominación, si existiese algún sustento real para ello, luego no existe, no existen tampoco los llamados Estados fracasados.

II.3. Concepto de Estado fallido según Fund for Peace.

²⁰ CHOMSKY, Noam, *Estados Fallidos...* Op.Cit., 2007.

²¹ Resulta inverosímil que una situación totalmente subjetiva pueda ser cuantificable o medible.

²² http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=391&Itemid=549; Vid., SANTOS VILLAREAL G., et al, <<Estados Fallidos. Definiciones conceptuales>> Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. México, abril 2009, p. 11.

²³ Se puede mencionar como la definición más popular, entendido esto en el sentido de que es la de más fácil acceso a las personas a través del uso del internet, la señalada en la Wikipedia, en donde lo explica en los siguientes términos: "Estado fallido es un término polémico, que califica de esta manera a un Estado débil en el cual el gobierno central tiene poco control práctico sobre su territorio. El término es muy ambiguo e impreciso. Por ejemplo, si se toma de forma literal, un Estado fallido sería aquel en el que no hay un gobierno efectivo, al contrario de un gobierno dictatorial que acapara y utiliza todo el poder." Vid., http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_fallido

En un Estado fallido, el gobierno no tiene el control físico sobre su territorio y carece del monopolio de la fuerza. Sus instituciones son débiles o inexistentes, el debate democrático está ausente. La guerra civil por sí sola no conlleva el fracaso del Estado se trata de un indicador complejo que incorpora otras variables distintas de la economía, para aportar mayores elementos de análisis sobre la condición de fortaleza o debilidad institucional del Estado. En total son tres variables incorporadas en el análisis de este aspecto: sociales, económicas y políticas que se desdoblaron en doce indicadores.

Para Juan Gabriel Tokatlian²⁴ el término Estado fallido, hace referencia a la posibilidad de un vacío de poder en un país aquejado por el conflicto interno, como una de las amenazas que más aprehensión despierta sobre la suerte del equilibrio mundial, puesto que se identifica el concepto “con sociedades muy fracturadas y una legitimidad muy cuestionada, sin capacidad real de independencia territorial ni poder negociador económico (con) una soberanía negativa, soberanos en lo formal pero tributarios de un poder superior” a una situación de colapso, así, un Estado puede llegar de manera abrupta y acelerada o a través de un largo período de decaimiento y deterioro, abierto o elusivo. Se puede expresar según Fund for Peace, en un conflicto que se localiza en territorios que buscan autonomía.

II.4. De los parámetros empleados por Fund for Peace para llevar a cabo su análisis.

En el año 2005 Fund for Peace²⁵ publicó en Foreign Policy²⁶ una lista titulada “Índice de Estados Fallidos 2005”. Donde se incluía a 76 países que fueron analizados y clasificados. De ellos, 33 Estados estuvieron clasificados como en alerta y otros 43 en peligro. Para el año 2009 ya se manejaban 177 Estados en la lista, de estos 38 fueron catalogados como “en alerta”, 93 “en peligro”, 33 como “moderados”, 13 como “sustentable”. De esta manera se muestra un incremento muy importante con respecto a años anteriores del número de países manejados por la lista. Este incremento, que ya abarca a prácticamente la totalidad de Estados que existen en el orbe, obedece a cuestiones ampliar el interés y divulgación de la misma en el mundo como una estrategia para poder colocarse como un índice de referencia obligado.

Actualmente para la elaboración de la lista, se emplean 12 indicadores agrupados

²⁴ Vid TOKATLIÁN, Juan Gabriel, La política exterior en el Tiempo. 1 de junio. 2002 Bogotá, pág. 1-20 tomando la cita de BARBOSA CARDONA O. *La soberanía de los Estados periféricos y los males globales*. revista electrónica. http://www.espaciocritico.com/articulos/rev08/n8_a07.htm.

²⁵ El Fondo para la paz es una ONG independiente con sede en Washington, D.C., basado en la investigación y organización educativa. Desde su fundación en 1957 por el banquero de inversión Randolph Compton, el fondo para la paz se ha dedicado a “prevenir guerra y a aliviar las condiciones que causan guerra. Recientemente, la investigación en el fondo para la paz se ha centrado predominante en identificar, reducir y prevenir los conflictos en países débiles o Estados fallidos.” Vid., http://en.wikipedia.org/wiki/Fund_for_peace ; Otros proyecto en curso por parte de esta organización es el “fondo para las respuestas regionales de la paz al programa interno de la guerra”. Este proyecto busca enriquecer la discusión internacional sobre la intervención humanitaria y militar en conflictos internos de los estados.

²⁶ Vid. REDRI, Revista Electrónica de Relaciones Internacionales, http://www.redri.org/Noticias/alertaestadosfallidos_notaprensa.htm y Vid. http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=391&Itemid=549

en tres rubros: sociales, económicos y políticos de los cuales bien vale la pena señalarlos.

II.4.1. Los indicadores sociales.

El primer indicador a discutir es el "Incremento de presiones demográficas", el cual es definido por la misma publicación como "Presiones que derivan de alto suministro de alimentos en relación con de la densidad demográfica y de otros recursos sustanciales para la vida. Ejerce presión sobre la derivación de los patrones del establecimiento del grupo que afectan a la libertad para participar en formas comunes de actividad humana y física, incluyendo productividad económica, recorrido, interacción social, adoración religiosa. Presiones que derivan de patrones del establecimiento del grupo y ajustes físicos, incluyendo conflictos de la frontera, propiedad u ocupación de la tierra, acceso a los servicios del transporte, control de sitios religiosos o históricos, y proximidad a los peligros para el medio ambiente. Presiones de distribuciones de población sesgadas, tales como la juventud o de la edad, o de índices divergentes de crecimiento demográfico entre grupos comunales competentes." Este planteamiento mostrado por la revista, resulta a todas luces subjetivo, donde estas presiones demográficas son calificadas desde la óptica de "son demasiadas personas, luego, deben de existir problemas; a mayor población mayores problemas"; es decir, de esta interpretación, se deduce que realizan el planteamiento de que existe el problema en razón al número de personas y no en base a otro tipo de premisas.

I-2. Movimiento masivo de los refugiados o internamente de los desplazados. En este parámetro, son incluidos por la revista "Emergencias humanitarias complejas. Desarraigo forzado de comunidades grandes como resultado de la violencia y/o de la represión al azar o apuntadas, causando escaseces de alimentos, enfermedad, la carencia del agua potable, la competición de la tierra, y la agitación que puede torcer en espiral en un humanitario más grande y problemas de seguridad, tanto dentro como entre países." De este planteamiento, se puede deducir que se maneja la premisa de que es el movimiento de personas los que causan los conflictos, luego es un dato que trata de criminalizar a los refugiados como los causantes de los problemas, no sus causas que los motivaron a desplazarse.

I-3. Legado de venganza de grupos sublevados. En este rubro son incluidas la "Historia de los grupos comunales agraviados basados en las injusticias recientes o últimas, que podrían datar de siglos. Patrones de las atrocidades confiadas con impunidad contra grupos comunales. Grupos específicos seleccionados por las autoridades estatales, o por los grupos dominantes, para la persecución o la represión. Exclusión política institucionalizada." Este elemento peca de ser tremendamente subjetivo, e incluso, de irresponsable al plantear que es común que existan personas ávidas de venganza, e incluso llenas de rencor y resentimiento, esto como un

fenómeno social que permanece en la memoria colectiva de las personas, aun por siglos, y que puede desatar todo tipo de conflictos²⁷, lo que recuerda vagamente a lo señalado por Montesquieu donde al hablar del Estado de naturaleza, la guerra era concebida como un fenómeno social y en respuesta a una agresión²⁸. La guerra, es en lo personal, una irracionalidad y una enfermedad que carece de toda lógica natural.

I-4. Huida o salida del país de la sociedad crónico y continuo. Aquí se incluyen la "Fuga de cerebros; o de los profesionales, de los intelectuales y de los disidentes políticos temiendo la persecución o la represión. Emigración voluntaria de la clase media, particularmente segmentos económicamente productivos de la población, tales como empresarios, hombres de negocios, artesanos y comerciantes, debido a la deterioración económica. Crecimiento de las comunidades del exilio." El contexto económico que subyace en este planteamiento es innegable, sin embargo en mundo donde las fronteras se comienzan a hacer obsoletas, resulta innegable que es un concepto subjetivo carente de una visión global, ya que se trata de un problema que puede ser visto desde la óptica de la migración normal de las personas hacia una mejora de su calidad de vida, o bien, como un concepto global, donde ésta migración es constante en todos los países. Así mismo, esta visión carece del hecho que se ve solamente en un sentido, es decir, los problemas que acarrea al país emisor, no de los problemas, o, beneficios que acarrea al país receptor.

II.4.2. Indicadores Económicos.

I-5. Desarrollo económico desigual a lo largo de líneas del grupo. Esta situación es definida como "la desigualdad Grupo- o la desigualdad percibida, en la educación, los trabajos, y Estado económico Grupo-base el empobrecimiento según los niveles de pobreza, tasas de mortalidad infantil desigualdades verdaderas o percibidas." En este parámetro establecido desde los puntos económicos, se manifiesta el hecho de que se mide desde una percepción o una verdad, cosa que desde un inicio etimológico pudiese parecer contradictorio, ya que este parámetro, ¿se sustenta en verdades o en simples percepciones de carácter subjetivo por parte de los analistas de la publicación?

I-6. Declinación económica aguda y/o severa. Se trata de "un patrón de la

²⁷ Ante esto, solo cabría hacernos la reflexión si acaso este tipo de "revanchismos" sociales, pueden llegar a desatar guerras y conflictos internacionales, ¿para que existe la diplomacia?, ya que bastara con sentarnos a observar como los países llenos de resentimiento llegan a desatar su ira contra los pueblos que los agraviaron. Esta visión, únicamente viene a demostrar la pobreza en sus argumentos para tratar de justificar la medición anual de la revista.

²⁸ Montesquieu piensa que el hombre es un animal social, pero si hacen la guerra no es por un instinto invencible de tipo agresivo sino porque pierde la conciencia de su fragilidad individual y porque en sociedad se olvida la igualdad originaria de la especie. La guerra es contraria a la ley natural y, por ello mismo, la única guerra tolerable es la de tipo defensivo en que se está obligado a combatir para defenderse. Montesquieu considera, como Grocio, que la guerra debe ser reglamentada, pero la reglamentación de la beligerancia no tiene otro criterio que el de someterla a la ley natural que quiere la paz.

declinación económica progresiva de la sociedad en conjunto según la renta per cápita, el PIB, la deuda, las tazas de la mortalidad infantil, los niveles de pobreza, las faltas de negocio, y otras medidas económicas. Incrementos repentinos en precios de materia prima, el rédito comercial, la inversión extranjera o pagos de la deuda. Derrumbamiento o devaluación de la divisa nacional. La dificultad social extrema, impuestos por programas de austeridad económica. Crecimiento de economías informal, incluyendo el comercio de las drogas, el contrabando, y la fuga de capitales. Aumento de niveles de corrupción y de transacciones ilícitas. Falta del Estado de pagar sueldos de empleados del gobierno y de fuerzas armadas, de cumplir otros requisitos financieros a sus ciudadanos, tales como pagos de la pensión.” Sin duda alguna, aquí se pone de manifiesto una de las percepciones más arraigadas en el mundo actual, la criminalización de la pobreza, ya que se toma como base el hecho de que si existe una disminución de la actividad económica de un Estado, entonces la gente tendrá que dedicarse a actividades ilícitas para poder sobrevivir. Es precisamente esta percepción lo que lleva a atacar problemas desde la perspectiva sintomática y no de los hechos que provocan la enfermedad, es decir se atacara al pobre, al crimen, la corrupción, pero no se habla de atacar las verdaderas bases que llevan a un Estado a una situación como la que se menciona en la explicación anterior; como pudiera ser el capitalismo de amigos, el capitalismo voraz, egoísta y avaricioso que se ha generado y que fue el causante de una crisis económica mundial.

II.4.4. Indicadores Políticos.

I-7. Criminalización y/o Deslegitimación del Estado. Se señala como la “corrupción o lucro masivo y endémico por las élites gobernantes. Resistencia de las élites gobernantes a la transparencia, a la responsabilidad y a la representación política. La pérdida extensa de confianza popular en instituciones y procesos del Estado, ejemplos, boicots o disputas extensas de las elecciones, manifestaciones públicas totales, desobediencia civil continúa, inhabilidad del Estado de recoger los impuestos, resistencia al reclutamiento militar; incremento de insurrecciones armadas. El crecimiento de la delincuencia organizada ligado a las élites del gobierno.” Este concepto aquí señalado, muestra uno de los pocos valores a consideración que quizás pueden llegar a desestabilizar un Estado. Sin embargo hay que enfatizar que han existido y existen Estados que muestran grandes índices de corrupción y criminalidad²⁹ que a pesar de esto, continúan su existencia en el orden internacional. Es decir, tomar como base de una afirmación tan grave como lo es el llamar a un Estado como “fallido”, a los índices delincuenciales deja al descubierto unas

²⁹ Se pueden señalar como ejemplos a las dictaduras cleptocráticas, muchas de ellas con apoyo estadounidense, las que surgieron durante las décadas de los 60 y 90 del siglo pasado, en donde su supervivencia dependió en muchos casos del apoyo o retiro del mismo de determinadas naciones y no a cuestiones sociales, económicas o políticas como se pretende a través de estos índices. Valgan de ejemplo la dictadura de Somoza, Batista, Suharto, Ferdinand Marcos, Mobutu Sese Seko, Sani Abacha, Jean-Claude Duvalier, etc.

opiniones poco objetivas, ya que la existencia de los Estados no puede estar sujeta al crimen sino a su capacidad de reacción social y al apoyo del concierto de naciones para enfrentar este problema, y no a una serie de meras suposiciones subjetivas.

I-8. Deterioro progresivo de servicios públicos. Se define como la “desaparición de las funciones básicas del Estado que sirven a la gente, incluyendo falta de protección a ciudadanos contra terrorismo y violencia y de proporcionar servicios esenciales, tales como salud, educación, saneamiento, transporte público. El aparato estatal se reduce a agencias que prestan servicios y sirven las élites del gobierno, tales como las fuerzas de seguridad, el personal presidencial, el banco central, el servicio diplomático, las aduanas y las agencias de recolección de impuestos.” Esta definición aquí presentada da cuenta de los problemas a los que se puede presentar cualquier Estado, sin embargo, el enfoque es desde el terrorismo y de la violencia. El hecho de que los servicios se centren en una oligarquía no implica que el Estado sea fallido, sino que demuestra que su fin y objetivo se han corrompido.

I-9. Suspensión o uso arbitrario del Estado de Derecho y Violación de los derechos humanos. Se define como “la aparición del autoritarismo, dictatorial o del régimen militar en instituciones constitucionales y democráticas que se manipulan. Brote (en comparación con el crimen) de violencia política inspirada contra civiles inocentes. Número de levantamiento de presos políticos o disidentes que se niegan al correspondiente proceso constante de normas y prácticas internacionales. Abuso extenso de los derechos legales, políticos y sociales, incluyendo los de los individuos, de los grupos o de las instituciones culturales (ejemplo., acoso de la prensa, politización del uso judicial, uso de los militares para los extremos políticos, de la represión pública de la persecución política de los opositores, religioso o cultural)” El empleo del ejército para legitimar un actuar de un gobierno o bien para amedrentar y someter a la población disidente de la forma de un gobierno, son la muestra de una destrucción de las instituciones de un Estado, más no de la destrucción de un Estado en sí mismo, que en cualquier momento puede cambiar de gobierno sin perder de vista que, para la comunidad internacional seguirá existiendo, no desaparecerá y volverá a renacer por el hecho de un cambio de gobierno.

I-10. El aparato de seguridad funciona como un; Estado dentro de un Estado; es decir, se trata de la “aparición de la élite o protectores pretorianos que funcionan con impunidad. Aparición de las milicias privadas patrocinadas por el Estado o financiadas por el gobierno que aterrorizan a opositores políticos, presuntos sospechosos; enemigos, o civiles vistos para ser comprensivo a la oposición. Aparición de un ejército dentro de un ejército; que a sirve los intereses de la pandilla militar o política dominante. Aparición de las milicias rivales, de las fuerzas de guerrilla o de los ejércitos privados en una lucha armada o campañas violentas prolongadas contra fuerzas de la Seguridad del Estado.” Similar a lo antes señalado, pero con la diferencia

de que esta vez se trata de un aparato represor sin contacto (aparente) directo con el Gobierno en el poder. La creación de grupúsculos de presión para que un gobierno pueda sostenerse en el poder, implica el corrompimiento de sus instituciones no del Estado. Hay que recordar que en el ámbito del Derecho Internacional, la existencia de los Estados no está supeditada a los cambios de gobierno, que por otro lado, pueden ocurrir en cualquier momento, sino a la manera en que el Estado puede prevalecer en el tiempo.

I-11. Aumento de las élites de fraccionalizadas. Se trata como "la fragmentación de las élites gobernantes y de las instituciones del Estado a lo largo las líneas de grupo. Uso del retórico político nacionalista por las élites del acto, a menudo en términos de irredentismo comunal." Este concepto se observa desde la perspectiva de la separación de facciones del gobierno en busca de sus propios intereses, e incluso, en busca de una separación del Estado al que pertenecen, casos como este³⁰, en el ámbito internacional son escasos y aun y cuando se lograra no tendrían los efectos buscados ya que la Comunidad Internacional, no suele reconocer la creación un nuevo Estado a partir de la escisión de carácter político y menos aún, la buscada a través del uso de la fuerza. Este argumento, tal y como ya se comento antes, carece de objetividad.

I-12. Intervención de otros Estados o agentes políticos externos, se explica como el "contrato militar o paramilitar en los asuntos internos del Estado a riesgo por los ejércitos, los Estados, los grupos exteriores que afectan al equilibrio de fuerzas o a la resolución interno del conflicto. Intervención de los donantes, especialmente si hay una tendencia hacia dependencia excesiva en ayuda exterior o misiones pacificadoras." El empleo o uso de fuerzas mercenarias para la solución de un conflicto interno de un Estado, además de agravar la situación del mismo, le da otra dimensión al problema, ya que puede catalizar la intervención directa de otros Estados e incluso de Fuerzas Multinacionales en la búsqueda del restablecimiento de la paz. Estas situaciones se encuentran contempladas por el Derecho Internacional, más concretamente en el Derecho Internacional Humanitario. Estas situaciones, son resueltas sin que el Estado desaparezca, sino que se confía en que las instituciones del Estado se fortalezcan y sean capaces de continuar sin la intervención extranjera, dejando al territorio intacto³¹.

³⁰ Resulta revelador mencionar aquí el caso de Bolivia, donde en búsqueda de un Estado de corte Federal, la provincia de Santa Cruz, busco su independencia del Estado Central.

³¹ Sin embargo y de lo aquí mencionado quizás debiera de mencionarse el caso de Yugoslavia y la guerra de los Balcanes, donde la escisión del Estado en distintos Estados, derivó en la guerra. Pero en estos casos estaríamos ante la desaparición de un Estado que fue creado de manera artificiosa y que perduró en el tiempo hasta la caída del muro de Berlín para luego los demás Estados que lo conformaban pudiesen recuperar su independencia. Por tanto es la destrucción de un Estado creado con finalidades políticas y desaparecido para dar pauta a la creación de un Estado con raíces históricas, que a pesar del paso del tiempo había logrado trascender en la historia.

II.5. Análisis detallado de cómo se miden los factores o indicadores de Estados fallidos.

II.5.1. Introducción.

La metodología para captar la información que ordenan las calificaciones de cada rubro es completamente arbitraria. Según sus metodólogos, tiene su base en revistas, periódicos y otros medios.

Si no se cuentan con distintas fuentes o se toma por entero una metodología de análisis que no está del todo explicitada en la fuente, se corre un serio riesgo de incurrir en arbitrariedades

II.5.2. Problemas con el concepto y el índice de Estados fallidos

La Fund for Peace indica que su metodología de evaluación de conflictos ha sido utilizada por investigadores independientes, por gobiernos, por el sector privado, por educadores, analistas militares y la sociedad civil, aunque está aún en un sistema que se halla en proceso de refinamiento y actualización.

Leonel Fernández Reyna ³² se hace cuestionamientos que resultan interesantes ¿puede un análisis de contenido de medios, por sí solo, determinar que un Estado sea fallido o haya colapsado?, ¿puede indicarse, de manera inequívoca, sobre la base de un análisis de informaciones periodísticas que abarca tan sólo un periodo de siete meses, que un Estado ha sucumbido o colapsado; ¿desde cuándo la información periodística ha estado exenta de juicios de valor o de abierta distorsión como para suponer que se trata de un dato infalible de la investigación científica; ¿no pudo haberse combinado la aplicación de esta metodología con otras técnicas de investigación social válidas?

Los indicadores son ásperos alrededor de todo el mundo, no solo en los países mostrados como en alerta o en peligro por los promotores de la medición, las causas del agotamiento son diferentes y van desde conflictos armados internos, territorios buscando su autonomía, zonas controladas por el crimen organizado, deterioro progresivo de instituciones políticas y sociales.

Los Estados en mayor situación de riesgo han dado ya claras muestras de hundimiento. Se desmoronaría por completo si se fueran las fuerzas de paz de la ONU. Le siguen RDC, Sudán, Irak, Somalia, Sierra Leona, Chad, Yemen, Liberia y Haití. Existen Estados que se encuentran en cambio demográfico, desigualdades económicas y las divisiones religiosas y étnicas.

³² FERNANDEZ REYNA Leonel, *República Dominicana no es un Estado fallido*, en <<Quórum. Revista de pensamiento iberoamericano>>, primavera, número 014 Universidad de Alcalá, 2006. Pág. 2

Para Robert Jackson³³ los Estados fallidos existen porque el mundo los reconoce tienen una existencia jurídica pero no existencia empírica. El reconocimiento de sus gobiernos es de iure no de facto, no dependen de la estatalidad empírica "el gobierno como control activo. La garantía internacional de estatalidad jurídica ha originado numerosos Estados insustanciales denominados para el cómo casi-Estados"

Para Santos Villareal³⁴ Estado fallido es un término polémico, si se califica de un Estado débil a un gobierno central en donde se tiene poco control práctico sobre su territorio, Según su criterio este término es muy ambiguo e impreciso, de acuerdo a su criterio, si se toma de forma literal, un Estado fallido sería aquel en el que no existe un gobierno efectivo, y, al contrario y un gobierno dictatorial que acaparase y utilizase todo el poder sería en estado en plenitud de facultades.

Por tanto, la dificultad de determinar si un gobierno mantiene "un monopolio en el uso legítimo de los medios de la fuerza" (incluyendo los problemas de la definición de "legítimo") es uno de los factores que no permiten dejar claro cuando un Estado se puede determinar fallido.

El término también se utiliza en el sentido de un Estado que se ha vuelto ineficaz. Es decir, cuando un Estado que tiene control nominal militar y policial sobre su territorio, solamente en el sentido de no tener grupos armados desafiando directamente la autoridad del Estado, pero que no puede hacer cumplir sus leyes uniformemente debido a las altas tasas de criminalidad, corrupción extrema, un extenso mercado negro y/o informal, burocracia impenetrable, ineficacia judicial, interferencia militar en la política, grupos de poder fácticos que imponen sus decisiones sobre la aplicación de la ley, la ley misma y el interés general, situaciones culturales en las cuales los líderes tradicionales gastan más energía que el Estado sobre ciertas áreas.

Por tanto, podemos deducir que los factores internos de un país, y la forma en que se distinguen por la comunidad internacional son los que nos darán un concepto de lo que es un Estado fallido.

Para Santos Villareal,³⁵ la erosión de la soberanía a lo largo de un período de liberalización y de mundialización creciente es objeto de comentarios y análisis desde hace más de veinte años. Los mercados mundiales, las redes transnacionales, las normas internacionales y los valores universales redujeron fuertemente el papel de los Estados y su esfera de control

Los efectos negativos del orden internacional, identificados con la delincuencia del Estado, pueden explicarse con facilidad por el tipo de Estado que produjeron

³³ JACKSON ROBERT H. *Los estados fallidos y la tutela internacional*, en <<Revista Académica de Relaciones Internacionales>>, núm. 10, febrero de 2008, GERI – UAM Pág. 6

³⁴ SANTOS VILLAREAL G., *et al.*, <<Estados Fallidos...>>, Op.Cit., Pág. 10.

³⁵ SANTOS VILLAREAL G., *et al.*, <<Estados Fallidos...>>, Op.Cit., Pág. 10.

esas fuerzas mundializadoras y la ideología económica neoliberal. Son también el resultado de la política compleja de gestión de los procesos de liberalización y de privatización y de las desigualdades crecientes que éste genera entre los países.

Así mismo, Santos Villareal³⁶ en el análisis de los llamados "Estados fallidos" no puede desligarse de los intereses políticos y económicos de los países desarrollados, ya que son estos intereses los que, en la mayoría de veces, determina cuál es la definición de un Estado en el sistema internacional. O incluso, lo que es peor, si un Estado en crisis debe ser catalogado como "fallido", y apoyarlo, o, simplemente dejar que se disuelva.

En consonancia con lo anterior se puede añadir que para Robert H. Jackson³⁷, los Estados fallidos no salvaguardan las condiciones civiles mínimas, esto es, la paz interna, el orden y el buen gobierno. Para Robert H. Jackson, Hobbes no concebiría un Estado fallido a Estado alguno.

Así, y resumiendo, se puede decir que no existen como tal Estados fallidos, existen parámetros que nos tratarían de explicar o catalogar un Estado fallidos, la mayoría de Estados sufren de estos problemas, tales y como lo pueden ser, crisis agudas o graves de economía, deterioro de servicios públicos, violación de los Derechos Humanos, desigualdades de desarrollo, migración y su criminalización, deslegitimación de Estados, etc., por lo que estas variables se considerarían subjetivas y que pueden dar pie a múltiples interpretaciones.

Por tanto, para Sánchez Villareal un Estado fallido no es necesariamente un Estado subdesarrollado económicamente, existen Estados bastantes civiles que son relativamente subdesarrollados, tampoco puede ser un Estado donde no exista la democracia. Existen Estados países muy seguros para vivir y no existen en democracia.

Así, tenemos que la agencia de Estados Unidos para el desarrollo internacional³⁸, define a los Estados vulnerables como aquellos en los cuales no cuentan con capacidad de proveer seguridad y servicios básicos en una forma adecuada a la mayoría de la población y en donde se pone en tela de juicio la legitimidad de su gobierno.

Igualmente, tenemos que para Volker Boege³⁹ los Estados en crisis son aquellos donde el gobierno central no ejerce un control efectivo sobre su propio territorio o es incapaz de asegurar los servicios vitales a una parte significativa de su territorio,

³⁶ SANTOS VILLAREAL G., et al, <<Estados Fallidos...>>, Op.Cit., P. 10.

³⁷ JACKSON ROBERT H. Los estados fallidos y la... Op.Cit.

³⁸ BOEGE VOLKER, Et al, ¿Qué es lo "fallido"? ¿Los Estados del Sur, o la investigación y las políticas de Occidente? Un estudio sobre órdenes políticos híbridos y los Estados emergentes. Berghof Research Center for Constructive Conflict Management, 2008, P. 3.

³⁹ BOEGE VOLKER, Et al, ¿Qué es lo "fallido"?... Op.Cit.

la legitimidad de su gobierno es débil o inexistente en donde el conflicto violento es latente.

Es así, que Santos Villareal nos plantea un escenario real donde un Estado puede ser débil en términos de seguridad, pero más fuerte en temas referidos a la administración; un Estado puede ser más eficiente a nivel local y menos eficiente a nivel federal, etc. Así, el término de Estado fallido resulta superficial. Excluye el estudio del desarrollo histórico del Estado y de los conflictos que pueden haber causado el colapso de las instituciones, las crisis económicas que pueden ayudar a entender la persistencia de la pobreza, las desigualdades sociales que pueden explicar las guerras internas o la continuidad de conflictos sociales

En este sentido, una definición del Estado sería que se trata de un proceso histórico de conflictos que se originan sobre la creación y la transformación de derechos y obligaciones y las instituciones que los administran. Estos conflictos son consecuencia de las relaciones sociales que existen en un período de tiempo y un territorio determinados. Así pues, hay que considerar, sin embargo, que el concepto de Estados fallidos como lo señala Santos Villareal ⁴⁰ no puede desligarse de los intereses políticos y económicos de los países desarrollados, ya que son estos intereses los que, en la mayoría de veces, determina cuál es la definición de un Estado en el sistema internacional.

Como solución magnánima a los casos de un Estado fallido, R. J. Vincent⁴¹, explica que estos Estados deberían de perder sus derechos y privilegios soberanos y permanecer bajo la tutela internacional hasta que se halla restaurado el orden social. Si este aspecto lo analizásemos desde la óptica del Derecho Internacional, la figura concuerda en determinados aspectos de las intervenciones de carácter humanitario realizadas por la ONU, dando pauta a analizar la segunda parte de la idea, la existencia de una "tutela internacional", que implicaría aceptar que existen países en el orbe que son incapaces para gobernarse solos⁴², luego, necesitan de alguien para que lo haga por ellos, en este caso, un Estado⁴³ o la propia ONU.

Por tanto y bajo este orden de ideas, un Estado fallido, consiste en la alejamiento de los derechos del individuo y la ausencia de reglas y leyes capaces de garantizar los derechos de los individuos, un cumulo de los comportamientos ilegales de los

⁴⁰ SANTOS VILLAREAL G., et al, <<Estados Fallidos...>>, Op.Cit.

⁴¹ VINCENT, R. J., *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986. Tomando la cita de Los estados fallidos y la... Op.Cit. 8

⁴² Esta idea pareciese que sale de épocas pasadas, donde este tipo de aspectos fueron evaluados para justificar una colonización, durante los siglos XVII, XVIII y XIX, de los continentes americano, África y Asia. Valga como ejemplo, la intervención francesa en México, donde para poder justificar la imposición de Maximiliano de Habsburgo como emperador, se valieron de argumentos tales como la "incapacidad de gobernarse a sí mismos los mexicanos".

⁴³ Este Estado daría luego a pensar que existe una relación de interés en lograr la *tutela de otro Estado*, con la anuencia de la comunidad internacional. Sirva de ejemplo Irak, donde Estados Unidos posee una *tutela de facto* sobre el país.

diferentes órganos gubernamentales, de las clases dominantes y de los gobiernos tiranos.

Sin embargo se ha de señalar que Adrián Hamilton⁴⁴ acota que a pesar de la utilización del término “Estado Fallido” en forma difusa, lo cierto es que el mismo en nada ayuda para entender al mundo contemporáneo por cuanto que constantemente es mal utilizado y se abusa descaradamente en su acepción y aplicación, dando pauta a un sin número de acepciones e interpretaciones.

Finalmente, Javier Alcalde Cardoza⁴⁵ enuncia tres categorías para clasificar las diferentes Interpretaciones de los Estados fallidos:

- I.- Aquellas explicaciones que se centran en explicaciones “ideológicas”, es decir; que buscan legitimar y sostener una visión distorsionada de inferioridad de los Estados fallidos, y así llegar a la intervención por parte de Estados desarrollados.
- II.- En segundo lugar; tenemos las explicaciones que privilegian deficiencias o características particulares en las sociedades y los gobiernos de los países subdesarrollados.
- III.- Finalmente, existen las explicaciones que relacionan a los Estados fallidos con el funcionamiento del sistema internacional en los últimos doscientos años; es decir; buscan dar razón y motivos de los problemas que pueden ocurrir por la intervención de los países desarrollados.

En el primer caso se explica con la intervención de occidente activa tanto militar como de gobierno en casi todo el mundo. Para muchos autores el concepto de Estados fallidos es utilizado sobre conceptos no tangibles para poder tener la intervención o poder explicar el dominio sobre ellos ya que representan una amenaza para los gobiernos desarrollados. El discurso de la comunidad de Estados Unidos, suele ser que los Estados frágiles se presentan como amenazas a la seguridad nacional de los Estados Unidos y a la seguridad internacional. Y por tanto la construcción de Estados alineados o satélites es un desafío para la política estadounidense.

Para tratar de explicar los puntos II y III anteriores, puede bastar lo señalado por Robert H. Jackson donde explica que existen 4 implicaciones importantes que deben de existir para que si en un Estado se quebrantan por completo los derechos humanos, rompen con toda organización internacional, y por lo tanto se hace necesario adoptar cierto tipo de medidas:

⁴⁴ HAMILTON, Adrian, <<Estado nación>> en periódico británico *The Independent* publicado el 19 de Agosto de 2004 tomando la cita en SANTOS VILLAREAL G., et al, <<Estados Fallidos...>>, Op.Cit. P.7.

⁴⁵ CARDOZA, Javier Alcalde, *Los Estados Fallidos*, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación (CEDEP), Perú, 2004.

- 1.- Hacer cumplir condiciones civiles internas, y para llevar a cabo las obligaciones tendría que ser un requisito para la independencia de la política.
- 2.- Los Estados que no logren cumplir estándares deberían perder su independencia hasta estar preparados y equipados para formar parte de la sociedad internacional sobre las bases de igualdad libertad reciprocidades esenciales.
- 3.- Justificar la intervención extranjera y el gobierno de los Estados independientes con o sin el consentimiento de los gobiernos.
- 4.- Los Estados en desarrollo o exitosos asumirían la responsabilidad de reformar Estados fracasados. Durante cierto tiempo.

Aún y cuando el tiempo es inexorable y únicamente avanza, pareciese que la mentalidad de las personas va a contracorriente, empeñada en regresar a siglos anteriores y justificar un nuevo neo colonialismo, fiel a sus intereses económicos y/o políticos, pero ahora con la excusa de los Derechos Humanos⁴⁶. No en balde se suele señalar que todo tiempo pasado fue mejor:

Conclusión

Los conceptos en todas las actividades humanas son necesarios. La precisión en los mismos siempre es problemática. Parten generalmente de consensos internacionales y disciplinarios en las ciencias. Sin embargo, la finalidad de los consensos puede verse empañada por intereses particulares y no por objetivos comunes. El concepto de Estados Fallidos sucumbe ante la prueba de la precisión conceptual y se apega a la utilización política internacional. La misma utilización en los índices, aún y cuando se manejan niveles de alerta sobre el fracaso estatal, conlleva el límite apocalíptico del "Todo" o "Nada". Un Estado es fallido o no lo es. Cuando se presentan estas posiciones limítrofes necesitaremos de un gran "definidor" que autocráticamente decida entre el todo y nada. Actualmente en el mundo, eso es lo que sucede. Un Estado decide la condición de fallidos o no fallidos de otros Estados son fallidos.

A lo largo de este trabajo se trató de involucrar todos aquellos criterios que sirven en la medición de los Estados y como se mencionó estos no pueden ser en todo caso los ideales para hacer dicha determinación, puesto que varios de ellos resultan ser subjetivos ya que dependerán de la visión y el contexto, así como los numerosos casos específicos de los problemas estatales.

Ejemplos de la indeterminación de los criterios de los Estados Fallidos sobran. El problema principal es el número de variables que son incluidas en los índices. Un país que se encuentra en crisis económica puede tener consecuencias de incertidumbre

⁴⁶ Quizás se debiera intervenir en Estados Unidos para enseñarles lo que son realmente los Derechos Humanos ya que la lección pareciese que se la saltaron con Guantánamo y las cárceles de Abu Ghraib.

política y jurídica. Estos podrían considerarse como factores probables de un Estado Fallido, pero en realidad puede tratarse de un Estado débil que se encuentra sumergido en una crisis de inseguridad pública así como falta de eficacia y eficiencia del aparato burocrático en cuanto a la toma de decisiones políticas.

Se podría de esta manera ir encontrando diversos criterios de Estados Fallidos visibles en los países, sin embargo no son motivo para considerarlo como tal, por lo cual se debe de considerar en primer lugar cuáles resultan aplicables al entorno socio-económico, cuáles se encuentran como consecuencia de una mala administración y cultura de demanda por parte de la ciudadanía, sólo por mencionar algunos posibles factores.

El problema de la laxitud conceptual se manifiesta, principalmente, en el número de criterios que puede llegar a ser ilimitado. Pareciera ser un saco sin fondo ¿Quién y cómo decide seguir incorporado criterios, dimensiones, factores y situaciones? La respuesta siempre llevará a pensar que depende de la utilización política. Para prevenir las generalizaciones que conlleven a situaciones ulteriores de juicios de condena sobre los Estados, es necesario manejar los criterios con especificidad.

Bibliografía

ALCÁNTARA S., Manuel, Gobernabilidad, Crisis y Cambio. Elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio, FCE, México, 2004.

BOEGEVOLKER, Et al, ¿Qué es lo "fallido"? ¿Los Estados del Sur, o la investigación y las políticas de Occidente? Un estudio sobre órdenes políticos híbridos y los Estados emergentes. Berghof Research Center for Constructive Conflict Management, 2008.

CARDOZA, Javier Alcalde, Los Estados Fallidos, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación (CEDEP), Perú, 2004.

CHOMSKY, Noam, Estados Fallidos, El abuso del poder y el ataque a la democracia, Ediciones B, México, D.F., 2007.

COPPEDGE, Michael, "Institutions and Democratic Governance in Latin America", en Rethinking Development Theories in Latin America, ILAS, University of North Carolina, 1993.

DOWDING, KEITH M., RICHARD KIMBER, "The Meaning and Use of political Stability", en European Journal of political Research, Vol. 11, 1983.

ERSON SVANTE, Jane-Eric Lane, "Political Stability in European Democracies", en European Journal of Political Research, Vol. 11, 1983.

FERNANDEZ REYNA Leonel, República Dominicana no es un Estado fallido, en <<Quórum. Revista de pensamiento iberoamericano>>, primavera, número 014 Universidad de Alcalá, 2006.

HAMILTON, Adrian, <<Estado nación>> en periódico británico The Independent publicado el 19 de Agosto de 2004.

JACKSON ROBERT H. Los estados fallidos y la tutela internacional, en <<Revista Académica de Relaciones Internacionales>>, núm. 10, febrero de 2008, GERI – UAM.

JUSTE RUIZ J., y CASTILLO DAUDÍ M., Derecho Internacional Público, Ed. Punto y Coma, Valencia, 2000,

ORTIZ AHLF L., Derecho Internacional Público, Ed. Harla, 2ª Ed., México 1993.

PASQUINO, Gianfranco, "Gobernabilidad", Diccionario de Política, Madrid, Siglo XXI, 1988.

REDRI, Revista Electrónica de Relaciones Internacionales, http://www.redri.org/Noticias/alertaestadosfallidos_notaprensa.htm

REMIRO BROTONS A., et al, Derecho Internacional, McGRAW-HILL, Madrid, 1997, pp. 107-134.

SANTOS VILLAREAL G., et al, <<Estados Fallidos. Definiciones conceptuales>> Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior: México, abril 2009.

SEARAVAZQUEZ M. Derecho Internacional Público, Ed. Porrúa, 15ª Edición, México, 1994.

TOKATLIÁN, Juan Gabriel, La política exterior en el Tiempo. 1 de junio. 2002 Bogotá, revista electrónica. http://www.espaciocritico.com/articulos/rev08/n8_a07.htm.

VERDROSS A., Derecho Internacional público, 5ª ed., trad. Antonio Truyol y Serra, Ed. Aguilar, Madrid, 1976.

VINCENT, R. J., Human Rights and International Relations, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

Bibliografía Virtual.

http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=391&Itemid=549

http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=391&Itemid=549



LOS ORÍGENES DEL TOTALITARISMO DE HANNAH ARENDT
Y LA MANIPULACIÓN DE LA LEGALIDAD (EL DESAFÍO
TOTALITARIO DE LA LEY)

*THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM OF HANNAH ARENDT AND THE
HANDLING OF THE LEGALITY (THE TOTALITARIAN CHALLENGE OF THE
LAW)*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 114-131



Juancarlos E.
VARGAS

RESUMEN: El objeto del presente artículo es analizar cómo los Estados totalitarios acuden a la ley para lograr sus objetivos de supresión progresiva de la libertad hasta alcanzar la dominación total. El estudio toma como base aspectos vinculados a la legalidad que desarrolla Hannah Arendt en su obra Los orígenes del Totalitarismo. Con dicha obra Arendt comenzó a estudiar el mal como problema político, a través de las acciones perpetradas por los regímenes de Hitler y Stalin, los cuales a pesar de sus claras diferencias ideológicas, se basaron y sustentaron sobre el empleo del terror, la ficción ideológica, y la manipulación de la legalidad, de manera que se criminalizaron y castigaron personas que no habían cometido delito alguno (Judíos, gitanos, homosexuales, intelectuales, campesinos, ricos, etcétera), y fueron asesinados cuando dichos regímenes alcanzaron el poder. Los Estados totalitarios, a diferencia de las tiranías, que se apartan totalmente de la legalidad, crean un verdadero entramado jurídico con el propósito de mantenerse en el poder, no sólo desafiando la legalidad sino creando una apariencia de ésta. El gobierno totalitario busca a todo evento seguir las leyes de la naturaleza o de la historia de la que emanan todas las posibles leyes positivas, es por ello que abordamos el concepto de ilegalidad totalitaria, acuñado para representar como los Estados totalitarios desafían el derecho positivo.

PALABRAS CLAVE: Legalidad, totalitarismo, Hannah Arendt, terror, derechos.

ABSTRACT: The purpose of the present article is to analyze how law can be a States' instrument to suppress people's freedom and achieve total domination. The study bases its arguments on Hannah Arendt's conception of legality, which is well developed in her master book piece The Origins of Totalitarianism.

With this book, Arendt started studying the evil like a political problem, though the actions done by the regimes of Hitler and Stalin, nonetheless the obvious ideological differences between these two men, it must be said that both supported their power on terror, ideological fiction and manipulation of legality with the aim of criminalizing and punishing innocent people. Jewish, gyps, homosexuals, intellectuals, countrymen, wealthy people, etc, just to make a reference, they were murdered once those regimes overtook power.

The totalitarian States in contrast with the tyrannies, apart from legality, totalitarian States build a juridical structure to legitimize their power. Moreover, they just don't defiance legality, but also create an appearance of it. The Totalitarian governments follow the nature and historic laws, which emanates positives laws; it's for this reason that we approach the concept of totalitarian illegality, keyed to represent how the totalitarian states challenge the positive law.

KEY WORDS: Legality, totalitarianism, Hannah Arendt, terror, rights.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- CONCEPTO DE TOTALITARISMO. III.- EL MOVIMIENTO TOTALITARIO EN EL PODER Y EL DERECHO. IV. LA INCERTIDUMBRE: COEXISTENCIA DE GOBIERNOS (REAL-OSTENSIBLE), Y LA SUCESIÓN DEL LÍDER. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

El libro *Los Orígenes del Totalitarismo*, publicado por primera vez en 1951 otorgó a Hannah Arendt (1906-1974) reputación como reconocida pensadora vinculada a las Ciencias Políticas. Asimismo, la obra es considerada la clave de su trabajo y su vigencia es incuestionable, "medio siglo después de la aparición del libro ha habido un resurgimiento del interés en la idea de totalitarismo, pero el concepto en sí sigue siendo controvertido. Por ser más que un término utilizado por los politólogos y los historiadores, siempre ha incorporado un diagnóstico y explicación de los peligros políticos modernos, llevando consigo las advertencias y las prescripciones".¹

Con dicha obra Arendt comenzó a estudiar el mal como problema político, a través de las acciones perpetradas por los regímenes de Hitler y Stalin, los cuales a pesar de sus claras diferencias ideológicas, se basaron y sustentaron sobre el empleo del terror; la ficción ideológica, y la manipulación de la legalidad, de manera que se criminalizaron y castigaron personas que no habían cometido delito alguno (Judíos, gitanos, homosexuales, intelectuales, campesinos, ricos, etcétera), quienes fueron asesinados cuando dichos regímenes alcanzaron el poder.

Hannah Arendt nació el 14 de octubre de 1906 en Hannover, Alemania, su condición de judía marcaría su vida. El problema de la identidad, tan significativo para toda su vida, era entonces una herencia familiar; como para tantas otras personas judías que habían residenciado y vivido en Alemania (Sonntag)². De su formación académica cabe destacar que entre 1922 y 1923 estudió Teología en la Universidad de Berlín, en 1924 ingresa a la Universidad de Marburgo donde estudiaría Filosofía con Martin Heidegger. Posteriormente, en 1925 se trasladó a Heidelberg donde continuaría estudiando filosofía bajo la influencia de Karl Jaspers, quien fue tutor de su tesis doctoral, titulada *El Concepto de Amor en San Agustín*, la cual sería publicada en 1929.

¹ CANOVAN, Margaret, *Arendt's theory of totalitarianism: a reassessment* (reimp. de Dana Editor, Villa, 2002), p. 25.
² Sonntag, Heinz.

• Juan Carlos E. Vargas

Universidad Central de Venezuela/Universidad Metropolitana (Venezuela)

Profesor de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Metropolitana (Venezuela).
Domicilio postal: Edif. Floridiana, Apto. 52, Calle Los Geranios, Av. Las Palmas, 1050. Caracas. Correo electrónico: juancarloiseisaku@gmail.com

Arendt fue deportada al Campo de Concentración de Gurs, del cual escapó, para luego viajar como refugiada a París, en 1933, donde colaboró con organizaciones que ayudaban a judíos perseguidos a emigrar a Palestina. En 1940 viaja a Estados Unidos, primero a la ciudad de Nueva York donde se desempeñó como periodista. Posterior a la publicación de los *Orígenes del Totalitarismo* inició su carrera académica en Norteamérica.³

Además de la obra objeto de nuestro análisis, Arendt publicó otras obras de importancia: *La Condición Humana* (1958); *Eichman en Jerusalén* (1961); *Sobre la Revolución* (1963); *Hombres en tiempos de oscuridad* (1968); *Sobre la Violencia* (1969); y *Crisis de la República* (1972).

El término totalitario fue acuñado por Giovanni Amendola, quien lo introduce para referirse al régimen absoluto de Mussolini. Posteriormente, Amendola asimiló al fascismo con el comunismo, al calificarlos como reacción totalitaria al liberalismo y la democracia. Cabe destacar, que Mussolini adoptó el término y le dio una connotación positiva con el propósito de describir el sistema de dominación que había instaurado como *stato totalitario*. No obstante, posterior a la desaparición del fascismo y nacionalsocialismo ha tenido una connotación absolutamente negativa (Welsch)⁴.

Mediante el presente trabajo, pretendemos analizar como la ley se convierte en una herramienta para los Estados totalitarios, los cuales para el logro de sus objetivos manipulan la legalidad, no se apartan del derecho, pues el totalitarismo se apegas a sus propias leyes.

“Una ley que ha redefinido vaciándola de sus reglas del bien y del mal fundamentadas en la conducta individual. La Ley deja de ser un marco estable: es la expresión del movimiento y es utilizada para fabricar al hombre nuevo y sacrificar a tal fin las partes del todo”⁵.

Asimismo, nos proponemos responder la siguiente interrogante: ¿Cómo los Estados totalitarios acuden a la legislación para lograr sus objetivos de supresión progresiva de la libertad hasta alcanzar la dominación total? Para ello realizaremos un análisis de los aspectos vinculados a la legalidad que fueron desarrollados por Hannah Arendt en la obra objeto de estudio.

El libro *los Orígenes del Totalitarismo* se encuentra ubicado dentro de las teorías normativas de las Ciencias Políticas, específicamente dentro de las corrientes

³ Desde 1952 a 1953 fue Fellow de la John Simon Guggenheim Memorial Foundation; Profesora Visitante de la Universidad de California Berkeley; primera mujer designada Profesora Titular de la Universidad de Princeton (1955); Profesora de la Universidad de Chicago y de la Universidad de Wesleyan (1963-1967); y a partir de 1967 Profesora de la New School for Social Research, en New York; y Profesora Visitante de Aberdeen University (1973-1974).

⁴ Welsch, Friedrich.

⁵ TERNON, Yves, *El Estado Criminal. Los genocidios en el siglo XX* (trad. cast. de Rivera, Rodrigo, Barcelona, 1995), p. 73.

contemporáneas, que se han dedicado, entre otros temas, a estudiar las consecuencias de los socialismos y nacionalsocialismos. Se debe señalar, que las obras de esta corriente buscan describir y explicar los fenómenos de la vida política, para lo cual hacen énfasis en lo que la política puede o debe ser (Arnoletto)⁶.

Las llamadas Teorías Normativas Actuales centran su atención, entre otros aspectos, en la libertad individual y grupal frente al Poder Estatal. El tema de la progresiva limitación de las libertades fundamentales a través de la manipulación de la ley conjuntamente con la violencia y el terror; fueron abordados por Arendt en la obra objeto del presente estudio, razón por la cual consideramos que es subsumible dentro de los enfoques normativos.

II. CONCEPTO DE TOTALITARISMO

Para Arendt el totalitarismo es una nueva forma de gobierno que difiere sustancialmente de otras formas de gobierno como las tiranías y dictaduras, principalmente por la forma particular en que utilizan el terror. El análisis de esta autora se limita y se centra en el nacionalsocialismo sobre todo a partir de 1938 y en el bolcheviquismo a partir de 1930. En el gobierno totalitario concurren los siguientes elementos: i) Concentración del poder en un líder; ii) sustitución del sistema de partidos por un movimiento de masas, iii) el terror total como mecanismo de dominación, iv) la progresiva abolición de las libertades y derechos de la persona humana, v) el desplazamiento constante del centro del poder; vi) la coexistencia del poder real y el ostensible, vii) uso de la propaganda y del sistema educativo para adoctrinar; viii) supervisión centralizada de la economía, y ix) la utilización del Derecho, a través de la manipulación de la legalidad con el propósito del logro de sus objetivos.

La Alemania Nazi y el Gobierno comunista de Stalin han sido los dos regímenes totalitarios más estudiados del Siglo XX. No obstante, este concepto no es aplicable a todos los gobiernos comunistas ni a todos los gobiernos fascistas. Para Welsch otros regímenes totalitarios, sin ánimo de ser exhaustivo, que se podrían añadir a la lista son "la República Popular China en la época de Mao (Revolución Cultural), Camboya bajo la dictadura de Pol Pot, la Rumania de Ceausescu, Afganistán bajo la dictadura talibán, Irak bajo la dictadura de Hussein y Corea del Norte"⁷.

Los regímenes totalitarios se aprovechan de las masas, concepto que utiliza Arendt para referirse a personas que por su número, indiferencia, o por ambas razones, a pesar de constituir la mayoría, no se hallaban integradas en las organizaciones profesionales, sindicatos o partidos políticos, se trata de individuos

⁶ Arnoletto, Eduardo.

⁷ WELSCH, Friedrich. Paradigmas del Totalitarismo: Nacionalismo y Comunismo, ahora, en KOHN, Rico - RICO, Rodolfo (compiladores), El Totalitarismo del Siglo XXI. Una aproximación desde Hannah Arendt (Caracas, 2009), p. 59.

que habían sido apáticos con respecto a la militancia política, y por ende no habían sido corrompidos políticamente.

Estas masas, que se caracterizan por ser heterogéneas van a ser presa de la propaganda y del discurso de un líder que se dirige a ellas, logrando lealtad total e incondicional al movimiento totalitario.

“El líder totalitario no es nada más ni nada menos que el funcionario de las masas (...) sin él las masas carecerían de representación externa y seguirían siendo una horda amorfa; sin las masas el líder es una entidad inexistente. Hitler que era completamente consciente de esta interdependencia, la expresó una vez en un discurso dirigido a las SA^{8*}: Todo lo que sois me lo debéis a mi; todo lo que soy sólo a vosotros lo debo”⁹.

Uno de los propósitos fundamentales de un gobierno totalitario es la organización de las masas, las cuales no son otra cosa que un medio del que se aprovechan los líderes totalitarios.

Los movimientos totalitarios logran acumular la lealtad y apoyo incondicional de sus seguidores, y además despertar la atracción de la élite mientras no se ha apoderado del poder. Los intelectuales, artistas y demás integrantes de la vanguardia sucumben ante las ideas de reivindicación, de justicia que proclaman estos movimientos, que a través de la propaganda prometen acabar con la opresión, esto lleva a la inusual alianza entre las masas y la élite, quienes coinciden porque ambos sectores habían sido los primeros en ser eliminados de la estructura de la Nación-Estado.

No obstante, la historia ha demostrado que al alcanzar el poder los gobiernos totalitarios seguirán alentando a la masa a que los sigan a través del adoctrinamiento, pero la suerte de la élite es distinta, pues se convierten en un peligro para la supervivencia de las aspiraciones de un régimen que desea el control total, y que por ende no admite ninguna forma de disidencia.

El terror es la herramienta que utilizan los totalitarismos para evitar que los individuos puedan pensar y expresarse con libertad; les anula de manera progresiva sus derechos.

“El desprecio del totalitarismo por la vida humana y el eventual tratamiento de los seres humanos como seres superfluos comenzó, para Hannah Arendt, cuando

⁸ * Las SA (*Sturmabteilung*), también conocidos como las “camisas pardas” fue una organización paramilitar del Partido Nazi alemán, las cuales funcionaron como tropas de asalto durante el ascenso de Hitler al poder, posteriormente serían desarticuladas e integradas a la SS (*Schutzstaffel*).

⁹ ARENDT, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo* (reimp. y trad. cast. de Guillermo Solana, México: Taurus, 2004) p.407.

millones de seres humanos fueron dejados sin Estado y se les negó el derecho a tener derechos. No tener Estado o la pérdida de la nacionalidad, sostuvo, era equivalente a la pérdida de todos los derechos. Los que no tenían Estados eran privados no sólo de sus derechos de ciudadanía fueron privados de sus derechos humanos"¹⁰

Los gobiernos totalitarios nunca abandonan el uso del terror; ni siquiera cuando logran "sus objetivos psicológicos: su verdadero horror estriba en que reina sobre una población completamente sometida"¹¹.

Ese terror haya su expresión máxima en los campos de concentración, los cuales fueron considerados por Hannah Arendt como la institución central del poder totalitario. "El totalitarismo, para realizar su ficción, pretende eliminar toda espontaneidad y toda particularidad, reducir la personalidad humana a cosa. Dos de los medios para conseguir este objetivo son el adoctrinamiento (...) y el terror absoluto de los campos de concentración"¹².

III. EL MOVIMIENTO TOTALITARIO EN EL PODER Y EL DERECHO

Los totalitarismos luchan por la dominación total de la población, esto trae como consecuencia que el líder se vea en la necesidad de establecer un mundo ficticio, pero a la vez debe acudir a todos los medios que sean necesarios para evitar que ese mundo ficticio alcance estabilidad, como consecuencia de ello los totalitarismos se caracterizan por el desprecio a la estricta adhesión a las normas jurídicas, pues la estabilización de las leyes obra en contra de la supervivencia del régimen: "En el momento en que las instituciones revolucionarias se conviertan en un estilo nacional de vida (ese momento en el que Hitler afirma que el nazismo no es un artículo de exportación, o cuando Stalin asegura que el socialismo puede ser construido en un solo país, será algo más que un intento de engañar al mundo no totalitario) el totalitarismo perdería su cualidad total y se tornaría sujeto a la ley de las naciones"¹³.

Asimismo, es rasgo de los totalitarismos la radicalización de las normas jurídicas, como consecuencia de la necesidad de alimentar una revolución constante. "En la Unión Soviética, en cualquier caso, las revoluciones en forma de purgas generales, se convirtieron en una institución permanente del régimen de Stalin a partir de 1934"¹⁴. Por su parte, Hitler agregaría al concepto bolchevique de revolución permanente la selección racial. Tanto la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) como la Alemania Nazi se apoyaron en las leyes con el propósito de crear una apariencia

¹⁰ BENHABIB, Seyla, *Los Derechos de los Otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos* (Barcelona, Gedisa, 2004), p. 46.

¹¹ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 429.

¹² ESQUIROL, Josep María, Hannah Arendt y el Totalitarismo: Implicaciones para una Teoría Política, en *Revista de Filosofía Convivium*, 2 (1991), p. 134.

¹³ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 480.

¹⁴ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 480.

de estabilidad consciente que requerían de un estado de inestabilidad constante. La noción de una selección racial requiere de una constante radicalización de las normas por las que se realiza la selección (Arendt)¹⁵.

I. El Concepto Totalitario de la Ley

Los gobiernos totalitarios, especialmente la Alemania Nazi mantuvo, al menos en apariencia, mayor apego al principio de legalidad que la URSS de Stalin. Este principio fundamental del derecho público garantiza que todos los actos de los poderes públicos estén sometidos a la voluntad de las leyes. Los Estados totalitarios, a diferencia de las tiranías que se apartan totalmente de la legalidad, crean un verdadero entramado jurídico con el propósito de mantenerse en el poder. El gobierno totalitario busca a todo evento seguir las leyes de la naturaleza o de la historia de la que emanan todas las posibles leyes positivas. "Es cierto que desafía todas las leyes positivas (...). Pero no opera sin la guía de la ley ni es arbitrario porque afirma que obedece estrictamente aquellas leyes de la Naturaleza o de la Historia de las que supuestamente proceden todas las leyes positivas"¹⁶.

Desde el inicio de su gobierno, Hitler se valió de la manipulación a la legalidad, algunas muestras de ello son: su nombramiento como canciller del Reich, la disolución del Reichstag, el resultado favorable para el partido Nacionalsocialista en las elecciones de 1933. Para Schmitt (1979): "En breve, Hitler supo cerrar detrás de sí la puerta de la legalidad por la cual había entrado, y empujó de manera legal a sus enemigos políticos hacia la ilegalidad. Si intentaran hacer resistencia, o incluso de forzar la entrada por la puerta cerrada de la legalidad se les podría tratar como agitadores y criminales"¹⁷.

Sin duda alguna los Estados totalitarios desafían el derecho positivo, por ello Arendt acuñó el término ilegalidad totalitaria, la cual "pretende haber hallado un camino para establecer la justicia en la tierra –algo que reconocidamente jamás podría alcanzar la legalidad de la ley positiva"¹⁸.

Tanto la Alemania Nazi como la URSS de Stalin promulgaron nuevas leyes, con el fin último de transformar la especie humana, sirviéndose del terror para lograr la ejecución de sus leyes. "El terror; como ejecución de una ley de un movimiento cuyo objetivo último no es el bienestar de los hombres o el interés de un solo hombre sino la fabricación de la humanidad"¹⁹.

¹⁵ Arendt, Hannah.

¹⁶ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 561.

¹⁷ SCHMITT, Carl, *La Revolución Legal Mundial*, en *Revista de Estudios Políticos* 10, (1979), p. 18.

¹⁸ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 561.

¹⁹ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 566.

Ahora bien, en los Estados Totalitarios la legalidad no siempre estuvo acompañada de legitimidad, esto nos lleva al ámbito de la relación entre la moral y el derecho, relaciones que de acuerdo a Habermas²⁰ son esenciales, por lo que si el derecho dejare de tener fundamento moral (cuando la validez jurídica pierde toda relación moral), el derecho desaparece, al tornarse difusa su identidad. Por ello es necesario que el derecho y la moral se controlen de manera recíproca procedimentalmente en un entrelazamiento entre derecho y moral (Habermas)²¹.

2. Los Totalitarismos y las Nuevas Leyes

Con la llegada al poder de los bolcheviques y nacionalsocialistas se esperaba el establecimiento de nuevas instituciones y la aprobación de nuevas constituciones. No obstante, esto no se llevó a cabo en su totalidad.

En el caso de los Nacionalsocialistas destaca que durante sus primeros años en el poder promulgaron un número significativo de leyes y decretos, pero no derogaron la Constitución del Weimar²² (Arendt)²³. En 1935, se aprobaron las Leyes de Nüremberg.

En la actualidad, se conoce que la redacción y aprobación de dichas leyes fue consecuencia de debates, memorandos y borradores tanto del Ministerio de Justicia como del Ministerio del Interior; que culminaron con la decisión de Hitler de constituir el **Reistachg**, en la mencionada ciudad para clausurar la Conferencia de Libertad del Partido, esta conferencia se clausuró con la aprobación de tres (3) leyes: i) la Ley de la Bandera del Reich, la cual establecía que la bandera con la cruz gamada (esvástica) pasaría a ser el emblema del Reich y la bandera nacional; ii) la Ley de Ciudadanía, que tenía como objeto privar de ciudadanía a todas aquellas personas que no tuvieran sangre alemana; iii) y la Ley para la Protección de la Sangre Alemana y el Honor Alemán, que no permitía los matrimonios entre ciudadanos judíos y personas de sangre alemana o afín; prohibía también las relaciones sexuales fuera del matrimonio, así como la posibilidad que judíos emplearan como trabajadoras domésticas mujeres de menos de cuarenta y cinco (45) años de edad (Müller)²⁴.

De las supra mencionadas leyes, sin duda alguna la que tuvo mayor trascendencia fue la Ley para la Protección de la Sangre Alemana y del Honor Alemán. Dicha ley contenía, entre otros aspectos: i) penas de presidio para ambos cónyuges si contraían matrimonio, contrariando lo establecido en la misma; ii) prisión o presidio por "deshonra a la raza"; y iii) un concepto sumamente vago de identidad racial, en

²⁰ Habermas, Jürgen.

²¹ Habermas, Jürgen.

²² La Constitución de Weimar fue sancionada en fecha 11 de noviembre de 1919, mediante esta Carta Magna se instauró una República Federal que estaba dividida en nueve (9) Estados, así como el mecanismo de la elección popular para elegir al Jefe de Gobierno.

²³ Arendt, Hannah.

²⁴ Müller, Ingo.

el cual confluían una mezcla de elementos vinculados a religión, ciudadanía y factores genéticos, que llevó a la confusión e incompreensión. Aunque la pena de muerte no estaba establecida en ninguna de las disposiciones de esta ley, en algunas ocasiones quienes la violaron fueron condenados a muerte. Para lo cual hubo que invocar otras leyes como la Ley sobre Delinquentes Habituales Peligrosos²⁵, así como el denominado Decreto sobre Elementos Antisociales y el Decreto sobre Delinquentes Violentos, los cuales en algunos casos permitían incrementar las sanciones hasta la pena de muerte (Müller)²⁶.

A pesar que la Alemania Hitleriana aprobó las leyes supra mencionadas, no dieron muestras de preocuparse por acatar su propia legislación, de hecho, la Policía Secreta del Estado (Gestapo), el Partido Nacionalsocialista y otras instituciones del Estado Nazi burlaron de manera frecuente sus propias normas y reglamentos. "En la práctica, ese estado permanente de ilegalidad halló expresión en el hecho que ya no se hacían públicos ciertos números de reglamentos válidos"²⁷. Igualmente, en muchas ocasiones los jueces afectos al régimen interpretaron de manera discrecional los reglamentos e incurrieron en frecuentes excesos. Por ejemplo: "(...) en los decretos reglamentarios de ley de ciudadanía, en la práctica era frecuente que no se estuviera claro a quién debía considerarse judío y a quien no (...). Contraviniendo todo principio de derecho penal, los tribunales llegaron incluso a considerar que todo error sobre el parentesco de una persona debía tratarse como un error de derecho"²⁸.

Estas manifestaciones se corresponden plenamente con la advertencia formulada por Hitler a los juristas en 1933, según la cual el Estado total no debe conocer diferencia alguna entre ley y la ética, esto equivale a sostener que ley y ética son equiparables y ambas tienen su fuente en la conciencia común, en consecuencia no se requerían decretos reglamentarios públicos, lo cual se constituía en la violación de uno de los principios rectores del derecho positivo, como lo es el principio de la publicidad normativa.

En el caso de la Unión Soviética, la situación fue distinta en algunos aspectos, por ejemplo, la administración pública pre-revolucionaria fue desmantelada y el Gobierno de Stalin promulgó la Constitución de 1936. No obstante, su publicación resultó ser el comienzo de una superpurga que en aproximadamente dos años

²⁵ La Ley sobre Delinquentes Habituales Peligrosos fue promulgada el 24 de noviembre de 1933, y fijaba una pena máxima de quince (15) años de presidio para el responsable de tres delitos premeditados cuya naturaleza hiciera aparecer al implicado como un delincuente habitual. Una ley adicional, que fue promulgada en fecha 04 de septiembre de 1941, contemplaba además que "los delinquentes habituales y los transgresores sexuales debían ser condenados a muerte si así lo requirieran la protección de la sociedad y una justa expiación.

²⁶ Müller, Ingo

²⁷ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 485

²⁸ MÜLLER, Ingo, *Los Juristas del Horror*, (trad. cast. de Figueredo, C.A., Caracas: Alvaro Nora, 2009), pp. 157-159

acabó con todos los rastros de vida normal y recuperación económica que habían operado la colectivización de la población rural (Arendt)²⁹.

La Constitución Soviética de 1936 fue marginada al igual que ocurrió con la Constitución de Weimar, pero además Stalin ordenó la ejecución por traición, a excepción de *Andréi Vychinsky*, de todos quienes participaron en su elaboración. Cabe destacar, que Vychinsky fue Fiscal General de la URSS, cargo desde el cual elaboró su teoría del derecho, la cual se sustentó sobre el principio que establece que la ley criminal es una herramienta de la lucha de clases.

3. La Ley como Instrumento para Violar los Derechos Civiles

Uno de los rasgos o propósitos del totalitarismo en el poder, es anular de manera progresiva los derechos y libertades civiles. Como explicó Arendt, "el propósito de un sistema arbitrario es destruir los derechos civiles de toda la población, que en definitiva se torna tan fuera de la ley en su propio país como los apátridas y los que carecen de un hogar. La destrucción de los derechos del hombre, la muerte en el hombre de la personalidad jurídica, es un prerrequisito para dominarle enteramente"³⁰.

Para lograr estos objetivos, los Estados totalitarios colocan, en primera instancia, a determinados grupos fuera del sistema penal ordinario (judíos, homosexuales gitanos, etcétera), pero luego esto termina extendiéndose a cualquier ciudadano, incluso a quienes han colaborado con el gobierno totalitario, pues la detención arbitraria destruye la posibilidad de oposición.

El Estado totalitario "es capaz, sin ningún beneficio, de aniquilar por millones a gente totalmente inocentes a criminales sin crimen"³¹. Las leyes y sanciones sobre las cuales se sustentan los totalitarismos serán más efectivas, en la medida, que logren que los individuos pierdan su capacidad, e incluso se sientan responsables.

"Deben encontrarse algunas leyes de la psicología de masas para explicar por qué millones de seres humanos se permitieron a si mismos marchar sin resistencia hacia las cámara de gas, aunque estas leyes sólo explicarían la destrucción de la individualidad. Es más significativo que los condenados individualmente a la muerte, rara vez intentaran llevarse consigo a sus ejecutores y que apenas hubiera rebeliones graves "porque destruir la individualidad es destruir la espontaneidad, el poder del hombre para comenzar algo nuevo a partir de sus propios recursos, algo que no puede ser explicado sobre la base de reacciones al medio ambiente y a los acontecimientos"³².

²⁹ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 485

³⁰ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 547

³¹ MÜLLER, Ingo, cit. (n. 27), p. 73

³² ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 552

Ahora bien, es inevitable formularnos la siguiente interrogante: ¿Cómo los nazis y bolcheviques pudieron violar los derechos y libertades civiles a gran escala?, consideramos que la respuesta a dicha interrogante está estrechamente vinculada en primer término con el hecho que los derechos humanos sólo habían sido proclamados a través de declaraciones, más no garantizados, de hecho, el que se haya logrado su inclusión en tratados internacionales de carácter universal fue consecuencia directa del holocausto nazi. Por otra parte, se debe tomar en consideración que tanto la Alemania Nazi como la URSS de Stalin lograron manipular durante mucho tiempo las leyes, lo cual trajo como consecuencia que el resto de los Estados contribuyeran a legalizar la ilegalidad.

“Esta es la monstruosa y sin embargo aparentemente incontestable reivindicación de la dominación totalitaria, que, lejos de ser ilegal, se remonta a las fuentes de autoridad de la que las leyes positivas reciben su legitimación última, que, lejos de ser arbitraria, es más obediente a esas fuerzas suprahumanas a lo que cualquier Gobierno lo fue antes (...)”³³.

IV. La Incertidumbre: Coexistencia de Gobiernos (Real-Ostensible), y la Sucesión del Líder

Tanto los nazis como los bolcheviques duplicaron organismos públicos, cada uno de los niveles del aparato gubernamental de la Alemania de Hitler fue duplicado. Se mantuvo el personal intacto y no se suprimieron los Ministerios. Por su parte, Stalin mantuvo a los soviets³⁴, quienes ejercieron un gobierno paralelo en la URSS.

Dicha duplicación de organismos y por ende la división de autoridad son necesarios para generar la confusión que requieren los gobiernos totalitarios para mantenerse en el poder. Arendt³⁵ señaló que la coexistencia de un poder real y del ostensible es una herramienta que se emplea con el propósito de alimentar la incertidumbre de la que se nutren los totalitarismos.

“(...) como el conocimiento de quien hay que obedecer y un asentamiento comparativamente permanente de la jerarquía introducirían un elemento de estabilidad que está esencialmente ausente en la dominación totalitaria, los nazis repudiaban constantemente la autoridad real allí donde surgía a la luz y creaba nuevos ejemplos de Gobiernos, comparados con los cuales el antiguo se convertía en un Gobierno fantasma (...)”³⁶.

³³ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 561.

³⁴ Los primeros soviets fueron la raíz de la Revolución Rusa, pero posteriormente perdieron poder en beneficio de del Partido Bolchevique. A partir del primer año de Stalin como Secretario General (1923), se convirtieron en un gobierno fantasma en cuyo eje central, mediante las células conformadas por miembros del Partido, actuaban en representación del verdadero poder, el cual era nombrado por el Comité Central de Moscú.

³⁵ Arendt, Hannah.

³⁶ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), pp. 492 s.

Se señala que una de las diferencias más notables e importantes entre el sistema soviético y el nacionalsocialista es que Stalin, al desplazar el poder de un aparato a otro, casi siempre eliminaba tanto al aparato como a su persona, quienes eran ejecutados, mientras que Hitler ordenaba el nombramiento de los funcionarios destituidos en otros cargos.

La duplicación de organismos contribuye a la ineficiencia, pero para los gobiernos totalitarios la eficiencia pasa a un segundo plano debido a que el principal objetivo del líder es detentar el poder total sacrificando para ello la eficiencia administrativa y la capacidad industrial y económica. Se justifica que la estructura del Estado no sea eficiente argumentando que esa situación es transitoria, pues conciben las victorias o derrotas en términos de periodos muy extensos, para lo que acuden a metas globales y de conquista mundial. "El imperio germánico mundial, como decía Himmler, o el imperio ario, como Hitler hubiera señalado, se hallaba todavía en cualquier caso a siglos de distancia"³⁷.

Los Estados totalitarios se caracterizan porque el dictador o líder totalitario debe mentir, para mantenerse en el poder. En el caso de la Alemania Nazi, Hitler retomó el nacionalsocialismo que había rechazado antes de tomar el poder, presentándose como un líder que afirmó, con el fin de tranquilizar sobre todo a los no alemanes, que el nacionalsocialismo no era un producto de exportación, dando a entender que las pretensiones nazis quedarían satisfechas una vez que reivindicara los territorios cedidos mediante el Tratado de Versalles, al *Anschluss* con Austria y la anexión de las zonas de habla alemana en Bohemia. Por su parte, Stalin manipuló a los no soviéticos recurriendo a la teoría del socialismo de un solo país, con el propósito de tranquilizar al resto de Europa.

"El sistema de mentir a todo el mundo puede ser empleado con seguridad sólo bajo las condiciones de la dominación totalitaria, donde la calidad ficticia de la cualidad cotidiana torna a la propaganda considerablemente superflua. En su fase anterior a la conquista del poder, los movimientos totalitarios nunca pueden permitirse en el mismo grado ocultar sus verdaderos objetivos"³⁸.

La anterior afirmación se sustenta en la necesidad que tienen los movimientos totalitarios de aprovecharse de las masas, toda vez que como señalamos, éstas constituyen un ingrediente fundamental para configurar un Estado totalitario.

De hecho, los seguidores de los movimientos totalitarios pertenecían a las masas, las cuales estaban conformadas por desarraigados, personas desorientadas, que ya no tenía un sentido claro de la realidad o del propio interés, porque el mundo

³⁷ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 504.

³⁸ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 506.

en que habían vivido había sido afectado por los trastornos de desempleo, inflación, guerra y revolución (Canovan)³⁹.

Otro elemento del que se sirven los gobiernos totalitarios para alimentar la incertidumbre, consiste en evitar establecer mecanismos claros de sucesión en caso de la falta absoluta del líder; esto además le asegura el monopolio absoluto del poder; y permite la purga. Stalin eliminó a sus posibles sucesores, al punto que convirtió la sucesión en un peligroso honor. Arendt analizó la postura de los líderes totalitarios sobre la sucesión señalando que:

“El jefe totalitario, en marcado contraste, con todos los anteriores usurpadores, déspotas y tiranos, parece creer que la cuestión de su sucesión no es excesivamente importante, que no se requieren para ocupar el puesto cualidades o preparación especiales, que eventualmente el país obedecerá a cualquiera que resulte haber obtenido la designación como sucesor en el momento de su muerte y que ningún rival sediento de poder le disputará su legitimidad”⁴⁰.

Como señala, Hannah Arendt, los dictadores totalitarios desprecian las riquezas naturales e industriales de cada país, incluso las del Estado que gobiernan. Para dichos líderes los recursos de la naturaleza“(…) constituyen una fuente de botín y un medio de preparar el siguiente paso dentro de la expansión agresiva (…)”⁴¹.

La economía pasa a un segundo plano dentro de los gobiernos totalitarios, los cuales se caracterizan por saquear los recursos naturales y destruir el aparato industrial. Esto trae como consecuencia que el terror; la violación a los derechos civiles y la manipulación de la legalidad, estén acompañados de la ineficiencia.

Por ejemplo, Stalin “creyó honradamente que los más preciados tesoros de la Unión Soviética no eran las riquezas de su suelo o la capacidad productiva de su inmensa mano de obra, sino los cuadros del partido (es decir la policía)”⁴².

Por su parte, Hitler no consideró perdida la guerra debido a los importantes daños sufridos por las principales ciudades de Alemania ni por la destrucción de la capacidad industrial, ello ocurrió sólo cuando dejó de confiar en la SS^{43*}.

“Para un hombre que creía en la omnipotencia de la organización contra todos los simples factores materiales, militares, o económicos, y que además, calculaba en siglos, la victoria eventual de su empresa, la derrota no estribaba en la catástrofe

³⁹ Canovan, Margaret.

⁴⁰ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 500.

⁴¹ ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), p. 509.

⁴² ARENDT, Hannah, cit. (n. 8), pp. 510 s.

⁴³ * Las SS (SCHUTZSTAFFEL) se establecieron en 1925 como guardia personal del líder nazi Adolf Hitler. Bajo el mandato de Heinrich Himmler entre 1929 y 1945, las SS pasaron de ser una pequeña formación paramilitar a convertirse en una de las más grandes y poderosas organizaciones dentro del Tercer Reich.

militar o en la amenaza de inanición de la población, sino sólo en la destrucción de las formaciones de élite'⁴⁴.

V. Conclusiones

Los Estados totalitarios, a diferencia de las tiranías que se apartan totalmente de la legalidad, crean un verdadero entramado jurídico con el propósito de mantenerse en el poder. El gobierno totalitario busca a todo evento seguir las leyes de la naturaleza o de la historia de la que emanan todas las posibles leyes positivas.

Los Estados totalitarios desafían el derecho positivo, por ello Arendt acuñó el término ilegalidad totalitaria. Tanto la Alemania Nazi como la URSS de Stalin promulgaron nuevas leyes, con el fin último de transformar la especie humana, sirviéndose del terror para lograr la ejecución de sus leyes.

Uno de los rasgos o propósitos del totalitarismo en el poder es anular de manera progresiva los derechos y libertades civiles. Para lograr estos objetivos los Estados totalitarios colocan, en primera instancia, a determinados grupos fuera del sistema penal ordinario (judíos, homosexuales gitanos, etcétera), pero luego esto termina extendiéndose a cualquier ciudadano, incluso a quienes han colaborado con el gobierno totalitario, pues la detención arbitraria destruye la posibilidad de oposición.

En síntesis, el desafío totalitario de la ley se caracteriza por: i) el rechazo al cumplimiento de las normas jurídicas; ii) la radicalización de las normas; iii) el establecimiento de un Estado permanente de ilegalidad; iv) no hacer públicos los reglamentos que se dictan y su aplicación contradictoria; v) se recurre a la ley para violar los derechos y libertades civiles; vi) se crea un estado de aparente legalidad, que incita al mundo no totalitario a reconocer la ilegalidad; y vii) la legalidad termina separándose de la legitimidad, una vez que el derecho se aparta de la moral.

VI. Bibliografía

ARENDR, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo* (Trad. cast. de Guillermo Solana, México: Taurus, Primera Reimpresión 2004). Título original: *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harcour Brace Javanovich Inc., 1961.

ARNOLETTO, Eduardo, Curso de Teoría Política, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.Eumed.net/libros/2007b/3000/

BENHABIB, Seyla, *Los Derechos de los Otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos* (Barcelona, Gedisa, 2004).

⁴⁴ ARENDR, Hannah, cit. (n. 8), p. 211.

CANOVAN, Margaret, Arendt's theory of totalitarianism: a reassessment, en Villa, Dana (Editor), en *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, pp. 25-43 (Reimpresión, *England: Cambridge University Press, 2002*).

ESQUIROL, Josep María, Hannah Arendt y el Totalitarismo: Implicaciones para una Teoría Política, en Revista de Filosofía *Convivium*, Número: 2 Año; Barcelona. Disponible:<http://www.raco.cat/index.php/Convivium/article/viewFile/73280/98713> (Consulta: 2010, Marzo 22).

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso (Traducción Jiménez Redondo, M, 4ª edición, Madrid: Trotta, cuarta edición, 2005).

MÜLLER, Ingo. Los Juristas del Horror (Traducción Figueredo, CA), (1ª edición en español, Caracas: Alvaro Nora, 2009). Título de la Edición Original: *Furchtbare Juristen, 1987* por *Zinder Verlag GMBH, München*.

SCHMITT, Carl. La Revolución Legal Mundial, en Revista de Estudios Políticos N° 10, pp. 5-24.

Disponible: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_010_006.pdf (Consulta: 2010, Marzo 17).

SONNTAG, Heinz. Semblanza de Hannah Arendt, pp.24-32, en *Kohn*, Carlos y Rico, Ricardo (Compiladores). El Totalitarismo del Siglo XXI. Una aproximación desde Hannah Arendt, (1ª edición, Caracas: Vicerrectorado Académico de la UCV, 2009).

TERNON, Yves. El Estado Criminal. Los genocidios en el siglo XX (Traducción de Rivera, Rodrigo, 1ª edición, Barcelona: Península, 1995).

WELSCH, Friedrich. Paradigmas del Totalitarismo: Nacionalsocialismo y Comunismo, pp. 53-65, en *Kohn*, Carlos y Rico, Ricardo (Compiladores). El Totalitarismo del Siglo XXI. Una aproximación desde Hannah Arendt, (1ª edición, Caracas: Vicerrectorado Académico de la UCV).



LA RETICENCIA EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO
RETICENCY IN THE FORMATION OF CONTRACTS

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 132-175



José Ramón
de VERDA y
BEAMONTE

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda el estudio de los deberes de información precontractual, determinándose, con arreglo a criterios propios del análisis económico del Derecho, la extensión y límites de la obligación de informar del error ajeno.

PALABRAS CLAVE: Anulación, buena fe, “culpa in contrahendo” dolo, indemnización de daños y perjuicios.

ABSTRACT: This article studies the duties of pre-contractual information, determining, with the criteria of law and economics, the scope and limits of the obligation of informing of others mistake..

KEY WORDS: Annulment, good faith, malice, liability.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.-II. FUNDAMENTACIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN DEL ERROR ESENCIAL AJENO.- III. EL CARÁCTER RELATIVO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.- IV. DETERMINACIÓN DE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN CLAVE DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. -1. Informaciones costosas y no costosas.- 2. Informaciones que aumentan o disminuyen el valor de los bienes.- 3. Costes simétricos y asimétricos. 4. Recapitulación.- V. LA RETICENCIA DOLOSA.- 1. Delimitación del supuesto.- 2. Consecuencias jurídicas. 2.1. En el ámbito del juicio de validez negocial.- 2. En sede de responsabilidad precontractual.- VI. LA RETICENCIA NEGLIGENTE.- 1. Delimitación del supuesto.- 2. Consecuencias jurídicas.- 2.1. En el ámbito del juicio de validez negocial.- 2.2. En sede de responsabilidad precontractual.- VI. LA RETICENCIA LÍCITA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El presente trabajo parte de la premisa de que el principio de la buena fe, durante los tratos preliminares y al tiempo de la conclusión del contrato¹, impone a las partes contratantes el deber de informarse recíprocamente de la existencia de las causas de invalidez negocial, conocidas o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia². Entre ellas, el error esencial ajeno, esto es, el error determinante del consentimiento *ad contractum* de quien lo padece, el cual es causa de invalidez contractual, según prevé el art. 1266 C.c.³.

¹ El art. 1337 del *Codice* sanciona expresamente el deber de las partes de comportarse conforme a la buena fe durante los tratos preliminares y al tiempo de la conclusión del contrato. En nuestro Código civil no existe un precepto paragonable al expuesto (no lo es, evidentemente, el art. 1258, que, expresamente, no contempla la *bona fides in contrahendo*). Pero es *communis opinio*, en la doctrina científica (en la que, sin duda, constituyó un hito el conocido trabajo de ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, R.C.D.I., 1971, pp. 859 y ss.), la de que el principio de buena fe vincula a las partes en el *iter formativo* del contrato. Recientemente, han surgido aportaciones de interés, en relación a la *bona fides in contrahendo*, dirigidas, bien a estudiar algunos de los deberes de ella diamantes (GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994), bien el efecto jurídico más característico a que da lugar su vulneración, esto es, la responsabilidad precontractual (ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho español y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao, 1989; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991).

² El deber de comunicar a la otra parte contratante la existencia de las causas de nulidad conocidas o reconocibles mediante una conducta diligente aparece explícitamente consagrado en el art. 1338 del *Codice*, precepto éste, que, según observa PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104, es una especificación de la norma general del art. 1337 del *Codice*.

Entre los autores españoles está consolidada la opinión de que es exigencia de la buena fe el deber de información recíproca de las causas de invalidez conocidas o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia. Así, dice ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad*, cit., pp. 907-908, que en el deber de comunicación o información se “comprenden fundamentalmente los supuestos de nulidad contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra”. Cfr. en el mismo sentido ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa*, cit., p. 262; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, cit., pp. 157-158; GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., pp. 100 ss.

³ En la doctrina italiana es pacífica la tesis, según la cual quien no advierte a la otra parte contratante del error esencial en el que está incurso comete un comportamiento contrario a la buena fe, encuadrable en el art. 1338 del *Codice*. Cfr. PATTI/PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *Il Codice Civile. Commentario*, arts. 1337-1342, Milano, 1993, p. 203.

En la doctrina española está también consolidada la tesis de que el principio de la buena fe impone a cada una de las partes (al menos, dentro de ciertos límites) la obligación de colaborar en deshacer el error de la otra, de

• Dr. José Ramón de Verda y Beamonte

Departamento de Derecho civil
Universidad de Valencia

Trataré aquí de delimitar el fundamento, extensión y límites de tal deber precontractual de información, así como las consecuencias a las que da lugar su infracción.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN DEL ERROR ESENCIAL AJENO.

El deber precontractual de información suele ser apoyado en dos argumentos.

- a) De un lado, en el principio de la buena fe, que en el marco de la denominada solidaridad contractual impone a las partes una obligación recíproca de lealtad, dentro de los límites de un sacrificio razonable⁴. Ello, al servicio de que la voluntad negocial de cada una de ellas se forme sin anomalías que impidan valorar adecuadamente lo que realmente conviene a sus intereses⁵.
- b) De otro lado, el deber de advertencia del error esencial ajeno tiene un fundamento económico. Detrás de toda equivocación, hay un problema de falta de información⁶ y, en definitiva, de costes⁷. Si el contratante que se equivoca hubiera procedido con una mayor diligencia al examinar la realidad fáctica o jurídica sobre la que versa su error, muy probablemente, podría haber evitado éste.

Sucedo, sin embargo, que el acceso a la información es costoso en términos económicos, de manera que si los gastos que hay que realizar para obtener dicha información van más allá de ciertos límites, se encarecerán los costes de la transacción, lo que puede disuadir de la celebración del contrato a quien deba afrontarlos. Y, en todo caso, en ocasiones, es razonable que quien conoce el error del contrario deba comunicárselo, de modo que éste no tenga que destinar recursos en la búsqueda de una información de que dispone la otra parte contratante⁸.

En qué medida y dentro de qué límites, es una difícil cuestión, respecto de la cual resulta imposible dar criterios indiscutidos, por lo que parece que hay que limitarse a proponer ciertas pautas, cuyo examen ponderado nos dará la clave para determinar si, en un supuesto concreto, la reticencia del destinatario está, o no, justificada.

manera que deben informarse recíprocamente de los errores conocidos o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia. Cfr. por todos MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, pp. 229-231.

⁴ BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987 (reedición 1994), pp. 166-167.

⁵ Dice GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., p. 14, que los deberes de información se justifican “desde la concepción misma del contrato como cauce de expresión de la “voluntad privada”, y ello porque su papel es determinante para que cada parte pueda identificar y valorar sus propios intereses, posibilitando así la formación de una decisión libre, de cuyas consecuencias, por ello mismo, se puede hacer responder a cada contratante”.

⁶ Como gráficamente observa KRONMAN, *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale* (traducción por G.B. FORLINO), *Pol. dir.*, 1980, num. 1º, p. 293, la información es el antidoto del error.

⁷ Punto éste, sobre el que llaman la atención SCHÄFER/OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción por M.VON CARSTENN-LICHTERFELDE), Madrid, 1986, pp. 231, 324-325.

⁸ Explica KRONMAN, *Errore*, cit., p. 296, que si el error es efectivamente conocido por el destinatario, o podría haber sido reconocido por éste con un coste mínimo, el principio de la eficiencia se satisface mejor trasladando la responsabilidad a quien dejó de informar de aquél.

III. EL CARÁCTER RELATIVO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.

El deber precontractual de información no puede, desde luego, concebirse en términos absolutos⁹.

El mismo principio de la buena fe, que exige del destinatario el deber de informar de los errores conocidos, reclama del declarante un deber de autoinformación, esto es, de desplegar una diligencia regular o media en orden al exacto conocimiento de las circunstancias determinantes de la prestación de su consentimiento *ad contractum*. De otro modo, so pretexto de proteger la *bona fides in contrahendo*, se estaría amparando comportamientos negociales negligentes (e ineficientes económicamente) a costa, quizás, de sacrificar otros intereses más dignos de protección, más valiosos socialmente, porque son generadores de riqueza.

Si un contratante no puede hacer uso de informaciones que le permiten obtener una posición de ventaja en la negociación, y tales informaciones sólo puede alcanzarlas mediante un proceso de búsqueda que le origina costes, parece probable pensar que dicho contratante no desatinará recursos para obtenerlas¹⁰. Y su decisión de no destinar recursos a la obtención de nuevas informaciones, impedirá averiguar que existen formas de utilización más elevada de ciertos bienes, las cuales permiten un incremento de los niveles de riqueza. Piénsese, p. ej., en el caso en que se descubre la existencia de un yacimiento minero en una finca destinada a un uso agrícola o en la hipótesis en que se descubre que un viejo violín abandonado es un Stradivarius¹¹.

⁹ Como observara TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 52, no se puede afirmar la existencia de una obligación general, impuesta por la buena fe, de informar a la otra parte contratante respecto de cualquier elemento, con influencia objetiva sobre el contrato.

Explica MORALES MORENO, *El error*, cit. p. 230, que el deber de cada contratante, de colaborar con el otro para evitar su error, tiene carácter relativo, dependiendo de una serie de factores, tales como los conocimientos que el destinatario pueda fácilmente obtener, según su situación y condición, y las posibilidades del declarante de evitar su propio error. Lo que, en definitiva, se halla en perfecta correlación con la consideración de que los deberes de información precontractual *in genere* no tienen carácter absoluto, sino relativo.

¹⁰ Evidencia VILLA, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione*, *Quadrimestre*, 1988, núm. 1, p. 287, que las inversiones en información no dan lugar generalmente a unos beneficios remunerativos, porque, salvo en los casos de derecho de disfrute exclusivo previstos en la legislación de propiedad industrial, la información circula libremente sin posibilidad de control por parte de su productor, de manera que éste no puede recibir ninguna compensación contratando su distribución.

¹¹ Dice VILLA, *Errore*, cit. p. 292, que la información es un bien socialmente valioso, en la medida en que permite realizar programaciones económicas correctas, evitar pérdidas y dirigir los bienes a su mejor destino.

Explica GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit. p. 19, que un mayor nivel de información se traducirá en una más eficiente asignación de los recursos, posibilitando que aquéllos se dirijan a los productos respecto de los que existe una mejor relación calidad-precio, con la progresiva desaparición de bienes y servicios en los que dicha relación es peor. Tal idea la ilustra KRONMAN, *Errore*, cit. p. 297, relatando el célebre caso "Laidlaw c. Organ", extraído de la jurisprudencia norteamericana. Organ había obtenido la información de la firma del Tratado de Paz entre Inglaterra y Estados Unidos, que ponía fin a la Guerra de 1812. Silenciando tal dato, había comprado una importante partida de tabaco de la empresa Laidlaw. La noticia de la firma del tratado elevó extraordinariamente el precio del tabaco, al cesar el bloqueo naval del puerto de Nueva Orleans. La Laidlaw se negó a hacer entrega del tabaco a Organ, el cual interpuso demanda para obtener un resarcimiento de daños e impedir que la empresa vendedora pudiera disponer del género vendido en favor de otros compradores. Demanda, que fue acogida por la Corte Suprema. Observa el autor que, dado que el precio es la medida del valor relativo de los bienes, las noticias concernientes a la celebración del tratado revelaban un nuevo estado de cosas: se había modificado el valor del tabaco en relación con el de otras mercancías. Y una noticia de este tipo influye en la

Admitido que existe un interés general al incremento de los niveles de información que tienen una fuerza productiva significativa para la sociedad¹², habrá que concluir que debe reconocerse a quien lo promueve la posibilidad de servirse de ciertos datos, que sólo a él le son conocidos, a fin de equilibrar el contrato a su favor. Caso contrario, se llegaría a una solución desincentivadora de los procesos de búsqueda de nuevas informaciones socialmente útiles¹³.

IV. DETERMINACIÓN DE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN CLAVE DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

A mi entender, dejando aparte la posible existencia de concretos preceptos legales que, en ciertos casos, impongan un deber precontractual de información¹⁴, la obligación de advertir del error esencial conocido ha de ser delimitada con arreglo a criterios fundamentalmente económicos¹⁵.

distribución de los recursos, ya que los agricultores se decidirán a plantar más tabaco y los comerciantes del ramo estarán dispuestos a pagar más dinero para transportar sus mercancías.

¹² Tomo la expresión de SCHÄFER/OTT, *Manual*, cit., p. 309.

¹³ Observa KRONMAN, *Errore*, cit., p. 297, que el único modo eficaz de incentivar la inversión en la búsqueda de informaciones costosas es reconocer a quien las consigue el derecho a no desvelarlas al otro contratante.

¹⁴ No puede dejar de destacarse que en el actual estado de desarrollo del ordenamiento jurídico tienden a proliferar normas legales expresas que imponen deberes precontractuales de información, si bien al servicio de finalidades diversas y atribuyendo consecuencias muy distintas a quien los infringe.

Me remito en este punto a la exhaustiva exposición de los deberes legales de información precontractual realizada por GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., pp. 83-86, limitándome aquí a exponer algún ejemplo significativo acogido en leyes recientes.

El art. 10 de la Ley del contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980, impone al tomador la obligación de declarar al asegurador todas las circunstancias, por él conocidas, que puedan influir en la valoración del riesgo. En caso de incumplimiento de tal deber, el asegurador podrá rescindir el contrato, en el plazo de un mes, a partir de que tuviera conocimiento de la reserva o inexactitud, o, para el caso, de que el siniestro sobrevenga antes de haber ejercitado tal derecho en el plazo indicado, podrá obtener una reducción proporcional en el importe de la prestación (cfr. STS 13 octubre 1989, R.A.J., 1989, núm. 6916) o, incluso, quedará exonerado de pagarla, de haber mediado dolo o culpa grave del tomador del seguro (cfr. STS 30 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6822).

El art. 4,II de la Ley general de publicidad, de 11 de noviembre de 1988, considera engañosa y, por ende, ilícita la publicidad, "que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios", previendo los arts. 25 y ss. de la Ley la posibilidad de ejercicio de la acción de cesación o rectificación de dicha publicidad.

El art. 21.3 de la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones, de 13 de abril de 1998 (cuyo precedente inmediato es el art. 45 de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, de 26 de junio de 1992, que, a su vez, procede del art. 62 de la anterior Ley, de 9 de abril de 1976) establece un deber precontractual de información de los vínculos urbanísticos que afecten a los inmuebles vendidos, cuya infracción atribuye al adquirente el derecho a *rescindir* el contrato, en el plazo de un año, a contar desde el otorgamiento del mismo, y a exigir una indemnización de daños y perjuicios. Dicha acción no excluye, desde luego, la de anulación del contrato, por error o dolo, siempre que se cumplan los requisitos, respectivamente exigidos por los arts. 1266 y 1269-1270 C.c. (cfr. STS 27 marzo 1989, R.A.J., 1989, núm. 2201), como tampoco, según un parecer firmemente asentado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la de resolución por incumplimiento del art. 1124 C.c. (cfr. STS 23 octubre 1997, Act.Civ., 1997, núm. 99). El art. 5.2. de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, de 13 de abril de 1998, establece la obligación del predisponente de informar al adherente de la existencia de las condiciones generales, y de facilitarle un ejemplar de las mismas. Caso contrario, no podrá entenderse que ha habido aceptación a la incorporación de dichas cláusulas.

¹⁵ Hasta el punto de que un sector de la moderna doctrina científica ha comenzado a afrontar el estudio de la extensión y límites del deber de información del error en términos de análisis económico del Derecho.

Es capital la aportación de KRONMAN, *Errore*, cit., pp. 289 ss., cuyas ideas han encontrado ulterior desarrollo en la doctrina científica italiana en el conocido trabajo de VILLA, *Errore*, cit., pp. 286 ss., que extrae consecuencias del análisis económico del Derecho, tanto en sede de dolo, como de estricto error, proponiendo que la decisión acerca de la existencia, o no, de una reticencia dolosa, así como la relevancia invalidante del error conocido, dependa de que la información de la que dispone el destinatario sea, o no, costosa y se refiera a cualidades positivas o negativas de un bien.

I. Informaciones costosas y no costosas.

Ante todo, habrá que examinar si el conocimiento del error ajeno es debido a un proceso de búsqueda al que se han destinado recursos económicos significativos. Habrá que distinguir, así, según que la información de que se dispone (la cual permite apreciar la existencia del error) sea, o no, costosa¹⁶.

- a) Si la información no es costosa, porque quien la posee no destinó recursos para obtenerla ni desplegó una especial diligencia para adquirirla, debe advertir al declarante de su error; ya que sujetarlo a dicha obligación no supone una solución desincentivadora de comportamientos futuros dirigidos a la producción de nuevas informaciones.

La información no es costosa, cuando es adquirida por mera causalidad (p ej., en el curso de una conversación ajena a la que por azar se tiene acceso) o si se obtiene como resultado de un contacto cotidiano de una de las partes con el bien de que se dispone, o en relación al cual se constituyen o transmiten derechos. Así, el propietario debe comunicar al comprador los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida de que tuviera conocimiento¹⁷, así como las cargas o servidumbres no aparentes que la gravan¹⁸; quien traspasa un local de negocios, dedicado a la actividad de "Bar", debe comunicar al adquirente que carece de licencia para el ejercicio de dicha actividad y que las autoridades municipales no la autorizan¹⁹. Tampoco es costosa cuando el destinatario conoce el error (obstativo) mediante un simple examen de

En Francia, RUDDEN, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, pp. 158 ss., muestra análoga preocupación por proteger los procesos costosos de búsqueda de información productiva, en particular, en los supuestos de compraventa de obras de arte.

En Alemania un tratamiento exhaustivo de los deberes de información precontractual en clave de análisis económico Derecho es el que realizan SCHÄFER/OTT, *Manual*, cit., pp. 324 ss.

En la doctrina científica española GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., pp. 18 ss., 87-88, ha profundizado sobre el fundamento económico de los deberes de información in genere en la fase de formación del contrato, extrayendo interesantes consecuencias, en particular, en relación con la apreciación del requisito de la excusabilidad del error, pero insistiendo en la necesidad de atenerse a ciertos límites de equidad, exigidos por la buena fe *in contrahendo* que, según observa la autora, es el fundamento jurídico de los referidos deberes. También MORALES MORENO, *El error*, cit., p. 231, se ha ocupado de la delimitación del deber de colaborar con el otro contratante para evitar su error, entendiendo el autor que dicho deber ha de restringirse al supuesto en que la información de que se dispone no sea producto de una investigación costosa.

¹⁶ Con KRONMAN, *Errore*, cit., p. 323, a quien sigo en este punto.

¹⁷ KRONMAN, *Errore*, cit., p. 309, considera un supuesto de información no costosa, la relativa a vicios manifiestos de la cosa vendida. Se refiere el autor al caso en que la casa que se transmite estuviera infectada de termitas o sufriera inundaciones periódicas.

En nuestro ordenamiento, el art. 1486 C.c. impone al vendedor el deber jurídico de informar al comprador de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida. Deber éste, cuya infracción, como observa GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., p. 53, constituye un supuesto de responsabilidad precontractual que da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios.

¹⁸ En nuestro ordenamiento el deber jurídico de advertencia de las cargas y servidumbres no aparentes se deduce del art. 1483 C.c., precepto éste, que, según explica GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., p. 61, constituye una manifestación de los deberes de información precontractual dimanantes de la buena fe, si bien, para que entre en juego la norma, no se exige el dolo del vendedor: "basta que no haya comunicado al comprador tales cargas, aun actuando de buena fe".

¹⁹ STS 14 febrero 1994, *J.Civ.*, 1994, núm. 92, fundamento de Derecho séptimo.

la declaración, siendo evidente que quien la emite no ha entendido correctamente los términos de la oferta que recibió²⁰.

- b) Si la información es costosa, esto es, ha sido adquirida, como consecuencia de un proceso de búsqueda deliberada que ha originado costes a quien lo realiza, parece que, en principio, ha de considerarse lícito que quien conoce el error del declarante guarde silencio y no le advierta de él. En el caso contrario, se estaría penalizando un comportamiento diligente en cuya incentivación existe un interés social²¹.

Pero dicha afirmación ha de ser convenientemente matizada ante la necesidad de ponderar otros datos adicionales en orden a la delimitación del deber de comunicación del error ajeno, a saber, el carácter revalorizador o devaluador de las informaciones y la simetría o asimetría de los costes.

2. Informaciones que aumentan o disminuyen el valor de los bienes.

Habrà que diferenciar, según que la información se refiera a cualidades positivas o negativas del bien transmitido²².

- a) No existe obligación de desvelar el error, consistente en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza y pone de manifiesto formas de uso que permiten incrementar la riqueza²³ (p. ej. que la finca que se pretende comprar contiene un yacimiento minero o que el viejo violín que se adquiere es un Stradivarius).

²⁰ En tal caso, observa KRONMAN, *Errore, cit.*, p. 321, que la imposición al destinatario del deber de advertir al declarante de su error obstativo no disuadirà al primero de eventuales comportamientos futuros en orden a adquirir informaciones costosas, ya que la que transmite no lo es.

Téngase, en cuenta, sin embargo, que en nuestro Derecho, el supuesto que se describe encaja en el ámbito de aplicación de la regla falsa demonstratio non nocet. De manera que la interpretación del contrato permitirá reconstruir la real intención de las partes, la cual prevalecerà sobre el sentido literal de las cláusulas (cfr. art. 1281, II C.c.)

²¹ Cfr., en tal sentido, en nuestra doctrina científica, MORALES MORENO, *El error, cit.*, p. 231. Observa el autor que cuando la información no es fácilmente obtenible y supone una costosa investigación, podría ser injusto imponer la obligación de comunicarla a quien la posee. Pone el ejemplo de una compañía, dedicada a la explotación de hidrocarburos, que compra unos terrenos tras haber desarrollado investigaciones geológicas que le permiten establecer como probable la existencia de petróleo en dicho terreno.

²² La diferenciación apuntada la perfila con gran claridad VILLA, *Errore, cit.*, p. 287, para quien el deber de información del error conocido debe ceñirse a los supuestos en que el declarante ignore la existencia de cualidades negativas del bien adquirido.

La distinción entre informaciones revalorizadoras y devaluadoras, creo que es implícitamente aceptada por KRONMAN, *Errore, cit.*, pp. 304-315, que la toma como presupuesto de su teoría en orden a la delimitación de los deberes de comunicación del error ajeno, si bien no la formula con la claridad del autor anteriormente mencionado.

SCHÄFER/OTT, *Manual, cit.*, p. 231, se refieren genéricamente a las informaciones productivas o improductivas, al objeto de excluir o admitir, respectivamente, el deber precontractual de información.

En nuestra doctrina científica, GÓMEZ CALLE, *Los deberes, cit.*, pp. 20-21, 25-26, se refiere también a las informaciones que incrementan o reducen el valor de los bienes, al objeto de determinar la extensión y los límites de los deberes de información en la fase de formación del contrato desde el punto de vista del análisis económico del Derecho.

²³ VILLA, *Errore, cit.*, p. 298.

Tal deber, obviamente, sólo tiene sentido planteárselo respecto del adquirente del bien, ya que el transmitente no dejará de informar al comprador de las cualidades positivas de la cosa que pretende vender, bien para inducirle a la celebración del contrato, bien para obtener condiciones más ventajosas²⁴.

Hecha está precisión, he de insistir en la improcedencia de imponer al adquirente la obligación de advertir de la existencia de cualidades revalorizadoras del bien. Si, p.ej., el comprador de una finca donde hay un yacimiento minero ignoto al propietario le comunicara su existencia, éste se prevaldría de dicha información para elevar el precio del contrato y para obtener condiciones más ventajosas de otros potenciales compradores.

b) En cambio, sí existe el deber de advertir del error, consistente en la ignorancia de una cualidad negativa que disminuye el valor de un bien²⁵ (p. ej. que el yacimiento minero que se vende está yermo o que el violín que se compra como un Stradivarius es una imitación). Porque, en tal caso, el conocimiento del error, presupone una información carente de fuerza productiva significativa para la sociedad, no favorecedora de una distribución más eficiente de los recursos ni del incremento de la riqueza.

El deber lo soporta el transmitente, ya que si el potencial adquirente conoce los defectos de la cosa, bien se abstendrá de adquirirla, bien los pondrá de manifiesto a los efectos de lograr una reducción del precio. Pongamos un ejemplo para ilustrar que en términos de racionalidad económica resulta justificada la imposición del deber de advertencia del error cuanto ésta atañe a cualidades devaluadoras del bien. El vendedor de una casa infectada de termitas está obligado a poner en conocimiento del comprador esta circunstancia²⁶.

Tal obligación no supone desincentivar los procesos de búsqueda deliberada de informaciones socialmente útiles. En primer lugar, porque tales informaciones no son productivas. Ciertamente, en el caso examinado, el vendedor que silencia el defecto de la casa obtiene una ventaja, ya que podrá lograr que se estipule un precio más elevado. Pero lo obtiene a costa de un daño que experimenta el comprador. De modo que no existe un incremento global de la riqueza o una ganancia neta de bienestar para la sociedad. La información, en definitiva, sólo es ventajosa para quien la posee, pero no para la sociedad en su conjunto²⁷. En segundo lugar, porque, aunque la obtención de la información de que dispone el vendedor (que la casa está infectada de termitas) pudiera haberle originado costes económicos, con toda probabilidad, dichos gastos los hace, con independencia de que esté obligado, o no,

²⁴ Sobre tal idea llama la atención GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., p. 21.

²⁵ VILLA, *Errore*, cit., p. 298.

²⁶ Es uno de los ejemplos extraídos de la jurisprudencia norteamericana, utilizado por KRONMAN, *Errore*, cit., pp. 311, en orden a la exposición de su teoría sobre la extensión y límites de la obligación de advertencia del error ajeno.

²⁷ Por ello, precisamente, se trata, de una información improductiva: cfr. SCHÄFER/OTT, *Manual*, cit., p. 307.

a comunicar los defectos que descubra a los potenciales adquirentes: los realiza para mantener en buen estado de conservación su propiedad²⁸.

Pero existen más argumentos para considerar eficiente la sujeción del vendedor a la obligación precontractual de información en la hipótesis que nos ocupa. Imaginemos que el comprador adquiere la casa, ignorando su verdadero estado. En tal caso, al pagar por ella un sobreprecio, habrá dirigido un exceso de recursos a la compra de la casa, los cuales podían haber tenido un destino más eficiente en términos económicos²⁹. Imaginemos, por el contrario, que el comprador, ante la sospecha de que la vivienda que pretende adquirir está infectada de termitas, encarga a un experto que la examine, experto, que le confirma su sospecha, razón por la cual decide no contratar. En éste caso, ha destinado inútilmente una serie de recursos a adquirir una información de la que ya disponía el vendedor; que, con su silencio dio lugar a una duplicidad de actuaciones que conduce a una pérdida de riqueza³⁰.

3. Costes simétricos y asimétricos.

Otro dato que habrá de ponderarse en orden a determinar la existencia, o no, del deber de advertencia del error esencial ajeno es el de la simetría o asimetría de los costes de información³¹.

Los costes son simétricos cuando éstos son iguales para ambas partes contratantes y asimétricos, cuando son más altos para una y más bajos para otra. La razón de dar relevancia a la simetría o asimetría de los costes enraiza con el mismo fundamento del deber de información precontractual desde el punto de vista económico, que no es otro, que el ahorro de costes a que da lugar. Si una parte informa a la otra de aquellas circunstancias que le son de interés en orden a la celebración del contrato, es evidente que le está dispensado de destinar recursos para averiguar dichas circunstancias, permitiéndole asignar los que hubiera dirigido a tal fin a otros usos diversos³². Sucede, así, que se reducen los costes de transacción del singular contrato, pero, a su vez, se posibilita una distribución más eficiente de los (escasos) recursos económicos y, por ende, un incremento de la riqueza. Por ello, es razonable en términos de eficiencia que la parte, cuyos costes de información

²⁸ En tal sentido se pronuncia, KRONMAN, *Errore, cit.*, p. 323, de quien tomo el ejemplo propuesto, que, a su vez, extrae de la jurisprudencia norteamericana. Concretamente, se refiere a dos decisiones judiciales que contemplaron el mismo supuesto de hecho (vendedor que silencia que la casa transmitida está infectada por termitas), pero lo resolvieron en sentido diverso, afirmando y negando respectivamente la existencia del deber precontractual de información, por cuya procedencia se inclina el autor, argumentando, además, que el vendedor era la parte que estaba en mejores condiciones económicas para prevenir el error.

²⁹ Cfr. VILLA, *Errore, cit.*, p. 295.

³⁰ Cfr. VILLA, *Errore, cit.*, p. 295, que desarrolla tal idea, observando que la conducta del vendedor da lugar a responsabilidad por daños ocasionados durante los tratos preliminares.

³¹ Punto éste, sobre el que llaman la atención SCHÄFER/OTT, *Manual, cit.*, pp. 231, 324-325, y, en nuestra doctrina científica GÓMEZ CALLE, *Los deberes, cit.*, pp. 21-22.

³² Como dicen SCHÄFER/OTT, *Manual, cit.*, pp. 231, confiar en alguien que es merecedor de tal confianza y experto es un efectivo medio de ahorrar costes de información.

son mas bajos (p. ej., por causa de la profesión o dedicación al concreto sector económico en el que se desenvuelve la contratación), informe a aquélla, cuyos costes de información son más bajos³³.

- a) Si los costes son simétricos, esto es, iguales para ambas partes contratantes, no existe deber de información³⁴.

Tal sucederá, normalmente, cuando el contrato se celebre entre dos personas con experiencia profesional o conocimientos técnicos en un determinado sector económico. Pensemos en un ejemplo. Un anticuario vende a otro anticuario un mueble, que consideraba ser una imitación moderna, de un estilo antiguo. El comprador, en cambio, sospecha que el mueble es de época y encarga un dictamen a un experto, que, examinando el mueble en cuestión, se lo confirma, lo que le motiva a celebrar el contrato en el que se fija un precio inferior al real valor del objeto vendido. En tal caso, no creo que pudiera afirmarse que el comprador estaba obligado a suministrar al vendedor la información de que disponía. Si lo hubiera hecho, el vendedor habría pedido un mayor precio y se habría aprovechado del esfuerzo ajeno para intentar obtener mejores ofertas de otros potenciales compradores. Con el consiguiente premio a un comportamiento negligente en detrimento de una *scrupulosa inquisitio*, productora de una información incrementadora del valor del bien.

Por ello, es criticable la solución a la que llegó la jurisprudencia francesa en el conocido caso, de la venta en pública subasta de un cuadro, respecto de cuya autoría existían dudas al tiempo de la celebración del contrato. El cuadro en cuestión aparecía descrito como de Fragonard, pero se advertía claramente de que la composición definitiva había desaparecido, lo que venía a evidenciar la creencia del vendedor de que el cuadro no había sido pintado por el propio Fragonard. Con posterioridad a la adquisición, el comprador realizó un trabajoso y largo proceso de restauración de la obra pictórica, como consecuencia del cual llegó a convencer a los expertos de que el cuadro había sido realmente pintado por Fragonard, vendiéndolo al Museo del Louvre por más de cinco millones de francos, cantidad muy superior a la que había pagado por él (cincuenta y cinco mil francos). Como consecuencia de la búsqueda de información emprendida por el comprador, el Museo del Louvre estaba satisfecho, Francia artísticamente enriquecida y el cuadro en las galerías de quien más lo valoraba³⁵.

³³ SCHÄFER/OTT, *Manual*, cit., p. 231, expresan muy claramente tal idea, observando que la eficiencia en la asignación de los recursos aumenta si los que tienen costes de información altos pueden confiar en los que tienen costes más bajos. Por el contrario, observan los autores, que si los costes son iguales para ambas partes no hay razón para proteger la confianza empleada, pues entonces no se proporcionaría estímulo alguno para incentivar la responsabilidad de quienes tiene costes de información más bajos.

³⁴ Cfr. GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., pp. 21-22.

³⁵ RUDDEN, *Le juste*, cit., p. 100.

El vendedor reaccionó impugando la validez del contrato por error sobre la autoría del cuadro (alegaba haberlo celebrado, en la ignorancia de que se trataba de un auténtico Fragonard). El *Trib. grande inst.* de París desestimó la pretensión anulatoria³⁶, que, no obstante, fue acogida por la *Cour d'appel* de París, al estimar ésta última que, en la celebración del negocio, había concurrido un error común a ambas partes contratantes, atinente a la sustancia del objeto del negocio. Y, al no ser posible la restitución *in natura*, condenó al comprador a entregar al vendedor el precio pagado por el Museo del Louvre³⁷. La *Cour de Cassation* confirmó tal fallo, precisando que el demandante debía satisfacer al demandado una cantidad correspondiente al valor de los trabajos de restauración por él desarrollados. Se observará que la anulación del contrato supuso un premio a la negligencia del vendedor; que, sin desplegar ninguna actividad, se benefició de la labor de restauración y de los conocimientos técnicos del comprador:

b) Si los costes son asimétricos, es decir, más bajos para una de las partes (p.ej., por razón de la profesión o conocimientos técnicos o por razón de la proximidad con el producto) está debe informar de los errores que advierta a la otra. Pero con una condición: que pueda repercutir el coste de la información en el precio del producto; caso contrario (lo que sucederá siempre que quien realiza la inversión destinada a obtener la información sea el adquirente del bien o servicio), no existirá deber de información³⁸.

Por lo tanto, aun siendo asimétricos los costes, no existirá deber de advertir del error esencial ajeno, si el conocimiento del mismo obedece a un proceso deliberado de búsqueda, cuyos costes no pueden ser repercutidos en el precio del bien. Por ejemplo, cuando una compañía minera que gasta cuantiosas sumas de dinero en investigaciones geológicas descubre que en un terreno existen ingentes cantidades de sulfato³⁹. O cuando un experto en violines entra por casualidad en una tienda de

³⁶ Insistiendo en el carácter aleatorio de la venta de obras de arte. El mismo argumento del *aleas in sito* en el contrato de compraventa de obras de arte y del riesgo que, en consecuencia, asumen las partes al celebrarlo, ha inspirado algunas sentencias de la jurisprudencia italiana, de las que da cuenta, si bien dudando de su rigor técnico, PIETROBON, *Errore, cit.*, p. 530.

³⁷ Pero, realmente, ¿puede decirse que en el supuesto que se examina existió un error común? Me parece que no. Al menos, creo que no lo padeció el comprador, porque éste, al celebrar el contrato, no se encontraba en un estado psicológico de defectuoso conocimiento de la realidad. Realmente, no sabía a ciencia cierta si el cuadro que adquiría era, o no, un Fragonard, comprándolo con la esperanza de que lo fuera, y asumiendo el riesgo de perder una ganancia, si no lo era (la duda -recuérdese- excluye la existencia del error).

³⁸ Cfr., en tal sentido, GÓMEZ CALLE, *Los deberes, cit.*, pp. 21-22.

³⁹ Se trata de un caso litigioso planteado ante los tribunales estadounidenses (aunque resuelto fuera de ellos, mediante transacción), del que da cuenta KRONMAN, *Errore, cit.*, pp. 308-308, quien observa que en el Derecho norteamericano se permite a quien posee una información relativa a la existencia de un depósito subterráneo de minerales obtener ventaja de la ignorancia del comprador. Ello, con la finalidad de incentivar la búsqueda deliberada de tales informaciones.

Cabe reflexionar sobre cuál sería la solución que se habría dado al litigio si éste se hubiera planteado ante los Tribunales españoles. En mi opinión, es posible mantener la afirmación de que el comportamiento del comprador no era contrario a la buena fe. Pero de ahí, sólo se puede deducir que aquél no incurrió en una reticencia dolosa ni en responsabilidad precontractual. Por lo tanto, quedaría a salvo la posibilidad de que el vendedor pudiera obtener la anulación del contrato por error, siempre que éste fuera excusable. En el caso considerado, me inclinaría, en principio, por la inexcusabilidad del error. Téngase en cuenta que la compañía minera había ofrecido una opción de compra a la propietaria de la finca, pactándose la condición de que, de

instrumentos musicales de segunda mano y se percata de que un viejo violín es un Stradivarius⁴⁰. En los supuestos enunciados imponer a los compradores la obligación de advertir del error al vendedor sería adoptar una solución que perjudicaría a quienes han destinado recursos a la obtención de informaciones productivas que aumentan la eficiencia de utilización de los bienes, beneficiándose a quien no desplegó una similar diligencia.

4. Recapitulación.

Podemos afirmar, en términos reasuntivos, que no existe obligación de advertir del error esencial ajeno, cuando el destinatario lo conoce, como consecuencia de un proceso de búsqueda de información costoso, que pone de manifiesto la existencia de cualidades positivas que incrementan el valor de un bien, siempre que, además, los costes de dicha información sean simétricos o, siendo asimétricos, no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión. De no concurrir tales circunstancias, existirá deber precontractual de comunicación del error; de modo que la reticencia del destinatario será ilícita, por ser contraria a la buena fe.

En definitiva, la reticencia puede ser lícita o ilícita, según que el silencio del cocontrante sea, o no, ajustado a las exigencias de la buena fe. Examinaremos, a continuación, la reticencia ilícita, que, a su vez, puede ser de dos tipos: dolosa y negligente.

V. LA RETICENCIA DOLOSA.

I. Delimitación del supuesto.

La reticencia será dolosa, cuando se den los requisitos previstos en los arts. 1269 y 1270 C.c.⁴¹.

descubrirse un depósito de minerales, la vendedora recibiría el diez por ciento de los beneficios. Además, la compañía había adquirido opciones de compra en los terrenos colindantes. Estas circunstancias debieran quizás haber hecho pensar a la propietaria en la posibilidad de la existencia de un yacimiento mineral en la finca vendida. Como consecuencia de lo cual, si estaba interesada en la venta, pudo haber adoptado dos actitudes: encargar un informe a peritos a fin de cercionarse de la existencia (o no) de un depósito de minerales en su propiedad o, por el contrario, no destinar recursos a esta finalidad, aceptando las condiciones propuestas por la compradora, con el riesgo de sufrir un perjuicio, pero también con la posibilidad de obtener una ganancia, según que se descubriera, o no, un yacimiento mineral. Actitud esta última, por la que se decantó.

⁴⁰ Se trata también de un ejemplo, extraído del Segundo *Restament of Torts*, sección 551 (2) (e), comentado por KRONMAN, *Errorre, cit.*, pp. 317-318, quien insiste en que debe permitirse al comprador que saque provecho de sus conocimientos. Explica el autor que la información que aquél posee es costosa y no meramente casual. La casualidad estribaría en la circunstancia de entrar la persona experta en violines en la tienda donde se encuentra infrautilizado el Stradivarius, pero la información que posee es producto de un proceso al que ha destinado una inversión que le ha ocasionado costes (los necesarios para desarrollar su conocimiento de los instrumentos musicales).

Respecto de la aplicabilidad de la solución expuesta al Derecho español, me remito a lo expuesto en la nota anterior, sobre la imposibilidad de excluir ab initio que el vendedor pudiera instar la anulación del contrato por error; si logra demostrar su excusabilidad.

⁴¹ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo es indubitada la posibilidad de incardinar la reticencia dolosa en el ámbito de aplicación de los arts. 1269 y 1270 C.c. La STS 21 junio 1978, *J.Civ.*, 1978, núm. 244, expone que es “admisibles el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe a los usos del tráfico” (considerando quinto).

a) Ante todo, se precisa la existencia de un comportamiento negocial omisivo, en el que han de concurrir dos elementos: uno, objetivo, y otro, subjetivo.

El elemento objetivo consiste en el carácter ilícito de la conducta del destinatario; en su disconformidad con la buena fe, que, en el caso en que nos ocupa, se manifiesta en la violación del deber de colaborar en deshacer el error de la otra parte contratante⁴². Tal conducta admite dos modalidades: el destinatario, con su

Más recientemente, dice la STS 29 marzo 1994, R.A.J., 1994, núm. 1403, que el dolo es comprensivo "no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar de buena fe" (fundamento de Derecho primero). Explica QUIÑONERO CERVANTES, *El dolo omisivo*, R.D.P., 1979, p. 350, que la diferencia existente entre el dolo activo y el omisivo radica simplemente en los medios utilizados para producir el error: "Por lo tanto -afirma el autor- los requisitos del dolo omisivo son los mismos que los del dolo, en su acepción más usual".

Sin embargo, los fallos en los que se ha anulado un contrato por dolo omisivo son más bien escasos. Casi siempre se trata de casos en que el *deceptor* ha infringido un deber de comunicación consagrado por una norma legal expresa, como el de advertir de las limitaciones urbanísticas de los predios enajenados, que impone el art. 21.3 de la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones, de 13 de abril de 1998 (cfr. STS 27 marzo 1989, R.A.J., 1989, núm. 2201; STS 1 octubre 1986, R.A.J., 1986, núm. 5229); o el de declarar al asegurador todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, obligación ésta que soporta el tomador del seguro conforme a lo dispuesto por el art. 10 de la Ley del contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980 (cfr. STS 13 octubre 1989, R.A.J., 1989, núm. 6916; SAP Zaragoza 29 octubre 1997, A.C., 1998, núm. 2154).

Por lo demás, es de observar que en otras doctrinas científicas, diversas a la nuestra, tampoco suscita dudas la admisibilidad de la relevancia invalidante de la reticencia dolosa.

Por cuanto atañe a la doctrina alemana, explica LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., München, 1989, p. 398, que el engaño doloso puede ser originado, tanto por la simulación de hechos falsos, como por la ocultación de hechos verdaderos, insistiendo, en este último caso, en la necesidad de que exista un previo deber de información: "Durch "Verschweigen" kann eiene Täuschung aber nur dann begangen werden, wenn eine Pflicht zum Reden bestand". Tampoco suscita dudas la admisibilidad de la reticencia dolosa en la doctrina científica francesa, siendo, en cambio, muy discutida la cuestión de la extensión y límites del deber precontractual de información.

GESTHIN, *Le dol*, en AA.VV., *La formation du contrat. Principes et caractères essentiels. Ordre public. Consentement, objet, cause*, en GESTHIN et alii, *Traité de Droit civil*, 3ª ed., Paris, 1993, pp. 534-551 ss., analiza muy detalladamente la evolución y la posición actual de la jurisprudencia gala al respecto.

Mención específica merece la doctrina científica italiana, donde la cuestión de la relevancia invalidante de la reticencia dolosa ha sido objeto de un arduo debate, que se inició bajo la vigencia del *Codice* de 1865, siendo mayoritaria la tesis favorable a subsumir el dolo omisivo en el ámbito de aplicación del art. 1115 de aquel cuerpo legal (cfr. en tal sentido: CHIRONI/ABELLO, *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, *Parte generale*, Torino, 1904, p. 481, nota 1; CATTANEO, *Istituzioni di Diritto privato*, 4ª ed. por A. DE MARCHI, Torino, 1928, pp. 350-351; DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, Torino, 1929, p. 140; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I, *Parte generale*, Milano, 1910, p. 376; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, vol. I, en *Il Diritto civile italiano* (a cargo de P. FIORE), parte 10ª, 2ª ed., Napoli, 1906, p. 158; STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, parte 2ª, *Il negozio giuridico e l'azione*, Torino, 1931, p. 702). Por el contrario, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., pp. 526 ss., propuso reconducir las omisiones ilícitas de los deberes de información al ámbito de la responsabilidad precontractual (indemnización del interés contractual negativo), desvinculándolas del ámbito del juicio de validez negocial: "la cosciente omissione di un atto, anche doveroso, potrà bastare a costituire un illecito, ma non a porre in essere il vizio del dolo". Entre los modernos autores (en particular, tras la importante aportación de VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972) parece firmemente asentada la tesis de que la reticencia dolosa puede dar lugar a la anulación del contrato (ex art. 1439 del vigente *Codice* de 1942), tesis ésta, que, sin duda, aparece reforzada por el art. 1338 del moderno Código civil italiano, el cual sanciona la obligación de información de las causas de invalidez conocidas o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia. *Vis*, no obstante, la opinión contraria de PIETROBON, *Errore*, cit., pp. 104-108, en particular, nota 56.

⁴² Como observa LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 398, solamente puede cometerse una reticencia dolosa, cuando existe un previo deber precontractual de información.

En este sentido, la STS 21 junio 1978, *J.Civ.*, 1978, núm. 244, estima "admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe a los usos del tráfico" (considerando quinto).

Ahora bien, no toda infracción de la buena fe constituye reticencia dolosa, sino sólo aquella en que concurren los requisitos exigidos por los arts. 1269 y 1270 C.c. Como tan certeramente ha puesto de manifiesto ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, p. 287, "El problema del dolo omisivo ha de estudiarse en el contexto de la existencia, fuentes y sanciones de la obligación precontractual, y no a la inversa".

Sobre la construcción de la reticencia dolosa como una violación del deber de información, *vid.* las observaciones de QUIÑONERO CERVANTES, *El dolo*, cit., pp. 353 ss.

silencio, bien provoca el error del declarante, bien se aprovecha de él⁴³. Casos de reticencia dolosa, calificados como tales por la jurisprudencia, son aquéllos en que el vendedor oculta al comprador que el solar adquirido con la convicción de es apto para la edificación había sido declarado “zona verde” (STS 27 marzo 1989⁴⁴) o que una parte significativa de la superficie de la finca enajenada está incluida un Plan Parcial de Urbanización con destino a “Centro de Enseñanza General Básica” (STS 1 octubre 1986⁴⁵). Así mismo, cuando quien estipula un contrato de seguro de vida oculta a la compañía aseguradora padecer un cáncer (STS 13 octubre 1989⁴⁶) o un conjunto de enfermedades (enfisema pulmonar, fibrosis, bronquitis crónica y diabetes) que le originarán la muerte por parada cardíaca, poco tiempo después de la conclusión del contrato (SAP Zaragoza 29 octubre 1997⁴⁷).

El elemento subjetivo es el denominado *animus decipiendi*.

La exacta delimitación de dicho elemento es objeto de polémica en la doctrina, ya que mientras unos autores exigen en el *deceptor* la intención de engaño⁴⁸, otros estiman bastante que aquél sea consciente de que su comportamiento negocial ha de producir la captación de la voluntad del *deceptus*, aunque directamente no sea éste su propósito⁴⁹.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo existe la misma indefinición respecto al elemento subjetivo de la conducta dolosa. En algunas sentencias el Supremo exige el propósito de engaño. Así, la STS 21 junio 1978 habla del “turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada”⁵⁰. Y la STS 29 marzo 1994, al definir la conducta dolosa, se refiere a ella, como “una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello palabras o maquinaciones insidiosas”⁵¹. Sin embargo, en otras sentencias se sigue una orientación menos rigurosa, según la cual concurre *animus decipiendi*, con tal de que el *deceptor* sea consciente de que, con su conducta, determinará al declarante

⁴³ MORALES MORENO, *Comentario a los arts. 1269 y 1270 C.c.*, en AA.VV., *Comentario a los arts. 1261 a 1280 C.c.*, en AA.VV., *Comentario al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. 1º, Madrid, 1993, p. 387.

⁴⁴ STS 27 marzo 1989, R.A.J., 1989, núm. 2201.

⁴⁵ STS 1 octubre 1986, R.A.J., 1986, núm. 5229.

⁴⁶ STS 13 octubre 1989, R.A.J., 1989, núm. 6916.

⁴⁷ SAP Zaragoza 29 octubre 1997, A.C., 1998, núm. 2514.

En cambio, la STS 30 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6822, no consideró reticencia dolosa el comportamiento omisivo del asegurado, el cual no había comunicado a la compañía aseguradora haber sido sometido, siete años antes de la suscripción de la póliza, a una biopsia en la que se le diagnosticaron lesiones renales mínimas, que catorce años después, le originarían una incapacidad permanente y absoluta para toda clase de trabajos (riesgo éste, cubierto por la póliza). Dice el Supremo: “No se trata de ocultación propiamente ni de engaño deliberado, que sí genera dolo o culpa grave, sino más bien de una falta de atención a lo que se preguntaba” (fundamento de Derecho primero). De modo que el asegurado incurrió en un negligencia leve, que no determina la anulación del contrato, sino la reducción proporcional de la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley del Contrato de Seguro.

⁴⁸ Cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 335.

⁴⁹ MORALES MORENO, *Comentario, cit. ad arts. 1269 y 1270*, p. 383.

⁵⁰ STS 21 junio 1978, J.Civ., 1978, núm. 244, considerando quinto.

⁵¹ STS 29 marzo 1994, J.Civ., 1994, núm. 225, fundamento de Derecho primero.

a concluir un contrato, que de no mediar aquélla, no hubiera celebrado, sin exigir la prueba de un específico propósito de engaño. Es el caso de la STS 27 marzo 1989, que estimó dolosa la reticencia del vendedor que había silenciado la circunstancia de que la finca vendida había sido declarada (previamente a la celebración del contrato) “zona verde”, consideró bastante “un callar consciente”, siempre que preexista “un deber de comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico”⁵². Por último, no faltan sentencias en las que el *animus decipiendi* se identifica con el propósito de dañar al otro contratante. En esta orientación jurisprudencial⁵³ se enmarca, p. ej., la STS 30 junio 1988, que define el dolo “como la voluntad o deseo de producir un resultado dañoso”⁵⁴.

En todo caso, cualquiera que sea la posición que se adopte respecto al exacto entendimiento del *animus decipiendi*, una cosa parece clara. Tal elemento subjetivo presupone, cuanto menos, que el destinatario sea consciente del error del declarante, así como de su carácter esencial, y se aproveche de ello. Por lo tanto, en los casos en que el destinatario conozca el error; pero ignore su carácter esencial, no habrá reticencia dolosa⁵⁵. Sirva como argumento *a contrario* la STS 1 octubre 1986, que confirmó la de la Audiencia, que había anulado un contrato de compraventa, por habersele ocultado al comprador (extranjero) la existencia de un plan de parcelación que disminuía significativamente la superficie de la finca adquirida (que estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización con destino de “Centro de Enseñanza General Básica”). A juicio del Supremo el vendedor, “consciente de estas circunstancias no las advirtió, ni por escrito, ni verbalmente al comprador”, de lo que deduce la existencia de una reticencia dolosa, relevante *ex art.* 1269 C.c.⁵⁶.

b) La existencia del dolo-vicio requiere, además, la captación de la voluntad ajena, lo que exige la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta de quien calla y la prestación del consentimiento por parte del engañado⁵⁷.

Tal exigencia la consagra el art. 1270, I C.c., al exigir que el dolo sea grave, es decir, que se trate de un *dolus dans causa contractui*⁵⁸, ya que, en otro caso, estaríamos

⁵² STS 27 marzo 1989, R.A.J., 1989, núm. 2201, fundamento de Derecho tercero.

⁵³ En contra de esta orientación jurisprudencial se manifiesta expresamente la STS 1 octubre 1986, R.A.J., 1986, núm. 5229, fundamento de Derecho tercero, según la cual el *animus decipiendi* “no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte”.

⁵⁴ STS 30 junio 1988, R.A.J., 1988, núm. 5197, fundamento de Derecho cuarto.

⁵⁵ Dice ROJO AJURIA, *El dolo*, cit. p. 282: “Si la obligación de información se configura sobre la base de que el contratante conocía o “debía conocer”, tales datos, y su importancia determinante para la otra parte, creemos que en caso de conocimiento es posible hablar de la existencia de un “animus decipiendi”, pero no en el caso de que hubiera debido conocer”.

⁵⁶ STS 1 octubre 1986, R.A.J., 1986, núm. 5229, fundamento de Derecho tercero.

⁵⁷ Como expone la STS 30 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6822, fundamento de Derecho primero, “El dolo para ser apreciado ha de corresponder a una reticencia en la omisión de hechos, influyente y determinante para la conducta del contrato”.

⁵⁸ El requisito de la gravedad del dolo, exigido por el art. 1270, I C.c. es interpretado tradicionalmente en el sentido de que el dolo invalidante es, exclusivamente, el *dolus dans causa contractui*. Y en el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia.

La STS 18 junio 1955, R.A.J., 1955, núm. 2385, identifica claramente el requisito de la gravedad del dolo con su carácter determinante de la prestación del consentimiento, al referirse al dolo *in contrahendo* “como la maquinación

ante un mero *dolus incidens*⁵⁹, el cual carecería de relevancia en el ámbito del juicio

o engaño empleado por una parte para inducir a otra a celebrar el contrato, que sin su concurrencia no hubiera celebrado, conforme expresa el artículo 1269 del Código civil, y produce, por ser dolo causante, calificado como grave, la nulidad del contrato realizado” (considerando primero).

Es interesante la idea expuesta por MORALES MORENO, en *Comentarios, cit, ad arts. 1269 y 1270*, pp. 401-403, quien propone entender el requisito de la gravedad, por referencia a la materia sobre la que el dolo recaer (no por su incidencia sobre la voluntad del *deceptus*), con el fin de introducir elementos objetivos, para evitar que el engaño sobre cualquier motivo no incorporado a la causa del contrato se convierta en causa de anulación. “Sobre todo -dice el autor- si se trata de motivos caprichosos o poco acordes con los criterios ordinarios del tráfico”.

⁵⁹ Actualmente la distinción entre el *dolus dans causa contractui* y el *dolus incidens* es objeto de crítica por parte de un autorizado sector de la doctrina científica.

En este sentido MORALES MORENO, en *Comentarios, cit, ad arts. 1269 y 1270*, pp. 406-408, se refiere a la dificultad de calificar un supuesto de dolo, como causante o como incidental, ya que, “en la práctica lo más frecuente es que una misma conducta reúna los requisitos necesarios para constituir tanto dolo causal como incidental”. Insiste, así, en la dificultad de distinguir, desde un punto de vista conceptual, “la voluntad de contratar, en sí misma considerada, de la voluntad de contratar en determinadas condiciones”. Igualmente, el autor duda de la utilidad de la distinción en el plano de los efectos jurídicos: “Lo más frecuente es que en las situaciones en que ha mediado dolo “por tener éste la doble naturaleza de causal o incidental, tanto quepa pedir la nulidad, como la indemnización”. Comparto la idea de la dificultad (no teórica, pero sí práctica) de determinar cuándo un determinado supuesto de dolo es *dolus causam dans* o *dolus incidens*.

Pero, aún así, me parece que la distinción entre uno y otro no es del todo inútil.

En primer lugar, porque la tradicional bipartición del dolo, entre causante e incidental, permite asignar consecuencias diversas a la mala fe del destinatario, según el grado de influencia que su comportamiento malicioso haya ejercido sobre la voluntad del declarante. La posibilidad de demandar la anulación del contrato se restringe exclusivamente a los casos más graves, en los que las maniobras dolosas del destinatario son determinantes de la prestación del consentimiento *ad contractum*; previéndose la indemnización de daños y perjuicios, cuando aquéllas no influyen en la decisión, sino, exclusivamente, en el modo de contratar del *deceptus*. Ciertamente, el interés general a la rápida y segura circulación de la riqueza impide atribuir relevancia invalidante a todo supuesto de dolo. Pero sería injusto negar cierta protección a quien, inducido por el dolo de otra parte, contrata de manera diversa a como lo hubiera hecho, de no haber mediado aquél. Por ello, en éste último caso, resulta pertinente sujetar al *deceptor* a la obligación de indemnizar el interés contractual negativo. La STS 28 febrero 1969, RAJ., 1969, núm. 1034, contempló un supuesto de hecho interesante. El comprador de un piso alegaba que la parte vendedora le había hecho creer que aquél gozaba de una exención tributaria del noventa por ciento de contribución, arbitrios e impuestos durante el plazo de veinte años, lo que no resultó ser cierto. En primera instancia se condenó a la parte vendedora a sufrir una reducción del precio, por una cantidad equivalente a la diferencia entre lo que había de pagarse por el piso en el régimen ordinario de tributación y lo que debería de haberse pagado de haber existido el beneficio de la exención tributaria. Sin embargo, la sentencia de segunda instancia revocó, en este punto, la del juez *a quo*, sin que contra ella prosperara el recurso de casación interpuesto por el comprador, uno de cuyos motivos era la errónea interpretación del art. 1270, II C.c. Dice el Supremo: “el acto doloso siempre se caracteriza por ser producto de astucia, maquinación o artificio empleados para engañar al otro contratante (...) y aunque el dolo, puede ser causante (*dolus causam dans*) o incidental (*dolus incidens*) ese vicio no se presume nunca” (considerando quinto). En segundo lugar, la noción del *dolus incidens* puede ser útil para el *deceptus* a quien no interese la anulación del contrato, sino mantener la validez del mismo, solicitando un reajuste del precio, acorde con las exactas condiciones de la cosa comprada: para ello bastará con que califique como incidental el dolo del destinatario. Así ocurrió en el caso resuelto por la SAP Baleares 23 junio 1994, A.C., 1994, núm. 1805. En la escritura de venta de una finca se había hecho constar como anejo un derecho de aprovechamiento de aguas, derecho inexistente, por haber sido previamente transmitido a un tercero por el padre de la vendedora. Ante ello, los compradores solicitaron una indemnización de daños y perjuicios, alegando que, de haber sido correctamente informados de dicho extremo, el precio pactado hubiera sido notablemente inferior. En primera instancia se desestimó la pretensión, por entender el juez *a quo* que no había resultado probado que la parte vendedora conociera que su padre había enajenado el derecho de aprovechamiento de aguas. En segunda instancia se acoge, en cambio, la pretensión resarcitoria. Dice la Audiencia: “Junto a este dolo principal o causante -“*dolus causam dans*”- que determina la celebración del contrato y que produce la nulidad del contrato cuando sea grave, obra de uno de los contratantes y no se emplee por ambas partes, existe el denominado dolo incidental -“*dolus incidens*”- que no determina la celebración del contrato, sino sólo las condiciones del mismo, haciéndolas más onerosas y su único efecto es obligar al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios -artículo 1270, párrafo 2.º del CC-, y que se caracteriza más que por un actuar doloso encaminado a engañar a la contraparte para que contrate, en una conducta culposa lata o con previsión para conseguir unas condiciones contractuales más onerosas que de no darse la otra parte contratante lo hubiera hecho en otras condiciones”. La Audiencia dio por probado que la vendedora conoció que el derecho de agua inherente a la finca había sido enajenado por su padre y ocultó dicha circunstancia a los compradores. Y concluye: “Lógicamente la finca veía incrementado su valor con dicho derecho satisfaciendo mayor precio de compra al incluirse en la venta el indicado derecho, siendo justo que en concepto de daños y perjuicios se reintegre a los compradores su valor” (fundamento de Derecho cuarto). En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el mismo resultado se puede conseguir sin necesidad de calificar como *dolo incidens*, y no como *dolus causam dans*, el empleo por el destinatario, si se acepta la tesis,

de validez negocial, originando, exclusivamente, la obligación de indemnizar daños y perjuicios (art. 1270,II C.c.)⁶⁰.

Es preciso, en definitiva, que la reticencia sea *conditio sine qua non*, de modo que sin ella el declarante no habría celebrado el contrato⁶¹. Y, ante la dificultad de prueba de tal extremo, es posible (parece, incluso, que es imprescindible)⁶² el recurso a las presunciones, deduciendo el nexo de causalidad, en atención a la incidencia que la reticencia del *deceptor* hubiera provocado sobre la voluntad de un contratante en el que concurren idénticas circunstancias personales que en el *deceptus*.

c) Por último, es necesario que el dolo no haya sido empleado por las dos partes contratantes (art. 1270,I C.c.), ni “haya sido causado por un tercero” (STS 29 marzo 1994⁶³).

2. Consecuencias jurídicas.

2.1. En el ámbito del juicio de validez negocial.

Concurriendo los requisitos expuestos, existirá una reticencia dolosa, causa de invalidez contractual. Por lo tanto, el *deceptus* podrá demandar la anulación del contrato, tal y como prevé el art. 1265 C.c.

2.2. En sede de responsabilidad precontractual.

La reticencia dolosa no sólo es un vicio del consentimiento, causa de invalidez contractual, sino que también constituye un ilícito civil, relevante desde la óptica de la responsabilidad precontractual⁶⁴. El dolo omisivo del *deceptor* vulnera la libertad

propugnada por un sector de la doctrina científica, según la cual, aun siendo el dolo grave (y calificándolo como tal), podría el *deceptus* limitarse a solicitar un resarcimiento de daños, dejando subsistente la validez del contrato, lo que supondría la confirmación del contrato anulable). En tal sentido se pronuncia COSSÍO Y DE CORRAL, *El dolo*, cit, pp. 366 ss. Y, más recientemente, MORALES MORENO, *El dolo*, cit, p. 603, según el cual “es posible que el contratante que ha padecido el dolo causal no impugne el contrato, porque le convenga más mantenerlo o porque haya transcurrido el plazo correspondiente, pero exija indemnización”. Vid. en el mismo sentido GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit, p. 46. Por su parte, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, cit, p. 213, explica que, en el supuesto que se considera, la indemnización no podrá ser la misma que en el caso de anulación del contrato: “la víctima sólo podrá exigir el resarcimiento de los daños que le haya ocasionado el haber fijado en el contrato cláusulas menos ventajosas que las que hubiera establecido de no existir dolo, lo que, en muchas ocasiones, se concretará en una adaptación del precio pagado”. Para ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa*, cit, pp. 270-271, sin embargo, si el declarante opta por confirmar el contrato anulable, exigiendo el resarcimiento de daños y perjuicios “estaremos en un campo distinto del sugerido para la responsabilidad “in contrahendo” pues se habrá entrado ya en la esfera del contrato”.

⁶⁰ Sobre la extensión de la indemnización prevista en el art. 1270,II C.c. vid. MORALES MORENO, en *Comentarios*, cit, ad arts. 1269 y 1270, pp. 416-418.

⁶¹ Como dice LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit, p. 399, se requiere llegar a la conclusión de que, de haberse informado sobre los extremos ocultados, el engañado se habría abstenido de contratar.

⁶² Como observa MORALES MORENO, *Comentarios*, cit, ad arts. 1269 y 1270, p. 386.

⁶³ STS 29 marzo 1994, R.A.J., 1994, núm. 1403, fundamento de Derecho primero.

⁶⁴ A pesar de que a propósito del dolo causante no existe en el Código civil una norma semejante a la contenida en el art. 1270,II (que obliga a indemnizar daños y perjuicios a quien comete dolo incidental), es *communis opinio* la de que, concurriendo aquél, el *deceptus*, no sólo puede demandar la anulación del contrato, sino también solicitar, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios.

Observa MORALES MORENO, en *Comentarios*, cit, ad arts. 1269 y 1270, que sería incoherente excluir la

negocial del declarante, lesionado su interés a la no celebración de contratos que, en cuanto inválidos, resultan inútiles⁶⁵. De ahí, que el *deceptor* deba indemnizar al *deceptus* el interés contractual negativo, al haber confiado éste último en la validez de un negocio, que, a la postre, resultó nulo, en virtud de una causa provocada por una conducta maliciosa de la otra parte contratante⁶⁶.

indemnización en los casos de dolo causante y ofrecerla en los casos de dolo incidental, ya que la anulación de contrato no repara todos los daños que pueden ser indemnizables.

Téngase en cuenta que la acción de anulación del contrato por dolo y la acción dirigida a hacer efectiva la responsabilidad precontractual del *deceptor* son autónomas. Con la primera, se persigue la obtención de una sentencia constitutiva de la invalidez de un contrato imperfectamente formado, en cuanto tiene origen en una acto de voluntad carente de las notas de *realidad* o *integridad*.

Como explica LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 397, la acción de anulación protege la libertad en la determinación de la voluntad de los contratantes (“die Freiheit seiner Willensentschliessung”) y, por ello, procede, con independencia de que el dolo del destinatario haya causado, o no, perjuicio al *deceptus*.

Cuestión diversa es que, como consecuencia de la restitución recíproca de las prestaciones, el declarante vea en parte reparado los perjuicios que el error le provocó. Sin embargo, ello no convierte la acción de anulación en resarcitoria, ya que el efecto previsto en el art. 1303 C.c. no tiene como finalidad indemnizar *in natura* al declarante, sino reponer las cosas a su estado originario, borrando los efectos producidos *medio tempore* por el contrato impugnado. Por el contrario, con la acción de responsabilidad precontractual se pretende la reparación de los daños experimentados a causa de la anulación por el contratante de buena fe, que ve lesionada su libertad negocial por la concurrencia de una causa de invalidez originada por el comportamiento antijurídico de la otra parte contratante (indemnización del interés contractual negativo).

En este último punto, cabe recordar las ciertas observaciones de ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., p. 123 “Si bien el dolo vicio implica necesariamente la existencia de un ilícito precontractual (la maquinación insidiosa), es preciso evitar el asimilar esta última a la causa de nulidad; no es la propia maquinación ilícita la que ocasiona la nulidad, sino el vicio del consentimiento que ha engendrado”.

Se explica, pues, que la tesis de la compatibilidad entre la acción de anulación y la de responsabilidad precontractual no suscite dudas, ni en la doctrina (es capital la aportación de DE COSSIO Y CORRAL, *El dolo*, cit., pp. 365 ss.), ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, como expone ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa*, cit., pp. 269-270, ha admitido la indemnización de daños y perjuicios causados por la anulación del contrato en virtud de dolo vicio del consentimiento, esto es, por responsabilidad precontractual, si bien “nuestros tribunales se muestran, por lo que a la invalidez se refiere, absolutamente impermeables no sólo a la denominación sino al tratamiento e invocación de principios unitarios al respecto”.

Existen así algunos fallos en los que se estima, tanto la pretensión de anulación por dolo, como la pretensión resarcitoria del *deceptus*.

La STS 28 octubre 1974, R.A.J., 1974, núm. 3978, contempló un supuesto de error doloso: el demandado había vendido un local abuhardillado como habitable, a sabiendas de que dicho local había sido construido sin licencia municipal y que su destino a vivienda estaba prohibido por la Ordenanzas municipales. En primera instancia se declaró “inexistente” el contrato de compraventa, condenándose al vendedor a la devolución del precio recibido, con el abono de intereses, así como al resarcimiento de daños y perjuicios. En segunda instancia se confirmó la sentencia del juez *a quo*. Por su parte, el Supremo desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, declarando que “la venta de un local como habitable, sin serlo a sabiendas de que tal destino resulta prohibido por la Ley, es evidente que constituye la causa ilícita declarada por el Tribunal de Instancia”. No entra, en cambio, a analizar los motivos en los que el recurrente denunciaba aplicación indebida o interpretación errónea de los arts. 1266, 1269 y 1270 C.c. “porque estimada la existencia de causa ilícita en el contrato, la concurrencia de dolo en el vendedor y error in substancia en el comprador resulta inoperante a efectos del fallo” (considerando segundo).

La STS 26 octubre 1981, J.Civ., 1981, núm. 390, confirmó la sentencia recurrida, la cual había anulado un contrato celebrado con la finalidad de transmitir la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, entre cuyos elementos patrimoniales se había hecho figurar un terreno o porción de monte de cuatro hectáreas, que realmente no formaba parte del patrimonio social de la sociedad vendedora, al estar integrado en un monte público. Pero, al mismo tiempo, la Audiencia había condenado a la entidad vendedora a indemnizar al comprador daños y perjuicios (según parece deducirse de la lectura del considerando undécimo de la sentencia del Supremo, con apoyo en los arts. 1101, 1102, y 1107 C.c.).

La STS 1 octubre 1986, R.A.J., 1986, núm. 5229, reputó doloso el comportamiento del vendedor, el cual había silenciado que una parte significativa de la superficie de la finca enajenada estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización con destino a “Centro de Enseñanza General Básica”. En consecuencia, confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al vendedor a la devolución de parte del precio percibido con el abono de los intereses legales “en calidad de daños y perjuicios” (aunque, más bien parece que dicha indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que el efecto de restitución recíproca de las prestaciones ex art. 1303 C.c.).

⁶⁵ BIANCA, *Diritto civile*, cit., vol. I, p. 174.

⁶⁶ Explica GALGANO, *Il negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. CICU y F. MESSINEO, continuado por L. MENGONI), vol. III, t. 1°, Milano, 1988, p. 444, que la acción de anulación (que, si estimada, conduce a la recíproca restitución de las prestaciones) puede no ser suficiente al efecto de eliminar todos los

Queda, pues, abierta la posibilidad de que el *deceptus* pueda demandar; además de la anulación del contrato, la indemnización del interés contractual negativo (ex art. 1902 C.c.⁶⁷). Esto es, el resarcimiento del daño constituido por los gastos

perjuicios que el dolo ocasionó al *deceptus*. Es el caso de los gastos hechos en atención al negocio inválido (que quedan inútiles, como consecuencia de la impugnación) y de las ocasiones contractuales favorables, pérdidas como consecuencia de la celebración del negocio inválido.

⁶⁷ Se discute cuál es el fundamento legal de la responsabilidad precontractual en la que incurre quien durante los tratos preliminares o al tiempo de la conclusión del negocio incurre en dolo grave *in contrahendo*.

Tres son las soluciones posibles.

En primer lugar, podría apoyarse la pretensión resarcitoria en el art. 1902 C.c. Solución ésta, que presupone obviamente la tesis, predominante en la doctrina española, italiana, francesa y suiza, de que la responsabilidad precontractual es un supuesto de responsabilidad extracontractual. En este sentido cabe hacer referencia a la autorizada opinión de DE COSSÍO Y CORRAL, *El dolo*, cit, pp. 370-372, quien considera extracontractual la acción para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, precisando el autor que dicha acción está sujeta al plazo de prescripción del año previsto en el art. 1968.2º C.c. (aunque la tesis no la sostiene con igual firmeza para el caso que el declarante no demandara la anulación del contrato, considerando la posibilidad de entender que, en tal caso, la acción tendría carácter contractual y, en consecuencia, estaría sujeta al plazo prescripción de 15 años del art. 1964 C.c.).

En segundo lugar, cabría incardinar la responsabilidad precontractual del *deceptor* en el art. 1270, II C.c. Para ello habría que propugnar una interpretación extensiva de dicho precepto, que, expresamente, se refiere, tan sólo, al dolo incidental).

En tercer y último lugar, cabría considerar que el dolo *causam dans* sería subsumible, tanto en el ámbito de aplicación del art. 1902, como en el del art. 1270, II C.c. En tal sentido se pronuncia GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit, p. 44: "la víctima de cualquier tipo de dolo (causal o incidental) puede exigir la reparación de los daños que haya sufrido a consecuencia del mismo ejercitando la acción indemnizatoria prevista en el art. 1270, II; pero, en principio, parece también que el contratante doloso que infringió los deberes impuestos por la buena fe en la etapa precontractual ocasionando así un daño a la otra parte incurre en un ilícito encuadrable en el art. 1902 C.c.". Semejante es la tesis mantenida por GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, cit, pp. 170-171: "no parece acertado entender que el artículo 1270.2 CC (aplicable a cualquier supuesto de dolo) es una mera repetición inútil para un caso concreto de lo que ya establece el artículo 1902; por eso, aun con dudas, creemos que presenta naturaleza contractual o, cuando menos, que se trata de una de las acciones personales que no tiene señalado término especial de prescripción y, por consiguiente, debe prescribir en e fijado por el artículo 1964 CC". Pero matiza la autora: "esta última perspectiva en ningún caso significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de ser encuadrada en los artículos 1902 y concordantes".

¿Cuál de las soluciones expuestas es preferible?

El interrogante planteado no admite fácil respuesta. Por de pronto, una cosa parece clara: quien obra *animus decipiendi* comete un acto ilícito que lesiona la libertad negocial ajena. Por ello, debe indemnizar al *deceptus* los daños que aquél experimenta como consecuencia de haber celebrado un contrato inválido (si existen y, en cuanto no queden cubiertos por el mecanismo de la restitución recíproca de las prestaciones, a que llevará la sentencia estimatoria de la demanda anulatoria).

El problema es el siguiente: ¿es imprescindible el recurso al art. 1270, II C.c. en orden a hacer efectiva la responsabilidad precontractual del *deceptor*?

Podría argumentarse que la aplicación del art. 1270, II C.c. no es que no sea imprescindible, sino que ni siquiera es posible, porque entre el *dolus incidens* y el *dolus causam dans* existe una diferencia sustancial: concurriendo el primero, el contrato es nulo; concurriendo el segundo, el contrato es válido.

Pero dicho argumento parece escasamente consistente, porque el dolo, sea grave o incidental, "concorre en el origen, génesis y celebración de los contratos" (STS 28 febrero 1969, *J.Civ.*, 1969, núm. 139, considerando séptimo). Es decir, se trata siempre de un *dolus in contrahendo*, que se liga a un comportamiento del destinatario contrario a los deberes de lealtad precontractual, el cual tiene lugar durante los tratos preliminares o al tiempo de la conclusión del contrato. Por ello, puede afirmarse que el dolo incidental constituye una genuina hipótesis de responsabilidad precontractual (tal y como sostiene MORALES MORENO, en *Comentarios*, cit, ad arts. 1269 y 1270, pp. 409-410).

Ahora bien, lo dicho no prejuzga la cuestión de si, en orden a posibilitar el resarcimiento del interés contractual negativo, es, o no, preciso el recurso al art. 1270, II C.c., que, insisto, contempla, exclusivamente, el *dolus incidens*.

Cabe llamar la atención sobre cuál es el estado de la cuestión en la doctrina científica italiana. El art. 1439 del *Codice* dispone que si el dolo no ha sido determinante de la prestación del consentimiento, el contrato es válido, aunque, en ausencia de aquél, hubiera sido concluido en condiciones diversas; pero el contratante de mala fe debe responder de los daños ocasionados. Tal norma sanciona una regla similar a la contenida en el art. 1270, II C.c., si bien, delimita, con mayor precisión, la noción de dolo incidental. Es de observar que los autores italianos, entre los cuales es pacífica la tesis de que el dolo grave da lugar a la anulación del contrato y a la indemnización de los daños y perjuicios, no se plantean la cuestión de si la acción de responsabilidad precontractual debe subsumirse en el art. 1439 del *Codice*. Sin duda, porque dicho precepto contempla exclusivamente el dolo incidental, y, así mismo, porque consideran innecesario el recurso a dicha norma. Lo que se discute, simplemente, es si la obligación de resarcir el interés contractual negativo que pesa sobre el *deceptor* deberá de incardinarse en el ámbito de aplicación del art. 1338 del *Codice* (conforme al cual la parte que, conociendo la existencia de una causa de invalidez, no

que, como consecuencia de la impugnación del negocio, pierden su utilidad (daño emergente), así como por la pérdida de las ocasiones contractuales favorables (lucro cesante), debiendo el declarante demostrar que la celebración del contrato inválido le impidió aceptar una oferta seria y particularmente ventajosa⁶⁸.

VI. LA RETICENCIA NEGLIGENTE.

I. Delimitación del supuesto.

La reticencia negligente, como la dolosa, presupone un conducta contraria a la buena fe, en la que, sin embargo, no concurren los requisitos exigidos por los arts. 1269 y 1270 C.c. para la existencia del dolo-vicio.

Cabe pensar, en particular, en un comportamiento negocial realizado sin *animus decipiendi*: quien calla conoce el error del declarante, pero ignora su carácter

da noticia de ella a la otra está obligada a resarcirle el daño ocasionado por haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato) o en del art. 1337 del mismo cuerpo legal (el cual sanciona la regla general de que las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe durante los tratos preliminares y en la formación del contrato), tesis ésta última, por la que se inclinan PATTI/PATTI, *La responsabilidad*, cit, p. 203.

Pienso que en nuestro Derecho tampoco es necesario el recurso a una aplicación extensiva del art. 1270, II C.c. para dotar de fundamento legal a la acción de responsabilidad precontractual de quien incurre en *dolus causam dans*, porque, como subraya GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, cit, pp. 170-171, dicha acción encuentra perfecto encaje en la norma del art. 1902 C.c., la cual -creo yo- es la regla general a la que son reconducibles las hipótesis de responsabilidad precontractual que no están expresamente contempladas por otra norma (el razonamiento, presupone -lo reconozco- que se ha adoptado una previa toma de posición inicial en torno a la calificación de la responsabilidad precontractual como extracontractual).

Junto a este razonamiento, podría intentarse otro, que me anticipo a calificar como aventurado, y que simplemente me permito apuntar:

La doctrina da por sentado que, en el caso del dolo incidental, la acción de indemnización de daños y perjuicios nace del art. 1270, II C.c. Sin embargo, me pregunto si realmente dicho precepto está concediendo una acción al *deceptor* o, por el contrario, dada la sede donde se ubica (vicios del consentimiento), aquél tiene como única finalidad la de delimitar negativamente el concepto de dolo-vicio. Si así fuera, no habría porqué pensar que la acción para hacer efectiva la responsabilidad precontractual del *deceptor* deriva del art. 1270, II C.c., cuyo función sería, tan sólo, la de excluir la relevancia invalidante del *dolus incidens*. Podría, en definitiva, pensarse que la acción de responsabilidad precontractual encuentra fundamento en el art. 1902 C.c., en el que, en mi opinión, son reconducibles, con carácter general, los supuestos de culpa *in contrahendo* y cuya aplicación no excepciona el art. 1270, II C.c.

Pero, en todo caso, lo que me parece rechazable es la tesis, según la cual la pretensión resarcitoria podría fundamentarse, bien en el art. 1902 C.c., bien en el art. 1270, II C.c. A mi entender, si se opta por incardinar la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad precontractual del *deceptor* en el art. 1902 C.c. no se puede sostener simultáneamente la posibilidad de subsumir dicha pretensión en el art. 1270, II C.c. ¿Qué daño sería resarcible por éste último precepto que no estuviera cubierto por el art. 1902 C.c.? Creo que ninguno, ya que nos encontramos ante una pretensión indemnizatoria, que nace de un mismo acto ilícito (*dolo in contrahendo*), y que se dirige a la obtención de un resultado idéntico, a saber, el resarcimiento del interés contractual negativo.

Por último, téngase en cuenta que, aceptado que la responsabilidad precontractual del *deceptor* encaja en el art. 1902 C.c., la acción para hacerla efectiva prescribirá en el plazo del año previsto en el art. 1968.2° C.c. Pero, ¿cuando comenzará a computarse el plazo?

La cuestión es dudosa. DE COSSIÓY CORRAL, *El dolo*, cit, p. 371, parece inclinarse por iniciar el cómputo del plazo, a partir de la celebración del contrato. Por el contrario, GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit, pp. 33-38, a propósito de la acción de responsabilidad precontractual por error imputable a negligencia del destinatario (que la autora subsume en el art. 1902 C.c.), entiende que el cómputo del plazo de prescripción ha de iniciarse desde el momento en que el declarante conoce que el cocontrante incumplió el deber de información que pesaba sobre él.

Cabría, pues, trasladar esta última idea en el supuesto que nos ocupa, propugnado fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad precontractual en el instante en que el declarante se percatara de haber contratado bajo la influencia del dolo del destinatario. Sin embargo, me permito apuntar una objeción. Si lo que se pretende es el resarcimiento del interés contractual negativo, esto es, los daños experimentados por haber confiado el declarante en la validez de un contrato que, a la postre, resultó nulo, me parece cuestionable que el plazo de prescripción pueda empezar a correr mientras que no haya recaído sentencia estimatoria de la demanda de anulación, ya que hasta tal momento no se habrá originado propiamente el daño.

⁶⁸ BIANCA, *Diritto civile*, cit, vol. III, p. 180.

esencial; no obstante, desplegando una regular diligencia, podía haberse dado cuenta de que tal error recaía sobre una circunstancia determinante de la prestación del consentimiento de su contrario. Extremo éste, que podía haber deducido, bien de las expresas manifestaciones del declarante durante los tratos preliminares, bien del hecho de versar el error sobre una circunstancia que, dada la naturaleza del contrato, haya de considerarse habitualmente determinante de la prestación del consentimiento, conforme a los usos habituales del tráfico jurídico⁶⁹.

2. Consecuencias jurídicas.

2.1. En el ámbito del juicio de validez negocial.

La reticencia negligente no constituye, evidentemente, una causa autónoma de anulación del contrato, como lo es la reticencia dolosa. Sin embargo, sería inexacto extraer la conclusión de que en el supuesto estudiado el silencio del destinatario carece de trascendencia en el juicio de validez negocial. En la práctica, la importancia que adquiere la reticencia negligente es notable. Al menos, cuando es posible encontrar en aquélla el origen del error padecido por el declarante.

Téngase en cuenta que el error esencial (doloso, o no) es una causa de invalidez del contrato (ex art. 1266 C.c.), siempre que sea excusable. Dice la STS 14 junio 1943: "aun cuando el Código Civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él para anular la declaración"⁷⁰.

El requisito de la excusabilidad presupone un juicio culpabilístico del comportamiento observado por el declarante en orden a evitar el error que padeció. Tal requisito es una concreta aplicación del principio de responsabilidad, que, a su vez, presupone una regulación del error en la que es regla general el principio de tutela del consentimiento. Por lo cual, inicialmente prevalece el interés del declarante que incurre en un error esencial a demandar la impugnación del contrato, sobre el del destinatario a la conservación de la validez de aquél (cfr. art. 1266 C.c.). Salvo, precisamente, el caso en que el error invocado sea inexcusable, esto es, "cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular" (STS 18 febrero 1994⁷¹). Quien incurre en un error inexcusable no merece la protección del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, pierde el derecho a impugnar el contrato,

⁶⁹ Nos encontramos aquí ante una reticencia ilícita, pero no dolosa. Se trataría, en definitiva, de una reticencia negligente. O, como dice MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, A.D.C., 1982, p. 641, de una *reticencia no intencional*. Expone el autor: "En la reticencia no intencional no existe "animus decipiendi" y no puede afirmarse que haya dolo en sentido estricto. De ahí que cuando se exige que el dolo sea grave, como ocurre en el que vicia el consentimiento, la reticencia involuntaria no pueda ser considerada. Pero eso no significa que la reticencia no intencional tenga que carecer siempre de efectos". Concretamente, la reticencia negligente, a mi juicio, determina la excusabilidad del error en los juicios de validez ex art. 1266 C.c.

⁷⁰ STS 14 junio 1943, *J.Civ.*, 1943, núm. 48, considerando tercero.

⁷¹ STS 18 febrero 1994, *J.Civ.*, 1994, núm. 121, fundamento de Derecho tercero.

aun cuando éste tuviera origen en una voluntad gravemente viciada e, incluso, en los supuestos de divergencia inconsciente entre voluntad y declaración. Lo que significa que el principio de tutela del consentimiento será excluido en aquellos casos en que el error invocado, aun siendo esencial, sea imputable a una falta de diligencia del declarante (aquél pudo haber evitado su yerro desplegando una diligencia regular o media).

Sin embargo, no puede perderse de vista la circunstancia de que si la jurisprudencia subordina la relevancia invalidante del error a su carácter excusable, lo hace con la finalidad de tutelar la confianza suscitada por la declaración ajena en el destinatario de buena fe. Claramente lo evidencian las SSTS 18 febrero 1994 y 28 septiembre 1996: “la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante **que la merece** por la confianza infundida por la declaración”⁷². Por lo tanto, cuando el examen de las circunstancias del caso concreto lleve a la conclusión de que la declaración no provocó en la parte contraria una confianza legítima y razonable respecto de la validez del contrato, no habrá lugar a excluir la regla general de tutela del consentimiento, merced a la aplicación del principio de responsabilidad. Tal sucederá en los supuestos en que el error que se invoca hubiera sido inducido por una reticencia negligente del destinatario, en cuyo caso el interés de éste a la conservación del negocio no será digno de protección y, por ende, habrá de prevalecer el interés del declarante a impugnar la validez del contrato.

En consecuencia, el error provocado por una reticencia negligentemente es siempre excusable. El declarante conservará el derecho a demandar la anulación del contrato, incluso aunque su conducta en orden a remediar el error sea susceptible de un reproche culpabilístico, conforme al parámetro de la diligencia regular o media, es decir, sea, a su vez, negligente. En nuestro ordenamiento la regulación del error

⁷² STS 18 febrero 1994, J.Civ., 1994, núm. 121, fundamento de Derecho tercero; STS 28 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6820, fundamento de Derecho quinto.

Por consiguiente, cuando el interés del destinatario a la conservación de la validez del contrato no sea digno de protección, resulta improcedente privar al *errans* (negligente, o no) del derecho de impugnación que le reconoce el art. 1266 C.c.

Se explica, pues, que la jurisprudencia valore el comportamiento negocial del destinatario en sede de excusabilidad para determinar si el sacrificio del derecho de impugnación del declarante que incurre en un error negligente (en cuanto evitable mediante el uso de una regular diligencia) encuentra justificación en la existencia en la parte contraria de una confianza legítima y razonable en la corrección de la declaración y, por ende, en la validez del contrato.

Dice la STS 4 enero 1982, J.Civ., 1982, núm. 5, el principio de la buena fe obliga a valorar desde el ángulo de la *bona fides* y de la confianza, no sólo la conducta del declarante, sino también la del destinatario, “pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar” (considerando quinto).

E insiste la STS 14 febrero 1994, J.Civ., 1994, núm. 92, en que el requisito de la excusabilidad debe ser apreciado, “teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino también de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta” (fundamento de Derecho séptimo).

está presidida por el principio de tutela del consentimiento, acogido por el art. 1266 C.c., que reconoce a quien incurre en un error esencial o determinante de la prestación del *consensus ad contractum* la posibilidad de impugnar la validez del contrato. Tal principio, que protege el interés de las partes a no verse vinculadas contractualmente, sino en virtud de un acto de voluntad real e íntegro, es la regla general, respecto de la cual el principio de responsabilidad es la excepción. El principio de responsabilidad excluye que el declarante pueda demandar la anulación del contrato por error; si pudo haberlo evitado usando de una diligencia regular, siempre que, a su vez, la conducta del destinatario sea conforme a la buena fe. Si no lo es, resulta improcedente la aplicación del principio de responsabilidad con el fin de proteger su interés a la conservación de la validez del contrato, resurgiendo la regla general de tutela del consentimiento, conforme a dispuesto en el art. 1266 C.c. En definitiva, la negligencia del destinatario en orden a evitar el comportamiento negocial que indujo a error al declarante, compensa la eventual negligencia con la que aquél hubiera podido proceder en orden a remediar su yerro.

Resulta, pues, que la reticencia negligente está llamada a desempeñar un importante papel en los juicios de validez negocial deducidos ex art. 1266 C.c. La constatación de que el error del declarante ha sido provocado por un comportamiento omisivo del destinatario contrario a la buena fe (en cuanto que su silencio comporta una violación culpable de los deberes de información precontractual) autoriza al juez a calificar dicho error como excusable.

La jurisprudencia, a efectos de apreciar el requisito de la excusabilidad, presta extraordinaria atención a la circunstancia de que el error haya sido inducido por un comportamiento negocial del destinatario, que, aun no siendo doloso, sin embargo, es contrario a las exigencias de la buena fe, en cuanto supone una infracción de los deberes de lealtad precontractual. En la mayoría de los casos se trata de supuestos de error provocado, que rayan el límite del dolo, pero, que, sin embargo, son reconducidos por los Tribunales al ámbito del error, donde la circunstancia de la inducción es considerada un claro índice de la excusabilidad de aquél.

- a) La tendencia jurisprudencial a la que me refiero se aprecia claramente, respecto de casos, en los que la inducción aparece ligada a una conducta del destinatario de carácter omisivo, que si bien es ilícita, sin embargo, no se califica, como reticencia dolosa⁷³. Se trata, en definitiva, de hipótesis de reticencia negligente.

Es paradigmática la STS 6 junio 1953⁷⁴, que contempló un *error iuris*, consistente en la ignorancia, por parte del comprador, de que la finca adquirida estaba afectada por disposiciones administrativas que prevenían que la misma debía ser convertida

⁷³ Es habitual afirmar, al menos, respecto de la jurisprudencia menos reciente, la resistencia del Tribunal Supremo, a anular el contrato por dolo, cuando puede anularlo por error. Cfr: ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., pp. 259 ss.

⁷⁴ STS 6 junio 1953, J.Civ., 1953, núm. 208, considerando tercero.

en vía pública. En primera instancia se había desestimado la pretensión impugnatoria de la validez del contrato, por entender el juzgador que el error invocado era inexcusable, dado que el comprador podía haberlo evitado mediante la oportuna consulta a los Registros administrativos. En segunda instancia la Audiencia revocó la sentencia del Juez *a quo*, resaltando aquélla la circunstancia de “que el vendedor conociendo las limitaciones derivadas de la ordenación urbana del ensanche, silenció aquéllas”, considerando “que existen motivos para estimar que indujo dolosamente a error al comprador”. A pesar de lo cual, no anuló el contrato por dolo, sino por error esencial y excusable. Es pues, claro que la antijuridicidad de la conducta del vendedor se valoró en sede de error, determinando la excusabilidad de aquél, al neutralizar la falta de diligencia del *errans*, el cual pudo haber conocido la exacta situación jurídica de la finca, consultando los Registros administrativos (argumento éste, que precisamente había sido esgrimido por el juez en primera instancia para desestimar la pretensión impugnatoria). La sentencia de segunda instancia fue confirmada por el Supremo⁷⁵.

En la misma línea apuntada, de reconducción de la infracción del deber de información al ámbito del error excusable, y no al del dolo, se encuentra la STS 20 enero 1964⁷⁶. El error contemplado era, igualmente, un *error iuris*, consistente en la ignorancia, por parte de los compradores, de la existencia de una expropiación forzosa, que afectaba a un veinte por ciento de la extensión total del solar adquirido. La sentencia recurrida anuló el contrato, haciendo expresa referencia a la “actitud ambigua e insidiosa del vendedor; al asegurar que los terrenos, no resultaban afectados por los planes de ensanche”, insistiendo en que “cuantas veces preguntaron los compradores al vendedor si los terrenos estaban afectados a expropiación, les contestó que no”. Sin embargo, a pesar de que la Audiencia insinúa la posibilidad de la existencia del dolo, no hace aplicación del art. 1269 C.c., sino que apoya su fallo en el art. 1266, I C.c. En definitiva, la antijuridicidad del comportamiento del vendedor se reconduce al ámbito del error y determina la apreciación de su carácter excusable. Y ello, a pesar de que los compradores no eran profanos, sino socios de una sociedad regular colectiva, dedicada a la especulación de terrenos, para la reventa de solares o edificios y, así mismo, a pesar de que los compradores podían haber evitado su yerro mediante la oportuna consulta a los Registros administrativos (argumento éste,

⁷⁵ A pesar de que el recurrente, a mi juicio, con cierta habilidad, había tratado de justificar la validez del contrato argumentando que el error invocado era un *error iuris* (ignorancia de disposiciones administrativas): “la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento, y sabido es que cuando el error no es sólo de hecho, sino de derecho, este último no excusa ni favorece”.

Téngase en cuenta que en la fecha en que recae el fallo la jurisprudencia del Tribunal Supremo todavía no había sentado la actual doctrina de indubitada inclusión del error de Derecho en el ámbito de aplicación del art. 1266 C.c. Con independencia, claro está, de que el recurrente estuviera confundiendo problemas diversos, a saber, el de la obligatoriedad de la Ley con independencia del conocimiento de sus destinatarios y el de la posible influencia que la ignorancia o defectuoso conocimiento de una norma puede desplegar en el proceso de formación del consentimiento de los contratantes. Por otro lado, no puede olvidarse que, si bien el error aludido era un auténtico *error iuris*, simultáneamente era también un *error facti* (sobre las cualidades jurídicas o calificación urbanística de la cosa comprada).

⁷⁶ STS 20 enero 1964, J.Civ., núm. 355, considerandos quinto y sexto.

esgrimido por el recurrente en orden a la apreciación de la irrelevancia invalidante del error). Respecto a este último punto, dice el Supremo que “ni es obligada la duda de la buena fe de aquel con quien se contrata, ni admisible la equiparación que se intenta efectuar, entre una inscripción registral, con expresión legal de las limitaciones o cargas de un inmueble y un mero proyecto administrativo cuya posible ignorancia no es asimilable a la de aquélla ni está suplida o contrarrestada por ninguna presunción legal”. Idea ésta última, que apunta a la diferente incidencia que en la apreciación del requisito de la excusabilidad ha de tener la falta de consulta a los Registros administrativos y al Registro de la Propiedad.

Reveladora es también la STS 14 febrero 1994⁷⁷. En el origen de la litis se encontraba un error, consistente en la falsa creencia, por parte del adquirente del traspaso de un local, de que dicho local podía ser dedicado a la actividad de “bar”, habiendo después comprobado que los transmitentes carecían de licencia municipal para el ejercicio de dicha actividad, y que, además, el Ayuntamiento no la autorizaba. La Audiencia (contra la opinión del juez de primera instancia) consideró el error invocado excusable, pues “aunque se estimara que hubo cierta dejadez en el actor, adquirente del traspaso, tal conducta no ha sido exclusivamente suya, sino que, en virtud del principio de buena fe contractual, concurre mayor negligencia, rayante con el dolo civil en los demandados traspasantes”. El Supremo confirmó el carácter excusable del error padecido por el adquirente del traspaso, pues “éste, que era pintor de brocha gorda de profesión, celebró el contrato en la confianza de que existía licencia municipal para el ejercicio de la actividad de bar, cuando los transmitentes del traspaso la venían ejerciendo ostensiblemente y, además, el establecimiento ostentaba el rótulo de “Bar Grand Prix”, ante cuyas aparentes circunstancias eran los referidos transmitentes, por exigencias de la buena fe negocial, los que debieron advertir previamente al iniciar las negociaciones, que el local, sólo tenía licencia municipal para la actividad de “venta y degustación de especialidades alimentarias”, cuya elemental y trascendente advertencia no hicieron”. Queda, pues, clara, la antijuridicidad de su comportamiento, aunque, muy probablemente. En la propia sentencia recurrida se observa que se trata de un comportamiento “rayante con el dolo civil”, pero no se estima la concurrencia de dolo *stricto sensu*.

En la jurisprudencia de instancia cabe hacer referencia a la SAP Tenerife 24 febrero 1995, que conoció de un recurso, en el que se pretendía la anulación de un contrato de compraventa de una finca, adquirida por un ciudadano alemán con la finalidad de construir en ella una vivienda, por error y por dolo, simultáneamente. El vendedor había silenciado la circunstancia de que la finca en cuestión había sido declarada “Espacio Natural Protegido”, por lo que sobre ella no podían ser realizadas construcciones, cuyo uso fuera el de vivienda o habitación, sino exclusivamente, pequeñas obras complementarias del aprovechamiento agrícola del suelo, previa

⁷⁷ STS 14 febrero 1994, J.Civ., núm. 92, *vid.*, en particular, fundamentos de Derecho tercero y cuarto.

autorización administrativa. Consideró la Audiencia que el error existió, y que fue esencial y excusable. En este último punto, por cuanto concierne al examen de las circunstancias personales del declarante, destaca la sentencia que residía en Alemania y había actuado por medio de un mandatario verbal, también alemán, que en una carta, anterior a la compra, le había informado de la ausencia de problemas derivados de la calificación urbanística del predio, "según los datos que ha obtenido precisamente del vendedor". Por cuanto concierne al destinatario, se destaca, de un lado, su condición de Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de la localidad donde se encontraba situado el predio vendido (lo que le facilitaba para conocer la calificación urbanística de la finca vendida); de otro, se presta especialísima relevancia a la circunstancia de haber sido inducido el error por su reticencia antijurídica (infracción de los deberes de información precontractual). Se dice, así que era "conocedor inevitable de la finalidad para la que adquiriría el comprador la finca y de la normativa urbanística afectante a la zona", que "debía dar satisfacción a las exigencias de la buena fe en la celebración de los contratos informando, especialmente al otorgarse la escritura pública, de la prohibición vigente de edificar viviendas en el terreno que para ese fin vendía, actitud que podría llevarnos a la consideración de si también es apreciable dolo -por intencionada omisión- en su conducta, lo que no resulta necesario al estimar la existencia del error invocado". La sentencia es, pues, claramente, indicativa de la tendencia jurisprudencial a fundamentar la anulación en la concurrencia de un error excusable y, aunque apunta la posibilidad de apreciar dolo concurrente, obvia pronunciarse sobre dicha cuestión. Probablemente, para evitar entrar en la prueba de si la omisión de los deberes de información precontractual fue, o no, "intencionada", esto es, si concurrió el *animus decipiendi*. Y, en definitiva, porque, si lo que se pretende es la anulación, apreciado el error relevante, es ya innecesario plantearse la concurrencia, o no de dolo⁷⁸.

b) En realidad, la misma tendencia a reconducir los supuestos de error inducido al ámbito del error (en detrimento del dolo) se observa en otros fallos, en los que la inducción deriva de un comportamiento antijurídico, no omisivo, sino positivo.

Entre los fallos más antiguos, reveladores de la tendencia jurisprudencial expuesta, se encuentra la STS 7 enero 1964⁷⁹, que confirmó la sentencia recurrida, la cual había anulado un contrato de sociedad, por error del socio que había aportado el capital necesario para el desarrollo de la actividad social, ante la afirmación de los otros socios (que no habían realizado ninguna aportación dineraria) de que poseían la cualificación y los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo dicha

⁷⁸ En cambio, en un supuesto semejante, la STS 1 octubre 1986, R.A.J., 1986, núm. 5229, apreció la existencia de dolo, confirmando la sentencia de la Audiencia, que había anulado un contrato de compraventa, por haberse ocultado al comprador (también extranjero) la existencia de un plan de parcelación que disminuía significativamente la superficie de la finca adquirida (que estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización con destino de "Centro de Enseñanza General Básica"). A juicio del Supremo el vendedor, "consciente de estas circunstancias no las advirtió, ni por escrito, ni verbalmente al comprador", de lo que deduce la existencia de una reticencia dolosa, relevante ex art. 1269 C.c. (fundamento de Derecho tercero).

⁷⁹ STS 7 enero 1964, J.Civ., 1964, núm. 11, *id.*, en particular, considerando tercero.

actividad. Afirmación, que resultó ser falsa, por lo que se produjeron importantes pérdidas económicas para la sociedad. Es de destacar que la demanda de anulación se había interpuesto al amparo del art. 1269 C.c. En cambio, la Audiencia anuló el contrato, por error; y no, por dolo. En el recurso de casación, los socios demandados denunciaron aplicación indebida del art. 1266 C.c., al entender que el error invocado era inexcusable. Deducían la inexcusabilidad del error en dos argumentos: de un lado, de las circunstancias personales del declarante, que, en cuanto empresario, “debió asesorarse antes de contratar sobre la capacidad técnica de aquellos con los que se asociaba”; de otro lado, del hecho de tratarse -según ellos- de un error espontáneo y no provocado por la parte contraria (alegaban los recurrentes que no “engañaron ni provocaron tal error”). El Supremo rechazó tal argumentación e, implícitamente, se pronunció por la excusabilidad del error; precisamente, por entender que aquél había sido provocado por las maniobras de los destinatarios. Pero tampoco consideró que dichas maniobras fueran constitutivas de dolo⁸⁰.

La STS 4 enero 1982⁸¹ consideró excusable el error, consistente en la ignorancia, por parte de la entidad compradora de una empresa dedicada a la explotación de un manantial de aguas minero-medicinales, de que las aguas en cuestión no eran aptas para el consumo humano. Se trataba de un error inducido por la parte vendedora, que había suministrado a la compradora un certificado, expedido por la Jefatura Provincial de Sanidad, en la que se había calificado el manantial de “potable bacteriológicamente”. Sin embargo, posteriores análisis realizados por el mismo organismo oficial, con tomas de muestras hechas a los cuatro días del otorgamiento del contrato de compraventa, acreditaron que el manantial había de ser conceptuado como “no potable bacteriológicamente”. La compradora (una entidad de carácter religiosa, carente de preparación específica en el ámbito de explotación de la empresa vendida) pretendió la anulación del contrato, por error y por dolo de la vendedora. En primera instancia se anuló el contrato por causa de error; pero se descartó la concurrencia de dolo. Por el contrario, la Audiencia revocó la sentencia del juez *a quo*, considerando que el error era inexcusable, porque quien lo invocaba “pudo obtener todos los análisis precisos para determinar la calidad de las aguas, lo

⁸⁰ Y ello, a pesar de rechazar las afirmaciones de la sentencia recurrida, según la cual “más bien hubo un conocimiento equivocado y no provocado” de la falta de conocimientos técnicos de los demandados. Dice el Supremo que, dado que en el contrato los destinatarios se habían comprometido a poner al servicio de la sociedad sus pretendidos conocimientos técnicos y comerciales (de los cuales carecían), y posteriormente, actuaron intentando cumplir dicho deber, lo que determinó “el resultado desastroso del proyectado negocio”, el error del demandante no fue tan espontáneo como consigna la Sala sentenciadora (STS 7 enero 1964, *J.Civ.*, 1964, núm. 11, considerando tercero). En realidad, existe un dato que autoriza a pensar que, más allá de pronunciamientos formales, la Audiencia no consideró el error absolutamente espontáneo. De otro modo, no se comprende porqué habría de condenar a los demandados a indemnizar daños y perjuicios (lo que no ha dejado de llamar la atención de MORALES MORENO, *El error*, *cit.*, p. 330). Concretamente, en el motivo quinto del recurso se denunciaba la pretendida contradicción en la que había incurrido la sentencia recurrida, “al declarar la inexistencia de dolo y condenar al pago de daños y perjuicios que únicamente se reclamaban sobre la base de la concurrencia de aquél”. El Supremo no entra en el análisis de este motivo, que desestima por considerarlo incurso en un vicio de formalización. Pero, en todo caso, parece evidente que la Audiencia no pudo dejar de apreciar la existencia de un comportamiento antijurídico (no doloso, pero sí negligente) inductor de error; por parte de los destinatarios. De otro modo, no se puede explicar la obligación indemnizatoria a la que se les sujeta.

⁸¹ STS 4 enero 1982, *J.Civ.*, 1982, núm. 5, considerandos quinto y sexto.

que no hizo en el plazo que tuvo para ello" (cinco meses, durante los cuales se le concedió la posibilidad de familiarizarse con el manejo de la explotación). La entidad compradora interpuso recurso de casación en el que volvió a invocar la concurrencia de un error esencial, "inducido por la propietaria vendedora, sea o no con intención dolosa". Por lo tanto, el recurrente prescinde del dolo, a los efectos de obtener la anulación del contrato. Articula el recurso por vía de error, haciendo especial hincapié en la circunstancia de ser aquél un error provocado por el destinatario⁸². El Tribunal Supremo estimó el recurso considerando que el error invocado era excusable. No sin antes precisar que la excusabilidad, "debe ser apreciado en el presente conflicto, atendidas sus particularidades, que han de ser ponderadas desde el ángulo de la "bona fides" y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico". Lo que parece centrar la cuestión en la determinación de si el error fue, o no, inducido por el destinatario, es decir, si la conducta de aquél originó en el declarante una confianza tal, que, movido por ella, se decidió a celebrar el contrato⁸³.

Es emblemática la STS 18 febrero 1994⁸⁴, que, con toda claridad, indica que la apreciación del requisito de la excusabilidad debe realizarse, valorando "si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa". No obstante, pese a que el Supremo se refiere a la inducción como una circunstancia, cuya presencia parece constituir un indicio de excusabilidad con independencia de su antijuridicidad lo cierto es que el error contemplado por la referida sentencia había sido provocado por un comportamiento negocial claramente contrario a la buena fe. El error radicaba en la falsa creencia por parte de los compradores de que el local comercial adquirido con el propósito de instalar en él un supermercado, no podía ser destinado a tal fin, ya que se trataba de un semisótano, por lo que, según la normativa entonces vigente, solamente podía ser destinado a almacén, cuando en la planta baja se despachara al público. En primera instancia se estimó que el error de los compradores, aun siendo esencial, debía ser calificado como inexcusable. En segunda instancia se revocó, en cambio, la sentencia del juez *a quo*, pronunciándose la Audiencia en favor de la inexcusabilidad del error. Observó, así, que "nos encontramos ante un error inducido, provocado, próximo al dolo, que fue la manifestación de la parte (promotor y constructor del edificio, que debía conocer sobradamente) que lo que se vendía, era un local comercial, como efectivamente se

⁸² Quizás, porque, como observa ROJO AJURIA, *El dolo*, cit. p. 213, era más fácil probar que el error era excusable, en cuanto inducido por el comportamiento negocial ilícito del destinatario, que probar el *animus decipiendi* de aquél, lo que exigía la demostración de que conocía la no potabilidad de las aguas.

⁸³ De hecho, en el fallo se afirma que la parte compradora carece de "una preparación específica en ese linaje de actividades industriales, no obtuvo la entrega de la empresa enajenada hasta la fecha del contrato definitivo, limitándose en los meses anteriores a recibir aprendizaje en el desenvolvimiento de la explotación (...) no podrá decirse que desatendió la diligencia media al abstenerse de ordenar aforos del caudal y sobre todo conceder plena credibilidad respecto a la bondad de las aguas, al basarse racionalmente para tal creencia en el documento librado por la Jefatura Provincial de Sanidad (...) con antigüedad que no llegaba a los dos meses en la fecha de dar su definitivo consentimiento para el otorgamiento del contrato, calificando el manantial de "potable bacteriológicamente"" (STS 4 enero 1982, *J.Civ.*, 1982, núm. 5, considerando sexto).

⁸⁴ STS 18 febrero 1994, *J.Civ.*, núm. 121, *vid.*, en particular, fundamentos de Derecho séptimo y octavo.

hizo constar en el contrato; que ello indujo al comprador a adquirirlo, depositando en el vendedor una confianza que se demostró inmerecida, por lo que no cabe calificar de inexcusable, atendiendo a la circunstancia del importe en que se valoró dicho local (...) la falsedad de la afirmación del vendedor no es previsible, pues el engaño roza incluso el ilícito penal". Contra la sentencia de la Audiencia el vendedor interpuso recurso de casación, entre cuyos motivos alegaba infracción de la doctrina legal sobre el error; afirmando que el error era inexcusable, porque los demandados (dos industriales y un empleado de banca) no emplearon la diligencia adecuada para evitarlo, pues pudieron haber acudido al Ayuntamiento, a fin de averiguar si era posible, o no, instalar en el local un supermercado. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmando la excusabilidad del error: E insiste en que la equivocación "por parte de los compradores, se deriva de la misma conducta del vendedor; que indujo, o provocó con su actitud (próxima al dolo), la venta de un local comercial, cuando le constaba que no se podía destinar al citado destino". Nuevamente, pues, la antijuridicidad de la conducta del destinatario, no se considera constitutiva de un supuesto de dolo, pese a que la sentencia recurrida la calificaba como "próxima al dolo".

La STS 28 septiembre 1996⁸⁵ conoció de un recurso en el que se discutía el carácter excusable de un error sobre la calificación urbanística de un predio, consistente en la falsa creencia, por parte del comprador, de que el inmueble adquirido era un solar apto para su inmediata edificación. En la sentencia se hace hincapié en que tal error fue inducido "por la conducta del vendedor que no es necesaria que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos y que, en el presente caso, determina el carácter excusable del error padecido". Sin embargo, lo cierto es que el propio Supremo evidencia la antijuridicidad del comportamiento negocial del destinatario, observando que el vendedor había dado al inmueble adquirido la condición urbanística de solar "tanto en la escritura pública como en los tratos anteriores habidos entre las partes, durante los que el vendedor llevó al ánimo de los demandantes la creencia en la posibilidad inmediata de destinar el terreno a fines industriales llegando a comprometerse a hacer las casetas para las tomas de agua y luz necesarias para la futura construcción, compromiso que cumplió si bien contraviniendo las ordenanzas municipales que prohibían tal actuación". Volvemos, pues, a encontramos ante un comportamiento antijurídico (rayano al dolo), respecto de cuyo carácter determinante de la prestación del consentimiento por parte del declarante parece haber pocas dudas. Pero tampoco se califica como constitutivo de dolo, valorándose la circunstancia de la inducción antijurídica en sede de error como un índice de la excusabilidad de aquél.

⁸⁵ STS 28 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6820, fundamento de Derecho quinto.

La SAP Valladolid 5 mayo 1997⁸⁶ declaró la nulidad de un contrato de arrendamiento de servicios (cuyo objeto era la elaboración de un proyecto técnico con vistas a la construcción de un matadero, sala de despiece y salazón de jamones), por error en cualidad, consistente en la falsa creencia, por parte de la sociedad arrendadora, de que el arrendador era ingeniero industrial. Se trataba de un error provocado por el mismo arrendatario, que, al celebrar el contrato, “invocó y aparentó una condición y titulación profesional (ingeniero industrial)” de la que carecía. Dice la sentencia referida que el consentimiento prestado por la sociedad arrendadora “se hallaba viciado por error invalidante del contrato, pues, de una parte, tal error recayó sobre una de las condiciones que de forma esencial y principal, dio lugar a que el mismo se celebrara y, de otra, no es imputable a dicha sociedad ya que fue provocado e inducido por una actividad inveraz y engañosa del actor abusando de la buena fe y confianza que rige toda contratación (inexcusabilidad)”. Evidentemente, donde dice “inexcusabilidad” debía decir “excusabilidad”. Es claro que lo que quiere afirmarse es que la inducción antijurídica por parte del destinatario (sino dolosa, rayana al dolo) es considerada un índice de la excusabilidad del error. Concretamente, en el proceso se demostró que el destinatario se había servido de falsas tarjetas de visita donde se presentaba como ingeniero industrial. E, incluso, en el poder para pleitos, presentado en el juicio, se había hecho constar, como profesión suya, la de ingeniero industrial (porque así lo había manifestado al notario autorizante).

Las sentencias expuestas contemplan supuestos de error provocado por un comportamiento negocial del destinatario contrario a la buena fe *in contrahendo*, bien por omisión de los deberes de información precontractual, bien por las falsedades o inexactitudes en las que se incurre al suministrarse datos sobre circunstancias relevantes en orden a la celebración del contrato. El destinatario, en definitiva, no empleó la diligencia debida para evitar realizar comportamientos negociales generadores de un error esencial en la otra parte contratante. Pero, en realidad, en la mayoría de los casos, se trata de supuestos de error inducido, muy próximos al dolo. A pesar de lo cual, la anulación del contrato se produce por error, y no por dolo, valorándose la antijuridicidad de la conducta del destinatario en sede de excusabilidad. Puede, así, afirmarse que, en la práctica de los Tribunales, el error provocado negligentemente, no es tanto el que tiene origen en un conducta antijurídica realizada *sin animus decipiendi*, como, sobre todo, el error provocado por una actuación del destinatario, cuyo *animus decipiendi* es difícil de probar o resulta innecesario desde la óptica del efecto pretendido, a saber, la anulación del contrato.

De la exposición jurisprudencial realizada se colige claramente que existe una clara resistencia por parte de los tribunales a anular los contratos por dolo, cuando puedan hacerlo por error; considerándose la mala fe del destinatario como un factor determinante de la excusabilidad de aquél (y, por ende, de la estimación

⁸⁶ SAPValladolid 5 mayo 1997, Act.Civ., 1997, @ 1472.

de la pretensión impugnatoria⁸⁷). Dos son -creo- las razones de dicha orientación jurisprudencial. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que los efectos del error y del dolo en el ámbito del juicio de validez negocial son los mismos, a saber, la anulación del contrato: por lo tanto, desde esta perspectiva, calificar, o no, el comportamiento negocial del destinatario como doloso carece de trascendencia práctica⁸⁸. En segundo lugar, hay que considerar que en las hipótesis de error inducido, siempre es más fácil la prueba procesal del error, que la del dolo⁸⁹, el cual,

⁸⁷ Ello hace que sean pocas las sentencias estimatorias de demandas de anulación por dolo.

Aunque la escasez de fallos jurisprudenciales en los que se aprecia la existencia de dolo invalidante, en parte, es explicable por la circunstancia de que, en no pocas ocasiones, los comportamientos negociales contrarios a la buena fe (en los que, claro está, concurren los presupuestos de los arts. 1269 y 1270 C.c.) serán constitutivos de un delito de estafa, lo que explica la fuga hacia el ámbito penal de un buen número de supuestos de dolo, que por ende quedan sustraídos al conocimiento de la jurisdicción civil.

Obviamente, abordar la diferenciación entre la estafa penal y el dolo civil es cuestión que excede de las pretensiones de este trabajo. En todo caso, basta comparar el art. 248 del Código penal con el art. 1269 C.c., para llegar a la conclusión de que el tipo penal de la estafa presenta requisitos adicionales respecto de los que reclama el dolo.

Como observa MORALES MORENO, en *Comentarios*, cit, ad arts. 1269 y 1270, p. 385, en la estafa se exige, allende del engaño, la existencia de un acto de disposición patrimonial que cause un perjuicio e, igualmente, el ánimo de lucro en quien la comete. Extremos éstos, que no requiere el art. 1269 C.c., con independencia de que también concurren en la generalidad de los casos de dolo civil. El autor explica tal diferencia entre ambas figuras en la diversidad del bien jurídico protegido: la libertad contractual, en el dolo; la integridad del patrimonio, en la estafa.

La misma idea la remarca en la doctrina alemana LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit, p. 399, cuando, al contraponer el dolo con la estafa, precisa que el § 123 BGB no protege el patrimonio, sino la libertad de decisión (“*Entschliessungsfreiheit*”). Esto es, la libertad de determinación de la voluntad que presupone la autonomía privada.

⁸⁸ En el ámbito de la responsabilidad precontractual la valoración del grado de ilicitud del comportamiento negocial del destinatario podría tener alguna trascendencia.

Ciertamente, el derecho del declarante a exigir el resarcimiento del interés contractual negativo existe siempre que el daño resultante de la impugnación del contrato sea consecuencia de una conducta ilícita imputable al destinatario. Y, a tales efectos, basta que tal conducta sea considerada culpable, ya que el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual es el art. 1902 C.c.

Sin embargo, para el caso de que el comportamiento negocial del declarante fuera también negligente, éste perdería toda pretensión resarcitoria contra el destinatario, operándose el mecanismo de la compensación de culpas. Lo que no tendría por qué suceder, si la conducta inductora del error hubiera sido calificada de dolosa, en cuyo caso el declarante no perdería la posibilidad de ejercitar la pretensión resarcitoria del interés contractual negativo, sino que, simplemente, vería reducido el *quantum* de aquélla.

Parto de la premisa de que la culpa del *errans* no le priva del derecho al resarcimiento del interés contractual negativo en los supuestos en que la culpa de aquél concurre con un comportamiento doloso *stricto sensu* del destinatario, dada la distinta reprochabilidad de la conducta dolosa y negligente. Tal y como sostiene ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa*, cit, pp. 287, en el ámbito de la responsabilidad precontractual en general.

⁸⁹ *Prima facie*, pudiera parecer que la prueba del dolo es más sencilla que la del error.

El error consiste en un estado psicológico de ignorancia o de defectuoso conocimiento de la realidad, que tiene lugar en el interior de la mente del *errans*. Por el contrario, de la tipificación efectuada por el art. 1269 C.c., resulta que el dolo es un vicio del consentimiento, caracterizado por tener una proyección exterior (las palabras o maquinaciones insidiosas de la otra parte).

Dicha idea ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que el dolo es una causa de invalidez más fácil de demostrar que el mero error; el cual queda oculto en interior de la *mens errantis* (cfr., en tal sentido, p. ej., DE COSSÍOY CORRAL, *El dolo*, cit, p. 322).

Sin embargo, en la moderna doctrina científica, tiende a insistirse justamente en la idea contraria, habiéndose afirmado que la mayor facilidad de prueba del dolo, respecto del error, es más teórica que real. Así, constata ROJO AJURIA, *El dolo*, cit, p. 204, que el examen de la jurisprudencia “muestra que la gran mayoría de alegaciones de dolo son rechazadas por falta de prueba”. Y es que, como explica MORALES MORENO, *El dolo*, cit, p. 602, “en el dolo que produce la nulidad del negocio, la gravedad exigida por el Código (artículo 1270 I), unida a la inseguridad que produce el efecto, impone operar con cierto rigor en el momento de la prueba”.

A mi entender, ambas tesis tienen algo de verdad, pero la cuestión radica en situarlas en su exacto ámbito. La prueba del error puede ser más difícil que la del dolo, en el caso de que aquél sea puramente espontáneo. Pero no, cuando haya sido provocado por el comportamiento del destinatario.

Repárese en dos ideas.

De un lado, en que el éxito de la acción impugnatoria ex art. 1269 C.c. no se subordina a la prueba de la mera existencia de palabras o maquinaciones insidiosas por parte del destinatario, sino que, además, se exige la demostración de que tales palabras o maquinaciones indujeron al declarante a un error determinante de la prestación de su consentimiento. Por lo tanto, al igual que sucede respecto de las demandas de anulación ex art.

por exigencia de su propia tipificación legal como vicio del consentimiento, plantea dificultades de prueba, que, en cambio, no tienen lugar en sede de error⁹⁰.

Me refiero a la necesidad de acreditar el *animus decipiendi* del destinatario, requisito éste, cuya exacta delimitación es incierta en la jurisprudencia. Según se expuso en su lugar, en este punto existen tres orientaciones jurisprudenciales bien diversas: una, que identifica el referido requisito con el propósito de engaño⁹¹; otra, que estima bastante la conciencia, por parte del destinatario, de que con su comportamiento produce una captación ilícita de la voluntad ajena⁹²; y, una tercera, que exige en el *deceptor* el propósito de perjudicar al declarante⁹³. En todo caso, cualquiera que sea la solución que se estime preferible, lo cierto es que el *animus decipiendi* nunca perderá la consideración de un elemento subjetivo, razón por la cual su prueba se presenta siempre problemática⁹⁴.

Resulta, por el contrario, que dicho requisito no se exige respecto del error, cuyo excusabilidad, según hemos visto, puede deducirse de la circunstancia de haber sido inducido por un comportamiento negocial del destinatario contrario a la buena fe (sin necesidad de demostrar que aquél obró *animo decipiendi*⁹⁵). Por añadidura, la

1266 C.c., hay que demostrar que en el *deceptus* concurrió un estado de ignorancia o de falso conocimiento de la realidad, como consecuencia del cual prestó su consentimiento *ad contractum*.

De otro lado, es cierto que la existencia de maquinaciones insidiosas facilita la prueba de la existencia del vicio del consentimiento y de su carácter determinante. Pero esta ventaja juega, tanto respecto del dolo, como respecto del error: Como observa GESTHIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, 3ª ed., Paris, 1971, cualquiera que sea el fundamento de la demanda de anulación, se admitirá más fácilmente la existencia de un error determinante, exigido en las dos hipótesis, "lorsque des manoeuvres dolosives auront été établies".

Por último, ha de tenerse en cuenta que el dolo exige la difícil prueba del *animus decipiendi* del destinatario, extremo éste sobre el que se insiste *infra*, en el texto.

⁹⁰ Pudiera sostenerse una pretendida mayor facilidad de prueba del dolo, respecto del error, argumentando que, a través del art. 1269 C.c., es posible que alcancen relevancia ciertas hipótesis de error (como el de valoración o el recayente sobre los meros motivos) no subsumibles en el art. 1266 C.c. (siempre, claro ésta, que se probara el *animus decipiendi* y la relación de causalidad entre las maniobras insidiosas del *deceptor* y la prestación del consentimiento por parte del *deceptus*).

El argumento expuesto, que sería decisivo en un ordenamiento jurídico que estableciera una regulación del error extraordinariamente restrictiva, pierde mucha de su fuerza en el ordenamiento español. En éste, el art. 1266 C.c. (al igual que el art. 1110 del *Code*; y, a diferencia, p. ej., del art. 1429 del *Codice* o del art. 24 del Código suizo de las obligaciones) acoge una concepción predominantemente subjetiva del requisito de la esencialidad, reconociendo, como causa de invalidez, el error recayente sobre aquellas condiciones de la cosa que "principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo". Lo que permite atribuir relevancia al error sobre aquellas circunstancias constitutivas de la causa impulsiva de la celebración del negocio.

De ahí que la mayoría de los supuestos de dolo ex art. 1269 C.c. simultáneamente puedan ser considerados como auténticas hipótesis de error esencial, reconducibles al art. 1266 C.c. Lo que, sin embargo, no implica que el dolo-vicio siga conservando su utilidad en cuanto permitiría considerar como causas de anulación supuestos que no lo son de error-vicio (error sobre el valor o sobre los meros móviles internos de los contratantes), como también obviar la aplicación de aquellos preceptos que niegan la relevancia del error o de una clase de error en relación con ciertos contratos (es el caso del error de Derecho respecto de la transacción).

⁹¹ STS 21 junio 1978, *J.Civ.*, 1978, núm. 285, considerando quinto; STS 29 marzo 1994, *J.Civ.*, 1994, núm. 244, fundamento de Derecho primero.

⁹² STS 27 marzo 1989, *RAJ.*, 1989, núm. 2201, fundamento de Derecho tercero.

⁹³ STS 30 junio 1988, *RAJ.*, 1988, núm. 5197, fundamento de Derecho cuarto.

⁹⁴ ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., pp. 204-205, insiste en las dificultades prácticas de prueba del *animus decipiendi*: "La determinación de la esencialidad del error se hace en relación con el contenido del contrato, y de acuerdo a mecanismos objetivos y criterios del tráfico. En definitiva, resulta más fácil probar un error acerca de la edificabilidad de un terreno (basta poco más que el precio pagado), el mal funcionamiento de una máquina, que los manantiales de agua no existen o son potables, que la prueba de la intención dolosa".

⁹⁵ La deslealtad del cocontratante -dice GHESTIN, *La notion*, cit., p. 107- "sert également à montrer à la fois vraisemblable et excusable de l'erreur alléguée".

mala fe (*lato sensu*) del cocontratante puede ser apreciada como un indicio favorable a la existencia de un error determinante de la prestación del consentimiento⁹⁶. Así pues, la mala fe *in contrahendo* de la parte contraria, constituye un triple índice, de la existencia del error; de su carácter esencial y de su carácter excusable. Ante ello, no es de extrañar la decadencia del dolo, como causa autónoma de invalidez contractual en beneficio del error⁹⁷.

2.2. En sede de responsabilidad precontractual.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la reticencia negligente no sólo tiene relevancia en el juicio de validez negocial (donde determina la excusabilidad del error que en ella tiene su origen), sino también en el ámbito de la responsabilidad precontractual⁹⁸. Quien, en virtud de un comportamiento negligente, provoca

⁹⁶ Como observa DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (reedición, 1991), p. 116, la mala fe y la deslealtad del destinatario pueden constituir un dato decisivo en orden a convencer al juez de que el error recayó sobre la causa impulsiva del contrato.

⁹⁷ En realidad, como observa ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., p. 206, “cuanto más ampliamente se admite la relevancia jurídica del error, tanto desde la construcción dogmática como desde el punto de vista práctico, “el dolo tiende a ocupar un papel secundario, subordinado al del error””.

El mismo fenómeno, de potenciación del error como causa de anulación del contrato (en detrimento del dolo) se da en la jurisprudencia francesa, según pone de relieve GHESTIN, *La notion*, cit., pp. 104 ss.

⁹⁸ Que la inducción negligente a error constituye un ilícito civil, que origina la obligación de resarcir el interés contractual negativo me parece claro.

Así, en la doctrina científica italiana, BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 178, se refiere a la hipótesis de inducción culposa a error, por parte del destinatario o de un tercero, como una caso constitutivo de responsabilidad precontractual. Pone como ejemplo el error resultante de las falsas informaciones suministradas a una de las partes por una entidad bancaria acerca de la solvencia de un cliente. La banca -dice el autor- no está obligada a dar tales informaciones, pero si decide darlas, debe atenerse al precepto de la normal diligencia y, por lo tanto, responde del daño ocasionado por informaciones “colposamente errate”.

En la doctrina científica alemana LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 399, se plantea también el supuesto de error provocado por un comportamiento culpable (pero no doloso) de la otra parte contratante o de su representante, que negligentemente suministran informaciones inexactas sobre circunstancias determinantes de la prestación del consentimiento del declarante (se refiere, p. ej. a las manifestaciones inexactas, relativas a la posibilidad de un especial uso del objeto vendido en la empresa del comprador). Y observa que, en tal caso, además de la acción de impugnación por error ex § 122 BGB, la jurisprudencia concede una pretensión de resarcimiento de daños por culpa en la conclusión del contrato (“wegen Verschuldens beim Vertragsschluss”).

En la doctrina científica francesa GETHIN, *Erreur*, en AA.VV., *La formation du contrat*, cit., p. 482, sostiene que, a efectos de entender sujeto a responsabilidad precontractual al destinatario, cuyo comportamiento suscitó el error del declarante, basta “une simple faute, même non intentionnelle”.

También en la doctrina científica española se impone la tesis de que la inducción negligente a error constituye una hipótesis de responsabilidad precontractual, que da lugar a la consiguiente obligación resarcitoria. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa*, cit., pp. 266 y 268, califica, así, el error inducido culpablemente, como un caso de responsabilidad precontractual, que presupone un comportamiento reprochable (aunque no doloso) en la formación del contrato. Concretamente, alude al supuesto de “quien conociendo determinados extremos los calla, pensando que eran sabidos y ponderados por la otra parte (...) no se había calibrado bien la extensión de los conocimientos requeridos o se tenía una opinión muy optimista respecto a los que se poseían”. En favor de la tesis de que la inducción negligente a error da lugar a la responsabilidad precontractual de quien lo provoca se manifiestan también, p. ej., GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, cit., p. 213; GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., p. 32; ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., p. 205.

Por lo que respecta al estado de la cuestión en la jurisprudencia, la STS 27 octubre 1958, RAJ., 1958, núm. 3778, parece apoyar la tesis de que la responsabilidad del destinatario tiene lugar en el caso de error provocado negligentemente, esto es, cuando “una de las partes contratantes fue inducida a error por dolo o culpa de la otra” (considerando primero).

Sin embargo, hay que reconocer que son escasos los fallos jurisprudenciales en los que se anula el contrato por error y, al mismo tiempo, se impone al destinatario negligente la obligación de indemnizar daños y perjuicios. En tal sentido existen algunas sentencias del Tribunal Supremo, que confirman sentencias de instancia, que anularon un contrato por error (no por dolo) y condenaron al destinatario que lo provocó a indemnizar daños y perjuicios.

Es el caso de la STS 7 enero 1964, J.Civ., 1964, núm. 11, que confirmó la sentencia recurrida, que había anulado un contrato de sociedad, por error del socio que había aportado el capital necesario para el desarrollo de la actividad

en la otra parte contratante un error esencial lesiona su libertad contractual y, en consecuencia, queda obligada a resarcirle (ex art. 1902 C.c.) los daños que, experimenta como consecuencia de la anulación (el interés contractual negativo)⁹⁹.

No puedo dejar de llamar la atención sobre la diversa valoración que merece la negligencia del declarante en orden a la apreciación del requisito de la excusabilidad y en orden a la determinación de la responsabilidad precontractual del destinatario.

- a) En el ámbito del juicio de validez del contrato, la reticencia ilícita excluye la aplicación del principio de responsabilidad, incluso aunque el comportamiento del *errans* pudiera ser tildado de negligente. Sancionando el art. 1266 C.c. el principio de tutela del consentimiento, resulta contrario a la buena fe privar al declarante del derecho de impugnación, so pretexto de tutelar una confianza del destinatario en la validez del vínculo, que no es merecedora de protección.
- b) En el ámbito de la responsabilidad precontractual, la negligencia del *errans* puede, en cambio, ser relevante, en la medida en que habrá de ser tenida en cuenta para excluir, o al menos, reducir, la indemnización debida por el destinatario, que incumplió el deber de colaborar en deshacer el error de su contrario. Resulta, así, que el reproche culpabilístico insito en el error negligente conserva su valor, desde la óptica de la responsabilidad precontractual¹⁰⁰.

social, ante la falsa afirmación de los otros socios (que no habían realizado ninguna aportación dineraria) de que poseían la cualificación y los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo dicha actividad. La falta de dicha cualificación profesional originó importantes pérdidas económicas para la sociedad. Es de observar, sin embargo, que, según resulta de los resultandos de la sentencia del Supremo, el precepto invocado por el socio demandante para fundamentar la indemnización de daños y perjuicios no fue el art. 1902 C.c., sino el art. 1101 C.c., cuya aplicación indebida se denuncia en el recurso de casación por los socios demandados, motivo éste, sobre el que no se pronuncia el Supremo, al entender que estaba incurso en un vicio de formalización.

La STS 20 noviembre 1973, R.A.J., 1973, núm. 4234, confirmó la de segunda instancia, la cual había anulado un contrato de compraventa por error del adquirente acerca del rendimiento y posibilidades productivas de la máquina adquirida. Pero, además, la Audiencia había condenado al vendedor a la devolución del precio, con el pago de intereses, y a la indemnización de daños y perjuicios en favor de la entidad vendedora. Y del considerando primero de la sentencia del Supremo parece deducirse que el fundamento jurídico de tal obligación resarcitoria tampoco fue el art. 1902 C.c., sino el art. 1101 C.c.

Cabe concluir con ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., p. 214, nota 97, afirmando que, si bien no es frecuente atribuir daños y perjuicios en los supuestos de anulación, parece claro "que es perfectamente compatible una anulación por error y una indemnización por negligencia".

⁹⁹ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, cit., pp. 163-164, y GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., pp. 33-38, apoyan la responsabilidad precontractual del destinatario (que con su comportamiento negligente provoca) el error en el art. 1902 C.c. En el mismo sentido parece inclinarse ROJO AJURIA, *El dolo*, cit., p. 214: "La anulación del contrato -dice el autor- se produce en todo caso, y tampoco la reclamación de daños exige el dolo, bastando la negligencia (art. 1902 C.c.)". De modo que habrá que considerar que incurre en responsabilidad precontractual quien omite una diligencia regular o media en orden a evitar comportamientos negociales que induzcan a un error esencial en su contrario. Sin embargo, MORALES MORENO, *El dolo*, cit., p. 602, restringe la posibilidad de que el declarante pueda demandar del destinatario una indemnización de daños y perjuicios al caso en que concurra culpa lata de aquél, supuesto éste, que, a su juicio, tendría encaje en el art. 1270, II C.c., aplicando la vieja regla *culpa lata dolo equiparatur*.

¹⁰⁰ La solución que propongo, conforme a la cual la negligencia del declarante despliega diversas consecuencias en el ámbito del juicio de validez del contrato y en el de la responsabilidad precontractual, creo que puede justificarse en los siguientes argumentos.

En primer lugar, mediante el recurso a la equidad. Resultaría excesivo que quien incurre en un error evitable mediante una regular diligencia, no sólo pudiera demandar la anulación del contrato, sino también la indemnización del interés contractual negativo. No debe olvidarse que, junto al deber de informar de las causas de invalidez del contrato, que pesa sobre el destinatario, está la carga del declarante de autoinformarse de aquellos extremos importantes desde la perspectiva de la causa impulsiva de la celebración del negocio. No en vano, observa GALGANO, *Il negozio*, cit., p. 289, que uno de los problemas más arduos en el tema de la reticencia estriba en

V. LA RETICENCIA LÍCITA.

1. Delimitación del supuesto.

La reticencia es lícita cuando el silencio del destinatario no es susceptible de ningún reproche desde la perspectiva de la *bona fides in contrahendo*. Tal sucederá, cuando el examen de las circunstancias del caso concreto lleve a la conclusión de que aquél no tenía la obligación de desvelar al declarante el error esencial en el que estaba incurso.

No existe obligación de advertir del error esencial ajeno, cuando el destinatario lo conoce, como consecuencia de un proceso de búsqueda de información costoso, que pone de manifiesto la existencia de cualidades positivas que incrementan el valor de un bien, siempre que, además, los costes de dicha información sean simétricos o, siendo asimétricos, no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión.

2. Consecuencias jurídicas en el ámbito del juicio de validez negocial.

Es evidente que, dado que la reticencia lícita no constituye un comportamiento contrario a la buena fe, por definición, hay que excluir la posibilidad de que el declarante pueda invocarla, al objeto de demandar la anulación del contrato **ex** arts. 1269 y 1270 C.c. Como, así mismo, hay que excluir la responsabilidad precontractual del destinatario, la cual sólo tendrá lugar (**ex** art. 1902 C.c.) en los supuestos en que la reticencia sea dolosa o negligente.

determinar los confines entre el deber de informar que grava a una de las partes y el deber de autoinformarse que incumbe a la otra.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la compensación de culpas determina el resurgir de reglas generales, que son diversas en el juicio de validez negocial y en el de responsabilidad precontractual. En el primero, la regla general es la de tutela de la realidad e integridad del consentimiento, la cual resurge, cuando el examen de las circunstancias del caso concreto lleva a la conclusión de que el sacrificio del derecho del *errans* a la impugnación del contrato carece de justificación, porque la declaración no suscitó en el contrario una confianza legítima y razonable, merecedora de protección. En el segundo, la regla general es que nadie responde extracontractualmente de un daño sino existe un nexo de causalidad entre la producción del daño y la propia conducta, nexo de causalidad, que, como explica BIANCA, *Diritto civile, cit.*, vol. III, p. 176, se rompe cuando, junto con la culpa del destinatario (que omitió el deber de información), concurre la del declarante (que no usó de una regular diligencia en orden a la evitabilidad del error).

El método comparado suministra un argumento adicional. El art. 1338 del *Codice* establece la responsabilidad precontractual de quien dejó de comunicar a la otra parte la existencia de las causas de invalidez contractual, de las que tuviera conocimiento o que hubiera debido conocer desplegando una regular diligencia. Pero, exclusivamente, cuando quien pretende hacer efectiva dicha responsabilidad hubiera confiado, *sin culpa por su parte*, en la validez del contrato. Norma ésta, que la doctrina considera aplicable a los supuestos de error conocido, siendo *communis opinio* la de que hay que atribuir consecuencias diversas a la negligencia del declarante en orden a la evitación del error conocido en el juicio de validez del contrato y en el de responsabilidad precontractual. Así, se sostiene que, mientras la culpa del declarante no le impide demandar la anulación del negocio (*ex* art. 1428 del *Codice*), sin embargo, le priva del derecho a solicitar la indemnización derivada de la responsabilidad precontractual en que incurre el destinatario, por no haberle manifestado la existencia de la causa invalidez del contrato (*ex* art. 1338 del *Codice*). PATTI/PATTI, *Responsabilità, cit.*, p. 195, resaltan la dicotomía a la que da lugar la negligencia del declarante, observando que aquélla obsta a la anulación del contrato, pero es un límite al derecho al resarcimiento de los daños derivados de la obligación de comunicar la existencia del error.

Sin embargo, es también claro que la licitud de la reticencia no impide que el declarante pueda demandar la anulación del contrato ex art. 1266 C.c., cuando el error que padeció hubiera sido esencial y excusable.

Se suscita entonces la cuestión de dilucidar el concreto alcance que ha de atribuirse a la reticencia lícita en orden a la apreciación del requisito de la excusabilidad¹⁰¹. Se trata, en definitiva, de determinar si en los casos en que puede llegarse a la conclusión de que existe un nexo de causalidad entre el silencio del declarante y el error del destinatario habrá que calificar dicho error como excusable, con independencia de que fuera, o no, evitable mediante el uso de una regular diligencia.

¹⁰¹ En la doctrina científica española existe, así, un claro estado de opinión favorable a la tesis de la relevancia invalidante del error, cuando éste, fuera conocido por el destinatario al tiempo de la conclusión del contrato, incluso aunque fuera reprochable al declarante la omisión de una diligencia media en orden a su evitación.

Para DIEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª ed., Madrid, 1995, p. 499 “un error inexcusable debe poseer trascendencia anulatoria del negocio cuando (...) fue reconocido (...) por la otra parte (...) Lo contrario llevaría a la solución inica de que es lícito aprovecharse del error sufrido por otro”. Solución ésta, que, a su juicio, “puede apoyarse en la doctrina jurisprudencial, que atribuye plenos efectos a la voluntad declarada, aunque no coincida con el querer interno, si la divergencia es imputable al declarante por malicia o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, siempre que, además exista “buena fe” en la otra parte” (citan, al respecto, SSTS 23 mayo 1935, 27 octubre 1951 y 16 noviembre 1956). Conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que los autores identifican las nociones de *error inexcusable* y de *error negligente*, identificación ésta, que no comparto, ya que, en mi opinión, el conocimiento del error por parte del destinatario es una circunstancia que sirve para delimitar el concepto de excusabilidad. Por ello, el error conocido, aun negligente (desde la perspectiva del comportamiento del declarante) ha de ser calificado como excusable (lo que, a mi entender, sólo sucederá en los casos en que el conocimiento del error, vaya acompañado de una reticencia reprochable desde la perspectiva de la buena fe).

En favor de la relevancia del error conocido por el destinatario se pronuncian igualmente ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6ª ed., Madrid, 1983; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p. 41, y ROGELVIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1997, p. 107.

Un tratamiento del problema que nos ocupa con matices propios es el que realiza MORALES MORENO, *El error*, cit., p. 230: “cuando el error ajeno es conocido y no advertido se han de soportar las consecuencias del mismo”. Pero el autor, a mi juicio, muy certeramente reconduce la cuestión de la relevancia invalidante del error conocido a la omisión, por parte del destinatario, del deber de información de la existencia de las causas de invalidez contractual por él conocidas, en definitiva a la existencia de una reticencia reprochable desde la perspectiva de la buena fe in contrahendo. Tesis ésta, que comparto.

Algún comentario suscita la opinión de LUNA SERRANO, *Los vicios del consentimiento contractual*, en LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. 3º, *Teoría general del contrato*, 2ª ed., Barcelona, 1987, p. 73. Dice el autor que si el destinatario advierte el error no es necesario que “sea excusable para quien lo sufre, pues el requisito de la excusabilidad, tal como está configurado en nuestro sistema, se exige en función de que sea el que yerra quien impugna el contrato y hay que favorecer, incluso por razones éticas, que el otro contratante, advertido del error, pueda, si quiere, anular el contrato”. Nada que objetar a la regla de la relevancia del error conocido (por más que se vuelva a producir la identificación conceptual entre las nociones de *error negligente* y de *error inexcusable*). Pero no comparto la idea de que el contratante que no erró, esto es, cuyo consentimiento no estaba viciado al tiempo de la conclusión del contrato, pueda demandar la anulación ex art. 1266 C.c. Tal tesis -que el autor apoya en el art. 1302 C.c.- me parece difícil de sostener. Porque, aun admitiendo que debe rechazarse una visión estrictamente voluntarista del error, no lo es menos que aquél, sigue siendo un vicio del consentimiento, por que sólo quien lo sufre puede invocarlo.

El estado de opinión de la doctrina científica española parece corresponderse con el disfavor con que las legislaciones y doctrinas científicas foráneas tratan al error conocido.

Por lo que concierne a las legislaciones que abordan la regulación del error partiendo del principio de tutela del consentimiento (con el correctivo del principio de responsabilidad, objetiva o por culpa), es de recordar que tanto el § 122 BGB, como el art. 26 del Código suizo de las obligaciones, excluyen la obligación resarcitoria que, respectivamente, imponen a todo *errans* (la norma alemana) o al *errans negligente* (la norma helvética), cuando el destinatario conoció la concurrencia de la causa de nulidad al tiempo de recibir la declaración.

Por cuanto respecta a los ordenamientos jurídicos, que (como el italiano o el austriaco) acogen el principio de *tutela dell'affidamento* o *Vertrauentheorie*, en la doctrina italiana (cfr. PIETROBON, *Errore*, cit., pp. 237 ss.) está ampliamente consolidada la tesis de que el conocimiento del error por parte del destinatario excluye la aplicación del principio de tutela de la confianza (y ello, pese a dicha hipótesis no está explícitamente contemplada en el art. 1431 del Codice, que expresamente se refiere a la hipótesis de la *recognoscibilità*), y el § 871, II del ABGB sanciona la relevancia invalidante del error conocido por la otra parte contratante.

Habr , pues, que decidir si en sede de excusabilidad la reticencia lícita merece un tratamiento idéntico al de la reticencia negligente, la cual hace siempre excusable el error por ella provocado.

A mi entender, en sede de excusabilidad no puede dejar de valorarse el hecho de que el error que se invoca haya sido provocado por la reticencia del destinatario (lícita, o no)¹⁰². Así resulta de algunas sentencias del Tribunal Supremo, relativamente recientes, las cuales valoran en sede de excusabilidad la circunstancia (objetiva) de que el error haya sido provocado por el destinatario, independientemente de que la conducta de aqu el pueda ser calificada como dolosa o negligente. La STS 18 febrero 1994¹⁰³, con toda claridad, indica que la determinación de si el *errans* incurrió, o no, en la omisión de una regular diligencia en orden a la evitación del error debe realizarse, apreciando "si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa". En el mismo sentido se orienta la STS 28 septiembre 1996¹⁰⁴, que dedujo la excusabilidad del error del hecho de haber sido inducido por la conducta del destinatario, "que no es necesaria que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos y que, en el presente caso, determina el carácter excusable del error padecido".

¹⁰² En el Derecho foráneo encontramos ejemplos en los que la inducción objetiva a error, es decir, abstracción hecha de toda idea de dolo o culpa es tomada en consideración a diversos efectos.

Por lo que se refiere a sistemas que regulan el error, inspirándose en el principio de tutela del consentimiento, es de recordar que, según la doctrina germana, la obligación de indemnizar el interés contractual negativo, prevista por el   122 BGB, no procede o debe reducirse en su cuantía, si el error es motivado por la actuación, aun no culposa, de quien pretende el resarcimiento, siendo habitual justificar dicha opinión en la aplicación analógica del   254 BGB (cfr. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, parte 2^a, 50^a ed. revisada por H.C. NIPPERDEY, Tübingen, 1960, p. 1059).

Por lo que respecta a los sistemas basados en el principio de tutela de la confianza, el   871, I ABGB sanciona la relevancia invalidante del error inducido por la parte contraria. Y es pacífica en la doctrina austriaca la opinión de que, a los efectos previstos en dicho precepto, no se requiere que la inducción sea fruto de un comportamiento doloso o culpable. En este punto son tajantes MARKL/SCHOPPER, *Irrtum Allgemeines*, en GSCHNITZER, *Allgemeiner Teil des b rgerlichen Rechts*, 2^a ed. por C. FAISTENBERGER/H. BARTA (en colaboración con varios autores), Wien-New York, 1992, p. 640: "Veranlassen" heisst verursachen. Gleich, ob vors tzlich (Irref hrung), fahrl ssig oder ohne Verschulden (objektiv)".

Sin embargo, el recurso al método comparado no nos permite apoyar una hipotética solución, favorable a la excusabilidad de todo error inducido.

Ténganse en cuenta dos argumentos.

En primer lugar, es cierto que los autores germanos consideran que la circunstancia de que el error haya sido inducido por el comportamiento negocial de la parte contraria, incluso sin dolo o culpa de aqu ella, repercute en la suerte de la indemnización contemplada en el   122 BGB. Pero la doctrina más reciente insiste en que la inducción a error, si no va acompañada de un reproche culpabilístico, no tiene porqué dar lugar a la extinción de la obligación de resarcir el interés contractual negativo, pudiendo provocar una simple aminoración de la cuantía de la indemnización (cfr. en tal sentido LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit. p. 387, *vid.*, en particular, nota 70).

En segundo lugar, es verdad que, a juicio de la doctrina austriaca, el   871, I ABGB debe interpretarse en el sentido de que el error inducido es relevante, prescindiendo del dolo o culpa de quien lo provoca. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la legislación austriaca aborda la regulación del error, partiendo del principio de tutela de la confianza, y no del principio de tutela del consentimiento. Esto es, dando preeminencia al interés del destinatario a la conservación del negocio sobre el del declarante a la impugnación de la validez de aqu el. Por ello, resulta justo que la mera demostración de que el error fue inducido determine la decadencia del principio de la *Vertrauentheorie* y autorice al *errans* a la impugnación. Pero tal consecuencia es desmesurada en el Derecho español, donde la regulación del error est  presidida por el principio de tutela del consentimiento, por lo que predicar la relevancia invalidante de todo error inducido supondría una solución que conduciría a una desmesurada protección del declarante, en perjuicio del destinatario de buena fe.

¹⁰³ STS 18 febrero 1994, J.Cv., 1994, núm. 121, fundamento de Derecho tercero.

¹⁰⁴ STS 28 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6820, fundamento de Derecho quinto.

Parece, en efecto, que un error provocado por el comportamiento negocial de la parte contraria es más disculpable que un error espontáneo. Por ello, la circunstancia objetiva de la inducción autoriza a enjuiciar con mayor benignidad la posible negligencia en que hubiera podido incurrir el declarante en orden a la evitación del error:

Ahora bien, una cosa es considerar la inducción como un indicio de excusabilidad del error y otra cosa, muy diversa, afirmar que el error provocado por un silencio lícito del destinatario es siempre excusable (como defendía, respecto del originado por una reticencia negligente).

No sería conforme a la buena fe que el declarante que durante los tratos preliminares procedió negligentemente, descuidando el deber de autoinformarse sobre los extremos de interés en orden a la celebración del contrato, pudiera demandar la anulación, por el mero hecho de que el error (presupuesto su carácter esencial) fuera provocado por la parte contraria¹⁰⁵. Si ésta observó un comportamiento negocial correcto y no susceptible de reproche culpabilístico, no puede afirmarse, apriorísticamente, que su interés a la conservación de la validez del contrato sea digno de protección y deba ceder siempre ante el interés del declarante a la tutela de la realidad e integridad de su consentimiento. No existen, en definitiva, razones para excluir *ab initio* la protección que el requisito de la excusabilidad otorga al destinatario de buena fe, la cual se traduce en la vinculación al contrato del *errans* negligente, merced a la aplicación del principio de autorresponsabilidad. Recuérdense que, según afirman las SSTS 18 febrero 1994 y 28 septiembre 1996¹⁰⁶, "la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración". A mi entender, es claro que sólo cuando la parte contraria actúa dolosa o negligentemente ha de considerarse que no merece protección. En otro caso, sí la merece, razón por la cual no podrá invocarse un error evitable mediante el uso de una regular diligencia.

Creo que esta solución es la que resulta de un examen atento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual (más allá de pronunciamientos de carácter estrictamente formal), cuando valora la circunstancia de la inducción en sede de excusabilidad, lo hace en relación a comportamientos negociales contrarios a la buena fe, e, incluso,

¹⁰⁵ En tal sentido parece inclinarse en la doctrina francesa GESTHIN, *Erreur*, cit, pp. 486. Dice el autor: "paraît devoir être toujours tenue pour excusable [el error] lorsqu'elle a été provoquée, ou même seulement favorisée, par la déloyauté de l'autre partie ou de son mandataire". De donde se desprende -creo- que, a su juicio, el error no es excusable, por el mero hecho de haber sido provocado por el comportamiento del destinatario, si dicho comportamiento no es desleal. Y más adelante el autor afirma que *de lege ferenda* la noción de error inexcusable podría ser útilmente precisada en el contexto más amplio de la "obligation de renseignements ou d'information", la cual tiene como límite el deber de autoinformación que pesa sobre todo contratante.

¹⁰⁶ STS 18 febrero 1994, J.Civ., 1994, núm. 121, fundamento de Derecho tercero; STS 28 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6820, fundamento de Derecho quinto.

muy próximos al dolo. Tal es, precisamente, el caso de las sentencias que exponen la doctrina de que la provocación del error ha de ser tenida en cuenta en orden a la determinación del requisito de la excusabilidad, con independencia de que la conducta del destinatario sea dolosa o culpable. Así, la STS 18 febrero 1994¹⁰⁷ resalta que “nos encontramos ante un error inducido, provocado, próximo al dolo, que fue la manifestación de la parte (promotor y constructor del edificio, que debía conocer sobradamente) que lo que se vendía, era un local comercial”. La STS 28 septiembre 1996¹⁰⁸ pone de manifiesto que el vendedor se había comprometido a “hacer las casetas para las tomas de agua y luz necesarias para la futura construcción, compromiso que cumplió si bien contraviniendo las ordenanzas municipales que prohibían tal actuación”.

En sentido inverso, cabe observar que existen algunas sentencias de las que es posible extraer la idea de que la circunstancia de la inducción no hace, *per se*, excusable el error; si éste es originado por un comportamiento negocial del destinatario que es conforme a la buena fe. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la STS 9 octubre 1981¹⁰⁹. El Supremo consideró inexcusable un error relativo a la autoría de un cuadro atribuido a Joaquín Sorolla, que, sin embargo, ulteriores dictámenes revelaron no haber sido ejecutado por la mano del pintor. Se trataba de un error provocado por el vendedor, el cual había entregado al comprador un libro, editado por una prestigiosa entidad cultural, donde el referido cuadro aparecía catalogado como propio de Sorolla y propiedad de la persona de quienes decían haberlo adquirido los importadores del mismo. En la sentencia, de modo expreso, se deduce la inexcusabilidad del error de la circunstancia de ser el comprador una persona experta en arte, que había comprado el cuadro con motivo de una exposición, para conmemorar el cincuenta aniversario del nacimiento del pintor: “pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia, más exigible en supuestos como el presente, en el que se trata de personas peritas, conocedoras del negocio de otro”. Sin embargo, basta leer con atención el fallo para evidenciar que la inexcusabilidad del error; no sólo resulta de la cualificación profesional del declarante, sino también de la circunstancia de que el comportamiento negocial del destinatario había sido ajustado a “un uso de comercio generalmente admitido y observado, según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limitan a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance, uso que conforme el Juzgador, en relación con el caso litigioso, alcanza una plena aplicación, ya que se ha demostrado cumplidamente el tracto comercial

¹⁰⁷ STS 18 febrero 1994, J.Civ., núm. 121, fundamento de Derecho cuarto.

¹⁰⁸ STS 28 septiembre 1996, R.A.J., 1996, núm. 6820, fundamento de Derecho quinto.

¹⁰⁹ STS 9 octubre 1981, J.Civ., 1981, núm. 359, considerando quinto.

de la obra". De hecho, en un supuesto similar, la SAP Valencia 23 junio 1997¹¹⁰ reputó inexcusable el error sobre la autoría de una obra pictórica, a pesar de que el adquirente no era persona experimentada en arte. Se trataba también de un error inducido por el vendedor. Éste había entregado al comprador un catálogo, donde un experto en arte atribuía el cuadro, vendido por veinte millones de pesetas, a Bartolomé Murillo. Posteriormente, el comprador pretendió pagar a una empresa inmobiliaria parte del precio por la adquisición de una vivienda mediante la dación en pago del referido cuadro. La inmobiliaria condicionó la aceptación de dicha forma de pago a que una empresa multinacional, dedicada a la subasta de obras de arte, certificara la autoría y valor del cuadro. La empresa en cuestión consideró que el cuadro no era de Murillo sino de un autor contemporáneo, pudiendo haber sido pintado en el taller de aquél, razón por la cual su precio era notablemente inferior al estipulado (entre cinco y siete millones). Con base en estos hechos, el comprador demandó la anulación del contrato de compraventa del cuadro, demanda ésta, que fue estimada en primera instancia, pero no en segunda. Reconoce la Audiencia que "el contrato puede tener un vicio del consentimiento por error en aquella condición esencial del mismo, como es la autoría de Murillo, pero para que este error esencial sea invalidante del consentimiento ha de ser además excusable". Y la calificación de la inexcusabilidad del error prevalece, a pesar de que el declarante no era un profesional ni experto en arte: "Es cierto también que el propio Alto Tribunal establece que la diligencia exigible es mayor cuando se trata de un profesional o de un experto, pero es el propio actor el que nos dice en su demanda que la persona a quien pretendía venderlo, una inmobiliaria, por tanto también ajena al comercio de obras pictóricas, extremó la precaución hasta exigir un certificado (...) por lo que esta misma diligencia podía haber tomado el actor".

La misma idea, de que la inducción que tiene origen en un comportamiento correcto del destinatario no convierte en excusable el error del declarante (si éste no empleo una regular diligencia en orden a evitarlo), se deduce de otras sentencias en las que la provocación del error se halla ligada a un conducta omisiva de la parte contraria. Así, la STS 21 junio 1978¹¹¹ consideró inexcusable el error del comprador de un edificio declarado en ruina, circunstancia ésta no mencionada en la escritura. El comprador interpuso demanda contra las vendedoras, solicitando que se declarara nula la compraventa, por habérsele ocultado -según él- la existencia de la declaración de ruina del edificio y la consiguiente orden de derribo, con lo que la finca era inservible para el destino que la había movido a adquirirla (negocio de venta minorista de papel pintado, elementos de decoración y bricolage). La demanda fue desestimada en primera instancia, pero, interpuesto recurso de apelación contra el fallo por parte del demandante, la Audiencia revocó la sentencia apelada, anulando el contrato y condenando a las vendedoras a restituir el precio y a

¹¹⁰ SAP Valencia 23 junio 1997, A.C., 1998, núm. 2001, fundamento de Derecho segundo.

¹¹¹ STS 21 junio 1978, J.Civ., 1978, núm. 244, considerandos segundo, tercero, cuarto y quinto.

satisfacer al actor cierta cantidad en concepto de daños y perjuicios. Las vendedoras interpusieron recurso de casación contra tal fallo, denunciando aplicación indebida de los arts 1265 y 1266 C.c., así como de los arts. 1269 y 1270 C.c. El Tribunal Supremo acogió ambos motivos. El primero de ellos, porque el error invocado no fue esencial ni excusable: “si bien las vendedoras no le dieron noticias de la declaración administrativa de ruina, es incuestionable que la notoria vetustez del edificio (“se trataba de un edificio antiguo”, en frase del escrito instaurador del proceso) y la misma descripción de lo enajenado utilizando un calificativo (“viejo”) tan poco usual en la contratación para caracterizar una finca urbana, denotan con toda evidencia el nulo valor de la edificación y la realidad de la ruina desde el punto de vista arquitectónico, con independencia de lo que pudiera constar en los registros administrativos, cuyo contenido pudo conocer el comprador de haber observado un mínimo de diligencia”. Pero interesa insistir aquí en que el Tribunal Supremo (si bien, al resolver el segundo de los motivos del recurso, a saber, la indebida aplicación por la Audiencia de los arts. 1269 y 1270 c.c.) entendió que no concurría *dolo in contrahendo*, porque “no es permitido reprochar a las vendedoras (...) el empleo de sugerencias o artificios de ningún género”.

En consecuencia, estimo que la inducción que tiene su origen en una reticencia lícita constituye, simplemente, un indicio de excusabilidad, el cual deberá valorarse, en atención a las circunstancias del caso concreto, al efecto de determinar si el declarante (pese a la inducción) pudo haber evitado el error mediante el uso de una regular diligencia. Habrá, pues, que prestar atención a las circunstancias personales del declarante, en particular, a su profesión, sobre todo, si aquél es un profano que contrata con un perito. Así, en un error relativo a la autoría de un cuadro, es más excusable la equivocación de una persona inexperta que la del propietario de una galería¹¹². Si se trata de un error, consistente en la ignorancia por parte del vendedor de que en la finca de su propiedad existe un importante yacimiento minero, no puede valorarse igual el requisito de la excusabilidad, cuando el propietario es un agricultor que un empresario con experiencia en el sector económico de la minería¹¹³. Y una circunstancia que me parece especialmente digna de ser tenida en

¹¹² Recuérdese, así, que la STS 9 octubre 1981, J.Civ., 1981, núm. 359, considerando tercero, reputó inexcusable el error sobre la autenticidad de una obra pictórica atribuida a Sorolla, porque el *errans* (comprador) era persona experimentada en arte y había asumido la garantía de la autenticidad del cuadro en el catálogo de una exposición donde lo mostró al público.

Aunque, en realidad, cabe preguntarse si lo realmente decisivo en orden a la calificación de la excusabilidad del error no sería el hecho de recaer aquél sobre una circunstancia, la autenticidad de una obra de arte, sobre la cual (fallecido el autor) nunca se puede lograr certeza plena, por lo que quien lo adquiere asume implícitamente (o debe asumir) el riesgo de sufrir un error.

De hecho, la SAP Valencia 23 junio 1997, A.C., 1998, núm. 2001, fundamento de Derecho segundo, consideró inexcusable el error del comprador, relativo a la autoría de un cuadro atribuido a Murillo, a pesar de que quien pretendía padecerlo no era un experto en arte. Es más, en la sentencia se afirma que el Tribunal no está seguro de que la opinión de la prestigiosa empresa Sothebys (según la cual el cuadro vendido no era de Murillo, aunque podía haber sido pintado en el taller de aquél) “no admite contradicción”.

¹¹³ Por ello, probablemente, habría que considerar inexcusable el error padecido por el coarrendatario de una concesión petrolífera, que vende su participación al otro coarrendatario, el cual había descubierto que en las inmediaciones de la finca sobre la que recaía la concesión existía un pozo (que él mismo explotaba) de notable valor. Del supuesto, extraído de la jurisprudencia norteamericana, da noticia KRONMAN, *Error*, cit, pp. 306-307.

cuenta en el juicio de excusabilidad es la de si la decisión de contratar partió del declarante o del destinatario, ya que, en el segundo caso, pueden existir razones para apreciar más benignamente la eventual negligencia del *errans*, en particular, cuando éste contrata con un profesional o persona con experiencia en el sector económico en el que se inserta el contrato¹¹⁴. Es el caso de la venta de obras de arte u objetos antiguos adquiridos por anticuarios de personas con escasa cultura que ignoran su valor; cuando son los propios compradores los que promueven la venta, p. ej. visitando en su domicilio a los potenciales vendedores¹¹⁵.

¹¹⁴ Como dice la STS 14 febrero 1994, *J.Civ.*, 1994, núm. 92, fundamento de Derecho séptimo, el requisito de la excusabilidad debe ser apreciado, “teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino también de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta”.

¹¹⁵ Caso éste, frecuente en la práctica.

Se plantea GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, cit., pp. 21-22, el supuesto en que una mujer que siempre ha vivido en su pueblo natal tiene en su casa un cuadro, cuyo gran valor desconoce. Un especialista lo descubre y se lo compra. Dice la autora: “la información es valiosa, su coste es más bajo para el potencial adquirente y es imposible que éste perciba una prima de confianza. Sin embargo, no parece conforme a la justicia mantener aquí que el experto no tenga el deber de informar al lego del valor de lo que tiene; la solución, basada en consideraciones exclusivamente económicas debe con base en la buena fe”.

A mi entender, en tal supuesto, no existirá deber de comunicar el error ajeno, porque la imposición de tal obligación es desincentivadora de los procesos de búsqueda de informaciones que permiten una asignación más eficiente de los recursos. Lo que excluye la ilicitud de la reticencia y, por ende, su caracterización como dolosa. Ello no obsta a que el examen de las circunstancias del caso concreto puedan llevar al juzgador a la convicción de que el declarante incurrió en un error excusable y, por lo tanto, a anular el contrato, ya que la excusabilidad no está en función de que el destinatario haya obrado de buena fe, sino en función de que el declarante haya sido negligente. Sin perjuicio de que la mala fe de la otra parte contratante, de existir (lo que no ocurre, en mi opinión, en el supuesto que se examina) determine la excusabilidad de todo error, aun negligente, por aplicación del principio de compensación de culpas.



¿ES POSIBLE LA TUTELA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO? EL ARBITRAJE DE CONSUMO
COLECTIVO EN EL REAL DECRETO 231/2008, DE 15 DE FEBRERO,
REGULADOR DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

*IS IT POSSIBLE THE CONSUMER ARBITRATION FOR COLLECTIVE
REDRESS? THE COLLECTIVE CONSUMER ARBITRATION ESTABLISHED BY
THE ROYAL DECREE 231/2008 OF 15TH FEBRUARY 2008*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 176-203



Diana
MARCOS
FRANCISCO

RESUMEN: Este trabajo trata de analizar la viabilidad o no de ejercitar a través del arbitraje de consumo acciones colectivas, tengan éstas por objeto la tutela de intereses colectivos o la de intereses difusos de los consumidores y usuarios, de acuerdo con la nueva regulación llevada a cabo por el reciente Real Decreto 231/2008, regulador del Sistema Arbitral de Consumo, y centrándonos en un especial análisis de la misma. Y ello sin perjuicio de tratar algunas posiciones y posturas seguidas al respecto por la doctrina y jurisprudencia bajo la vigencia del anterior Real Decreto regulador del Sistema Arbitral de Consumo (el RD 636/1993, de 3 de mayo) e, incluso, por la normativa proyectada del nuevo Real Decreto, haciendo especial hincapié en las diferencias en relación con la normativa finalmente aprobada; lo que, a su vez, nos ayudará a comprender el alcance que ha de darse a la nueva regulación.

ABSTRACT: This article deals with the question of whether the new Spanish consumer arbitration' scope of application established by Royal Decree 231/2008 of 15th February 2008 allows the defence of collective and diffuse interests of consumers. This exposition will be done, on one hand, studying the fundamental regulation that this new Royal Decree 231/2008 has introduced about the collective consumer arbitration; and, on the other hand, studying the main jurisprudence and the relevant literature on this specific question that took place when the former Royal Decree 636/1993 of 3rd May 1993 was in force; what will help us to understand the new regulation.

Palabras clave: Arbitraje de consumo, acciones e intereses colectivos y difusos, nueva regulación.

Key words: Consumer arbitration, collective and diffuse actions and interests, current regulation.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ACCIONES O INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE LOS CONSUMIDORES: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. III.- PRINCIPALES CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA VIABILIDAD O NO DE EJERCITAR ACCIONES COLECTIVAS VÍA ARBITRAJE DE CONSUMO. IV.- REFORMA PROYECTADA: “ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO Y DIFUSO”. V.- REFORMA APROBADA: ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO A LA LUZ DEL NUEVO REAL DECRETO. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO. 5.1. ¿Cabe ejercitar acciones de cesación vía arbitraje de consumo? 5.2. Junta arbitral de consumo competente para conocer el arbitraje de consumo colectivo, determinación de los afectados y llamamiento de los mismos. 5.3. Iniciación de las actuaciones y aceptación del arbitraje de consumo colectivo por el empresario o profesional. 5.4. Suspensión de la tramitación de las solicitudes de arbitraje y excepción de arbitraje colectivo. 5.5. Plazo para dictar laudo. 5.6. “Arbitraje de consumo colectivo” (art. 56-62) versus “acumulación de procedimientos” (art. 39.2). VI.- CONSIDERACIONES FINALES.

I.- INTRODUCCIÓN.

Como es sabido, hace poco más de dos años entraba en vigor la nueva norma reguladora del Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, SAC), a saber, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, NRD). Como tan reiteradamente había puesto de manifiesto la doctrina, se hacía imprescindible una reforma del SAC tal y como estaba regulado, desde su origen, por el anterior Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (sucesivamente, ARD). Ello a los efectos, tanto de paliar las deficiencias que el arbitraje de consumo (AC, en adelante) había demostrado poseer desde su puesta en práctica, como para adaptar su regulación a la actual Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante, LA), y acabar con los problemas interpretativos sobre cómo había afectado o incidido ésta en la regulación del AC. No olvidemos que el ARD se dicta bajo la vigencia de la anterior Ley de Arbitraje (la Ley 36/1988, de 5 de diciembre), que ésta era la normativa supletoria del AC (según su misma Disposición Adicional Primera y el art. 1 ARD) y que la vigente LA la modifica en muchos de sus aspectos, que el mismo ARD se remitía en ocasiones a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje (en concreto, en su art. 11.6, en materia de abstención y recusación de los árbitros, y en el art. 17.2, sobre notificación, corrección, aclaración de términos, anulación y ejecución del laudo) y que, en otras, se limitaba a reproducir literalmente los términos de la derogada LA (p. ej., en su art. 2.2, al regular las mal llamadas “cuestiones” excluidas del AC -copia del art. 2.2 de dicha Ley-; en su art. 14.2, al tratar la posible prórroga del plazo de cuatro meses para dictar laudo “por acuerdo expreso de las partes” -copia

• Diana Marcos Francisco

Doctora en Derecho por la Universitat de València
Profesora de la Universidad Católica de Valencia
Abogada
diana.marcos@ucv.es

del art. 30.1 *in fine* de aquélla-; o en su art. 16.2, sobre la necesaria motivación del laudo dictado en derecho -copia del art. 32.2-), contribuyendo con ello a crear un panorama de confusión e inseguridad jurídica.

El legislador, haciéndose eco de la aludida necesidad de reforma, preveía en la Disposición Final Sexta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictaría una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo. Tal mandato era reproducido en el art. 57.2 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (TR, en adelante), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, recordando al Gobierno su encargo de abordar la pertinente reforma del RD o, más exactamente, elaborar un nuevo RD regulador del SAC. En cualquier caso, conviene advertir que el Instituto Nacional de Consumo llevaba años trabajando en la reforma del SAC y, en tal sentido, fue elaborado un primer *Borrador de Regulación de Mediación y Arbitraje* (no sólo de arbitraje, al que seguidamente aludiremos como Borrador)¹, seguido en marzo de 2007 de un primer *Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la Mediación en el Procedimiento Arbitral*² (en adelante, nos referiremos al mismo como el Proyecto) y de uno segundo en diciembre de 2007³, predecesor del finalmente aprobado, con tan sólo dos meses de retraso, nuevo Real Decreto de 2008⁴.

Este nuevo Real Decreto, en la línea de lo apuntado, señala expresamente en su Exposición de Motivos que se hacía *“necesario adecuar la regulación del Sistema Arbitral de Consumo a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”*; así como introducir *“las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario”*. Y, todo ello, sin perjuicio de seguir observando la esencia del AC. En efecto, como dice la repetida Exposición de Motivos (en lo sucesivo, EM), “este

¹ Dicho Borrador fue elaborado y presentado ante un Grupo de Trabajo de Arbitraje (integrado por representantes de todas las Comunidades Autónomas y miembros de aquél), revisado y acordado definitivamente por dicho Grupo en junio de 2006 y elevado a la Conferencia Sectorial de Consumo, que lo aprobaba el 12 de julio de 2006.

² DÍEZ GARCÍA, H., “Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo”, en *Aranzadi Civil*, núm. 14, 2007, edición electrónica: westlaw.es (BIB 2007, 1356), pp. 3 y 4.

³ Este segundo Proyecto fue objeto de análisis en el dictamen aprobado por el Consejo de Estado el 24 de enero de 2008 (expediente 2526/2007), disponible en <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2008/3.pdf>, consultada en junio de 2008.

⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, en *Diario La Ley*, núm. 6905, 2008, edición electrónica: diariolaley.es, consultada en junio de 2008 (igualmente disponible en <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2008/3.pdf>, consultada el 5.7.08), pp. 1 y 2.

reglamento mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo”, entre las cuales, es especialmente destacada y conocida la de rapidez, agilidad o celeridad.

Como manifestamos en otro de nuestros trabajos⁵, una forma de contribuir o reforzar la mencionada rapidez ha sido precisamente introducir una de las que la misma EM del NRD califica como “*novedades de notable importancia*”: “*la regulación del arbitraje de consumo electrónico*”. Pues bien, junto con éste, la otra novedad “*de notable trascendencia*”, según tal Exposición de Motivos del RD de 2008, que se incorpora al nuevo SAC es precisamente la del arbitraje de consumo colectivo, regulado en la Sección II del Capítulo V (“*Disposiciones especiales*”), que exactamente integra los arts. 56 a 62. Se trata de una previsión que, como se verá, ya no parece casar tan bien con la rapidez propia del AC de la que se han de beneficiar los consumidores y empresarios partes del mismo.

Así las cosas, esta obra se centra en el estudio de esta última novedad. En concreto, en el presente trabajo nos proponemos analizar cuál es el régimen del AC colectivo en el reciente RD 231/2008, así como si a la luz de esta nueva regulación verdaderamente cabe o no el ejercicio de acciones colectivas y difusas a través del AC. Para su adecuada comprensión, tal estudio se acompañará de las principales posturas doctrinales y jurisprudenciales que, sobre la viabilidad o no del ejercicio de estas acciones vía AC, han existido al respecto y se han manifestado durante la vigencia del anterior Real Decreto regulador del sistema arbitral de consumo; así como de las principales notas sobre la regulación que de esta misma materia contenía el Borrador; lo que sin duda puede resultar útil a los efectos de entender e interpretar el alcance de la previsión *ex novo* del RD de 2008 sobre el AC colectivo.

II.- ACCIONES O INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE LOS CONSUMIDORES: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

En relación con las pretensiones no susceptibles de AC y su ámbito de aplicación, uno de los problemas que se había planteado durante la vigencia del Real Decreto 636/1993, ante su silencio, era precisamente si era conveniente y cabía ejercitar a través del mismo acciones colectivas, entendidas como aquellas que permiten exigir responsabilidad en el caso de que los afectados por un hecho dañoso son un grupo de consumidores perfectamente determinados o fácil de determinar; y difusas, en caso de que la pluralidad de consumidores afectados es indeterminada o de difícil determinación. Hemos de decir que tales definiciones de las que partimos son las que responden al criterio normativo, es decir, a lo establecido fundamentalmente en

⁵ “El arbitraje de consumo *on line* en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 96, 2008, p. 3-54.

el art. 11.2⁶ y 3⁷ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y las que, con base en el citado precepto, mantienen algunos autores desde un punto de vista subjetivo, esto es, procesal y de legitimación, mientras que a la luz de tal artículo no existe diferencia esencial u objetiva alguna de lo que son intereses colectivos y difusos. Pero hemos de ser conscientes y advertir que es ésta, la del significado o definición de las acciones y los intereses colectivos y difusos, una cuestión no pacífica en la doctrina⁸ e, incluso, falta de una más mínima homogeneidad.

En efecto, la doctrina ha definido o se ha referido a los intereses de grupo, colectivos o supraindividuales atendiendo a tres criterios diferentes, a saber: el normativo, tal y como viene reconocido por el ordenamiento jurídico; el subjetivo, que implica la atribución de legitimación para su defensa a ciertos entes u organizaciones⁹; y el objetivo, en virtud de lo que lo verdaderamente importante para calificar un interés de colectivo es su naturaleza, ya se trate de un bien de uso indivisible, que sólo puede ser disfrutado de forma conjunta por el colectivo, o bien se trate de bienes iguales u homogéneos divisibles o susceptibles de ser disfrutados y pretendidos, aptos de apropiación exclusiva, y que asimismo interesan a la colectividad¹⁰.

Pero, en sentido estricto, los intereses colectivos, comunes o de grupo (y, en tal sentido, las acciones colectivas) son aquellos que, desde un punto de vista o primando el criterio objetivo, la "colectividad" disfruta o pretende de forma indivisible y, por tanto, se trata de derechos, situaciones o bienes no susceptibles de apropiación exclusiva¹¹.

En cualquier caso, téngase en cuenta que los no pocos problemas planteados por la nueva regulación de las acciones colectivas y difusas introducida por la LEC

6 Art. 11.2: "Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados".

7 Art. 11.3: "Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas".

8 Vid. MONTÓN GARCÍA, M. L., *Acciones colectivas y acciones de cesación*, Instituto Nacional del Consumo, 2004, pp. 12 y 13.

9 En este sentido, por ejemplo a los efectos del Informe emitido por España sobre la evaluación de la efectividad y eficiencia de los mecanismos de tutela de intereses colectivos de los consumidores en la UE (disponible en inglés en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/sp-country-report-final.pdf, consultada el 28.6.09), acciones colectivas son aquéllas que han sido introducidas por un grupo de, al menos, cinco personas, por asociaciones de consumidores, por entidades legalmente constituidas creadas para proteger a los consumidores y por grupos de víctimas (p. 6).

¹⁰ Así, autores como HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores* (Prólogo de A. Bonet Navarro), Thomson-Aranzadi, 2007, esp p. 79, han preferido referirse únicamente a una realidad, las acciones colectivas, advirtiendo la multivocidad del término y englobando en las mismas, tanto a aquellas acciones que permiten tutelar intereses o derechos individuales homogéneos (esto es, semejantes: pensemos, p. ej., en el derecho a la indemnización, a la sustitución del bien, a la reparación, a la devolución de lo abonado, etc.), es decir, la suma de todos ellos, lo que justifica la necesidad de articular mecanismos de acumulación e intervención de los afectados, como a aquellas otras acciones en virtud de las cuales sólo es posible tutelar intereses supraindividuales, siendo el ejemplo típico la acción de cesación.

¹¹ GONZÁLEZ CANO, M^o I., "El interés colectivo en materia de consumo: tipología, capacidad y legitimación", en AAVV, *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, Reus, 2009, pp. 81-83.

derivan en gran medida precisamente por confundir los intereses individuales que afectan a una colectividad con los colectivos, de los cuales *strictu sensu* no es portador individual ningún sujeto de derecho a título individual¹². Por poner un ejemplo, el daño derivado de productos defectuosos nunca es un interés colectivo ni difuso, pues el sujeto pasivo del daño no es la colectividad, como portadora del interés genérico; el daño es siempre un interés individual e intransferible del sujeto afectado.

Sin embargo, no resultaba extraña la entonces nueva regulación de la LEC considerando, por un lado, que la misma trataba en de acoger o seguir, aunque no en idénticos términos, el modelo propio de las *class actions* del ámbito anglosajón; y, por otro lado, que en nuestro propio ordenamiento jurídico contábamos con un perfecto precedente o caldo de cultivo para el reconocimiento de legitimación extraordinaria¹³ a determinadas asociaciones, entes u organizaciones desde que le fuera reconocida a la Organización de Consumidores y Usuarios (en acrónimo, OCU) en la STS, 2ª, de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6366), en el proceso por la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por la adulteración y posterior comercialización de aceite de colza. Pero lo cierto es que el ámbito propio de las acciones colectivas debería de limitarse en puridad a aquéllas de cesación u otras que no incorporen pretensiones individualizables, tal y como ocurría hasta la entrada en vigor de la LEC¹⁴.

¹² Como indica MARTÍNEZ GARCÍA, E., hay que distinguir “el mero interés plural, como adición de intereses individuales ejercitables por separado, de los intereses generales (supraindividual o social) cuya protección hace impracticable el uso de las técnicas procesales litisconsorciales o acumulativas y, en ese sentido, legitima la entrada en el proceso a personas jurídicas o grupos legalmente constituidos y nacidos con vocación de proteger este interés de <<clase>>” (vid. “La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en AAVV, *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barona Vilar, S. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2003, p. 5 de la versión electrónica del libro: tirantonline.com).

¹³ Recuérdese que frente al fenómeno de la legitimación ordinaria (art. 10, 1º LEC), el artículo 10 de ésta *in fine* “reconoce la existencia de casos en los que por ley se atribuye legitimación para actuar a personas distintas del titular del derecho o interés en conflicto. Desde ésta perspectiva, el concepto de interés adquiere una mayor importancia, como muestra de la opción del legislador a la hora de habilitar a terceros para pedir en nombre propio sobre la base de un derecho ajeno. Se trata del fenómeno de la legitimación extraordinaria” (MARTÍNEZ GARCÍA, E., op. cit., p. 2).

¹⁴ Vid., en este sentido, CARRASCO PERERA, A. Y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., “¿Acciones de clase en el proceso civil?”, en *Aranzadi Civil*, núm. 3/2001 parte Estudio, edición electrónica: westlaw.es (BIB 2001, 325), esp. pp. 3 y 5. Aunque, por su parte, MARÍN LÓPEZ, J. J., ha indicado que “antes de la LEC de 2000 no existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que reconociera con carácter general legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones colectivas de indemnización de los daños y perjuicios padecidos por un grupo más o menos amplio de personas”, aludiendo como concretas excepciones la STS dictada el mencionado caso del aceite de colza desnaturalizado, no apto para el consumo humano, y lo dispuesto en el art. 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (vid. “Las acciones de clase en el proceso español”, julio de 2001, disponible en http://www.indret.com/pdf/057_es.pdf, consultada por última vez en junio de 2009, pp. 3 y 4), lo cierto es que la posibilidad concedida por este precepto de “que a la acción de cesación se acumule, como accesorio, la de devolución de cantidades indebidamente cobradas y la de indemnización de daños y perjuicios causados por la aplicación de la cláusula declarada nula”, es fruto de la nueva redacción del artículo 12.2 dada por la Disposición Final 6ª. I de la misma LEC.

III.-PRINCIPALES CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA VIABILIDAD O NO DE EJERCITAR ACCIONES COLECTIVAS VÍA ARBITRAJE DE CONSUMO.

Durante la vigencia del ARD y tras la aprobación de la actual LEC, parecía existir unanimidad doctrinal al respecto, de forma que los autores coincidían en que la respuesta no puede ser otra que negativa¹⁵, argumentando fundamentalmente que el sistema contemplado en el ARD estaba pensado para reclamaciones individuales, esto es, para tutelar los intereses individuales del colectivo de consumidores y usuarios.

Diferentes han sido, en realidad, los argumentos aducidos para justificar tal respuesta, tales como que el RD de 1993 sólo mencionaba a las asociaciones de consumidores y usuarios en su calidad de representantes de los consumidores y usuarios. Así lo evidenciaba el hecho de que sus arts. 3. l y 5 utilizaran la expresión “a través” aludiendo a que a tales asociaciones meramente se les atribuía la condición de intermediarios o cauce mediante los cuales los consumidores podían presentar sus solicitudes de AC, pero en ningún caso una legitimación procesal extraordinaria¹⁶ por sustitución¹⁷. En efecto, a pesar de que el art. 20.1 de la derogada LGDCU señalaba, entre las finalidades de las asociaciones de consumidores y usuarios, la de “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”, sólo la primera de las funciones en él enumeradas era posible en el AC, cuyo objeto

¹⁵ GUTIÉRREZ SANZ, M^a R., “Las Juntas Arbitrales de Consumo”, en AAVV, *El sistema arbitral de consumo: Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Quintana Carlo, I. y Bonet Navarro, A. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 101-102; GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 203-205; CARRASCO PERERA, A., “Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo”, en AAVV, *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de Derecho privado*, Florensa i Tomàs, C. E. (Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 95; ABELLÁN TOLOSA, L., “El sistema arbitral de consumo”, en AAVV, *Derecho privado de consumo*, Reyes López, M^a J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 615; CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2006, edición electrónica: http://authn.laley.net/comun/cgi-bin/imprimir_actualidad.pl?http://authn.laley.net/ra_civic/2006/r04c_2006_af_1.html, consultada el 3.1.07, pp. 11 y 12; MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas”, en *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 90, Mes 9-10, 2006, pp. 3-76, edición electrónica: <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2006/15.pdf>, consultada el 28.1.07, p. 12; DÍEZ GARCÍA, E., op. cit., p. 24; HERRERO PEREZAGUA, J. F., op. cit., p. 45. En contra se muestra DÍAZ ALABART, partidaria de esta posibilidad, aunque dejando constancia de que el ejercicio de acciones colectivas vía AC puede plantear algunos inconvenientes. Según tal autora, el SAC “puede ser una buena vía para defender los intereses generales de los consumidores y usuarios” (vid. “El arbitraje de consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo)”, en *Estudios sobre Consumo*, 1994, p. 177). También a favor, de esta posibilidad en el arbitraje, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 165-170, aunque con respecto a proteger vía arbitral intereses difusos añade que “no resulta en absoluto fácil si atendemos al estricto tenor del art. 519 LEC y al indeterminado contenido del art. 32 LA” (p. 170); IDEM, “Art. 29. Demanda y contestación”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Barona Vilar, S. (Coord.), Thomson-Civitas, 2004, pp. 1012-1015.

¹⁶ El carácter extraordinario deriva de que las asociaciones “pueden ejercitar acciones en defensa de la categoría genérica de los consumidores; ello sin necesidad de obtener por parte de cada uno de ellos -titulares de los derechos vulnerados- el respectivo poder que les autorice para actuar ante la jurisdicción estatal” (GASPAR LERA, S., op. cit., p. 204).

¹⁷ GUTIÉRREZ SANZ, M^a R., op. cit., pp. 100 y 101; GASPAR LERA, S., op. cit., p. 205; CARRASCO PERERA, A., op. cit., p. 95; ABELLÁN TOLOSA, L., op. cit., p. 615; CASADO CERVIÑO, A., op. cit., pp. 10 y 11.

se reducía según el art. 2.1 ARD a la resolución de las “*quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación con sus derechos legalmente reconocidos*”¹⁸.

Por tanto -se afirmaba-, el sistema arbitral de consumo es competente para conocer de las reclamaciones individuales de consumidores, como se deducía de los arts. 2.1, 3.1 y 5 del RD de 1993¹⁹. Dichas consideraciones son igualmente aplicables bajo la vigencia del actual RD ya que, por una parte, se infiere de su art. 34 que el ámbito propio de los AC es el de los derechos e intereses individuales en la medida en que únicamente se atribuye legitimación a “*los consumidores y usuarios que consideren que se han vulnerado sus derechos reconocidos legal o contractualmente*”; esto es, sólo se atribuye legitimación ordinaria a tales sujetos; conclusión a la que también conduce el art. 1.2, al postular de forma similar a como hacía el art. 2.1 ARD que “*el Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*”. Y, por otra parte, repárese que el nuevo RD ya no menciona ni siquiera la posibilidad, que podía haberse interpretado incorrectamente, de presentar las solicitudes de arbitraje mediante asociaciones de consumidores; posibilidad que, si bien bajo la vigencia del ARD tenía su sentido dados sus efectos en la constitución o composición del órgano arbitral (art. 11), actualmente no lo tiene al resultar indiferente si la reclamación se presenta o no a través de aquéllas.

Por otro lado, como también se apuntaba y es sabido, el convenio y laudo arbitrales o, en definitiva, el arbitraje, como institución esencialmente voluntaria, sólo tiene efectos *inter partes*, no pudiendo tener efectos *erga omnes*²⁰, lo que es incompatible con el régimen procesal singular de tales acciones, en aspectos tales como la eficacia de cosa juzgada de que gozan las sentencias que las resuelven (art. 222.3²¹ LEC) en relación con todos los perjudicados, se hayan personado o no en el procedimiento, siempre que hayan tenido oportunidad de participar en él²². Si

¹⁸ DE CARPI PÉREZ, J., “El colegio arbitral y las partes del proceso arbitral de consumo”, en AAVV, *El sistema arbitral de consumo: Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Quintana Carlo, I. y Bonet Navarro, A. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 165.

¹⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Presente y futuro...”, op. cit., p. 10.

²⁰ ABELLÁNTOLOSA, L., op. cit., p. 615. Como la propia jurisprudencia ha señalado, el arbitraje sólo puede afectar a quienes a él se sometieron (STS de 28 de mayo de 1990 [R] 1990, 4048]) y “*la cláusula de sumisión a arbitraje no puede afectar a terceros ajenos a la celebración del contrato, para quienes dicha cláusula es <<res inter alios acta>>, como son las personas jurídicas demandadas*” (SAP de Valencia 721/2001 -Sección 6ª- de 19 de noviembre [JUR 2002, 42351], FD Segundo).

²¹ Art. 222.3: “*La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*”.

²² Como muy bien apunta CALDERÓN CUADRADO, P., para interpretar correctamente la aludida norma, se ha de partir, entre otras, de la idea básica de que “con fundamento en el derecho de defensa o si se quiere desde una perspectiva negativa basándose en la prohibición de indefensión- se afirma, incluso siendo idéntico el bien jurídico litigioso o teniendo carácter absoluto el derecho sobre el que recae el pronunciamiento judicial, que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin al proceso sólo puede afectar a las partes del mismo o a quien, en definitiva, tuvo oportunidad de participar en él” (vid. “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, en AAVV, *Tutela de los consumidores y usuarios en*

aplicáramos tal régimen en sede de arbitraje de consumo estaríamos atentando contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española, ya que no cabría otra opción para los consumidores perjudicados del colectivo que acudir a esta vía (y no a la judicial) una vez iniciado el procedimiento arbitral. De la misma forma, si admitiéramos el ejercicio de este tipo de acciones vía arbitral se producirían problemas de litispendencia y ejecución forzosa²³.

Asimismo, se ha argüido que el reconocer la estudiada posibilidad atentaría contra los principios esenciales de rapidez, antiformalismo y gratuidad del AC²⁴; y que a la luz del art. 11.3 LEC no puede un consumidor “iniciar a título individual un proceso para garantizar intereses supraindividuales, colectivos o difusos” (sin perjuicio de determinadas excepciones que pueden encontrarse en otras Leyes)²⁵. Y es que, en efecto, “en el ámbito general del consumo de bienes y servicios contemplado en la LEC la legitimación individual es operativa sólo en cuanto a los intereses propiamente individuales, impidiéndose al consumidor o usuario iniciar a título individual un proceso para defender intereses supraindividuales, ello sin perjuicio de la posibilidad legal de intervención procesal del consumidor individual en un proceso donde se ventilen intereses colectivos o difusos”²⁶.

Debemos decir al respecto que la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales ya se había pronunciado avalando esta interpretación. Exactamente, la SAP de Barcelona (Sección 14ª), de 3 de noviembre de 2003 (AC 2003, 1763) consideraba que la acción ejercitada por un particular para obligar a RENFE a insertar una determinada información en los billetes de cercanías y que había sido estimada por el Colegio Arbitral (acción de cesación, de carácter difuso por afectar a una pluralidad indeterminada de usuarios, a pesar de que la Audiencia la califica simplemente de acción colectiva²⁷) no era susceptible de arbitraje por no ser de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barona Vilari, S. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2003, p. 34 de la edición electrónica del libro: tirantonline.com). Y téngase en cuenta, como a ello añade la citada autora, que, “siendo cual es el tenor literal de la previsión legal, esa especial delimitación subjetiva de los efectos de la sentencia únicamente será de aplicación respecto de las dictadas en procesos donde se debatan intereses generales de los consumidores y usuarios accionados bien por asociaciones, entidades legalmente constituidas o grupos de afectados si se tratara de intereses colectivos, bien por asociaciones que, conforme a la ley, sean representativas si fueran difusos. Sólo en estos supuestos se produce la disociación requerida entre el titular del derecho o interés objeto del proceso y quien solicita judicialmente tutela del mismo. Consecuentemente con ello, de la esfera de influencia del artículo 222.3.1 *in fine* deberán excluirse aquellas resoluciones que decidan sobre pretensiones individuales de consumidores y usuarios concretos ejercitadas por ellos mismos o de la asociación cuando actuó en defensa de sus propios intereses o en representación específica de los particulares de sus asociados” (p. 35).

²³ GUTIÉRREZ SANZ, Mª R., op. cit., p. 102; CARRASCO PERERA, A., op. cit., p. 95; MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro...”, op. cit., p. 12; DÍEZ GARCÍA, H., op. cit., p. 25.

²⁴ A. Casado Cerviño, op. et loc. cit., p. 12.

²⁵ DÍEZ GARCÍA, H., op. cit., p. 25 y nota 152.

²⁶ GONZÁLEZ GRANDA, P., “Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, en *Diario La Ley*, núm. 6733, 2007, edición electrónica: diariolaley.es, consultada en julio de 2008, p. 9.

²⁷ Insistimos en que no ha de extrañar tal calificación ya que, como ha señalado MONTÓN GARCÍA al tratar los intereses colectivos y difusos, “la diferenciación no es, sin embargo, pacífica e incluso hay opciones doctrinales y hasta jurisprudenciales que identifican ambos conceptos considerándolos simples modalidades gramaticales para decir lo mismo: intereses que afectan a una diversidad de personas” (vid. op. cit., p. 12). Asimismo, recuerda

libre disposición (art. 2.1 LA) para el consumidor (FD Cuarto). Y, por otro lado, la AP alude como segundo motivo para argumentar que no cabe ejercitar tales acciones vía arbitral que el consumidor individual carece de legitimación activa conforme al art. 11 LEC (FD Tercero).

Cosa distinta es que nada pareciera impedir a la luz del ARD que una pluralidad o una suma de intereses o pretensiones individuales perfectamente identificadas²⁸ pudieran tutelarse y resolverse en un solo procedimiento, como de hecho se ha venido haciendo en la práctica, pero no como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva. Nada impedía que una pluralidad concreta y perfectamente determinada de consumidores afectados por un mismo servicio o producto o, sin ser el mismo, de las mismas características, decidiera ejercitar conjuntamente sus reclamaciones contra el mismo reclamado y resolverlas en un mismo procedimiento arbitral (pensemos, p. ej., que las personas afectadas son amigos o familiares que adquirieron un producto idéntico o contrataron un servicio con idénticas características de la misma empresa) o, incluso, que sea una asociación de consumidores en nombre de varios de sus asociados quien lo hiciera²⁹. Pero, entonces, ya no estaríamos hablando del posible ejercicio de una acción colectiva, sino del fenómeno procesal de la acumulación subjetiva de acciones (regulado en sede jurisdiccional en el art. 72 LEC) que se ejercitan cuando los consumidores están perfectamente determinados (no cuando son determinables) y, por tanto, no les sería aplicable su régimen jurídico según se regula por la LEC. De este modo, en caso de que posteriormente a la celebración del AC apareciera un nuevo consumidor perjudicado por tal bien o servicio o un supuesto fáctico similar, aquél no tendría más remedio que reclamar vía otro AC o acudir a la vía judicial para dilucidar la responsabilidad del empresario aunque previamente éste ya hubiese sido condenado en casos prácticamente iguales, no bastando con acreditar su condición de afectado por aquel mismo bien o servicio o de similares características para beneficiarse de los efectos favorables del laudo.

Lo que ya no parecía estar tan claro es si la propia junta arbitral de consumo (en adelante, JAC), por razones de economía y atendiendo a la identidad de los supuestos a la luz de diferentes solicitudes de AC individualmente presentadas, podía acordar de oficio dilucidar la totalidad de las responsabilidades en un mismo procedimiento. Es cierto que en estos casos seguimos hablando de un conjunto de intereses, derechos o pretensiones individuales. Pero también es cierto que el ARD nada posibilitaba expresamente al respecto (no, como luego veremos, ha hecho el art. 39.2 NRD) y parecía muy forzado interpretar el aludido silencio del ARD en

la citada autora que las acciones que pueden ejercitarse en defensa de intereses colectivos y difusos son de distinta naturaleza, pudiendo encontrar tanto meramente declarativas como de condena; y, entre éstas últimas, están las de cesación (pp. 45 y 46).

²⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F., op. cit., p. 196.

²⁹ Como señala DE CARPI PÉREZ, "El colegio arbitral...", op. cit., a pesar de que no esté pensada la acumulación de solicitudes por la junta arbitral de consumo, nada lo impide (op. cit., p. 165).

el sentido de dejar plena libertad a las JAC y a los Colegios Arbitrales para decidir e imponer su forma de proceder en estos casos, lo que no casa muy bien con el principio de seguridad jurídica. Para ello parecía preciso una regulación expresa.

IV.- REFORMA PROYECTADA: “ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO Y DIFUSO”.

Pese a tal entendimiento, el Borrador de Regulación, no sólo descuidando las aludidas observaciones y sin remediar los aludidos problemas, sino incluso planteando otros nuevos, pretendía la introducción del posible ejercicio de acciones colectivas y difusas a través del AC. Así, según el tenor literal de su art. 5.1, *“la Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, será competente para conocer en las reclamaciones surgidas como consecuencia de conflictos surgidos con empresas que lesionen los derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que residan en más de una Comunidad Autónoma.*

No obstante, en los conflictos a que se refiere el párrafo anterior, si la empresa ofreciera con carácter general una solución o se llegara a un acuerdo, que resolviera total o parcialmente la controversia y fuera considerada aceptable por la Junta Nacional, se dará traslado de dicho acuerdo al resto de las Juntas Arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo conciliatorio entre las partes que ponga fin al procedimiento.

Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, podrán instar a la Junta Arbitral Nacional a alcanzar los acuerdos a que se refiere el párrafo anterior”.

Como se ve, y dejando de lado críticas que podrían hacerse al precepto en relación con la terminología empleada, pues *“derechos e intereses colectivos y difusos”* desde luego no es la más apropiada, el real y mayor problema que plantea es el de la determinación de la competencia para conocer de estas acciones. Efectivamente, el Borrador atribuye competencia a la JAC Nacional únicamente cuando los consumidores afectados residan en más de una Comunidad Autónoma. Pero el inconveniente es que, como hemos dicho, en el caso de estas acciones puede ocurrir que la pluralidad de consumidores afectados sea indeterminada *ab initio* (e, incluso, siempre lo sea, en el caso de las acciones difusas, esto es, en el caso de tutelarse intereses difusos). Con lo cual, si desde un principio desconocemos a los afectados y, por tanto, su residencia, difícilmente podremos determinar la competencia correctamente³⁰.

Correctamente, el Proyecto, haciendo eco de dificultades como las expuestas, decidía guardar silencio al respecto y no introducir tal posibilidad³¹. No obstante, no

30 MARÍN LÓPEZ, M.J., “Presente y futuro...”, op. cit., p. 14.

31 GONZÁLEZ GRANDA, P., ya se mostraba en contra de la reforma proyectada por el Borrador considerando dos aspectos: en primer lugar, que la misma implicaría permitir “acudir al arbitraje de consumo para tutelar los intereses de los consumidores o usuarios -destinatarios del servicio electrónico- a través del ejercicio de la

podemos decir lo mismo con respecto al NRD que, como ya se indicó que señala en su EM, incorpora como novedad de notable trascendencia, junto al AC electrónico, el AC colectivo. Así es, finalmente, el actual RD de 2008 ha regulado el denominado “*arbitraje de consumo colectivo*” en su Sección II del Capítulo V (arts. 56 a 62), sin aclarar algunas dudas como la planteada con relación al Borrador. Seguidamente veamos el alcance de la nueva regulación.

V.- REFORMA APROBADA: ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO A LA LUZ DEL NUEVO REAL DECRETO. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO.

Lo primero que hemos de apuntar es que, pese al carácter inapropiado de la nueva regulación, al menos se agradece que finalmente no se haya acogido un “*arbitraje de consumo difuso*”, lo que habría contribuido a crear un panorama de mayor confusión y problemas. En efecto, el art. 56 (“*Arbitraje de consumo colectivo*”) del actual RD define dicho arbitraje como aquél que “*tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos*”. Obsérvese que habla únicamente de “*intereses colectivos*” “*afectando a un número determinado o determinable*” de consumidores, lo que se encuentra en paralelismo y hemos de relacionar únicamente con los acciones o intereses colectivos a que alude el art. 11.2 LEC y no con los difusos contemplados en el art. 11.3 de dicha Ley.

Por tanto, insistimos en la importancia de dejar claro que sólo cabe ejercitar este tipo de acciones (las colectivas) vía AC, pero no las difusas, pues *per se* son incompatibles con la voluntariedad requerida en todo arbitraje imprescindible para que el laudo despliegue sus efectos entre las partes que acordaron someterse a arbitraje, sin que pueda extenderse lo resuelto a terceros. Ello, por otro lado, no es cuestión novedosa si estamos a las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en materia de consumo desarrollados en otros Estados comunitarios³².

5.1. ¿Cabe ejercitar acciones de cesación vía arbitraje de consumo?

Es verdad que nada dice el NRD sobre si cabe o no el ejercicio de acciones de cesación vía AC³³. Y es que no perdamos de vista que, aunque lo normal es que las

acción de cesación”. Y, por otro lado, aludiendo a las “dificultades que podrían surgir en relación con los efectos del laudo, si se tiene en cuenta la extensión de la cosa juzgada de la sentencia declarativa de condena ex art. 221 LEC” (vid. op. cit., p. 32). Por su parte, DÍEZ GARCÍA, H., op. cit., p. 25, también se mostraba a favor de dicha eliminación.

³² En efecto, en Estados como Suecia, ya en el año 1991 se instauraba la posibilidad de que su Comisión Nacional de Litigios de Consumo pudiera conocer de las acciones colectivas cuando así estuviese justificado por afectar al interés público. No obstante, téngase en cuenta el carácter de mera recomendación de las decisiones de esta Comisión. Vid. al respecto, AHNMÉ KÁGERMAN, B., “La Commission nationale de litiges de consommation de Suède”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 4, 1999, pp. 385 y 386.

³³ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La nueva regulación...”, op. cit., p. 4.

mismas tengan carácter difuso por haberse afectado a una pluralidad de intereses indeterminables o de difícil determinación (y, en tal sentido, la legitimación para ejercerlas en ningún caso se atribuye al consumidor individual), si estamos a las distintas normas que regulan esta acción según los sectores, podemos comprobar que “pretende defender a los consumidores y usuarios frente a conductas que afecten a sus intereses de manera colectiva o difusa (ambos conceptos se utilizan indiferenciadamente, sin distinguir entre ellos)”³⁴. Por tanto, su ejercicio también es posible cuando estamos ante una pluralidad de consumidores determinada o de fácil determinación cuyos intereses se han visto afectados (e, igualmente, si no siempre³⁵, lo normal en estos casos es que la legitimación para ejercerlas no la ostente un consumidor individual)³⁶.

Pues bien, ante el aludido silencio podría pensarse que a instancia de las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas o, de oficio, por acuerdo del presidente de la JAC competente, podría iniciarse un AC colectivo en los términos y de conformidad con el art. 58 (que luego estudiaremos) cuando se hayan afectado intereses colectivos (no difusos) pues sabemos son los únicos que el NRD permite defender vía AC. Pero varios motivos, algunos ya citados, desde luego no parecen hacer viable ni aconsejable esta interpretación para permitir este tipo de acciones vía AC.

Entre los mismos, son de destacar:

l) el ya apuntado carácter *inter partes* de los efectos del laudo, incompatible con la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias recaídas en el ejercicio de estas acciones que tiene lugar en los procesos judiciales civiles cuando se promueven, como será normal, por los organismos habilitados para ello, como las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente representativas -arts. 11.3 y 221.1.1, 2º, y 2³⁷

³⁴ MONTÓN GARCÍA, M. L., “Características y presupuestos de la denominada acción de cesación en beneficio de los consumidores y usuarios”, en *Diario La Ley*, núm. 5983, 2004, edición electrónica: *diariolaley*, consultada en junio de 2008, p. 5.

³⁵ Con respecto a algunos de estos sectores específicos, vid. DÍEZ GARCÍA, H., op. cit., p. 25, nota 152.

³⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro...”, op. cit., p. 11, advierte que “es esta una cuestión que no tiene que ver con la legitimación activa, pues legitimados para ejercitar la acción de cesación lo están no sólo las asociaciones de consumidores, sino también, en determinados ámbitos, el consumidor individual: así sucede en el caso de la publicidad ilícita (arts. 25.2.d) y 29.3.e) de la Ley 34/1988, General de Publicidad) y las actividades de radiodifusión televisiva que lesionen intereses colectivos de los consumidores (art. 22.3.e) de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva)”.

³⁷ Art. 221: “Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante

LEC). Y, repárese, como muy bien advierte MARÍN LÓPEZ, J. J., que la segunda regla contemplada en el art. 221.1.2° es un desatino, ya que las sentencias que ponen fin a las acciones colectivas de cesación o inhibitorias, a las que se refiere esta norma, “promovidas por las asociaciones de consumidores y usuarios producen siempre, por su propia naturaleza, efectos *erga omnes*, sin necesidad de que así lo declaren de modo expreso”³⁸;

2) la existencia de un interés público o general en el ejercicio de este tipo de acciones, como lo prueba el hecho de que se haya legitimado extraordinariamente para ello tanto a asociaciones de consumidores y usuarios como a ciertos organismos públicos (art. 11.4³⁹ LEC) y se haya establecido la imprescriptibilidad de estas acciones (arts. 54.1 y 3 y 56 del TR);

3) el que estas acciones producen en el proceso el efecto de cosa juzgada respecto de las acciones individuales que representen (art. 222.3 LEC) y; “por ello, los consumidores individuales pueden personarse y actuar como parte en el proceso iniciado por las asociaciones de consumidores y usuarios, al tiempo que, cumplidos unos requisitos, puedan solicitar la ejecución de la sentencia de condena obtenida por aquéllas (art. 519⁴⁰ LEC)”⁴¹;

4) el que incluso en los casos excepcionales a que se ha hecho referencia en los que se legitima al consumidor individual para ejercitar una acción de cesación, cabe pensar que precisamente esa extensión de legitimación se ha realizado atendiendo a

2. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”.

³⁸ MARÍN LÓPEZ, J. J., op. cit., p. 12.

³⁹ Dice el art. 11.4 LEC que “el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”; y el citado art. 6.1.8, que “las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

⁴⁰ Art. 519 (“Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”): “Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución”.

Vid. al respecto PARDO IRANZO, V., “Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, en AAVV, *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barona Vilar, S. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2003, pp. 417-446. Pero repárese, como bien apunta la citada autora, que “el artículo 519 LEC será de aplicación en aquellos supuestos en los que, habiéndose solicitado por una asociación de consumidores y usuarios la tutela de un interés difuso, el tribunal ha dictado sentencia de condena a dar (dinero o cosa distinta), a hacer o a no hacer algo, sin determinación individual de los beneficiados. Pero también en aquellos otros supuestos en los que aún pretendiéndose -por asociación de consumidores y usuarios, por entidad legalmente constituida o por grupo de afectados- la tutela de un interés colectivo, la sentencia no ha determinado quienes son todos los beneficiados por la condena” (p. 6 de la edición electrónica del libro, disponible en tirantonline.com).

⁴¹ BONACHERA VILLEGAS, R., “El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, en *Diario La Ley*, núm. 7045, 2008, disponible en diariolaley.es, consultada en octubre de 2008, pp. 6 y 7.

la importancia de dichas prácticas y a la necesidad de “facilitar al máximo su control jurisdiccional”⁴², pero no de otro tipo;

5) y la complejidad y conocimientos técnicos que puede requerir el resolver este tipo de procesos, en los que, además, es muy probable que sea elevado el número de afectados, lo que no parece muy acorde con la rapidez, equidad y gratuidad que esencialmente rigen el AC.

5.2. Junta arbitral de consumo competente para conocer el arbitraje de consumo colectivo, determinación de los afectados y llamamiento de los mismos.

Centrándonos ya en el régimen jurídico propio del ya definido AC colectivo, y siguiendo el orden de la regulación del RD de 2008, el primer punto a tratar es el de la JAC competente para administrar estos arbitrajes. Este extremo da rúbrica al art. 57 NRD, según el cual *“conocerá de los procedimientos arbitrales colectivos, la Junta Arbitral de Consumo que sea competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores y usuarios, cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho.*

Conforme a la regla anterior, la competencia para conocer de los procedimientos arbitrales colectivos que afecten a los legítimos derechos e intereses de los consumidores y usuarios domiciliados en más de una comunidad autónoma, corresponde a la Junta Arbitral Nacional”.

Es cierto que este precepto es más clarificador y preciso que el art. 5.1 del Borrador ya que, no sólo alude a la concreta competencia de la JAC Nacional para conocer de estos arbitrajes colectivos sino a la de toda JAC, siendo lo fundamental para su determinación que los domicilios de los posibles consumidores afectados se encuentren dentro del territorio de su competencia. Ahora bien, el reproche que seguidamente se ha de hacer a la nueva regulación es que, como ocurría con respecto al Borrador, parece desconocer que en un principio pueden desconocerse todos los consumidores cuyos intereses han sido afectados (y, por tanto, sus domicilios) y nada soluciona sobre cómo se habría de proceder en estos casos en que en un principio figuran como afectados consumidores de una misma zona sobre la que tiene competencia una misma JAC (Castellón, pongamos; y, en consecuencia, la JAC competente sería en principio la de esta provincia) y, posteriormente, sea durante la fase de llamamiento que luego veremos o ya iniciado el procedimiento arbitral pero antes de la audiencia, aparecen y presentan su solicitud de AC para intervenir en el mismo procedimiento consumidores domiciliados en zonas sobre las que es competente otra JAC (Alicante, p. ej.). De haberlo sabido desde el principio, la JAC competente habría sido la de la Comunidad Valenciana. El problema es que

⁴² GONZÁLEZ GRANDA, P., op. cit., p. 41, nota 27.

en principio se desconocía este dato de que los afectados estaban en más de una provincia y, por tanto, en principio parecía corresponder la competencia a la JAC de Castellón. Pues bien, como decimos, nada dice sobre esta cuestión el RD de 2008, dejando sin solucionar este problema.

En íntima relación con lo expuesto, se plantea otro problema en los casos en que los consumidores afectados no estén determinados, aunque sea fácil su determinación (p. ej., los usuarios de un servicio telefónico que sufren un recargo o abono indebido por la operadora). Y es que, a pesar de que en principio podría pensarse en la posibilidad de aplicar analógicamente la LEC y considerar que cabría solicitar la práctica de la diligencia preliminar contemplada en su art. 256.1.6⁴³ para la concreta identificación de los perjudicados, tal medida, además de ser poco coherente con la rapidez que especialmente debe caracterizar los AC, se posibilita o está prevista para conformar en sede jurisdiccional (no arbitral) la capacidad del grupo de consumidores y usuarios afectados de acuerdo con los requisitos establecidos en el art. 6.1.7^o LEC, que exige para demandar en juicio **“que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados”**. En consecuencia, como señala Barona Vilar, “no se trata de diligencia preliminar a practicar cuando se pretende en el proceso la tutela de los intereses individuales (sean uno o varios) de los consumidores o usuarios”⁴⁴, y ni el RD de 2008 ni la Ley de Arbitraje (al regular los supuestos en que los tribunales pueden llevar a cabo funciones de apoyo del arbitraje) las contemplan, lo que, por tanto, parece conducir a la interpretación contraria.

Pero, entonces, ¿cómo cabría determinar los concretos afectados? Pretender localizar a eventuales consumidores afectados directamente haciendo uso del que conviene sea posterior trámite del llamamiento por la vía prevista en el NRD (art. 59.1.1^o) de la publicación de un anuncio en el diario oficial correspondiente al ámbito territorial del conflicto del inicio del AC colectivo (paralelo al art. 15.1⁴⁵ LEC)⁴⁶, es algo poco práctico o eficaz, teniendo en cuenta que no es normal que los consumidores lean y se informen de los diarios oficiales.

⁴³ Op. cit., p. 3.

⁴⁴ Art. 15.1: “En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses”.

⁴⁵ Repárese que, como el 15 LEC regula los mecanismos a desplegar para otorgar la debida publicidad del proceso, algunos autores han llegado a conectar o aproximar este precepto con el art. 256.1.6^o LEC. Y es que ambos cumplen una finalidad favorecedora de los afectados: el segundo, “para preparar la futura demanda en la que se acumulasen el mayor número de pretensiones ejercitables por los sujetos afectos determinados tras la diligencia”, mientras que el primero “permite que la acumulación se efectúe de forma sobrevenida” (vid. BARONA VILAR, S., op. cit., p. 9).

⁴⁶ Art. 15.2: “Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido”.

Seguramente los redactores del RD de 2008 no pensaron en dar entrada a la posibilidad planteada. Y, de ahí que tal norma haya previsto únicamente el mencionado llamamiento de los afectados mediante la publicación, entre otros extremos, del inicio del AC colectivo y de la posibilidad de que hagan valer sus intereses individuales en el mismo, sin que sea necesario haber notificado personalmente a los afectados dichos extremos ni, como ocurre en la vía judicial cuando se tutelan intereses colectivos (art. 15.2⁴⁷ LEC), la presentación de la demanda colectiva⁴⁸ (o la voluntad de presentarla en cierta fecha). La falta de comunicación personal de este último aspecto es lógica y se explica en que verdaderamente no estamos ante un proceso colectivo en los términos de la LEC, en el que se haya legitimado “a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados” (art. 11.2), debiendo comparecer en juicio por ellos “quienes legalmente las representen” (art. 7.4) o, en su caso, “las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros” (art. 7.7). Repárese que los consumidores que quieran que su derecho se resuelva en ese llamado procedimiento colectivo deberán personarse y presentar su solicitud dentro del plazo de dos meses de duración que ha de observar el llamamiento desde su publicación (art. 59.2 NRD), lo que desde luego podrá no convenirles si la JAC competente no es la correspondiente a su domicilio⁴⁹; aunque, si la presentan después, serán también admitidas “cuando su presentación sea anterior a la fecha prevista para la audiencia” (art. 61.1 NRD), correspondiendo en tal caso la competencia para su admisión al órgano arbitral (art. 61.2 NRD)⁵⁰ y no al presidente de la JAC, tal y como le corresponde con carácter general de acuerdo con el art. 37 del RD.

Sin embargo, entendemos que cuando algunos afectados estén determinados (pensemos, p. ej., en aquellos consumidores que se identificaron en la asociación de consumidores a la que acudieron para hacer constar su problema y que posteriormente instó el AC colectivo), sería conveniente que el presidente de la JAC, haciendo uso de la posibilidad conferida en el art. 59.1.2º, NRD de “acordar

⁴⁷ Lo que realmente puede dificultar el acceso a los Tribunales de los interesados de ciertos grupos que, pese a su determinabilidad, tienen una gran amplitud y difuminación subjetiva. Como muy ha señalado BUJOSA VADELL, “el legislador, en este apartado segundo, como en el art. 11 LEC, sigue pensando en grupos determinados o determinables pequeños, que no son los únicos ni los que pueden plantear los más graves problemas procesales” (vid. “El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios”, en AAVV, *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, De León Arce, A. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª Ed., 2007, p. 1770).

⁴⁸ En este sentido, podía haber resultado pertinente prever la posibilidad de que el consumidor pudiera presentar durante esos dos meses su solicitud ante la JAC correspondiente a su domicilio y que ésta diera traslado de la misma a la JAC competente para gestionar el AC colectivo.

⁴⁹ Nótese que el RD no precisa los casos en que el órgano arbitral habrá de resolver en contra de su admisión. Lo lógico es pensar que tales casos vendrán constituidos por aquellas demandas que no sean susceptibles de resolverse a través de dicho AC colectivo por basarse en distintos presupuestos fácticos.

⁵⁰ Obsérvese que, sin embargo, la LEC (art. 15.2) dice literalmente que el consumidor o usuario que decida intervenir “sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido”, utilizando una terminología propia de la rigidez que caracteriza los procesos jurisdiccionales frente a la flexibilidad de los arbitrales. No obstante, lo importante es dejar claro que en ninguno de estos procesos, sea judicial o arbitral, hay suspensión del procedimiento, a diferencia de lo que ocurre con los procesos en que se tutelan intereses difusos de conformidad con el art. 15.3 LEC.

otros medios para dar publicidad al llamamiento”, decidiera comunicar personalmente a los identificados aquellos otros extremos.

Y por lo que se refiere al contenido exacto del llamamiento, según el art. 59. 2 RD, viene constituido por “el acuerdo de iniciación de actuaciones del presidente, la indicación del lugar en el que los interesados podrán tener acceso, en su caso, a la propuesta de acuerdo conciliatorio realizada por las empresas o profesionales, así como la advertencia de los efectos previstos en el artículo 61 para la presentación de la solicitud de arbitraje fuera del plazo de dos meses”.

Se ha visto, pues, que el art. 59 NRD contempla un llamamiento a los afectados distinto al previsto en el art. 15.2 LEC para los procesos judiciales civiles en que se dilucidan intereses colectivos. A la diferencia expuesta se ha de añadir que mientras en la vía judicial los afectados pueden intervenir en el proceso en cualquier momento ya sabemos que en el AC colectivo los perjudicados sólo pueden hacerlo antes de la fecha prevista para la audiencia, ya que las solicitudes posteriores no serán admitidas. No obstante, ambos procesos colectivos coinciden en que aquéllos que finalmente decidan personarse e interponer demanda, sólo podrán intervenir en los actos o trámites celebrados con posterioridad a sus respectivas demandas, ya que la admisión de éstas no retrotrae las actuaciones⁵¹ (art. 61.1 *in fine* RD de 2008).

5.3. Iniciación de las actuaciones y aceptación del arbitraje de consumo colectivo por el empresario o profesional.

Para que el aludido llamamiento proceda, resulta necesario que previamente se haya iniciado un AC colectivo y el mismo haya sido aceptado por el empresario o profesional demandado. En cuanto a quién corresponde iniciar estos arbitrajes, el art. 58 lo atribuye en todo caso al presidente de la Junta competente conforme al artículo anterior; iniciación que podrá llevar a cabo de oficio la misma JAC (lo que se entiende podría hacer al recibir distintas solicitudes de AC contra un mismo reclamado basadas en una misma fundamentación fáctica) o cuando así lo soliciten

51 Siguiendo a GONZÁLEZ GRANDA, es “oportuno destacar en este punto que la reciente Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios ha tratado de acabar con cierta indefinición de las Asociaciones de Consumidores representativas que puedan ejercer acciones en defensa de intereses generales, y regula éstas, estableciendo las obligaciones de independencia y transparencia que deben reunir para poder representar los intereses generales de los consumidores, recogiendo así las observaciones efectuadas al efecto por el Consejo de Estado. Básicamente: estar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (aquellas de ámbito estatal y aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad autónoma), no tener ánimo de lucro ni dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, mantener la independencia en sus actuaciones, no realizar comunicaciones comerciales de bienes o servicios y no percibir ayudas económicas o financieras de las empresas que suministran bienes o servicios a consumidores y usuarios. La Ley establece con claridad que sólo las Asociaciones de Consumidores que estén representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios y las autorizadas por la legislación autonómica en su ámbito territorial -esto es, constituidas de acuerdo con la legislación específica de consumo, estatal o autonómica- pueden representar los intereses generales de los consumidores, en tanto que las demás sólo podrán en su caso representar a las Asociaciones y a su asociados, pero no los intereses generales de los consumidores” (vid. op. cit., pp. 12 y 13).

las asociaciones de consumidores representativas, al menos, en el ámbito de una JAC de ámbito inferior a la competente. Dice el apartado 1 de este artículo que *“las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial”*.

Obsérvese que se legitima a las asociaciones *“representativas”* en los aludidos ámbitos. Por tanto, las asociaciones de consumidores legitimadas no son todas las legalmente constituidas, como sin embargo legitima el art. 11.2 LEC para la tutela de intereses colectivos y señalaba el Borrador, sino que habrán de ser, además, representativas conforme a la Ley, requisito éste que el art. 11.3 LEC sólo exige para pretender la tutela de intereses difusos.

Para saber cuándo una asociación es representativa estimamos se ha de estar a la definición dispuesta en el art. 24.2 TR a los efectos del art. 11.3 LEC, según la cual *“tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”* (redacción coincidente con lo que disponía el art. 22.2 de la derogada LGDCU tras la reforma operada por la Ley 44/2006).

Pero la confusa redacción del mencionado precepto no ha de llevar a pensar que se otorga a tales asociaciones de consumidores representativas una legitimación procesal extraordinaria para ejercitar acciones colectivas, pues su posible intervención alcanza únicamente la posibilidad de solicitar la apertura o inicio de un AC colectivo, en el que necesariamente se habrán de personar los consumidores afectados presentando la correspondiente demanda o solicitud en tutela de sus intereses individuales.

No comprendemos por qué el RD ha limitado esta facultad a las asociaciones de consumidores que puedan ser calificadas u ostenten el rango de representativas y no a las simples. Desde luego no parece muy lógico que se habilite a dichas asociaciones y no se permita instar estos arbitrajes a cualquier asociación que pudiera tener conocimiento de distintos o eventuales afectados por unos mismos hechos y, menos aún, que no se permita al mismo grupo de afectados cuando, a la postre, de trata de tutelar sus intereses individuales. Nada debería impedir que dicho grupo de afectados o cualquier asociación de consumidores pudiera solicitar un AC colectivo, en consonancia con lo dispuesto en el art. 11.2 de la LEC, que les legitima a todos para pretender la tutela de intereses colectivos, junto a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios.

Por consiguiente, de lo expuesto hasta ahora queda claro que la previsión *ex novo* del nuevo RD sobre el arbitraje de consumo colectivo no configura, a pesar de su denominación, un auténtico proceso colectivo tal y como éste es entendido en la vía jurisdiccional, con su régimen jurídico, sino una acumulación procesal subjetiva de acciones como suma de conflictos individuales; lo que, como bien aclara Montero Aroca, es cosa bien distinta de aquellos casos en que cabe o está prevista la legitimación procesal extraordinaria, el interés colectivo o difuso⁵².

Por otro lado, este mismo art. 58 dice cómo se ha de proceder una vez acordado por el presidente de la JAC competente el inicio del AC colectivo para recabar el necesario consentimiento del empresario o profesional demandado sin el cual no cabe tramitar ningún AC colectivo. Literalmente dispone que *“adoptado el acuerdo de iniciación de actuaciones, la Junta Arbitral de Consumo requerirá a las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores para que manifestara, en el plazo de 15 días desde la notificación, si aceptan someter al Sistema Arbitral de Consumo la resolución, en un único procedimiento, de los conflictos con los consumidores y usuarios motivados por tales hechos y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados”* (apartado 2, 1º).

De esta regulación se desprende un tratamiento similar al previsto al proceder para la formalización del convenio arbitral cuando se presenta una solicitud de AC individual contra una empresa o profesional reclamado no adherido al SAC. Esto es, se da traslado a éste para la aceptación del AC colectivo en el plazo de 15 días; de forma que, si no lo acepta, se ordena el archivo de las actuaciones (art. 58.2.2º). Sin embargo, pensamos que nada habría impedido que el NRD hubiera optado por la no necesidad de recabar expresamente en los casos de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo su consentimiento.

Lo que también conviene destacar de esta regulación es la posibilidad que se le otorga al reclamado de ofrecer un acuerdo con los reclamantes. Nada más dice al respecto, por lo que cabe plantearse cómo se procederá en estos casos y la eficacia del acuerdo propuesto y, en su caso, aceptado. Parece lógico entender que, transcurridos los dos meses del llamamiento, se habrá de designar al órgano arbitral (art. 59.3 RD) y preguntar a todos y cada uno de los afectados personados si aceptan estos acuerdos conciliatorios (a los que habrán podido acceder en el lugar indicado al efecto en el llamamiento -art. 59.2 RD-). Pero, entonces, ¿se habrá de seguir el AC colectivo sólo con respecto a los afectados que no lo acepten o, por el contrario, continuará el AC colectivo con todos los afectados y será el laudo que lo resuelve el que también hará constar los acuerdos aceptados, gozando por tanto de

⁵² La legitimación en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él, Madrid, 1994, p. 62.

carácter ejecutivo y eficacia de cosa juzgada⁵³ Y, en el caso de considerar que el AC colectivo sólo continúa con los que no hayan aceptado el acuerdo, ¿el órgano arbitral habrá de dictar tantos laudos como consumidores lo hayan aceptado en el plazo máximo de 15 días desde dicha aceptación (art. 49 RD), constituyendo, entonces, los acuerdos el contenido de laudos conciliatorios con eficacia de cosa juzgada; o, por el contrario, estaremos ante meros acuerdos cuyo cumplimiento no podría exigirse directamente ante los tribunales de ejecución? Partiendo de que tal propuesta de acuerdo habrá sido expuesta durante el plazo de llamamiento de los dos meses una vez el AC colectivo ya ha sido iniciado y aceptado⁵⁴ por el reclamado y de que se habrá designado al órgano arbitral, sin duda la primera opción, la de entender que se trata de acuerdos que ponen fin, total o parcialmente al conflicto y a las actuaciones (art. 48.2 RD), será la interpretación más favorable para el consumidor. Además, nótese que no se está invitando al empresario a alcanzar un acuerdo a través de una intervención o función mediadora de la JAC previa al arbitraje, como sí hace el art. 37 RD al regular la iniciación de los procedimientos arbitrales de consumo tradicionales u ordinarios (calificación que preferimos frente a la de individuales, no muy oportuna).

5.4. Suspensión de la tramitación de las solicitudes de arbitraje y excepción de arbitraje colectivo.

El nuevo RD ha optado claramente por dar preferencia a la tramitación de AC colectivos frente a los tradicionales u ordinarios, como se desprende de lo dispuesto en su art. 60, siempre que así lo desee el empresario o profesional demandado. Así, cuando éste haya aceptado el AC colectivo, si previamente se han presentado y admitido solicitudes de AC basadas en la misma *causa petendi*, esto es, los mismos hechos o fundamentación fáctica, en principio la solución pasará por suspender su tramitación por la vía ordinaria y dar traslado de las mismas “a la Junta Arbitral competente para conocer el arbitraje colectivo en el plazo de 15 días desde la notificación de la aceptación”, debiendo notificarse el acuerdo de suspensión y de traslado “al reclamante y al reclamado, si ya se le hubiera trasladado la solicitud de arbitraje conforme a lo previsto en el artículo 37” (art. 60.1.1º y 2º). Y decimos que “en principio” porque el propio RD contempla como excepción a esta regla la litispendencia arbitral, de forma que si ya se han iniciado los correspondientes procedimientos arbitrales como consecuencia de las aludidas solicitudes de AC, éstos no van a suspenderse sino tramitarse hasta el final.

⁵³ En este punto, el art. 5.1.2º del Borrador contemplaba la posibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio cuando la empresa reclamada propusiese una solución considerada “aceptable” por la Junta Arbitral Nacional, en cuyo caso ésta daría traslado de la propuesta al resto de juntas arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo entre las partes. Tal planteamiento rápidamente hacía surgir dudas tales como la de qué habría de considerarse aceptable y qué no por la JAC Nacional (MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro...”, op. cit., p. 14).

⁵⁴ Repárese que, aunque el RD habla de iniciación de las actuaciones antes de haber recabado el consentimiento del reclamado sobre la aceptación del AC colectivo, no puede hablarse propiamente de inicio hasta cuando aquél no haya sido expresamente aceptado, ya que no hay o no cabe arbitraje alguno sin el correspondiente convenio arbitral que lo fundamente y en que se justifique.

Ahora bien, a su vez, en mismo RD contempla una excepción a esta excepción, en virtud de la cual se deja en última instancia a la exclusiva voluntad del demandado, algo ciertamente discutible, si, aun iniciados tales procedimientos, prefiere su sustanciación en un único AC colectivo. En tal sentido, dispone el art. 60.2 que *“opuesta por el reclamado, en cualquier momento del procedimiento, incluida la audiencia, la excepción de estar tramitándose un arbitraje colectivo, el órgano arbitral se inhibirá de su conocimiento y trasladará las actuaciones a la Junta Arbitral de Consumo competente para conocerlo, dando por terminadas las actuaciones”*.

5.5. Plazo para dictar laudo.

A tenor del art. 62 del actual RD, *“transcurridos dos meses desde la publicación del llamamiento a los afectados en el diario oficial que corresponda al ámbito del conflicto, se iniciará el cómputo del plazo para dictar laudo previsto en el artículo 49”*.

Por tanto, tal art. 62 fija el momento de inicio del cómputo de los seis meses para resolver transcurridos los mencionados dos meses del llamamiento desde su publicación en el diario oficial correspondiente al ámbito del conflicto; momento en el cual, como señala su art. 59.3, corresponde al presidente de la JAC designar al órgano arbitral. En efecto, como indica el propio art. 62, el plazo para resolver el AC colectivo es el mismo que el previsto en el art. 49, al que se remite, para los arbitrajes comunes u ordinarios, esto es, en principio seis meses *“pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un periodo no superior a dos meses”*.

5.6. “Arbitraje de consumo colectivo” (art. 56-62) versus “acumulación de procedimientos” (art. 39.2).

Y, por último, para acabar con el AC colectivo, simplemente apuntar que éste no se ha de confundir con la posible acumulación de acciones (o, en su caso, de procedimientos) en un mismo procedimiento arbitral de consumo de carácter ordinario que puede realizar el presidente de la JAC ex art. 39.2 NRD. Como se ha adelantado, a la previsión del AC colectivo se acompaña la de una posible acumulación de solicitudes de AC presentadas *“frente a un mismo reclamado en las que concurra idéntica causa de pedir, para que sean conocidas en un único procedimiento por el órgano arbitral designado al efecto”* (art. 39.2). Nótese que, aunque la rúbrica del art. 39 alude a *“acumulación de procedimientos”*, el contenido del precepto se refiere a la de acciones, de forma que en puridad sólo cabrá hablar de acumulación de procedimientos cuando las distintas demandas arbitrales ya hayan sido aceptadas y hayan dado lugar al inicio de los correspondientes procedimientos de acuerdo con lo establecido en el art. 37 del RD.

Entendemos que esta acumulación podrá ser acordada, incluso sin el consentimiento del reclamado, por economía procesal cuando el citado presidente considere estar ante unos hechos muy peculiares o específicos, esto es, estime no estar ante unos presupuestos fácticos que puedan afectar idénticos intereses de otros consumidores (puesto que, de ser así, creemos lo correcto sería la procedencia de un AC colectivo); o, aun cuando considere que pueden haberse afectado una pluralidad de intereses o derechos de consumidores, éste no haya sido aceptado por el empresario o profesional reclamado.

Basta con pensar, p. ej., en las numerosas reclamaciones que se han presentado y resuelto en casos de idénticos supuestos de hecho contra Telefónica en Comunidades Autónomas como Murcia, dictando laudos en que se declaraba inexistente la deuda del reclamante con la reclamada en las facturaciones en el servicio de tarificación adicional. En todos estos casos se solicitaba la anulación de cargos impagados a Telefónica de España S.A.U. por unas llamadas realizadas a un número de teléfono 906, perteneciente a una empresa denominada "Telefónica.com", que le facilitaron diciéndoles que les había tocado un premio, lo cual era falso⁵⁵. Podría entenderse conveniente instar en tales casos un AC colectivo. Pero, si éste no lo aceptara el demandado, convendría que la JAC de Murcia, ante el conocimiento de varios supuestos idénticos, los acumulara y resolviera conjuntamente en un mismo procedimiento. Téngase presente que, *"si las empresas o profesionales no aceptan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo en este único procedimiento arbitral, se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las Juntas Arbitrales de Consumo y, en su caso, a quién instó la iniciación del procedimiento"* (art. 58.2.2º RD).

Lo que ocurre es que nada más dice el Real Decreto sobre cómo habrá de articularse la estudiada acumulación; medida que, aun cubriendo el silencio del ARD y pudiendo valorarse positivamente, puede plantear algunos problemas en la práctica⁵⁶.

VI.- Consideraciones finales

Así las cosas, parece que el Gobierno no ha estado muy acertado al regular el AC colectivo, especialmente dados los problemas prácticos que pueden plantearse (algunos de los cuales hemos visto) y que la resolución de este tipo de arbitrajes redundará en la lentitud de los procedimientos y en una mayor espera del consumidor individual para ver resuelto su particular caso y satisfechos sus intereses, esto es, **por**

⁵⁵ Conocemos de su existencia por la de las numerosas Sentencias de la Sección 4ª de la AP de Murcia que hay resolviendo acciones de anulación interpuestas por Telefónica contra tales laudos. Así, p. ej., las Sentencias 5/2004, de 13 de enero (AC 2004, 265); 12/2004, de 15 de enero (AC 2004, 181); 36/2004, de 30 de enero (JUR 2004, 81275); 25/2004, de 3 de febrero (JUR 2004, 169534); 45/2004, de 5 de febrero (JUR 2004, 81889); 28/2004, de 5 de febrero (JUR 2004, 169637); 37/2004, de 9 de febrero (JUR 2004, 169721); y 89/2004, de 26 de marzo (JUR 2004, 170930).

⁵⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J., "La nueva regulación...", op. cit., p. 16.

su tendencia a convertir el AC en una vía compleja, lenta y no tan eficaz para los consumidores. Basta con tener en cuenta la previsión analizada sobre el plazo para dictar laudo, que se traduce en la práctica en una real y considerable ampliación del tiempo necesario para que el consumidor pueda obtener justicia en perjuicio de la celeridad que tradicionalmente ha presidido y habría de presidir todo AC.

Dicha lentitud, si bien podría estimarse justificada en un proceso colectivo de carácter judicial, tal y como se configura en la LEC para esta vía, con la ventaja, entre otras, de extenderse los efectos de la Sentencia finalmente dictada a otros consumidores que no hayan intervenido en el proceso (arts. 221, 222.3 y 519 LEC) y de evitar gastos de postulación procesal a los consumidores, carece de sentido en la vía arbitral. Ello porque no descuidemos que, por un lado, el laudo dictado sólo afecta a los concretos consumidores que participan en el concreto procedimiento arbitral de consumo; y, por otro, el AC está esencialmente caracterizado por la sencillez y ausencia de formalidades especiales, lo que implica, entre otras cosas, la posibilidad y conveniencia de que las partes intervengan en los AC representadas por sí mismas, con independencia de la cuantía u objeto litigioso. En este sentido, si bien la reforma operada por la LEC para integrar en nuestro ordenamiento ciertos principios de política legislativa propios de la técnica anglosajona de las *class actions* podría estar justificada en la consecución de objetivos tales como la economía procesal, evitar procesos contradictorios, reforzar la defensa de los consumidores al contribuir el grupo al pago de los honorarios de una única defensa letrada o permitir el acceso a la justicia de pequeñas reclamaciones que nunca se interpondrían debido a sus costes procesales, fíjese que tales objetivos carecen de sentido atendiendo a los rasgos esenciales del AC.

En definitiva, el AC colectivo, pese a su denominación, es un mero mecanismo para ejercitar y resolver de forma acumulada, en un mismo procedimiento arbitral, reclamaciones o acciones individuales de varios consumidores por dirigirse frente a un mismo empresario y presentar idéntica *causa petendi*, de forma que sólo el consumidor que presente la correspondiente solicitud o demanda y se persone podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable. La previsión *ex novo* del nuevo RD del arbitraje de consumo colectivo no se trata de un proceso colectivo en los términos tales con que se concibe en la vía jurisdiccional, con su régimen jurídico, sino una acumulación procesal subjetiva de acciones como suma de conflictos individuales. A través del AC colectivo propiamente no se ejercitan acciones en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores, a modo de la acción que puede ejercitarse en el proceso judicial civil con base en el art. 11.2 y 3 LEC.

Por lo tanto, insistimos en que aunque el nuevo RD, adaptándose a la terminología propia de la LEC, hable de arbitraje e intereses colectivos, partiendo de las características esenciales del AC (y, especialmente, su voluntariedad y la eficacia

inter partes del convenio arbitral de consumo y, en este sentido, del laudo finalmente dictado), el régimen jurídico de dichos intereses a la luz de la LEC dista mucho del contemplado en el RD de 2008 cuando se pretenden tutelar vía AC. Características esenciales que, por otro lado, no parecen casar bien y llevan a cuestionar la conveniencia de la nueva previsión del RD de 2008, especialmente la rapidez y ausencia de formalidades especiales que tradicionalmente han regido el AC.

No podemos perder de vista que, como la propia Comisión Europea ha informado en su Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores, adoptado por la Comisión el 27.11.2008 (COM -2008- 794 final)⁵⁷, “la mayor parte de los mecanismos de solución alternativa de conflictos en la UE se ocupan principalmente de denuncias individuales” (p. 12). Pero, pese a esto y a la valoración personal que acabamos de realizar sobre el AC colectivo, también es verdad que, si la propia Comisión ha propuesto la opción o posibilidad en el mismo Libro Verde de que los principios recogidos en las Recomendaciones sobre los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se apliquen a los que resuelvan conflictos colectivos y ha propuesto también como posible solución o forma de regular las acciones o recursos colectivos de los consumidores la de dictar una Recomendación o Directiva que, o bien permita a los Estados elegir la modalidad de establecimiento de ADR colectivas, pudiendo adaptar los ya existentes o crear nuevos, o bien (en el caso de una Directiva) les exija crear una ADR colectiva estándar fácil de utilizar que habría de observar determinados elementos (p. ej., la composición del mecanismo y el procedimiento -vid. p. 12, especialmente puntos 38 a 41-), quizá sea porque piense que en realidad podría llegar a articularse en la práctica una ADR colectiva verdaderamente eficaz.

Y a ello ha de añadirse que, si bien las respuestas proporcionadas a las cuestiones planteadas por tal Libro Verde⁵⁸ (y, en concreto, a la segunda, relativa a cuál de las cuatro soluciones propuestas por la Comisión Europea se prefiere y cuál se rechazaría) claramente se decantan por la primera solución, esto es, la de negar cualquier intervención de la Comisión, argumentándolo entre otros motivos en su falta de competencia o en que existen medidas adecuadas para la protección de los intereses individuales y colectivos de los consumidores (vid. pp. 38 y 39 del *Final Analytical Report on the Green Paper on Consumer Collective Redress submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium*, de 06.05.2009⁵⁹), también es verdad que la opción o solución tercera (que propone combinar instrumentos jurídicos, incluyendo las ADR) ha sido la que ha mostrado más adeptos de entre los partidarios de una

⁵⁷ Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_es.pdf, consultada en diciembre de 2008.

⁵⁸ Accesibles en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/response_CP_GP_collective_redress_en.htm, consultada en noviembre de 2009.

⁵⁹ Disponible en inglés en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/feedback_statement.pdf, consultada el 28.6.09.

intervención de la Comisión Europea (vid. pp. 22 y 23 del citado documento) y la que menos detractores ha recibido (el 30'7 % -vid. pp. 34 y 35-).

Sin embargo, obsérvese que entre las razones aducidas por quienes rechazan esta tercera posibilidad están la diversidad de las ADR existente en la UE y que éstas son convenientes y viables para reclamaciones individuales y no colectivas⁶⁰ (vid. pp. 45 y 46). Tendremos que esperar, pues, a que la práctica verifique o niegue la eficacia de este nuevo AC.

⁶⁰ Esta misma razón se reitera en las pp. 63 y 64 del repetido documento por quienes, contestando a la quinta cuestión planteada por el Libro Verde, relacionan distintas características de las ADR, entre las que también se añade la desventaja del carácter voluntario. Nos llama la atención que en la citada p. 63 se haya hecho mención de que España ya cuenta con un AC colectivo que, sin embargo, presenta el problema de que la única autoridad competente para llevarlo a cabo se encuentra en Madrid, ya que no necesariamente es así, puesto que, de conformidad con el art. 57 del NRD, sabemos que la Junta Arbitral Nacional es la competente para administrar estos arbitrajes cuando los consumidores cuyos intereses han sido afectados están domiciliados en más de una Comunidad Autónoma. Obsérvese, por otro lado, que el ya citado Informe emitido por España sobre la evaluación de la efectividad y eficiencia de los mecanismos de tutela de intereses colectivos de los consumidores en la UE, nada decía sobre la posibilidad de ejercitar acciones colectivas vía de ninguna ADR, sino que aludía a éstas al tratar las posibles vías para ejercitar acciones individuales, esto es, con que cuenta el consumidor para tutelar sus derechos e intereses individuales. Ello se entiende si tenemos en cuenta que el mencionado informe se finaliza el 25.2.2008, esto es, el mismo día en que se publica en el BOE el RD 231/2008.



ARBITRAJE OBLIGATORIO Y DE DERECHO EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA

COMPULSORY LAW ARBITRATION IN PUBLIC CONTRACTS

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 204-221

Mario
CASTILLO
FREYRE
Rita
SABROSO
MINAYA

RESUMEN: En el Perú, el arbitraje relativo a controversias sobre contratación de bienes y servicios y contratos de obra con el Estado, es obligatorio y de Derecho. Incluso, el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que si en el contrato no se incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado — de pleno derecho— una cláusula modelo. Asimismo, la Ley de Contrataciones del Estado establece que el arbitraje será de derecho. Sin embargo, la propia Ley contempla la posibilidad de que los árbitros designados por las partes (en un tribunal colegiado) puedan ser de otras profesiones distintas a la abogacía (regla general en un arbitraje de derecho).

PALABRAS CLAVES:

- Arbitraje obligatorio
- Arbitraje voluntario
- Arbitraje de derecho
- Arbitraje de conciencia
- Arbitraje en las contrataciones con el Estado
- Cláusula arbitral obligatoria

ABSTRACT: In Perú arbitration in all areas of public contracting is a compulsory non-in equity but in law arbitration. Even more, Supreme Decree No. 184-2008-EF, Regulation to the Public Contracting Law, establishes that if in a given contract an arbitration clause is not part of it, the law will considerer included on it a model clause set by the law itself. However, the same Law allows that the arbitration court could be integrated by non-lawyers arbitrators (a common rule in an in law arbitration).

KEY WORDS:

- Compulsory arbitration
- Voluntary arbitration
- In law arbitration
- In equity arbitration
- Arbitration in Public Contracts
- Compulsory arbitration clause

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿ARBITRAJE OBLIGATORIO? III. ARBITRAJE DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

I. INTRODUCCIÓN

El tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú establece que «el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (sic) (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Esta referencia constitucional a una ley, nos lleva a la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), cuyo artículo 4, inciso 2, establece que «las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional», mientras que el inciso 3 señala claramente que «el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país».

Como se puede apreciar, en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes en virtud de un convenio arbitral.

Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850 del año 1998,¹

¹ Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley.

Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser sometidos a arbitraje. (Al respecto, ver CANTUARÍAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En: *Advocatus*, n.º 7, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2002, pp. 180-181).

• Mario Castillo Freyre

Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje y de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

• Rita Sabroso Minaya

Adjunta de Docencia de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa el último ciclo de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en diversos procesos Ad Hoc.

que estableció —por primera vez— como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias, estableciendo que «cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes».²

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017 y Decreto Supremo n.º 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En efecto, como hemos venido sosteniendo a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no sólo se implantó el arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema.³

Como bien señala Bullard,⁴ las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de «sustitutos» confiables. Dado que la reforma del Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las prestaciones del sistema político sobre los agentes económicos.

² Cabe recordar que el artículo 63 de la Constitución Política del Estado contemplaba la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Sin embargo, no se establecía la obligatoriedad, como sí lo han hecho y lo hacen las leyes y reglamentos sobre contratación pública.

³ En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros.

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 2, Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, p. 166.

El esquema que se implantó con la Ley n.º 26850 ha tenido éxito, en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características en los últimos gobiernos que han regido en el Perú. No olvidemos que esta norma es del penúltimo gobierno de Fujimori y se mantuvo en su último gobierno, durante el gobierno del Presidente Paniagua, en el gobierno del Presidente Toledo y en el actual gobierno.

Ello ha dado muy buenos resultados en la medida en que la solución de estas controversias ha demostrado a la sociedad que el medio arbitral es —por lo general— más eficiente que la justicia ordinaria, disminuyendo tiempo y costos en la administración de justicia. Así, tanto las entidades públicas como las empresas contratistas se encuentran satisfechas con la implantación de este mecanismo de solución de controversias.

Cantuarias⁵ señala que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones del intercambio).

Tal consideración podría tener algo de verdad; sin embargo, dudamos mucho de que la mayor o menor participación de empresas interesadas en contratar con el Estado obedezca al arbitraje como medio de solución de controversias. No hay mucho que escoger cuando el mayor adquirente de bienes y servicios (el propio Estado) quiere contratar con uno.

Además, hay que señalar que a través de esta vía se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades. Asimismo, los montos en controversia son bastante altos. Los arbitrajes en donde —por lo menos— una de las partes es el Estado, representan alrededor del 70% del total de procesos arbitrales que están en curso en nuestro país.

Y, por otro lado, estas cláusulas obligatorias han contribuido a que las controversias sobre cuantías muy altas, hoy estén sustraídas del Poder Judicial. Ello, aunado al hecho de que en la mayoría de contratos entre particulares (en donde se comprometen montos patrimoniales importantes), se incluye una cláusula arbitral y, por lo tanto, también se sustraen las partes de los tribunales ordinarios.

⁵ Cantuarias Salaverry, Fernando. *Op. cit.*, p. 192.

Si bien el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto, éste se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, hay quienes afirman⁶ que ello no implicaba inexorablemente que el conflicto no sea resuelto por el Poder Judicial, sino que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta. En síntesis, es imprescindible realizar una verdadera y comprometida reforma, lo que indudablemente tiene un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero. Sin embargo, el Estado ha optado por lo urgente y lo inmediato, admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.

En efecto, dadas las especiales características del arbitraje y sobre todo su celeridad, no cabe duda de que se ha convertido en el mecanismo que — actualmente— brinda mayores ventajas a los particulares e, incluso, al propio Estado.

2. ¿ARBITRAJE OBLIGATORIO?

Como sabemos, el artículo 40 del Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado),⁷ establece que los contratos regulados por dicha norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas —entre otras— a la solución de controversias. En efecto, el referido artículo 40 establece lo siguiente:

...- «Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

[...]

- c) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento. [...]. (El subrayado es nuestro).

⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos Paniagua Guevara. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En: *Advocatus*, n.º 16, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, p. 182.

⁷ Publicado en el Diario Oficial «El Peruano», con fecha 4 de junio de 2008 y entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 1 del Decreto de Urgencia n.º 014-2009, publicado el 31 de enero de 2009. Dicho artículo establecía lo siguiente: «El Decreto Legislativo n.º 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, cuyo texto fue aprobado por el Decreto Supremo n.º 006-2009-EF, entrarán en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009 [...]».

En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia, es que se trataría de un arbitraje obligatorio,⁸ cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes.

En efecto, debemos recordar que una posible clasificación del arbitraje es por su fuente; a saber: arbitraje voluntario y arbitraje forzoso u obligatorio.

Es voluntario cuando son las partes en conflicto —actual o potencial— las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador; quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje.⁹

Ahora bien, la figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral implica que éste sea pactado voluntariamente por las partes, ya que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral.

En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ello no implica que el convenio arbitral contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, una cláusula arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

Como bien señala García-Calderón,¹⁰ esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje¹¹ y lo estuvo también en el Código Civil de 1984, y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

⁸ Cabe señalar que el Decreto Ley n.º 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Sin embargo, la anterior Ley de Arbitraje, Ley n.º 26572, no dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. (KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». En: *Themis*. n.º 39, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 217).

⁹ PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime Gray Chicchón. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». En: *Revista de Derecho Administrativo*. n.º 4, Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, p. 205.

¹⁰ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En: *Ius et Praxis*, n.º 32. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, p. 143.

¹¹ García-Calderón hace referencia a la Ley n.º 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071.

A entender de Baca,¹² el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.¹³

Por el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria.¹⁴

Sobre este tema, Kundmüller¹⁵ nos dice que en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial.

Al respecto, Arrarte y Paniagua¹⁶ se cuestionan por qué, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales, vía originaria prevista en la Constitución Política del Perú.

A entender de los citados autores, lo indicado tiene mayor sentido, si consideramos que detrás de la solución de conflictos derivados de la ejecución de un contrato con el Estado, se encuentra la realización de un interés eminentemente público, mientras que en el arbitraje, el carácter privado y particular constituye su esencia, su razón de ser.

¹² BACA ONETO, Víctor Sebastián. «Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». En: Lima Arbitration, n.º I, 2006, p. 232. http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf

¹³ El citado autor hace la precisión de que la situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.

¹⁴ Sobre el particular, Donayre se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú.

A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje «no obligatorio», por voluntad de las partes (cada Entidad, cada Contratista, cada contrato). (DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». En: ADR Resources. Arbitraje y Mediación. 2006, p. 9. En: http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32.

¹⁵ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En: *Ius et Praxis*, n.º 34, Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2003, p. 72.

¹⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 181.

Por su parte, Trayter¹⁷ afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

Así, para Arrarte y Paniagua,¹⁸ lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que —contrariamente a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral—, si alguna de las partes, sea Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, éste debe declararse incompetente —incluso de oficio— para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.

Para salvar esta severa incompatibilidad, tal como la catalogan Arrarte y Paniagua, hay quienes sostienen que el mandato de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una autoexigencia para el Estado, el mismo que debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, sin que ello implique afectación a la voluntariedad del arbitraje.

En efecto, a entender de Cuevas,¹⁹ si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye —o, mejor dicho, debe incluir— un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores.

Sobre el particular, Santistevan de Noriega²⁰ se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación, bajo la fórmula de que el Estado lo que hace —en la contratación regida por los términos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado— es extender una oferta general de arbitraje, que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere.

¹⁷ Citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y CARLOS PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., p. 185.

¹⁸ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y CARLOS PANIAGUA GUEVARA. Op. cit., pp. 185-186.

¹⁹ CUEVAS MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En: *Cathedra*. n.º 8, Lima: Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 203.

²⁰ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En: *Actualidad Jurídica*. n.º 177. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 27.

Asimismo, el citado autor sostiene que se puede admitir que el Estado —que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias— lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar, es decir, incluirla como una oferta incorporada en un cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Dicho autor prefiere asimilar este caso a una modalidad de contratación por adhesión.

Al respecto, Kundmüller²¹ señala que es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado, la existencia de esta cláusula obligatoria. De ahí que todo aquel que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado y sea un mínimo diligente, sabe de la preexistencia de dicha cláusula obligatoria y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación.

El referido autor concluye en que hay innegables similitudes entre la figura del derecho privado de los convenios arbitrales estándares, previstos en la Ley General de Arbitraje y las estipulaciones obligatorias contenidas en los contratos regulados en la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado, en el marco del derecho público.

A entender nuestro, existe una diferencia importante entre lo previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y lo regulado en la Ley de Arbitraje en relación a las cláusulas generales estándares, ya que en este último caso, es posible que —a pesar del convenio arbitral contemplado en las cláusulas generales— las partes acuerden recurrir al Poder Judicial, lo que —obviamente— no puede suceder en la contratación pública.

Por otro lado, encontramos a Cantuarias,²² quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado²³ no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje.

Si bien para el citado autor no estamos frente a un arbitraje obligatorio, pone de manifiesto que sí es inconveniente que el Estado no pueda ofertar a los particulares otras vías adicionales de solución de conflictos.

²¹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Op. cit.*, p. 74.

²² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 182.

²³ Cabe precisar que el autor hace referencia al Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM, vigente al momento de la elaboración de su artículo. Sin embargo, sus apreciaciones son plenamente aplicables con la normativa hoy vigente.

Finalmente, García-Calderón²⁴ sostiene que esta obligatoriedad del arbitraje es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean gobiernos locales, gobiernos regionales o gobierno central), quien debe, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral, por lo que todo aquel que contrate con el Estado debe aceptar dicha condición, en la medida en que quiera celebrar un contrato con el gobierno central, gobierno regional o gobiernos locales.

A entender del citado autor, es una obligación que, sin duda, respeta la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se trata de una autoimposición para las empresas estatales; estamos en presencia de una exigencia interna, tal como lo señala el artículo 41 de la Ley al incluir cláusulas obligatorias en los contratos, bajo responsabilidad del titular del pliego o de los responsables. Esta exigencia no atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, García-Calderón señala que esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial, entonces sí se trataría de una imposición forzosa o legal (no voluntaria), y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado.

Coincidimos con el citado autor en que es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad, en la medida en que se desee contratar; dado que se trata de una exigencia interna de éste, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. El Estado plasma sus políticas a través de normas jurídicas, y en este caso no atenta contra el derecho de terceros.

Otro aspecto importante a destacar es la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral, en caso las partes no la hayan establecido.

Así, el artículo 216 del Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Reglamento), establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

²⁴ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, pp. 144.

«Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento».

Al respecto, García-Calderón²⁵ tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho.

El citado autor discute sobre la obligatoriedad de la norma para aquellos particulares que contraten con el Estado y que no hayan suscrito el convenio arbitral, toda vez que la doctrina y la ley de arbitraje recogen el carácter voluntario (consensual) del arbitraje. Quiere decir entonces que si por un error administrativo no se incluyó el convenio arbitral en el contrato, no se puede incorporar el arbitraje sin el consentimiento de la otra parte, tal como equivocadamente lo señala el reglamento.

En tal sentido, para García-Calderón, la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso. De esta manera, el citado profesor entiende esta incorporación como una limitación ilegal por parte del Estado a la jurisdicción ordinaria, que no debe ser aceptada en caso se presente alguna controversia si no se ha suscrito el convenio arbitral.

Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

Como bien señala Kundmüller,²⁶ la obligatoriedad del arbitraje en la Contratación Pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha «obligatoriedad» existe y cuáles son sus consecuencias respecto del arbitraje, especialmente en lo relativo a las atribuciones del Organismo

²⁵ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. Cit.*, pp. 144.

²⁶ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Op. cit.*, pp. 217-218.

Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

A nuestro entender, el considerar incorporado —de pleno derecho— dicho convenio arbitral permitirá garantizar la plena vigencia del arbitraje en las contrataciones con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el contrato. Es decir, nos encontramos ante una cláusula arbitral que podríamos denominar como.

III. ARBITRAJE DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el arbitraje de derecho los árbitros deben resolver las controversias aplicando el ordenamiento jurídico, al igual que un juez. Por el contrario, en el arbitraje de conciencia, los árbitros no están sometidos a reglas en particular; ya que fallan de acuerdo a su leal saber y entender.

Si bien existen varias razones por las cuales las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de derecho,²⁷ también existe el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

En efecto, existe el temor de que mediante un arbitraje de conciencia se pueda contravenir lo establecido por la ley.

Ciertamente no resulta lógico ni deseable socialmente que los particulares resuelvan sus problemas contra la ley. Por ello, toda vez que el arbitraje es un medio de solución de conflictos, dicha solución no debería pasar por pisotear la ley.

Algunos podrían argumentar con una interpretación extrema, que ello es posible si la misma ley así lo permite en el caso específico del arbitraje de conciencia. Ésta parece ser la posición del profesor Álvaro Aliaga,²⁸ para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo a lo que su

²⁷ Fernando de Trazegnies menciona que el arbitraje de conciencia goza —muchas veces— del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo.

Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre las varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes.

También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del Derecho de Obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia». En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, n.º 12, p. 116.).

²⁸ ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17-21.

prudencia y equidad les dicten, por lo que no están obligados en sus procedimientos ni en sus laudos a lo establecido en otras reglas, sino únicamente a lo que las partes hayan determinado en el acuerdo arbitral.

No compartimos dicha posición, ya que —a entender nuestro— no resulta coherente que el ordenamiento jurídico dé carta blanca para su eventual violación a través del arbitraje de conciencia.

Fernando de Trazegnies²⁹ advirtió sobre la presencia del círculo vicioso en que incurre generalmente la doctrina. En efecto, el referido autor sostiene que caemos ante un perfecto razonamiento circular cuando se dice que el arbitraje de conciencia funciona conforme al leal saber y entender del árbitro, y, a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad; pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros, éstos consideran equitativo.

Una posición interesante es la de Guillermo Lohmann,³⁰ quien sostiene que los árbitros de conciencia se pronuncian según criterios extra-jurídicos, ya que el ordenamiento legal es dejado de lado por completo. Y, por tanto, es perfectamente posible que el laudo de conciencia sea contrario a ley. Sin embargo, dicho autor precisa que a través del arbitraje de conciencia se puede resolver dejando de lado las normas legales dispositivas aplicables al caso y, asimismo, se pueden dejar de aplicar disposiciones contractuales que se consideren injustas, pero nunca dejar de lado las normas imperativas.

Recordemos que el inciso 3 del artículo 57 de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que las partes pacten arbitraje de conciencia, al establecer que *«en cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello»*.

Con esta modificación se está regresando a lo establecido en la primera Ley General de Arbitraje, en donde el arbitraje de derecho era la regla, mientras que el arbitraje de conciencia era la excepción. En efecto, el último párrafo del artículo 3 del Decreto Ley n.º 25935,³¹ establecía que a falta de pacto expreso, se presume que las partes optan por un arbitraje de derecho.

²⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 116.

³⁰ Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas de futuro*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 365.

³¹ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992. Cabe señalar que dicha Ley fue la primera norma especial sobre la materia en el Perú, la misma que estuvo inspirada en la Ley Española de Arbitraje de 1988.

En su momento Cantuarias y Aramburú³² manifestaron su disconformidad con la antigua Ley General de Arbitraje, que consideraba como regla al arbitraje de derecho y sólo como excepción al arbitraje de conciencia. La razón tenía que ver con el hecho de que el arbitraje de derecho constituye una función monopólica en manos de los abogados, a diferencia del arbitraje de equidad, donde sí pueden participar el resto de ciudadanos. Existiendo dicha situación, lo razonable —a entender de los citados autores— era que la actividad monopólica sea la excepción y no la regla.

En cambio, con la siguiente Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, se invirtió la relación entre el arbitraje de derecho y el de conciencia, siguiendo —de alguna manera— la observación anotada.

Sin embargo, el inciso 4 del artículo 57 de la actual Ley de Arbitraje tiene como objetivo no sólo seguir la tendencia internacional, sino sobre todo la experiencia observada, que muestra que lo que se suele pactar es el arbitraje de derecho, es decir, que lo común es un pacto en contrario de la norma.

Al respecto, Zegarra Pinto³³ señala que a partir de la legislación comparada, la tendencia actual es considerar al arbitraje de derecho como la regla.³⁴

Ahora bien, en materia de Contratación Pública, todas las legislaciones de nuestro país han contemplado al arbitraje de derecho como aquél que se aplicará para la solución de controversias. Ello, de seguro, porque el legislador ha querido y quiere evitar que —precisamente— el arbitraje sobre esta materia sea arbitrario o subjetivo.

Así, por ejemplo, si bien la Ley n.º 26850, antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no establecía expresamente que se trataba de un arbitraje de derecho, su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, sí lo hacía, al señalar lo siguiente:

Artículo 186.- «Aplicación del Arbitraje.-

El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. (...)

(...)

³² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 262.

³³ ZEGARRA PINTO, José. «Arbitraje de conciencia: ¿Género del arbitraje de derecho?». En: *Arbitraje on Line*. Lima: Boletín jurídico editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, 2005, año III, n.º 5, p. 2.

³⁴ El autor señala que, en el caso de Latinoamérica, dicha opción legislativa es compartida por países como Colombia, Costa Rica, México y Venezuela, entre otros.

El arbitraje regulado en el presente Subcapítulo, en todos los casos, será de derecho». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, la siguiente Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, establecía:

Artículo 53.- «Solución de controversias.-

(...)

Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (...)

El arbitraje será de derecho (...)). (El subrayado es nuestro).

Por último, el segundo párrafo del artículo 52 de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

(...)

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho». (El subrayado es nuestro).

A entender de Kundmüller,³⁵ el hecho de exigir que el arbitraje sea de derecho constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral.

Según el citado autor, en el caso de los temas regulados por el Reglamento y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado esto cobra especial relevancia, ya que básicamente estamos hablando de asuntos que se refieren a temas de ingeniería o concernientes a otras especialidades no necesariamente del campo del Derecho.

Dicha opinión no es compartida por García-Calderón,³⁶ quien considera que tratándose de los intereses del Estado, representados sea por una persona jurídica de derecho público o privado, no se debe dejar al libre albedrío o al criterio subjetivo

³⁵ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». *Op. cit.*, p. 218.

³⁶ GARCÍA-CALDERÓN Moreyra, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 148.

de los árbitros de equidad la resolución del conflicto, sino que debe basarse en una interpretación jurídica y al amparo de una ley determinada y tomando en cuenta en su decisión la prueba que respalda el derecho invocado.

Ahora bien, el segundo párrafo del citado artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no deja opción a elegir y dispone que en todos los casos el arbitraje sobre controversias relativas a la contratación pública será de derecho.

Conforme a lo establecido por el inciso 1 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, «*en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario*», con lo cual sólo los abogados podrían arbitrar las referidas controversias. La salvedad establecida por el citado inciso 1 no estaría pactada por las partes, sino por la propia del Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo artículo 52 contempla la posibilidad de que los árbitros designados por las partes (en un tribunal colegiado) puedan ser de otras profesiones distintas a la abogacía.

Lima, junio del 2010



LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL EN MATERIA DE
INVERSIONES EXTRANJERAS E HIDROCARBUROS EN BOLIVIA

*THE VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT IN
FOREIGN INVESTMENTS AND HYDROCARBONS IN BOLIVIA*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 222-239



Nahid
CUOMO

RESUMEN: Este artículo versa sobre los efectos de los cambios constitucionales en los sectores de inversión extranjera e hidrocarburos. El uso de cláusulas arbitrales es moneda común en ambas áreas, pero la nueva regulación constitucional parece prohibirlo. El artículo analiza esta situación comparando la regulación constitucional actual con la abrogada.

PALABRAS CLAVE: Inversiones extranjeras, industria petrolera, arbitraje, Constitución boliviana.

ABSTRACT: This article is about the effects of the constitutional changes regarding foreign investments and hydrocarbons. The use of arbitration agreements is common in both areas, but the new constitutional regulation seems to forbid an agreement of this kind. The article analyzes this situation by comparing the current constitutional regulation with the one abrogated.

KEYWORDS: Foreign Investments, Hydrocarbons industry, arbitration, Bolivian Constitution.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CAMBIO CONSTITUCIONAL. II.1 El panorama anterior a la nueva constitucion. II.1.1 Los Contratos de Riesgo Compartido. II.1.2. Los tratados aprobados por bolivia relevantes en materia de inversiones extranjeras. II.1.3. la constitucion derogada. II.1.4 La Ley de arbitraje y conciliacion. II.1.5. Conclusión sobre el panorama anterior a la nueva constitucion. II.2 El panorama actual luego de la nueva constitucion III.- La arbitrabilidad del litigio a los fines de la validez del acuerdo arbitral IV.- Consideraciones finales.

I.- INTRODUCCIÓN

Bolivia es un pequeño país con gran cantidad de recursos naturales. Entre ellos, tienen enorme peso en la economía nacional los hidrocarburos y la minería.¹

En la década de los años '90, Bolivia no se vio exenta de la corriente privatizadora imperante en los países latinoamericanos, y recibió cuantiosas inversiones extranjeras dirigidas principalmente a desarrollar las diversas actividades de la cadena hidrocarburífera y la explotación minera.²

El 7 de febrero de 2009 Bolivia promulgó una nueva Constitución Política del Estado. Ello fue un jalón más dentro de varios cambios en relación al tratamiento de la inversión extranjera que se estuvieron dando durante la década de los años 2000. Tales cambios se configuraron gradualmente, siendo los principales la promulgación de la nueva Ley de Hidrocarburos N° 3058 en mayo 2005; la llegada a la presidencia de Evo Morales en diciembre 2005; la nacionalización de los hidrocarburos que comenzó en 2006; la denuncia del Convenio CIADI en 2007; la instalación de la Asamblea Constituyente en julio de 2006 y la promulgación de la nueva Constitución en 2009.

En el presente Capítulo examinaremos la situación del arbitraje en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos luego de la promulgación de la reforma constitucional de 2009 que para algunos representa un cambio esencial en el orden jurídico nacional al punto de afirmarse que estamos ante una "revolución".³

¹ El sector de los hidrocarburos es la principal fuente de ingresos económicos del país, ya que cuenta con las segundas mayores reservas de gas natural de América del Sur, con 48 trillones de pies cúbicos, y petróleo en menor cantidad con una producción de 16.194.089 de barriles anuales. La minería es la segunda industria de extracción de Bolivia, por detrás de los hidrocarburos.

² La inversión extranjera directa entre 1995 y 1999 representó el 13% del PBI y entre 2000 y 2002 superaba en promedio el 9%. En contraste, en 2008 apenas llegó al 3% y se preveía que para 2009 bajaría a un 2%: "Inversión Extranjera en Bolivia – Análisis 2009" en Coyuntura Económica, CAINCO, N° 2 junio 2009, en www.cainco.org.bo/publicaciones

³ Valdivia García, Gerardo "Bolivia Estado Plurinacional y Comunitario", bo.globedia.com/bolivia-plurinacional-comunitario: La nueva Constitución refleja una profunda diferencia de conceptualización del Estado. Lo plurinacional como elemento que habla de muchas naciones, y lo comunitario que alcanza a señalar un modo de

• Nahid Cuomo

Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Asesora Legal en YPFB Transporte S.A., árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo (CAINCO) de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia-mail: nahid.cuomo@hotmail.com

En especial, nos interesa focalizar la validez del acuerdo arbitral celebrado por el Estado boliviano o alguna de sus emanaciones, con anterioridad a la nueva Constitución Política del Estado y si la promulgación de ésta podría implicar una afectación de los derechos de los inversores extranjeros.

II.- EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

II.I. El panorama anterior a la nueva Constitución

Pasaremos a explicar cómo era la situación para los inversores extranjeros antes del cambio.

II.I.1 Los Contratos de Riesgo Compartido

En los años '90, para la exploración, explotación y comercialización de los hidrocarburos, el Estado boliviano, a través de su empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales Boliviano, firmó 76 Contratos de Riesgo Compartido por 40 años, con empresas extranjeras (empresas constituidas en el extranjero con "filial" o "sucursal" boliviana), seleccionadas por licitación pública internacional, bajo el marco de la Ley de Hidrocarburos vigente en ese entonces, la Ley N° 1689 de 1996.

La Cláusula modelo para los Contratos de Riesgo Compartido⁴ establecía en materia de solución de controversias la posibilidad de recurrir en una primera instancia a un Experto o Comité de Conciliación cuya resolución sería inapelable y obligatoria; o a Arbitraje según alguna de estas tres opciones: CIADI conforme al Convenio de Washington; CCI; o *ad hoc* conforme Reglas de Arbitraje UNCITRAL. La sede del arbitraje sería la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, el procedimiento, conforme las reglas de la institución especificada en el contrato y se aclaraba que la ejecución de los laudos sería "ante los tribunales de Bolivia o ante cualquier tribunal con jurisdicción competente".

En cuanto al derecho aplicable, los Contratos de Riesgo Compartido traían una cláusula de elección del derecho de Bolivia. Sin embargo, esa elección se veía ampliada por el Anexo B de los mismos titulado "Términos y Condiciones Generales" donde se fijaba el siguiente Orden de Prelación:

3. contrato
4. ley de hidrocarburos y sus Reglamentos

vivir y de entender y compartir la vida. Para observar el cambio de paradigma basta con observar el Artículo 1° de la Nueva Constitución Política del Estado, que afirma: "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país."

⁴ Decreto Supremo N° 24806 de 4/08/1997 el que fuera declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/2003, ver www.tribunalconstitucional.gob.bo.

5. otras leyes bolivianas
6. en defecto, los Principios Jurídicos Generales reconocidos internacionalmente;
y
7. las prácticas, costumbres y normas técnicas de aplicación usual en la industria internacional de hidrocarburos

Asimismo, los Contratos de Riesgo Compartido presentaban otras cláusulas relevantes:

- 1) Autonomía del acuerdo arbitral: "El derecho de las Partes a recurrir al arbitraje, permanecerá vigente no obstante la terminación del contrato."
- 2) Cláusula de estabilización: "...De acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos, el régimen de patentes y regalías aplicables al presente Contrato se mantendrá estable durante su vigencia."
- 3) Renuncias: "Las Partes se obligan a no invocar excepción, limitación o inmunidad alguna que pueda afectar el sometimiento a la decisión de un experto o al arbitraje o a la ejecución de cualquier Laudo Arbitral que expida cualquiera de los mismos. El Titular renuncia expresamente a formular cualquier reclamo por vía diplomática."

Promediando los años 2000, se originó un amplio debate en los medios de comunicación y políticos acerca de la constitucionalidad de estos Contratos, por diversas falencias, entre ellas, que no habían sido aprobados por el Congreso luego de su firma, caso por caso, tal como –según la interpretación de algunos - lo exigía la Constitución en el artículo 59, inciso 5a.

El debate concluyó cuando los Contratos de Riesgo Compartido fueron "migrados" obligatoriamente luego de la derogación de la Ley de Hidrocarburos N° 1689 y la promulgación de la nueva ley N° 3058 en el año 2005. La nueva ley cambió radical y sustancialmente las condiciones de los Contratos ya que incrementó las regalías del 18 al 50% y recuperó la propiedad de los hidrocarburos en boca de pozo para el Estado. Asimismo, dio plazo a los operadores para que aceptaran alguna de las nuevas formas de contratación que la nueva ley prevé. Los 44 contratos de operación petrolera firmados en 2006 entre el Estado boliviano (a través de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos - YPFB) y 12 empresas privadas, prevén como método de solución de controversias, arbitrajes CCI con sede en La Paz.

Asimismo, en la misma línea, respecto a una inversión extranjera canalizada en el contrato del Mutún, firmado en 2007 con la empresa india **Jindal Steel & Power Limited** para explotar uno de los mayores reservorios de hierro del mundo, se previó un arbitraje CCI para resolver eventuales controversias.⁵

5 La firma india Jindal comprometió una inversión global de \$us 2.100 millones en el proceso de explotación del

II.1.2 Los tratados aprobados por Bolivia relevantes en materia de inversiones extranjeras

El marco legal internacional de las inversiones extranjeras en Bolivia estaba conformado en esta etapa por la red de tratados aprobados y ratificados por el país, contribuyendo a la sensación de seguridad jurídica al inversor extranjero.

Esos tratados eran los dirigidos específicamente a inversiones extranjeras y al arbitraje internacional, al ser el arbitraje el método preferido para solucionar las controversias en materia de inversiones.

Ellos fueron:

- a) El Convenio CIADI de Washington de 1965, al que Bolivia se adhirió en 1991 y que fue ratificado por Ley N° 1593 de 12 de agosto de 1994. Fue denunciado el 2 de mayo de 2007.
- b) Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs): Bolivia ha firmado 23 de estos tratados y ha ratificado 19 de ellos. Algunas de las muchas inversiones extranjeras realizadas en la pasada década, sobre todo en el sector de hidrocarburos, provienen de inversores cubiertos por alguno de los TBIs ratificados por Bolivia.⁶
- c) El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de 1985, al igual que otros 174 países.⁷ Bolivia suscribió el Convenio Constitutivo del MIGA el 5 de Mayo de 1986 y fue ratificado mediante Ley N° 1126 del 19 de Enero de 1990.
- d) Los convenios marco del arbitraje internacional: Bolivia ha ratificado los principales tratados en materia de Arbitraje Comercial Internacional. Es Parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros de Montevideo de 1979, y la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
- e) Respecto a esquemas de integración, Bolivia y Chile están asociados al MERCOSUR por sendos Acuerdos de Complementación Económica (en el marco de ALADI) N° 36 y N° 35 respectivamente. En el 2004 Bolivia ratificó el Acuerdo de Arbitraje Comercial entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile de 1998, aunque cabe recordar que se aplica a arbitrajes entre

hierro en Mutún, situado en el municipio de Puerto Suárez. El Estado boliviano proyecta percibir un ingreso neto anual de unos \$us 200 millones: www.eldeber.com.bo/2006/20061124/economia_10.html

⁶ Bolivia ha ratificado los BITs con Alemania, Argentina, Austria, Bélgica-Luxemburgo, Corea, Chile, Dinamarca, Ecuador, España (dos consecutivos), Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Suecia y Suiza.

⁷ Según datos de junio de 2009: http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1695

personas de derecho privado.⁸ Asimismo, el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre MERCOSUR, Bolivia y Chile de Buenos Aires 2002.⁹ También es parte de la Comunidad Andina de Naciones¹⁰ y cuenta con un Tratado de Libre Comercio firmado el 10 de septiembre de 1994 y ratificado con México, que trae disposiciones similares a los BITs en materia de protección a las inversiones extranjeras.¹¹

II.1.3 La Constitución derogada

La Constitución vigente hasta el 7 de febrero de 2009, contaba con artículos que reflejaban la “Doctrina Calvo”.¹² Sin embargo, ello no impidió que se realizaran todas las reformas legislativas necesarias para instalar una política económica liberal en el país.

En efecto, la “Doctrina Calvo” se reflejaba en el artículo 24 que establecía:

“Las empresas y súbitos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.”

Y el artículo 135: “Todas las empresas establecidas para explotación, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República.”

En materia de hidrocarburos, el artículo 139 establecía que la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos, era del Estado, correspondiéndole a éste la exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados. Este derecho lo podía ejercer mediante entidades autárquicas o a través

⁸ Decisión 4/98 CMC. No se encuentra vigente aún, aunque ya ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁹ Decisión 8/02 CMC. Similar al Protocolo de Las Leñas, se encuentra vigente desde el 8 de febrero de 2009 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Chile.

¹⁰ Sus antecedentes se remontan a 1969 cuando se firmó el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino. La CAN inició sus funciones en agosto de 1997.

¹¹ Firmado el 10 de septiembre de 1994, se encuentra vigente a partir del 1° de enero de 1995, mediante Decreto Supremo N° 23933 del 23 de diciembre de 1994. Su Capítulo XV se refiere a las Inversiones, con disposiciones similares a las de los TBIs.

¹² Recordemos que la Doctrina Calvo, sobre la base del principio de igualdad de los Estados, niega que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales, determinando que las controversias en las que participaran debían ser sometidas a los tribunales estatales y resueltas conforme a las leyes nacionales, sin que los Estados de su nacionalidad pudieran intervenir en las mismas. Sin embargo, Calvo no adoptó una posición adversa a la sujeción al arbitraje internacional de las controversias originadas en reclamaciones por parte de extranjeros, concentrándose su doctrina en el rechazo de la fuerza armada como mecanismo de atender reclamaciones privadas: fernandez rozas, José Carlos, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXIV, 2009, p. 15 con cita de Grigera Naón, Horacio, “Arbitration and Latin America: Progress and Seatbacks”, Arbitration International, Vol. 21, N° 2, 2005, p. 134-135.

de concesiones y contratos por tiempo limitado, a sociedades mixtas de operación conjunta o a personas privadas, conforme a ley.

El Tribunal Constitucional debió referirse respecto a la constitucionalidad del Convenio Ciadi y los BITs, en la Sentencia Constitucional 31/2006 de 10 de mayo de 2006,¹³ cuando un Diputado Nacional interpuso un recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra las leyes ratificatorias del Convenio Ciadi y los BITs suscritos con Argentina, Países Bajos, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña, España, Estados Unidos, por ser contrarios al artículo 135 recién mencionado y al artículo 228 de la Constitución (era el que establecía que la Constitución era la ley suprema del Ordenamiento Jurídico nacional).

Al respecto, el Tribunal Constitucional rehusó revisar el fondo del planteo, es decir si esos tratados eran o no constitucionales, argumentando que si bien la Constitución no establecía el momento en que se podía hacer tal revisión, ello solo era posible antes de la ratificación de los tratados porque de lo contrario, podía generarse la responsabilidad internacional del Estado boliviano, quien según el derecho internacional, no podía alegar su derecho interno para dejar de cumplir una norma internacional.

II.1.4 La ley de Arbitraje y Conciliación

En cuanto a la normativa referida al arbitraje, la norma básica era la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 sancionada en 1997 y vigente en la actualidad.

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de afirmar la constitucionalidad del arbitraje dentro del principio de Unidad de Jurisdicción por la letra del Artículo I 6, inciso I de la CPE, el que establece claramente la posibilidad que el ejercicio de la justicia se efectúe a través del arbitraje cuando afirma que “El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores del Distrito, los Tribunales y jueces de instancia y *demás tribunales y juzgados que establece la ley.*”

Lo hizo afirmando en su Sentencia 17/2001, así como en otras Sentencias Constitucionales:

“Los tribunales arbitrales o de conciliación no constituyen tribunales o juzgados de excepción, al contrario, responden a la voluntad de las partes expresada en contratos escritos y tienen por objeto llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a los estrados judiciales constituyéndose en un medio alternativo que contribuye a la administración de justicia.”

¹³ www.tribunalconstitucional.gob.bo

La Ley de Arbitraje y Conciliación establece el principio a favor de la validez del acuerdo arbitral, en los artículos 74 y 75 así como la validez del acuerdo arbitral por el Estado boliviano y personas de Derecho Público, en los artículos. 4 y 76:

Éstos últimos establecen:

“Artículo 4º.- (Capacidad estatal). I. Podrán someterse a arbitraje, las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. II. Conforme a lo establecido en el párrafo anterior, el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público tienen plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa.”

“Artículo 76º.- (Validez del convenio arbitral). Cuando el Estado Boliviano o cualquier otra persona jurídica nacional de Derecho Público haya celebrado válida y legalmente un convenio arbitral, la arbitrabilidad de la controversia no podrá ser cuestionada ni objetada, en supuesto amparo del ordenamiento jurídico interno o de falta de capacidad para ser parte del convenio arbitral.”¹⁴

II.1.5 Conclusión sobre el panorama anterior a la nueva Constitución

La conclusión que surge luego de revisar el panorama legal frente a la inversión extranjera en general y en materia de hidrocarburos en especial, antes de la nueva Constitución Política del Estado es que en los años '90 las inversiones extranjeras tuvieron un marco jurídico que le proveía en gran medida, seguridad jurídica. Ello duró hasta mediado de la década de los años 2000, donde comenzaron algunos cambios en la política nacional que variaron el marco de las mismas.

Hasta ese momento, los inversores extranjeros contaban con la posibilidad de recurrir al arbitraje. Los que habían invertido en hidrocarburos, a arbitraje pactado en los Contratos de Riesgo Compartido para plantear reclamos en caso de controversias derivadas de ellos. Además, estos inversores extranjeros, y los que habían invertido fuera del área hidrocarburos, podían recurrir al arbitraje CIADI u otro tipo de arbitraje previsto en los BITs, para plantear reclamos derivados del eventual incumplimiento a las normas de estos tratados, si es que los inversores

¹⁴ Se hace notar que existe en la actualidad un Proyecto de Reforma del Código de Comercio, por el cual esta Ley de Arbitraje y Conciliación se vería derogada, pero se sigue reconociendo el arbitraje como vía de solución de controversias, también para el Estados y sus emanaciones. En relación al Estado se establece: “Artículo 1386 (Capacidad estatal) I. Podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. II. Conforme a lo establecido en el párrafo anterior, el Estado y las personas jurídicas de derecho público tienen capacidad para someter sus controversias a arbitraje en sujeción a lo establecido en la Constitución Política del Estado y la ley especial.”

estaban bajo el ámbito de aplicación de alguno de estos BITs, pues el consentimiento al arbitraje estaba dado por el Estado boliviano al ratificar los mismos.¹⁵ Igualmente para los inversores amparados por el Tratado de Libre Comercio con México y los acuerdos de arbitraje comercial ratificados.

Asimismo, y en todo caso, los inversores extranjeros de cualquier área, inclusive hidrocarburos, contaban a nivel interno con una ley de arbitraje que garantizaba la validez del acuerdo arbitral celebrado por el Estado boliviano o sus entidades públicas, cortando toda posibilidad que el día de mañana se pretendiera detener el reconocimiento de un laudo extranjero sobre la base que el acuerdo arbitral había sido inválido o alegando la causal de inarbitrabilidad del litigio porque una de las partes en la controversia era el Estado o una de sus entidades. Asimismo, si el arbitraje había tenido como sede Bolivia, o se regulara por el derecho arbitral de Bolivia, o si el acuerdo arbitral mismo se determinaba que se regía por el derecho boliviano, ese derecho garantizaba la validez del acuerdo arbitral celebrado por el Estado y sus emanaciones, a través de los artículos 4 y 74 a 76 reseñados más arriba.

En cuanto a la arbitrabilidad por la materia, se entendía que no existía óbice para que controversias derivadas de inversiones extranjeras e hidrocarburos fueran sometidas a arbitraje, pese a la Doctrina Calvo recogida en la Constitución.

2.2 El panorama actual luego de la nueva Constitución

La Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009 abrogó la anterior de 1967 y sus reformas posteriores.

Observamos que mantiene la Doctrina Calvo que ya estaba antes pero particularizando su aplicación expresamente a las inversiones extranjeras y los hidrocarburos, con una redacción más exigente aún que la anterior Constitución.¹⁶

En primer lugar, en materia de inversiones extranjeras indica:

“Artículo 320.I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera.

¹⁵ Se dio el debate cuando Bolivia denunció el CIADI y en el periodo de 6 meses para hacer efectiva tal denuncia –conforme artículo 71 de la Convención de Washington, la empresa Eurotelecom International NV planteó un arbitraje ante el CIADI. En este caso Bolivia alegó que si bien el consentimiento a la jurisdicción del CIADI había sido dada por Bolivia cuando ratificó el BIT con los Países Bajos, el consentimiento del inversor se manifestó con la demanda, la que fue planteada luego del acto de denuncia de Bolivia, es decir, luego que Bolivia anulara su consentimiento previo. Por el Artículo 72 del CIADI la denuncia no afectará derecho y obligaciones de un Estado o de sus nacionales, nacidos del consentimiento a la jurisdicción del CIADI y dados con anterioridad al recibo de dicha modificación por el depositario. Por consiguiente, para Bolivia, no existe jurisdicción del CIADI: ver “Bolivia se margina del CIADI” en Puentes, Volumen 9, Nº 1, marzo de 2008, <http://ictsd.org/i/news/10649/>

¹⁶ Ver más arriba, punto 2.1.3 redacción de la Doctrina Calvo en la anterior Constitución.

II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos."

En segundo lugar, refiriéndose a los hidrocarburos, establece que Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es la única empresa facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización (artículo 361). Se autoriza a YPFB suscribir contratos, bajo el régimen de prestación de servicios, con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y en su representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva a cambio de una retribución o pago por sus servicios (artículo 362). Alternativamente, YPFB podrá conformar Joint ventures o sociedades de economía mixta para la ejecución de las actividades de la cadena productiva debiendo contar obligatoriamente con una participación accionaria no menor al 51% por ciento del total del capital social. (Artículo 362,II)

En tercer lugar, en cuanto al arbitraje, se dispone:

"Artículo 366. Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas."

Lo que se observa es que en materia de inversiones extranjeras se mantiene la obligación de someterse a las autoridades bolivianas, lo que si bien ya estaba en la anterior Constitución sin que implicara una imposibilidad de pactar el arbitraje, siempre existe el riesgo que se interprete ahora como una prohibición de hacerlo.

En materia de inversiones en el campo de los hidrocarburos, vemos una limitante para recurrir al arbitraje y a formular reclamaciones diplomáticas para empresas extranjeras que operan en hidrocarburos "en nombre y representación del Estado". Si hacemos una interpretación estricta, se estaría refiriendo solamente al caso de las empresas que han suscrito contratos de prestación de servicios con YPFB de acuerdo al artículo 362, pero no se estaría refiriendo al caso de las empresas extranjeras que han celebrado Joint ventures o conformado sociedades de economía mixta con YPFB.

Por último, el panorama se completa con la Disposición transitoria Novena que establece:

“Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.”

Podemos observar entonces que respecto a arbitraje, en materia de inversiones extranjeras, las somete a la exclusiva jurisdicción y a las autoridades bolivianas. En materia de hidrocarburos, existe una prohibición expresa de pactarlo o de recurrir a él, con seguridad para las empresas extranjeras que han celebrado contratos de prestación de servicios con YPFB. Finalmente, es posible que antes de la finalización de la vigencia de algunos o todos los BITs, Bolivia los denuncie, hecho que de todas maneras no podrá impedir la remanencia de los mismos según sus disposiciones que establecen que para inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha en que la notificación de terminación del Convenio se haga efectiva, las disposiciones del mismo continuarán en vigencia por un período de varios años (entre 10 y 15 dependiendo de cada BIT) a partir de esa fecha.

III. La arbitrabilidad del litigio a los fines de la validez del acuerdo arbitral

Ante el cambio del marco jurídico de las inversiones extranjeras en Bolivia que acabamos de reseñar, cabe preguntarse cómo influye ese cambio en los derechos de un inversor extranjero, adquiridos antes de esos cambios.

¿Es posible para el Estado Plurinacional de Bolivia rehusar participar en un arbitraje alegando que los pactos anteriores (pactos que derivan ya sea de la ratificación de los BITs combinado o no con el CIADI, o cláusulas de arbitraje en los Contratos de Riesgo Compartido celebrados bajo la anterior ley de hidrocarburos o Contratos de Operación petroleros, celebrados bajo la actual ley de hidrocarburos pero antes de la reforma constitucional de 2009, ya no son válidos al haber cambiado la arbitrabilidad del litigio por la materia?

¿Podría el Estado boliviano alegar hoy que acuerdos arbitrales anteriores a la constitución vigente no son válidos porque las cuestiones a debatir ya no son más arbitrables?. ¿Podrían los jueces bolivianos rechazar el reconocimiento de un laudo extranjero obtenido a su favor por un inversor extranjero por el mismo motivo?

Recordemos que la alegación de no arbitrabilidad podría aparecer al momento del inicio del arbitraje, durante el mismo, o una vez emitido el laudo, para detener su reconocimiento y/o ejecución.

La respuesta depende del marco normativo en que nos ubicamos, en especial, si la tiene que dar un árbitro o un juez.

Desde el punto de vista de un juez, el razonamiento seguramente pasará por un análisis de derecho internacional privado, inclusive las disposiciones previstas para el arbitraje internacional en los tratados ratificados y en la ley nacional de arbitraje. Como punto de partida, la ley aplicable a los distintos aspectos que hacen a la validez del acuerdo arbitral debe regirse por su respectiva norma, teniendo en cuenta la jerarquía de normas imperante en el país al que pertenece el derecho aplicable. Es decir, es diferente alegar la invalidez del acuerdo arbitral por un tema de capacidad de las partes, de forma, o de fondo. A cada cuestión habrá que buscarle la norma que indica el derecho que debe resolverla.

En materia de arbitrabilidad del litigio por un debate de fondo como es la materia, el juez, si es boliviano y tiene que evaluar la ejecución de un acuerdo arbitral celebrado con un inversor extranjero y/o en materia de hidrocarburos, o la ejecución de un laudo extranjero en las mismas materias, tendrá en cuenta el Orden Público Internacional boliviano, el que se habrá visto modificado por las disposiciones de la nueva Constitución (sobre todo, si la Constitución "formal" llega a adquirir estatus de Constitución "material"). Al mismo tiempo, deberá tener en cuenta la norma sobre derecho transitorio en la misma, que afirma en el artículo 123 el principio de irretroactividad de la ley,¹⁷ así como el concepto de derechos adquiridos sin descuidar la perspectiva del derecho internacional, si no desea meter en aprietos al país y hacerlo incurrir en un caso de responsabilidad internacional.

Ahora bien, desde el punto de vista de un árbitro, tendrá gran relevancia el derecho internacional y la *lex mercatoria*. A este respecto, es bien conocido que un principio perteneciente a este orden establece que en materia de contratos entre Estados y particulares extranjeros, el Estado y sus emanaciones no pueden invocar la propia inmunidad, soberanía o imposibilidad de recurrir al arbitraje pactado, en base a su derecho interno.¹⁸ No pueden invocar la propia ley nacional para invalidar

¹⁷ El Artículo 123 de la Constitución establece: "La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución."

¹⁸ MARRELLA, Fabrizio, "La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi di contratti des comercio internazionale, CEDAM, Tratto di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia, Volume 30, Padova, 2003, en [www. Trans-Lex.org/126350](http://www.Trans-Lex.org/126350), p. 714. Este principio encontró consagración en los laudos *Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIIC*, p. 1332; *Topco, International Legal Materials 1978*, p. 19, *Liamco, International Legal Materials 1981*, p. 54, *Aminoil, International Legal Materials 1982*, p. 1006, *Framatome v. The Atomic Energy Organization of Iran*, Yearbook, 1983, p. 94, 101. En doctrina, MAYER, Pierre, Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, in *Etudes Pierre Lalive*, p. 552, PAULSSON, La *Lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI, *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 81, LOWENFELD, *Lex Mercatoria: An arbitrator's View*, en *Arbitrage International*, 1990, p. 148, MUSTILL, *The New lex mercatoria: The first twenty-five years*, *Arbitration International* 4(2) 1987 p86-119, p. 112, y la *Compilación de Principios Generales en Harvard Law Review*, 1988, p. 1816, en p. 1826, en Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1961 y el Artículo 177 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza.

el acuerdo arbitral. Esta es una aplicación del principio de buena fe en el arbitraje, ampliamente conocido.¹⁹

En cuanto al derecho internacional público, un principio análogo está receptado en el Artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la que refleja normas del derecho internacional consuetudinario.

Recordemos lo sucedido en el caso *Framatome*.²⁰ Una de las objeciones a la jurisdicción arbitral presentada en el caso *Framatome* por la parte iraní, fue la invalidez de la cláusula arbitral. El organismo iraní se basó para ello no sólo en el código de procedimiento civil iraní y en una ley de 1968 relativa a los compromisos del Gobierno o de una empresa del Estado, que exigían ciertas aprobaciones que no se habían efectuado al momento de pactar el acuerdo arbitral, sino también en el Artículo 139 de la nueva Constitución de la República Islámica de Irán de 1979, que había sido aprobada dos años después que las partes acordaran que el derecho iraní gobernaría el contrato, y que imponía la aprobación por el Congreso de las prórrogas en árbitros tratándose de contratos del Estado con extranjeros o de contratos de gran importancia doméstica. La parte iraní sostenía que tal elección del derecho se refería al "derecho vivo" en su evolución, incluyendo por tanto, la nueva Constitución de 1979, y que no se trataba de una aplicación retroactiva de la misma, sino más bien, la aplicación inmediata de una ley imperativa al contrato que, hasta no ser declarado terminado por el tribunal arbitral, seguía existiendo.

La parte privada por su lado, sostenía que el contrato había terminado el día anterior a que el gobierno iraní había tomado la decisión de no continuar con la explotación de sus recursos naturales, y por tanto, tomar en consideración la nueva Constitución significaría una aplicación retroactiva de la misma.

La cuestión entonces consistía en determinar si la Constitución islámica se aplicaba o no a una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado antes de su sanción, es decir, el problema de la retroactividad de las leyes.

El laudo se colocó en el plano del derecho internacional y afirmó:

"En ausencia de una disposición expresa que disponga la retroactividad, parece imposible adjudicarle esta característica a un texto constitucional...y de acuerdo a los principios ampliamente aceptados del derecho internacional público que gobiernan las relaciones entre Estados, no es posible, en ausencia de una indicación explícita en el artículo de la Constitución relativo a su aplicación *pro temporis*, presumir cualquier intención del Estado iraní de cuestionar la validez de compromisos de arbitrar

¹⁹ BOWDEN, Paul, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: GAILLARD (ed.); *Transnational Rules in Commercial Arbitration*, ICC Publ. N° 480,4, Paris, 1999, p. 125 y ss. En www.Trans-lex.org/110600

²⁰ *Framatome v. The Atomic Energy Organization of Iran*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, VIII, 1983, p. 94

celebrados previamente, y presumiblemente válidos, por una organización pública iraní a un nivel internacional.²¹

Asimismo, el tribunal consideró que la parte iraní que se apoyaba en la aplicación de la constitución, no había demostrado, o al menos intentado demostrar, alguna intención conjunta de las partes de someter la efectividad de una "cláusula contractual tan fundamental como es la cláusula arbitral... a una especie de condición totalmente dentro del poder de una parte, cuya ocurrencia dependería solamente en la voluntad del Estado del cual el organismo público parte del conflicto era un instrumento.²² Tal interpretación no podría ser aceptada a falta de prueba inequívoca, porque iría contra el principio de efectividad que otorga a los términos usados en un tratado (o contrato) un significado positivo y no un significado que los prive de valor práctico.

Los árbitros agregaron *obiter dictum* que "un principio general, universalmente reconocido en las relaciones interestatales y en las relaciones privadas internacionales (ya sea que este principio se considere de orden público internacional, o como perteneciente a los usos comerciales internacionales o a los principios reconocidos del derecho internacional público y el derecho del arbitraje internacional o la *lex mercatoria*) impediría de todas maneras al Estado iraní el repudiar el compromiso de arbitrar que él mismo celebró o que una organización pública como la AEOL hubiera celebrado previamente." Asimismo, señalaron que el derecho internacional positivo impedía a un Estado liberarse de un acuerdo arbitral mediante un acto de su propia voluntad, tal como un cambio en su legislación interna o una terminación unilateral del contrato.²³

IV. Consideraciones finales

Existe una variación importante en el marco jurídico de las inversiones extranjeras en Bolivia, focalizada en especial en materia de hidrocarburos. La reforma se va a ir haciendo más evidente aún con la promulgación de las leyes necesarias para implementar las directivas de la nueva Constitución de Bolivia.

Esos cambios implican un retorno a la Doctrina Calvo, en tanto se afirma que existe jurisdicción exclusiva de los jueces bolivianos para resolver controversias derivadas de inversiones extranjeras o actividades de la cadena de hidrocarburos.

Ante los mismos consideramos sin embargo que el inversor extranjero que contaba con el derecho de recurrir al arbitraje, adquirido antes de la promulgación de la nueva Constitución, seguramente tendrá éxito en un arbitraje internacional

²¹ Yearbook of Commercial Arbitration, VIII, 1983, p. 107.

²² Oppetit, Bruno, "Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran", Journal du Droit International, Clunet, N° 111, p. 40 y ss.

²³ Yearbook of Commercial Arbitration, VIII, 1983, p. 108-109.

en mantener la vigencia de ese derecho más allá que el Estado pudiera pretender la invalidez de tal acuerdo por inarbitrabilidad de la materia. Ello aún en caso de denunciarse los BITs.

La validez del acuerdo arbitral celebrado con anterioridad a los cambios normativos no podrá ser rehusada con éxito por el Estado boliviano, con efectividad fuera del país. Tampoco dentro del país, pues la norma constitucional no establece expresamente la retroactividad de la prohibición al arbitraje que ella misma establece en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos, caso en que según el texto del artículo 123 de la nueva Constitución, sí hubiera podido alegarse con probabilidades de acatamiento.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS ESTRADA, MARIO (Editor responsable y Coordinador General), Introducción a la industria de los hidrocarburos, Cámara Boliviana de Hidrocarburos, Plural Editores, 2008.

"Bolivia se margina del CIADI" en Puentes, Volumen 9, N° 1, marzo de 2008, <http://ictsd.org/i/news/10649/>

BOWDEN, Paul, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: GAILLARD (ed.); Transnational Rules in Commercial Arbitration, ICC Publ. N° 480,4, París, 1999, p. 125 y ss. En www.Trans-lex.org/110600

CUOMO, MARÍA DE LOS ÁNGELES NAHID, El arbitraje internacional en conflictos entre Estados y particulares derivados de contratos de desarrollo económico, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1998.

CUOMO, MARÍA DE LOS ÁNGELES NAHID, "El marco legal internacional de las inversiones extranjeras en Bolivia", Revista Investigación Jurídica, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, año VI, N° 6, septiembre 2006, p. 73-120.

CUOMO, MARÍA DE LOS ÁNGELES NAHID, "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano en materia de arbitraje", Revista Investigación Jurídica, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Año V, N° 5, mayo 2005, p. 113-144.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXIV, 2009, p. 13-37.

GALDO ASBUN, Daniel, "Política energética e inversión extranjera", Revista Ensayos Jurídicos, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, año 2, mayo 2005, p. 51-60.

HERRERA AÑEZ, William, "La Constitución económica boliviana", Revista Boliviana de Derecho, N° 1, 2006, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, p. 61-83.

HUNTER, Martin y CONDE E SILVA, Guido, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations", The Journal of World Investment, Geneva, June 2003, Vol. 4 N° 3, p. 367-378.

"Inversión Extranjera en Bolivia – Análisis 2009" en Coyuntura Económica, CAINCO, N° 2 junio 2009, en www.cainco.org.bo/publicaciones

MARRELLA, Fabrizio, "La nuova *lex mercatoria*, Principi Unidroit ed usi di contratti des comercio internazionale, CEDAM, Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia, Volume 30, Padova, 2003, en www.Trans-Lex.org/126350

OPPETIT, BRUNO, "Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran", Journal du Droit International, Clunet, N° 111

PALLADINO FERNANDEZ, VALERIA, Migración obligatoria de los contratos de riesgo compartido del sector hidrocarburos impuesta por la Ley de Hidrocarburos N° 3058, Trabajo Final de Grado, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, 2007.

PODESTA COSTA, LUIS A. Y RUDA, JOSÉ M., Derecho Internacional Público, T° II, Tea, Buenos Aires, 1985.

VALDIVIA GARCÍA, Gerardo "Bolivia Estado Plurinacional y Comunitario", bo.globedia.com/bolivia-plurinacional-comunitario



LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA
LEGISLACIÓN LABORAL VIGENTE EN BOLIVIA (Cuidado con las
posibles demandas laborales y sanciones por la utilización de contratos
de prestación de servicios)

*THE AGREEMENTS OF PROVISION OF SERVICES UNDER THE
BOLIVIAN LEGISLATION IN FORCE (Watch Out With The Possible Working
Lawsuits And Sanctionb By The Use Of Agreements Of Provision Of Services)*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 240-258



Jose Luis
BEJARANO
FRIAS

RESUMEN: El presente documento expone algunos criterios legales útiles para diferenciar una relación laboral de una relación civil o comercial y emite recomendaciones prácticas para las empresas que desean tercerizar o externalizar actividades de su organización, a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

Estas recomendaciones pretenden evitar que los contratos de servicios utilizados sean calificados posteriormente como fraude a la legislación laboral y, con ello, evitar exponerse a futuras demandas laborales o sanciones administrativas por incumplimiento de leyes sociales.

PALABRAS CLAVE: Contrato de prestación de servicio, contrato laboral, relación laboral.

ABSTRACT: This document sets some legal criteria helpful to differentiate an employment relationship of a relationship civil or commercial and delivers practical recommendations for companies that want outsource or outsourcing activities of his organization, through civil or commercial contracts to provide services.

These recommendations intended to prevent that contracts for services used are qualified subsequently as fraud to the labor legislation and, with this, avoid exposure to future labor demands or administrative penalties for breaches of social laws.

KEY WORDS: Agreement of provision of services, labor contract, labor relation.

SUMARIO: Introducción. I. La prestación de servicios y las relaciones jurídicas emergentes. II. Diferencia entre el contrato civil y el contrato comercial de servicios III. El Fraude laboral. IV. Los servicios que la empresa moderna requiere en el siglo XXI. A. Servicios dependientes prestados en relación de dependencia. B. Servicios independientes prestados en relación de independencia. C. Servicios independientes prestados en relación de semi – dependencia. D. Servicios dependientes prestados en relación de dependencia a favor de una empresa que no es jurídicamente el empleador.V. Conclusiones

RESUMEN

El presente documento expone algunos criterios legales útiles para diferenciar una relación laboral de una relación civil o comercial y emite recomendaciones prácticas para las empresas que desean tercerizar o externalizar actividades de su organización, a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

Estas recomendaciones pretenden evitar que los contratos de servicios utilizados sean calificados posteriormente como fraude a la legislación laboral y, con ello, evitar exponerse a futuras demandas laborales o sanciones administrativas por incumplimiento de leyes sociales.

PALABRAS CLAVE

Contrato de prestación de servicio, contrato laboral, relación laboral.

INTRODUCCIÓN

Los contratos de prestación de servicios utilizados por organizaciones empresariales generan dudas acerca de los efectos legales derivados de dicha relación contractual. Si la relación jurídica incluye elementos característicos de la relación laboral, entonces, el prestador de servicios gozará de todos los derechos reconocidos por la Ley General del Trabajo, consecuentemente, la empresa contratante tendrá la obligación de asumir estas cargas, de lo contrario, quedará expuesta a demandas laborales y sanciones administrativas por infracción de leyes sociales.

Bajo esta problemática, el presente documento expone algunos criterios legales útiles para diferenciar una relación laboral de una relación civil o comercial y emite recomendaciones prácticas para las empresas que desean tercerizar o externalizar

José Luis Bejarano Frias

Abogado por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España), Profesor de Derecho Comercial por la Universidad Privada Domingo Savio, Asesor de empresas privadas y Director de la firma de abogados Lexnova SRL. E - mail. jbejarano@lexnova-abogados.com

actividades de su organización a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

En este contexto, el trabajo inicia el análisis de la temática mediante el estudio del contrato de prestación de servicios desde la óptica del derecho civil, comercial y laboral, así como el estudio de los elementos o características que diferencian a uno de otro contrato desde su naturaleza jurídica.

Se destaca el análisis de la subordinación y dependencia como elementos diferenciadores y característicos de la relación laboral, su importancia a tiempo de calificar un contrato como verdadera prestación de servicios independientes y los cuidados que tendrá que tener la empresa moderna cuando decida utilizar la vía de la externalización para no caer en el denominado *fraude laboral*.

Finalmente, el trabajo describe los distintos escenarios legales que rodean a los contratos de prestación de servicios contratados por organizaciones empresariales. Escenarios jurídicos que van desde la típica relación laboral donde el servicio se desarrolla de forma dependiente y en una relación de dependencia laboral, hasta la relación típicamente independiente, donde el servicio se presta en condición de independiente y bajo una relación jurídica civil o comercial. Se describe también algunos escenarios más difíciles de diferenciar, tales como los servicios prestados de forma independiente aunque bajo una relación de semi – dependencia y los servicios prestados bajo condición de dependientes a favor de una empresa que no es contractualmente su empleador.

1.- LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LAS RELACIONES JURÍDICA EMERGENTES

La prestación de servicios en su acepción general, implica toda actividad desarrollada a favor de otra persona o subordinadamente a ella, exista remuneración o no¹. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, la prestación de servicios podría desarrollarse como relación laboral o como arrendamiento de servicios.

Cuando se configura una relación de dependencia laboral, la prestación de servicios se materializa e instrumenta mediante el denominado contrato de trabajo regulado por la Ley General del Trabajo. En este contrato, una de las partes –el patrono, empresario o empleador- otorga remuneración a cambio de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad subordinada de la otra parte denominada el trabajador².

¹ CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo VI, Argentina, 1997, pp. 389, Voz: Prestación de servicios.

² CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo II, Argentina, 1997, p. 351, Voz: Contrato de trabajo.

Mientras que cuando la prestación de servicios se desarrolla en condiciones no laborales, la regulación aplicable corresponde al ámbito de aplicación del Derecho privado, concretamente, la regulación aplicable al contrato de obra bajo la modalidad de prestación de servicios, tipificado por el artículo 932 del Código civil boliviano.

En este contexto, conviene recordar que ya en los tiempos de los romanos se distinguía entre la *locatio operis*, o arrendamiento de obra, y la *locatio operarum*, o arrendamiento de servicios. El primero, era el contrato por el cual una persona se obligaba frente a otra a ejecutar un trabajo o una empresa determinada; mientras que el segundo -el contrato de arrendamiento de servicios- era el contrato por el cual una persona ponía su actividad y sus talentos profesionales al servicio de otra, por un tiempo determinado o indeterminado, tiempo en el cual el profesional quedaba obligado a prestar los servicios propios de su especialidad³. Similar diferenciación encontramos en la regulación civil vigente en Bolivia.

En realidad, a la prestación de servicios se pueden aplicar normas legales distintas, generando derechos y obligaciones distintos. A la prestación de servicio en relación de dependencia laboral se aplica la Ley General del Trabajo (en adelante LGT) y se generan todos los derechos laborales y sociales que le corresponden a los trabajadores; mientras que a la prestación de servicios en condiciones de independencia se puede aplicar la regulación del Código de Comercio (en adelante CCM) o del Código civil (en adelante CC) y los derechos y obligaciones emergentes son los que se tienen pactados en el correspondiente contrato de prestación de servicios⁴. Estos efectos legales distintos provocan confusión en el sector empresarial moderno a tiempo de determinar cual es la regulación aplicable a sus contratos de prestación de servicios. Por ejemplo:

Si A desarrolla servicios a favor de B a cambio de una remuneración económica, ¿qué tipo de relación jurídica se configura entre A y B: laboral, civil o comercial?

En realidad, la respuesta a estas interrogantes no depende del tipo de documento utilizado o el contrato elegido, tampoco depende de la legislación pactada contractualmente o del nombre o rótulo utilizado para el dicho contrato, sino que se aplica una u otra regulación en función a las características materiales con las que se efectúa la prestación del servicio. Son éstas características materiales las que motivarán la aplicación de la Ley General del Trabajo, el Código de comercio o el Código civil.

³ CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo II, Argentina, 1997, pp. 347-348, Voz: Contrato de locación de servicios.

⁴ También existe la prestación de servicios regulada por leyes especiales, tales como la Ley del funcionario público. Sin embargo, el presente trabajo enfoca el análisis solamente a la regulación laboral, civil y comercial aplicable a la prestación de servicios.

En sede del Derecho laboral, tanto el artículo 5 LGT, como el artículo 5 de su Decreto reglamentario, establecen que el contrato de trabajo es aquel en virtud del cual una o más personas se obligan a prestar sus servicios manuales o intelectuales a favor de otra u otras personas.

Mientras que desde el punto de vista del Derecho privado, el artículo 732 del Código civil, establece que por el contrato de obra el empresario o contratista asume, por sí solo o bajo su dirección e independientemente, la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida. Aclara también, que el objeto de este contrato puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios. Nótese, que en este artículo, el Código civil está incluyendo el término "empresario" para hacer referencia tanto a las prestaciones de servicios empresariales como a las prestaciones de servicios profesionales. El término profesional debe ser entendido en su sentido amplio, incluyendo a los técnicos y empíricos que, sin embargo, son considerados especialistas en el oficio contratado, y que prestan sus servicios directamente y no a través de una organización empresarial.

Precisamente, los servicios prestados por profesionales constituyen uno de los supuestos regulados por el código de comercio como **actos no comerciales**, concretamente por el artículo 8 del Código de comercio que establece que no serán considerados como actos de comercio la prestación directa de servicios por profesionales y los servicios de los artesanos, obreros y otros, establecidos sin condición de empresarios. En sentido contrario, toda prestación de servicios prestados por personas (profesionales o técnicos) que integran una organización empresarial será considerada como prestación de servicios empresariales regulados por el Código de comercio⁵ y supletoriamente por el Código civil.

II.- DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO CIVIL Y EL CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS

Se ha dicho que la prestación de servicios puede generar relaciones jurídicas privadas -civiles o comerciales- por un lado y relaciones jurídicas laborales por otro. En este contexto, conviene recordar que el Derecho civil y el Derecho comercial forman parte del denominado Derecho privado y, en este ámbito jurídico, el Estado se limita a respetar y hacer cumplir los acuerdos y pactos celebrados lícitamente por los particulares, quienes en ejercicio a sus derechos disponibles, desarrollan una infinidad de intercambios de bienes o servicios.

Ciertamente, desde el punto de vista del Derecho privado todo contrato implica un intercambio patrimonial; en el caso del contrato de prestación de servicio este

⁵ Ver art. I CCM

intercambio consiste en que una parte desarrolla un servicio a favor de la otra a cambio de una remuneración económica.

Cuando el servicio es desarrollado directamente por una persona civil (no constituida legal ni materialmente como comerciante o empresario) a favor de otra persona civil, entonces, la relación jurídica emergente será de naturaleza civil. Mientras que cuando el servicio es prestado por una organización empresarial (sociedad comercial o empresa unipersonal) a favor de otra organización empresarial, entonces, la relación jurídica emergente será indiscutiblemente comercial⁶.

Una variante de estos contratos comerciales de prestación de servicios son los erróneamente denominados contratos *civil – comercial* de prestación de servicio en los que la relación jurídica contractual tiene por una parte a la persona natural prestadora del servicio (denominado contratista por los términos que provee el código civil) y, por otra parte, el receptor de los servicios (el contratante), usualmente una organización empresarial que ha decidido no utilizar el mecanismo laboral de contratación de personal y que ha optado por tercerizar o externalizar alguna función no propia de su negocio principal, dejando que tal actividad sea desarrollada por un especialista: el prestador de servicios externos. En estos casos, al tenor del artículo 9 del Código de comercio, el acto aún seguirá siendo comercial, por lo tanto, el contrato emergente es un contrato comercial y no un contrato *civil – comercial*.

Por otro lado, el Derecho laboral no forma parte del Derecho privado, sino del denominado Derecho social que se caracteriza por la facultad que tiene el Estado de vigilar y asegurar que los derechos de los trabajadores no sean vulnerados por el desequilibrio de fuerzas económicas entre el empleador y el trabajador; ni siquiera por renuncia voluntaria y expresa del trabajador; toda vez que los derechos laborales son irrenunciables.

El Derecho social tiene además como característica especial su predominio o aplicación preferente respecto a la legislación civil o comercial. Por ello, independiente si el contrato se lo celebra o es denominado por las partes como contrato civil o comercial, si en la prestación del servicio se observan características propias de la relación laboral, entonces, el contrato será obligatoriamente regulado por la Ley General del Trabajo.

Al tenor del artículo 1 LGT, reafirmado por el Art. 2 del Decreto Supremo 28699 de 01 de mayo del 2006, cuando el servicio es prestado por una persona –profesional o no- en condiciones de dependencia y subordinación y, si el trabajo es prestado por cuenta ajena y a cambio de una remuneración –cualquiera sea su

⁶ Es necesario recordar que a los efectos del Código de comercio el término comerciante es equivalente a empresario. Por ello, que el código de comercio se aplica a todas las organizaciones empresariales, ya sean empresas unipersonales o sociedades comerciales.

forma-, entonces, el contrato será calificado como laboral sin importar la forma o la denominación del contrato que se haya suscrito. Es decir, sin importar que el contrato se lo haya denominado civil o comercial, ya que por imperio del artículo 48 de la Nueva Constitución Política del Estado (en adelante CPE) y del artículo 44 del Decreto Ley N° 16896 de 15 de julio de 1979, denominado Código Procesal del Trabajo, las normas laborales son de aplicación preferente a cualquier otra y, por lo tanto, se sobreponen a la normativa civil o comercial. Consecuentemente, las autoridades competentes calificarán dicha relación y dicho contrato como laboral, obligando al contratante (receptor de los servicios) a pagar los beneficios sociales a favor del prestador del servicio y, en su caso, a pagar las multas aplicables por infracción de las leyes sociales.

III.- EL FRAUDE LABORAL

El *fraude laboral*, es la simulación de una relación jurídica civil o comercial para ocultar una relación laboral; no es otra cosa que la intención o efecto de disfrazar una relación jurídica laboral a través de la utilización de contratos civiles o comerciales usualmente con la intención de reducir costos mediante el no pago de los beneficios laborales y sociales que le corresponden al trabajador prestador del servicio.

Pero, ¡cuidado con las demandas laborales o sanciones por la utilización de contratos de prestación de servicios! Es necesario estar conciente que cuando concurren las características esenciales de la relación laboral, el prestador del servicio goza de todos los derechos laborales y sociales que le corresponden al trabajador, sin importar el tipo de contrato suscrito entre las partes.

Por ello, para los efectos prácticos de la actividad empresarial, aún más importante que la diferenciación entre un contrato civil o comercial de prestación de servicios, es la diferenciación entre éstos y a los contratos laborales, valorando e identificando los elementos constitutivos de la relación de trabajo.

IV.- DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO: LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La normativa relevante a los efectos del estudio de los contratos de prestación de servicios y su diferenciación respecto a los contratos civiles o comerciales se encuentra fragmentada en la legislación laboral vigente en Bolivia. Las normas más relevantes son:

El Decreto Ley de 24 de mayo de 1939, denominado Ley General del Trabajo (LGT), que regula los derechos y obligaciones emergentes del trabajo y que en su artículo 2 define las condiciones de trabajador y empleador, y la relación de trabajo por cuenta ajena.

El Decreto Supremo 224 de 23 de agosto del 1943, denominado Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo, que en su artículo 4 determina que no se consideran “empleados” a los que presten servicios desde sus domicilios u oficinas, sin concurrir cotidianamente a las del patrono, o aquellos cuyos servicios sean discontinuos.

La Ley del 26 de octubre del 1949 y su Decreto Reglamentario del 26 de enero de 1956, que dispone que los profesionales, sean estos, abogados, médicos, ingenieros, dentistas, farmacéuticos, contadores, matronas, enfermeras, visitadoras o asistentes sociales diplomadas, procuradores y profesores o maestros que trabajan en empresas comerciales, industriales e instituciones bancarias a sueldo mensual, aunque no estén sujetos a horario continuo, gozarán de todos los beneficios sociales acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores.

El Decreto Supremo 23570 de 26 de julio del 1993, que en su artículo 1 establece que las características esenciales de la relación laboral son: (a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador. (b) La prestación del trabajo por cuenta ajena. (c) La percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas y manifestaciones.

El Decreto Supremo 28699 del 1 de mayo del 2006, que ratifica como características esenciales de la relación laboral a la relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador; la prestación del trabajo por cuenta ajena y la percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas y manifestaciones.

El Decreto Supremo 107 de 1 de mayo de 2009, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la legislación laboral y el goce pleno de los derechos laborales de las trabajadoras y trabajadores dependientes asalariados de las empresas, sea cual fuere la modalidad de estas empresas. Esta disposición sugiere la legalidad de las actividades de empresas subcontratantes de personal y aclara que la norma laboral presumirá la existencia de relación de dependencia laboral entre la empresa subcontratada y los dependientes directos de ésta, aunque anuncia que se sancionará cualquier tipo de práctica empresarial tendiente a evadir relaciones típicamente laborales, sean de subcontratación u otras similares; referencia aplicable a la tercerización, externalización, intermediación, u otras modalidades similares.

La Resolución Ministerial No 108/10 de 23 de febrero del 2010, que prohíbe toda modalidad de subcontratación en tareas propias e inherentes al giro habitual y principal de la empresa.

Esta es la normativa laboral vigente y aplicable a los contratos de prestación de servicios en Bolivia. De su análisis se infiere que ante la presencia fáctica de los

elementos de dependencia y subordinación en la prestación del servicio, se estará ante una relación laboral y, se desplazará en sus efectos, a la regulación comercial o civil. Sin duda, los elementos característicos que identifican la existencia de una relación laboral son precisamente la subordinación y la dependencia laboral.

Sin embargo, la legislación laboral no es clara respecto al significado de estas características, más aún en situaciones de servicios prestados en circunstancias como las que se desarrolla dentro de la empresa moderna. Por ello, conviene realizar algunas precisiones respecto a la subordinación y la dependencia como elementos característicos de la relación laboral.

La subordinación y la dependencia son como dos caras de una misma moneda: la relación empleador – trabajador. En la relación laboral el empleador adquiere dominio y dirección de la fuerza física o mental de su trabajador; lo sujeta a su autoridad⁷, lo hace su *dependiente* y se responsabiliza por sus actos. En el mismo contexto, el trabajador queda *subordinado* a la dirección del empleador durante la jornada de trabajo, realizando las actividades que el empleador le instruye. Es decir; la subordinación es el poder de dirección⁸ que ejerce el empleador sobre el empleado que se deriva en el estado de limitación de la autonomía del trabajador; al cual se encuentra sometido en sus prestaciones por razón de su contrato y que origina la potestad del empleador para dirigir la actividad del trabajador; quien es su dependiente a efectos de obtener mayor rendimiento o productividad de la empresa bajo la dirección que él ejerce⁹.

Nótese, que la subordinación y dependencia no son definibles en términos precisos y unívocos, en realidad, es un conglomerado de circunstancias, que en mayor o menor medida, contribuyen a crear un clima económico y social concreto, susceptible de encajar razonablemente en el encuadre jurídico¹⁰ de la subordinación y dependencia laboral

Por ello, a tiempo de diferenciar e identificar la existencia de una relación de dependencia laboral habrá que observar algunos otros aspectos, tales como:

- La condición jurídica del prestador del servicio.
- Si es una persona natural, un profesional o una organización empresarial.

⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Driskill S.A., Tomo VI, Buenos Aires – Argentina, p. 766, Voz: Dependencia.

⁸ ACKERMAN, M.E., “Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del Derecho del trabajo”, Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre 2007, p. 8, disponible en www.juridicas.unam.mx/f/c/01 de marzo del 2010.

⁹ CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 21° Ed., Tomo VII, Argentina, 1989, p. 535 Voz: Subordinación laboral.

¹⁰ ACKERMAN, M.E., “Contrato ...”, Ob. Cit. p. 14.

- Si el servicio recae sobre una función propia o permanente de la empresa contratante. Es decir, si es una actividad del giro (negocio) principal del contratante.
- Si el prestador del servicio desarrolla un **know how** propio, o si desarrolla sus funciones bajo el sistema de gestión, técnicas y procedimientos del contratante.
- Si el contratante ordena y dirige el tiempo y las actividades del prestador del servicio.
- Si el contratante controla la asistencia y el efectivo cumplimiento de la jornada de trabajo.
- Si existe dependencia económica. Es decir, si todos los ingresos del prestador del servicio lo recibe de su contratante.
- Si existe exclusividad a favor del contratante.
- Si la prestación del servicio se lo realiza con carácter personal, o si por el contrario, el prestador del servicio tiene facultades de delegarlo a un dependiente de él.
- Si el servicio se lo desarrolla dentro o fuera de las instalaciones del contratante.
- La forma de pago. Si el prestador del servicio emite factura.

En la valoración de estos aspectos conviene tener presente el efecto del denominado principio de la primacía de la realidad recogido expresamente por el artículo 2 del Decreto Supremo 23570 de 26 de julio del 1993, en el que se aclara que cualquier persona natural que preste servicios, en cuya relación concurren las características esenciales de la relación laboral se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LGT y goza de todos los derechos reconocidos en ella, sea cual fuere el rubro o actividad que se realice, así como la forma expresa del contrato o de la contratación verbal si fuera el caso.

V.- LOS SERVICIOS QUE LA EMPRESA MODERNA REQUIERE EN EL SIGLO XXI

El mundo empresarial del siglo XXI, cada vez más globalizado y competitivo, exige empresas con mentalidad global, eficientes y flexibles. Estas exigencias mundiales han cambiado profundamente la forma de organización de las empresas.

Las empresas modernas buscan ser cada vez más especializadas, cediendo a proveedores externos las actividades que no consideran prioritarias a efectos de lograr mayor especialidad, eficiencia, reducción de costes y productividad¹¹. Estos

¹¹ ELIAS, J., "Desindustrialización, terciarización y otros tópicos enganosos", La Caixa, Informe Mensual, Abril

nuevas formas de organización se estructuran sobre la denominada *externalización* o *tercerización*.

En la actualidad, las empresas modernas están externalizando actividades como los servicios de contabilidad, informática, mantenimiento de equipos tecnológicos, limpieza, seguridad, servicios legales, publicidad, jardinería y otros¹². Esta estrategia empresarial que busca mayor eficiencia y especialidad ha reemplazado una gran cantidad de funciones que antes se desarrollaban en situación de dependencia laboral.

Lamentablemente, la externalización no sólo se está utilizando para avanzar hacia una mayor eficiencia empresarial, en muchas ocasiones sólo se la utiliza como mecanismo para reducir gastos a la empresa en razón al no pago de derechos laborales (aguinaldo, vacaciones, primas, indemnización por tiempo de servicios) y sociales (jubilación, seguro de salud, seguro de accidentes).

Esta realidad motiva nuevamente la pregunta: *¿cuándo una empresa queda expuesta a demandas laborales y sanciones administrativas por indebida utilización de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios?*

Ante tal cuestión y, para no caer en posibles demandas laborales y en sanciones de las autoridades laborales, la empresa moderna deberá observar cuidadosamente las características, condiciones y modalidades con las que se prestarán los servicios contratados. En este contexto, conviene tener presente que al interior de la empresa moderna la utilización de contratos de prestación de servicios pueden configurar distintos escenarios jurídicos; en algunos casos los servicios se prestan en condición de dependientes y bajo una relación de dependencia; en otros casos se prestan en condición de independencia y bajo una relación eminentemente independiente. También se puede dar el caso en el que el servicio se presta en condición de independencia pero bajo una relación de semi – dependencia y, finalmente, existen casos en los que los servicios se prestan en condición de dependencia pero a favor de una persona u organización que no figura contractualmente como su empleador.

A. SERVICIOS DEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Los servicios dependientes en relación de dependencia configuran la típica relación jurídica laboral en la que es notoria la presencia de la subordinación y dependencia del trabajador a favor del empleador; quien se apropia de su actividad física o intelectual y lo destina al proceso productivo de la empresa que dirige.

2009, p.50. Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

¹² CANALS, C., "Deslocalización, *outsourcing*, *offshoring*..., ¿de qué hablamos?", La Caixa, Informe Mensual, Abril 2009, pp. 17-18. Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

El prestador del servicio es siempre una persona natural (un trabajador) que desarrolla una función propia y permanente del giro o negocio principal de la empresa contratante (el empleador). Cumple una jornada laboral y queda subordinado a la dirección del empleador durante dicha jornada; normalmente el trabajador desarrolla una dependencia económica en el sentido que el total de sus ingresos provienen del contratante, toda vez que el total de la jornada laborable diaria la ocupa prestando el servicio exclusivamente a favor de su empleador.

B. SERVICIOS INDEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE INDEPENDENCIA

En el otro extremo se tiene a los servicios que se prestan de forma independiente y bajo una relación de absoluta independencia laboral. Este tipo de prestación de servicios genera una relación jurídica de naturaleza civil o comercial, dependiendo si el servicio lo presta un profesional o un técnico especialista, o si es una organización empresarial legalmente establecida la que presta el servicio. Por ejemplo:

- Los servicios prestados por un carpintero a favor de una empresa, cuando los servicios son prestados desde el taller del carpintero no pueden ser calificados como una relación laboral, sino civil.
- Los servicios prestados por un profesional médico a favor de una empresa, cuando los servicios son prestados desde las oficinas del profesional, no podrán ser calificados como relación laboral, sino como una relación regulada por el código civil.
- Los servicios prestados por una empresa de publicidad y desde sus oficinas, no pueden ser calificados como una relación laboral, sino como una relación jurídica comercial.

En estos casos, el aspecto determinante y diferenciador respecto a la relación laboral es la falta de subordinación y dependencia que queda evidenciado por el lugar desde donde se presta el servicio y porque el prestador del servicio cuenta con un establecimiento propio. Este criterio está recogido en el artículo 4 del Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo.

C. SERVICIOS INDEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE SEMI –DEPENDENCIA

Distinta situación se genera al interior de la empresa moderna que ha apostado por la contratación de servicios externos para el desarrollo de las actividades que considera eficiente externalizarlas. Cada vez más las empresas están optando por tercerizar o externalizar actividades relacionadas con la limpieza, seguridad, servicios

legales, auditorias de mercado, soporte y mantenimiento de equipos informáticos, enfermería, publicidad y otros.

Sin embargo, para neutralizar los riesgos relacionados con demandas laborales y sanciones por la utilización de contratos de prestación de servicios externos (externalización), conviene detenerse nuevamente en los criterios que en su conjunto llegan a determinar la existencia de la *subordinación y dependencia* laboral, que como se ha dicho, constituyen los elementos esenciales para el Derecho laboral.

Si la parte contratante dispone del esfuerzo físico o mental del prestador del servicio y lo subordina completamente a su dirección y organización empresarial, entonces, se estará ante una relación típicamente laboral. Esta *subordinación y dependencia* –entendida como dirección organizacional- se puede observar cuando el contratante organiza, dirige y controla la ejecución de las actividades del prestador del servicio, así como los tiempos que el prestador del servicio dedica a la ejecución de dichas actividades, exigiendo y controlando la asistencia y el cumplimiento efectivo de la *jornada laboral*. Nótese, que en estos casos el contratante está pagando por el tiempo del prestador del servicio y no por la gestión o resultado de su servicio especializado.

Bajo este razonamiento, también es recomendable observar si el prestador del servicio utiliza en el desarrollo de su actividad un *know how* propio o el *know how* (técnicas, sistemas, mejora continua) de la organización del contratante. En los contratos de prestación de servicios externos el contratante no se apropia del *know how* utilizado por el prestador del servicio, salvo pacto en contrario; en los contratos laborales la producción del trabajador beneficia al empleador.

Por otro lado, las probabilidades de que exista una relación laboral se acentúan cuando el prestador del servicio recibe la totalidad de sus ingresos de parte del contratante, es decir cuando *depende económicamente* del contratante. En estos casos, la *subordinación* prácticamente está implícita en la relación jurídica, y esta situación se puede identificar a través de la *exclusividad* -contractual o de hecho- como característica de la prestación del servicio. Esta situación también podría ocultar la intención de revestir una relación laboral con formas no laborales, es decir, intentando defraudar a la legislación laboral a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

Las probabilidades de la existencia del fraude laboral se incrementan cuando el servicio contratado como externamente forma parte de un servicio propio del giro (negocio) principal del contratante. Recuérdese, la externalización se fundamenta razonablemente en la decisión empresarial de externalizar las actividades que consideran no son su especialidad, para concentrarse en las actividades que considera esenciales: su negocio o giro principal.

El lugar donde se efectúa la prestación del servicio también es importante tomar en cuenta. En todos los casos en los que el servicio se desarrolla fuera de las instalaciones del contratante existen menores probabilidades que tal prestación sea considerada una relación laboral. Mientras que si el servicio fuera prestado fuera de las instalaciones del contratante y en las instalaciones del prestador del servicio no quedaría ninguna duda que la relación jurídica emergente no puede ser laboral.

Finalmente, habrá que observar si la prestación de servicio tiene carácter personal (*intuitu personae*) o si es desarrollado por una organización especializada.

En el primer supuesto, si el servicio es prestado por una persona técnica o profesional sin posibilidad de delegar la realización a otra persona, puede que se esté ante una relación de subordinación y dependencia. En estos casos, aún cuando el servicio se realice bajo criterios de independencia organizacional, si existe una remuneración mensual fija, a los efectos de la Ley del 26 de octubre del 1949 la relación jurídica será laboral.

El segundo supuesto, cuando el servicio es prestado por una organización especialista, es razonable pensar que el contratante ha decidido optar por la estrategia de la externalización (encargar a un especialista, más eficiente) como mecanismo para que la empresa contratante alcance a su vez mayores niveles de eficiencia y especialidad y, consecuentemente, la relación jurídica emergente será una relación eminentemente comercial.

Este segundo supuesto se evidencia también a través de la legal constitución y funcionamiento de la organización empresarial contratada. Es decir, se evidencia con la matrícula de comercio actualizada, el número de identificación tributaria y los correspondientes pagos de impuestos, la licencia de funcionamiento y el pago de patentes municipales, la afiliación y los aportes a la caja de salud y al sistema de jubilación de las personas asignadas a la empresa contratante y el certificado de empleador emitido por la Dirección departamental del Trabajo. Significará también, el cumplimiento periódico y sostenido de las obligaciones tributarias y de los aportes al sistema de seguridad social de parte de la empresa prestadora de los servicios contratados.

Resulta bastante importante verificar estos extremos, pues, estos documentos son la prueba que entre la empresa contratante y la empresa prestadora del servicio existe un contrato y una relación jurídica comercial, y que las personas que efectivamente presta el servicio (personal asignado) no dependen laboralmente de la empresa contratante, sino de la empresa contratada, es decir, de la empresa prestadora de los servicios.

D. SERVICIOS DEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA A FAVOR DE UNA EMPRESA QUE NO ES JURÍDICAMENTE EL EMPLEADOR

En este escenario jurídico aparecen las empresas *intermediadoras* de personal, también llamadas Agencias de empleo privadas, como han sido denominadas en el Convenio No 181 de la Organización Internacional del Trabajo. Estas empresas además de desarrollar el mero servicio de agencia de empleo, es decir, vincular ofertas y demandas de empleo, pueden también desarrollar servicios de contratación de trabajadores para asignarlos y ponerlos a disposición de una tercera persona: la empresa usuaria o receptora de la prestación del servicio realizado por la persona contratada¹³.

En esta situación tenemos a una persona (trabajador) contratado para prestar servicios dependientes y en situación de dependencia a favor de una organización empresarial (empresa usuaria o receptora) pero jurídicamente vinculado por un contrato de trabajo suscrito con la empresa intermediadora. Las características esenciales de subordinación y dependencia se configuran entre el trabajador y la empresa usuaria, mientras que el contrato laboral se suscribe entre el trabajador y la empresa intermediadora. Los derechos laborales y sociales a favor del trabajador lo asume esta empresa intermediadora.

Bajo la legislación laboral vigente en Bolivia, la existencia de la subordinación y la dependencia en una relación de prestación de servicio constituye una relación jurídica laboral y genera a favor del trabajador todos los derechos laborales y sociales. En este sentido, resulta coherente el contenido del artículo 2 de la Resolución Ministerial No 108/10 de 23 de febrero del 2010

Sin embargo, si todos los derechos y obligaciones están cubiertos por la empresa intermediadora en beneficio del trabajador, entonces no necesariamente existe fraude a la legislación laboral -cuyo fin último es, precisamente, el aseguramiento de los derechos del trabajador-. Pero, si la empresa intermediadora no cumple con los derechos del trabajador, entonces, el trabajador tiene toda la legitimidad para exigir a la empresa usuaria o receptora de los servicios el cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, que desde el punto de vista de la Ley laboral siempre han sido su responsabilidad.

Por lo tanto, la prestación de servicios contratados a través de una empresa intermediadora de personal, además de su aparente contradicción a lo preceptuado por el artículo segundo de la R.M. 108/10 del 23 de febrero del 2010, siempre generará a la empresa usuaria o receptora una responsabilidad más que solidaria,

¹³ MONTELLANO, C., "Tercerización o intermediación laboral", LEA – Magazine, Edición 06, Julio, p.51 (50-53)

dado que, en realidad, es la principal responsable del efectivo cumplimiento de los derechos del trabajador:

VI. CONCLUSIONES

La actividad empresarial en el siglo XXI exige un alto grado de eficiencia y competitividad y, en la búsqueda de estos objetivos, los servicios que las personas prestan a las empresas en el desarrollo de su proceso productivo pueden generar efectos legales de naturalezas jurídicamente distintas.

Los servicios de personas que actúan en actividades propias e inherentes al giro o negocio principal de la empresa contratante y que se desarrolla bajo el sistema, organización y dirección de la empresa contratante tendrá una naturaleza jurídica laboral y generará a favor de la persona prestadora del servicio, todos los derechos reconocidos por la legislación laboral vigente. Mientras que los servicios prestados de forma independiente y bajo una relación independiente generan una relación jurídica comercial o civil.

Precisamente, las características que definen la existencia de la relación laboral y que a su vez la diferencian de relaciones jurídicas comerciales o civiles son la subordinación y la dependencia de la persona prestadora del servicio respecto al contratante o empresa contratante. Sin embargo, estas características se vuelven difusas cuando los servicios contratados responden a una política empresarial de tercerización o externalización de actividades que, si bien importantes para la organización, no integran la actividad o negocio principal del contratante.

Bajo esta realidad, conviene además observar la subordinación y dependencia a través de otras características que se hacen visibles en el desarrollo y ejecución de la relación laboral, tales como el lugar desde donde se presta el servicio, si el servicio contratado realmente no recae sobre una actividad propia del giro del contratante, si no existe una dirección, planificación y control del tiempo y las actividades del prestador del servicio, y si no existe dependencia económica, entre otras.

Finalmente, si la empresa contratante desea evitar exponerse a demandas laborales y sanciones judiciales o administrativas por evadir relaciones típicamente laborales (fraude laboral), conviene que cuando decida tercerizar o externalizar alguna actividad de su proceso productivo, preferentemente contrate con una organización empresarial especializada, y no con una persona particular; cuidando además que el contrato suscrito tenga el soporte documental que demuestre la condición jurídica – comercial formal del prestador del servicio, es decir, que tenga Matrícula de comercio actualizada, licencia de funcionamiento, Nit, afiliación al sistema de seguridad social y al Ministerio de Trabajo, etc.

Tomando estas precauciones, el contrato será indudablemente comercial, la relación jurídica emergente será comercial y no laboral, y el proceso de tercerización o externalización quedará evidenciado porque quien se está haciendo cargo de ejecutar el servicio requerido es una organización especializada (unipersonal o sociedad comercial) y no solamente una persona.

Este esquema aleja también la duda sobre la existencia de un fraude a la legislación laboral a través de la utilización de contratos civiles o comerciales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, M.E., "Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del Derecho del trabajo", Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre 2007, disponible en www.juridicas.unam.mx f/c 01 de marzo del 2010.

CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo VI, Argentina, 1997.

CANALS, C., "Deslocalización, **outsourcing**, **offshoring**... ¿de qué hablamos?", La Caixa, Informe Mensual, Abril 2009, pp. 17-18. Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

ELIAS, J., "Desindustrialización, terciarización y otros tópicos enganyosos", La Caixa, Informe Mensual, Abril 2009, Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Ed. Driskill S.A., Tomo VI, Buenos Aires – Argentina.

MONTELLANO, C., "Tercerización o intermediación laboral", LEA – Magazine, Edición 06, Julio, pp. 50-53.

COMENTARIOS
NORMATIVOS



COMENTARIOS AL ART. 16 DE LA LEY CONTRA EL RACISMO Y TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN

Orlando Parada Vaca*

Aunque no siempre fue así, hoy compartimos en el mundo la idea, el sueño y la utopía de la igualdad del ser humano y, por tanto, hemos asumido el desafío de hacer desaparecer toda manifestación normativa o comportamental que implique negación a dicha igualdad; se trata de intentar luchar contra toda forma de discriminación.

Hasta aquí, todo indica que no existen manifestaciones disonantes. Hasta los más retrógradas guardan silencio y evitan cualquier manifestación en contrario, porque lo que tiene preeminencia en el mundo de hoy es la igualdad y, la discriminación es la negación de esa igualdad.

La polémica surge cuando los miembros de los Medios Masivos Comunicación, llámense periodistas, columnistas, editores o propietarios de esos medios, se consideran afectados porque sus derechos a las libertades públicas a la información y la libre expresión parecen verse vulnerados en la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación. Y, tal vez, les sobre razón para esa interpretación, tal y como veremos en el análisis que se expone.

El controvertido Art. 16 dice:

“El medio de comunicación que autorizare y publicare ideas racistas y discriminatorias será pasible de sanciones económicas y de suspensión de licencia de funcionamiento, sujetos a reglamentación”.

Intentemos desmenuzar el contenido de la norma:

“El medio de comunicación que autorizare y publicare”. Por la redacción, no cabe duda que se está haciendo alusión directa a los directores y propietarios de esos medios de comunicación; porque el medio de comunicación es una persona jurídica que tiene responsables y/o representantes legales y funcionales.

Por otro lado, la norma se está refiriendo a los jefes de prensa, editores y propietarios de los medios que son los que, por lo general, tienen la responsabilidad

* Director de la revista Boliviana de Derecho

de autorizar una publicación. Tenemos, entonces, dos elementos más: la autorización y la publicación.

La "autorización", por lo general, está implícita en el Visto Bueno, en el asentimiento, en el permitir dar curso, sin que se exija –normalmente– que dicha autorización sea escrita y formal. Quien está investido de autoridad funcional para autorizar es, al mismo tiempo, quien asume la responsabilidad por esa autorización. Podemos hablar de jefes de prensa, editores de áreas y directores; sin descartar a los propietarios de los medios que no requieren formar parte del staff directivo para hacer valer sus decisiones.

Por la utilización del término "publicar" pareciera que se refiere a los medios de comunicación escritos, de otra manera pudo haberse usado la expresión "emitir" o "difundir" o "propagar" o "divulgar". Hay quienes consideran que publicar significa "difundir lo impreso", pero también hay quienes entienden que "publicar" es "dar a conocer", es "revelar", "manifestar". Nuestro Código Penal utiliza los términos de "revelar" y "divulgar" en el Art. 282.

Divulgar un hecho o juicio de valor respecto de alguna persona es, simplemente, exteriorizarlo a otras personas (lo que se puede hacer de manera tal que potencialmente pueda llegar a un gran número de ellos, como sucede, cuando la intromisión en el derecho al honor se hace a través de una página web por ejemplo). La publicación ya implica la utilización de medios de comunicación.

Si el concepto es divulgar, todos y cualquiera de los medios que puedan ser usados para esa finalidad estarían incluidos en la norma. Mientras se mantenga la ambigüedad, es posible especular que a los medios orales y audiovisuales que emiten o difunden opiniones y hechos noticiosos, no les alcanzaría la norma.

Por otro lado, la relación entre autorización y publicación en los medios de comunicación escritos es casi simbiótica. Se publica lo que ha merecido autorización previa del superior en el organigrama organizacional.

Debemos partir de la premisa que no todas las opiniones que envían los ciudadanos a los medios escritos de comunicación son publicadas o divulgadas. Las que guardan relación de coherencia con los principios asumidos por el medio a través de su línea editorial, por ejemplo, merecerán autorización para ser publicadas. Aquellas que sean consideradas ofensivas y que dañen derechos ajenos, seguramente serán censuradas.

Por ello, debemos admitir que el medio y la persona que autoriza publicar las ideas de un ciudadano –aunque esté bien identificado– que expresa su opinión sobre un asunto determinado pero que contiene expresiones innecesariamente injuriosas, ofensivas a la moral y las buenas costumbres, a los valores sociales vigentes, que afectan

y dañan los derechos de la personalidad de alguna persona pública o particular; debe asumir su responsabilidad. Lo contrario, implicaría una grave restricción y menoscabo a la protección jurisdiccional que merecen los ciudadanos cuando se les vulnera su derecho a la dignidad, la intimidad, la imagen o el honor y su honra, proclamados y reconocidos por el Art. 21 -2 CPE. Esta responsabilidad extra contractual se aplica también en otros ámbitos del derecho.

Ideas racistas y discriminatorias. Si se trata de ideas, la norma está haciendo referencia exclusiva al ejercicio del derecho a la libertad pública de expresar libremente juicios de valor:

Esta fue la primera de las libertades enarboladas frente al Estado, en el surgimiento del Estado de Derecho. No podía obligarse a que todos piensen de la misma manera. Se garantizaba así el derecho a disentir; a tener y compartir y difundir esas ideas sin ningún tipo de restricción o censura. Es este derecho el que garantiza y proclama el Art. 1º de la ley de Imprenta de 19-01-25 y por el Art. 21 -3 y -5 CPE.

Es preciso resaltar; además, que el ejercicio de esta libertad se constituye en un derecho del ciudadano a conocer la opinión de otros ciudadanos para formarse una opinión sobre quienes desempeñan funciones públicas y así poder ejercer, en mejores condiciones, su derecho a intervenir en la conformación de los órganos o poderes públicos.

Mientras el derecho a la libre expresión hace alusión a la divulgación de la ideas, pensamientos y juicios de valor; cuando se trata del ejercicio del derecho a la información, como sujeto activo o pasivo, estamos hablando de la emisión, divulgación, revelación, difusión o propalación de hechos noticiosos, los que están limitados por los criterios rectores de la veracidad objetiva o subjetiva de esos hechos, al interés general por la materia de que se trate o por las personas involucradas y, finalmente, por los derechos fundamentales de las personas sobre las que se informa, en especial los derechos al honor; la intimidad y la propia imagen.

La conjunción “y” entre racismo y discriminación hace patente que existe una relación que no siempre es de interdependencia entre ambos elementos. Si se es racista se está discriminando, aunque puedo discriminar por razones distintas al elemento racial.

Los medios de comunicación escritos asumen posición en sus editoriales. El resto del contenido son hechos noticiosos y opiniones de sus lectores, las que no comprometen al medio que las difunde, porque se trata de publicar las ideas del ciudadano común y que el resto de la población necesita de conocer para tener también la posibilidad de formarse una opinión sobre un tema de interés general. Esta afirmación tiene un condicionante, que las opiniones publicadas no violenten

derechos constitucionales de las demás personas, sean éstas personas públicas (por el ejercicio de un cargo o por su notoriedad artística o social) o privadas.

Los derechos de la personalidad han sido constitucionalizados y han adquirido la categoría de derechos fundamentales, como son la dignidad, el honor; la honra, la imagen y la intimidad y, por tanto, se encuentran protegidos por los Arts. 21 y 22 CPE y son directamente aplicables por mandato del Art. 109 –I CPE. Por ello, cualquier vulneración o amenaza al pleno ejercicio de esos derechos debe merecer la tutela jurisdiccional cuando ésta es solicitada. Si en el supuesto de hecho contemplado en la norma se encuentran periodistas o medios de comunicación, éstos no se encuentran excluidos ni gozan de privilegios que los eximan de asumir sus responsabilidades por el daño moral que pudo haberse provocado.

Será posible de sanciones económicas y de suspensión de licencia de funcionamiento.

Para usar lenguaje periodístico, se puede decir que en esta parte de la redacción se encuentra el “quid” de la cuestión.

Por la redacción, serían las autoridades administrativas (no se sabe cuáles) las que juzguen y sancionen económicamente y determinen la suspensión de la licencia. Esta posibilidad hace pedazos los principios constitucionales del debido proceso, del derecho a la defensa y la presunción de inocencia.

La autocomposición en el proceso administrativo sancionador que provoca la participación del ente administrativo en calidad de juez y parte, no puede ni debe ser aplicado en este campo, porque no se trata de la aplicación de normas administrativas, operativas y funcionales, sino de respetar el valor fundamental en que se asienta el Estado Constitucional de Derecho: el respeto y vigencia plena de las libertades públicas del derecho de expresión y de información, porque a través de ellas se garantiza que el ciudadano común puede contar con los elementos necesarios para formarse una opinión de quienes fungen en la función pública para luego juzgarlos al momento de emitir su voto.

Conclusiones: Dos derechos fundamentales y constitucionalmente reconocidos se encuentran en franca confrontación. Para encontrar el camino que nos permita conciliar la vigencia de ambos sin sacrificar su contenido esencial, sugerimos:

1.- La libertad de expresión debe ser preservada y garantizada porque de su pleno ejercicio depende la pervivencia del sistema democrático. Esta libertad y derecho debe merecer un tratamiento preferente cuando:

a.- Trata sobre asuntos que interesan a la comunidad en su conjunto;

- b.-** Trata sobre temas que tienen que ver con las personas que integran los poderes públicos o personas con notoriedad pública;
 - c.-** Trata sobre acontecimientos en lugares con afluencia de público, lo que le otorga notoriedad.
 - d.-** Cuando no se afectan, injustificadamente, los derechos de la personalidad entre ellos la dignidad, la imagen, el honor y la intimidad de las personas.
- 2.-** La libertad de expresión debe ser ejercida con responsabilidad, cuidando y evitando difundir, divulgar o publicar ideas que menoscaben la dignidad de las personas, que contengan mensajes que promuevan el racismo y la discriminación, que mellen el honor, la intimidad o la imagen de particulares o de personas públicas.

La libertad de expresión no debe ser usada como escudo protector para permitir el insulto, la agresión, a través de expresiones innecesariamente injuriosas o que contengan mensajes fundados en el racismo y la justificación de la discriminación.

- 3.-** El Art. 16 de la Ley contra el racismo, debe merecer modificaciones que apunten a dejar menos espacios a la discrecionalidad y ambigüedad, dejando claro por ejemplo, que toda sanción –económica o administrativa- debe ser producto de un proceso jurisdiccional con todas las garantías constitucionales.

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



EL JUEZ PRECONSTITUIDO POR LEY Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Horacio Andaluz Vegacenteno*

El Tribunal Constitucional ha producido un nuevo precedente sobre el juez preconstituido por ley (STC 99/2010-RAC, 10 de mayo, párrafos III.4 a III.7, luego aplicado en la STC 966/2010-RAC, 17 de agosto, párrafo III.3). Dice que a esta garantía le corresponde un “resguardo reforzado”. Esto es correcto. Pero el mismo se desdice: su interpretación importa, al cabo, negar que esta sea una garantía de fuente constitucional, porque sólo no siéndola se justifica que no la tutele, y como el Tribunal de hecho le ha esquivado la prestación de tutela, ha terminado diciendo, a pesar suyo, que no nace de la Constitución.

El juez preconstituido por ley (juez natural competente) es parte del contenido de la garantía general del debido proceso (artículos 115.II, 117.I y 120.I de la Constitución). Como tal, su regulación está reservada al poder legislativo (artículo 109.II). Jurídicamente, significa que (1) los juzgados y tribunales sólo pueden ser creados por ley, (2) que, además, su composición personal sólo pueden ser determinada por una ley que establezca el procedimiento para la designación de sus miembros, (3) que sólo una ley puede investirlos de jurisdicción y competencia (con anterioridad al hecho que motiva su actuación), y (4) que, en definitiva, quedan prohibidos los tribunales de excepción (artículos 120.I y 180.III). Por tanto, la violación de cualquiera de estos supuestos habilitaría al Tribunal para tutelar al afectado. Pero esto es lo que la nueva línea jurisprudencial acaba por impedir.

* Para el Tribunal Constitucional el juez natural incluye las garantías de competencia, independencia e imparcialidad (STC 491/2003-RAC, 15 de abril), de acuerdo a los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que son parte del bloque de normas constitucionales. Acá sólo me refiero al juez natural competente. Uso la denominación de juez preconstituido por ley para evitar que mis críticas a los nuevos precedentes constitucionales sobre la competencia del juez natural sean equivocadamente extendidas a los elementos de imparcialidad e independencia, a causa del error, entendible por compartir el mismo sustantivo, de confundir el género (juez natural) con la especie (competencia). Los textos entrecomillados corresponden a la STC 99/2010-RAC, 10 de mayo, párrafos III.4 a III.7.

** Abogado (UPSA), árbitro (CAINCO), profesor de derecho. Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, *Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho* (Harvard Law School). Última publicación: “Aplicación judicial de la constitución” (El País/*Iuris Tantum*/UPSA, 2010). Publicaciones relevantes: “La posición constitucional del Poder Judicial” (10 Revista Boliviana de Derecho 2010); “La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente” (16 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010); “Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico” (9 Revista Boliviana de Derecho 2009); “El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho” (XXXI Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2009); “La justicia constitucional en el Estado de Derecho” (4 Revista General de Derecho Público Comparado 2009, España); “El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia” (15 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); “El derecho de la sucesión de Estados” (9 Revista Colombiana de Derecho Internacional 2007); “Positivismo normativo y derecho internacional” (Plural/CERID, 2005); “Bases jurídicas para la reintegración marítima de Bolivia. La regla *pacta sunt servanda* como punto cero” (UPSA, 2002).

Reconstruido, así discurre el argumento del Tribunal: (1) La violación de cualquiera de los supuestos anteriores significa una actuación sin competencia. Cierto. (2) Los actos *ultra vires* (sin competencia) son materia "específica" del recurso directo de nulidad. Falso: no cuando violan un derecho fundamental. (3) Por tanto, este es el "mecanismo idóneo, inmediato, eficaz y específico para [la] protección" del juez preconstituido por ley. Falso. Y (4) si la vía es el recurso directo de nulidad, entonces, por exclusión, la acción de amparo constitucional no tutela esta garantía. Falso.

Se trata de una falacia de accidente (tratar lo accidental como esencial): considera que aquellas propiedades que accidentalmente se encuentran en una categoría conceptual, definen su esencia (como inferir de Bach y Pachelbel, como compositores barrocos alemanes, que los compositores barrocos fueron siempre alemanes).

Aquí está el error. Se confunde la razón de la pretensión procesal de la acción de amparo (causa de pedir) con su objeto (el efecto que produce el procedimiento). Como en la acción de amparo contra un acto de juez incompetente y en el recurso directo de nulidad el objeto de la pretensión es el mismo (genéricamente, la declaratoria de incompetencia), el Tribunal asume que la razón de la pretensión de los dos procedimientos es también la misma. Pasa por alto que la coincidencia en el objeto es aquí un accidente. Lo que hace que la acción de amparo y el recurso directo de nulidad no sean lo mismo es, precisamente, la razón de sus respectivas pretensiones procesales. Esa es la esencia de cada cual.

En el recurso directo de nulidad la razón de la pretensión es la integridad objetiva de la distribución constitucional de competencias. La causa de la impugnación es la actuación *ultra vires*. Acá, el solo hecho de la falta de competencia asegura una decisión estimativa de la pretensión. La expresión de agravios que se exige al recurrente es tan solo un presupuesto procesal para la admisión del recurso. A contrario: aún cuando no se viole un derecho constitucional, habrá decisión estimativa siempre que haya actuación sin competencia.

En la acción de amparo, en cambio, la razón de la pretensión es la tutela de los derechos constitucionales. Es una acción de defensa. Acá lo que importa no es si los derechos fueron lesionados por un acto sin competencia (*ultra vires*), sino, desnudamente, el hecho de que hayan sido lesionados. La expresión de agravios es aquí a la vez un presupuesto procesal y un presupuesto sustantivo para la obtención de una decisión estimativa de la pretensión. Sin daño a un derecho constitucional, no hay decisión estimativa. Ergo, si el juez preconstituido por ley es una garantía constitucional, entonces cualquier lesión a esta garantía debe remediarse por la acción de amparo, sea que haya o no sido causada por una actuación sin competencia. Negar esto ya es bastante error: equivale a decir que el juez natural competente no es una garantía constitucional, porque lo que no es defendible por la acción de amparo, no es un derecho constitucional.

Pero no es el único. El Tribunal también ha confundido dos presupuestos procesales distintivos de ambos procedimientos, equiparando el del recurso directo de nulidad con el de la acción de amparo, sin reparar en que el recurso directo de nulidad es, por definición, directo.

Según el Tribunal, para la procedencia del recurso directo de nulidad “se deben agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia”. Esto se llama subsidiaridad, y es un presupuesto para la procedencia de la acción de amparo. El recurso directo de nulidad, en cambio, desde que es tal (directo), no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa, habida cuenta que sólo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. De haber una vía que remedie la cuestión de competencia, ésta excluye la procedencia del recurso. Lo que, llevado al juez preconstituido por ley, significaría que la jurisdicción constitucional jamás podría tutelarlos, porque de hecho todas las leyes de procedimiento consideran mecanismos excluyentes del recurso directo de nulidad (i.e. excepción de incompetencia, inhibitoria, declinatoria).

Si a consecuencia de la falacia de accidente resulta que el juez preconstituido por ley no es tutelable en vía de amparo, a consecuencia de desplazarlo hacia el recurso directo de nulidad, resulta que ni siquiera sería de origen constitucional, porque sólo lo que no nace de la Constitución no puede ser conocido por el Tribunal Constitucional, de donde el “resguardo reforzado” enunciado por el Tribunal, termina desguarneciendo a una garantía fundamental de tutela constitucional.

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS

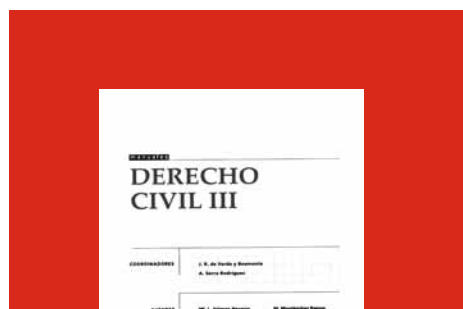


DERECHO CIVIL

Tengo el gusto de presentar el primero de los volúmenes de una nueva colección de Manuales de Derecho civil, que irán apareciendo progresivamente en la editorial Tirant lo Blanch. Se trata de una serie de Manuales coordinados por los profesores de la Universidad de Valencia José Ramón de Verda y Beamonte y Adela Serra Rodríguez. El primero de dichos profesores es conocido entre nosotros, por sus publicaciones en esta Revista, así como por sus enseñanzas en la Maestría de Derecho civil y Derecho Procesal Civil, que en diversas ediciones ha venido desarrollándose en la Universidad "René Moreno" de Santa Cruz.

En la obra se estudian todas de las instituciones y cuestiones comprendidas en el denominado "Derecho de cosas": el derecho real, su dinámica adquisitiva y traslativa, la posesión, la usucapión, la propiedad, la comunidad de bienes, la propiedad horizontal, la concesión de inmuebles en régimen de término compartido, la propiedad intelectual, el usufructo, la servidumbre, el censo, el derecho de superficie, los derechos de adquisición preferente, la prenda, la hipoteca mobiliaria e inmobiliaria y, por último, someramente, aspectos de Derecho registral.

Se trata de una obra, que, a pesar de ser colectiva, tiene un estilo unitario, que se caracteriza por la claridad expositiva y la sencillez del lenguaje, haciendo comprensible toda una serie de complejos aspectos de la parte del Derecho civil de que se trata. Se huye de toda elucubración conceptual carente de trascendencia práctica y se presta extraordinaria atención a la jurisprudencia, ilustrando cada idea con casos reales. Creo, pues,



AUTOR:

*José Ramón de Verda y Beamonte
J.R.
Serra Rodríguez
Adela*

Editorial:

TIRANT LO BLANCH

364 páginas

que se trata de una obra, de lectura fácil y amena, que resultará útil a los estudiosos y a los prácticos del Derecho.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista, artículos relacionados con las diferentes ramas del Derecho, está abierta a autores nacionales y extranjeros. Siendo requisito imprescindible, que el contenido de los mismos sean de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Acerca del envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó al correo electrónico contacto@revistabolivianadederecho.com.
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aceptación en la cual se informará a los autores que su trabajo ha sido aprobado para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

El Consejo Editorial, una vez recibido el artículo, decidirá si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos. Este proceso no excederá los cinco días desde el recibo del artículo.

- Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.
- Los posibles dictámenes son:
 - 1º) Se aprueba la publicación del artículo.
 - 2º) Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
 - 3º) Se rechaza la publicación del artículo.

- Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.
- El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.
- Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.
- Palabras claves, que definen el trabajo realizado.

V. Formato de Texto

El artículo debe contener un máximo de 25 hojas:

- Tamaño de la hoja: Carta
- Tipo de letra:
- Arial 12 (cuerpo del texto) y
- Arial 10 (nota de pie de página)
- Espacio interlineal: 1 ½
- Seguir una secuencia de lo que son títulos y subtítulos:
- Títulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1.-, 2.-, 3.
- Subtítulos (La primera letra en mayúscula y el resto en minúsculas): 1.1., 1.2. 1.3.
- Incisos: A) o Números: 1º

VI. Referencias bibliográficas

Se deberán respetar los derechos de autor respecto de obras preexistentes. Al final del artículo, los trabajos deberán contener una bibliografía de los textos consultados.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página. Éstas podrán ser construidas de la manera y en el orden que a continuación se sugiere:

- a) Para citar un libro: El apellido, todo en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del libro, en cursiva. Enseguida la editorial, lugar de la impresión (en castellano), año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: DURÁN RIBERA, W. R., Principios, derechos y garantías constitucionales, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2005, pp. 22-24.

- b) Para citar un artículo contenido en una revista: El apellido, en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del artículo, entre comillas, y -tras la preposición en- el nombre de la revista, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora). Enseguida el volumen (vol.) y/o el número (núm.), el año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: TALAVERA, P., "Imparcialidad y decisión judicial en el Estado constitucional", en Revista Boliviana de Derecho, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, N° 2, julio 2006, p. 15.

- c) Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva: El apellido, en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula. Luego el título del trabajo, entre comillas. Enseguida -tras la preposición en- el apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis, y el título del libro, en cursiva. Luego se indicará la editorial, lugar de la impresión (en castellano), año de publicación y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: BARONA VILAR, S., "El proceso cautelar", en Montero Aroca, J. et al., Derecho Jurisdiccional. III. Proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 445.

VII. Otras secciones de la Revista.

- Comentarios normativos deberán tener una extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
- La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.
- Las reseñas no podrán tener una extensión superior a 3 páginas y además, el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica

