

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

Tel. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

y **twitter** <https://twitter.com/Vyjsantacruz>

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña - nahircoimbra@gmail.com

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)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Esta Publicación cuenta con el apoyo del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz (ICACRUZ)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

21

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal. Pedro Talavera Fernández (España).
- 02/ La orfandad del daño moral. Gisela Pérez Fuentes (México).
- 03/ Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015). Cristián Lepin Molina (Chile).

B) DERECHO DE FAMILIA

- 04/ La regulación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico rumano. Pablo Quinzá Redondo (Chile).

C) DERECHO MERCANTIL

- 05/ El aviso de siniestro y su plazo, los requerimientos de información y el plazo de pronunciamiento del seguro en la atención de un siniestro. Enrique Fernando Ortiz Herrera (Bolivia).

D) DERECHO ADMINISTRATIVO

- 06/ La desregulación de las cooperativas eléctricas no concesionarias en Chile: San Pedro de Atacama como paradigma de referencia. Marco Felipe Ascencio Otarola (Chile).

E) DERECHO TRIBUTARIO

- 07/ La justicia tributaria en el ordenamiento plural. Fernando Hernández Guijarro (España).

F) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 08/ La autorregulación del comercio electrónico en Chile. David López Jiménez (Chile).
- 09/ El delito de intrusismo informático tras la reforma del CP español de 2015. Asunción Colás Turégano (España).

G) DERECHO DE CONSUMO

- 10/ Conflictos bancarios con consumidores: ¿un mal endémico o un mal común?. Ana Isabel Blanco García (España).

H) DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- 11/ La responsabilidad social medioambiental. Análisis jurídico de la Directiva 2004/35/ce sobre responsabilidad medioambiental: quien contamina paga. Diferencias con la responsabilidad social empresarial (RSE). (España). Jesús Marí Farinós (España).

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

A) OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

- 12/ “Rebus sic stantibus”: una cláusula no tan peligrosa. Comentario a la STS, núm. 591/2014, de 15 de octubre. Liliann Orellana (España).

B) DERECHO DEL TRABAJO

- 13/ Límites materiales a la prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de julio de 2014. Mercedes López Balaguer (España).
- 14/ La negociación colectiva de empresa por representantes de base unitaria. El principio de correspondencia como límite jurisprudencial. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2015. Patricia Nieto Rojas (España)

C) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 15/ Aplicación del Derecho extranjero por los Tribunales españoles para conocer de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por un accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal. Comentario a la SAP de Pontevedra, sección 6ª, 293/2014 de 16 de mayo. Alfonso Ortega Giménez (España)

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 16/ El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? Miriam Lorena Henríquez Viñas y José Ignacio Núñez Leiva (Chile)
- 17/ La nueva Lex Mercatoria. Gerardo Ruiz Castellanos (Bolivia)
- 18/ Sobre la ciudadanía en el derecho internacional: ¿la ilusión europea?. Antonio Muñoz Aunión (Chile)

COMENTARIOS NORMATIVOS

- 19/ La promoción de la igualdad de género como principio de la economía social en las cooperativas canarias. María del Pino Domínguez Cabrera (España)

SEMBLANZAS

- 20/ El legado de Pablo Dermizaky y su aporte al constitucionalismo boliviano (homenaje póstumo). Alan E. Vargas Lima (Bolivia).

DIRECCIÓN GENERAL

DR. ORLANDO PARADAVACA

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDAY Y BEAMONTE

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

Becario de Investigación de la Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

PROF. ALEX PARADA MENDÍA

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

PROF. JERJES JUSTINIANO ATALÁ

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO

Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO

Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO
Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO
Catedrático de Derecho Civil, Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo, España

DRA. ILIANA PORRAS,
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, Chile

DOÑA CLARA BAYARRI GARCÍA,
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Constitucional

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor de Derecho Público, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Derecho y Nuevas Tecnologías

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile

Derecho Procesal

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho de Consumo

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Financiero

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Abogado.T Asociado de la Universidad de Valencia, España

Derecho Medioambiental

DRA. ANNA MALOMO
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Notarial y Sucesorio

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Penal

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Propiedad Intelectual e Industrial

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Derecho Comparado

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, LUMSA, Palermo, Italia

Derecho del Trabajo

D. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España.



FUNDACIÓN IURISTANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO XI - Nº21
ENERO/2016
EDICIÓN SEMESTRAL
ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA

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.



Tecnología y Derecho

Los adelantos tecnológicos han cambiado la vida de los hombres. La facilidad y versatilidad de las comunicaciones han permitido romper barreras como la distancia y el tiempo. No importa dónde estemos, el internet nos acerca tanto que en cuestión de segundos pareciera que la persona con quien nos comunicamos se encuentra al otro lado de la puerta.

Pero, esa gran posibilidad de acercarnos más unos y otros se está convirtiendo en una de las razones de nuestro alejamiento. Si somos diferentes y superiores del resto de los entes vivos del planeta es porque somos la única especie que puede comunicarse a través de la gramática y la sintaxis; pero paradójicamente, esa aparente ventaja de la semántica, se transforma en una de las causas del distanciamiento entre los seres humanos.

Los avances tecnológicos en las comunicaciones podrían estar propiciando esta paradoja. En vez de acercarnos nos están alejando. Cada vez hay menos comunicación en el interior de las familias. La televisión, el chat y los mensajes por celular están reemplazando la comunicación directa entre las personas lo que puede estar provocando un distanciamiento peligroso en las relaciones humanas.

El Derecho, como manifestación cultural y ordenadora de la vida del hombre, no está ni puede estar al margen de estos revolucionarios cambios que la ciencia y la tecnología producen en la vida social. Pero, lamentablemente, nos cuesta convencer a los legisladores y operadores de la justicia en general, para que aprovechemos estas las ventajas tecnológicas en beneficio del ciudadano favoreciendo con su utilización un mejor desempeño de la justicia.

Resulta inconcebible, por ejemplo, que la tecnología permita determinar la identidad de un sujeto a partir de un resto de ADN e incriminarle penalmente por la comisión de un delito y que, sin embargo, todos los trámites y comunicaciones procesales que afecten a ese procedimiento sigan produciéndose como en el siglo XIX. El chat, el correo electrónico y las direcciones cibernéticas no han sido aún

implementadas para facilitar el tráfico de comunicaciones jurisdiccionales, acelerar los procesos y alcanzar la antesala de lo que podría ser una justicia pronta y oportuna.

Esta puede ser la oportunidad para remozar los cimientos del Derecho provocando un verdadero acercamiento a quien está dirigido para protegerlo: **el ciudadano.**

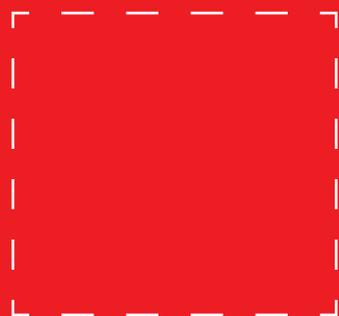
La demora judicial o la mora procesal se constituyen en una rémora que nos impide avanzar hacia la consecución de uno de los más nobles objetivos del Derecho: la celeridad en las resoluciones judiciales, como condición ineludible de la justicia material y como insumo elemental para provocar relaciones sociales cada vez más armoniosas.

Las ventajas comunicacionales que nos facilitan los avances tecnológicos debemos utilizarlas también y de manera primordial en los procesos judiciales, asumiendo así el desafío del siglo XXI: que las rieles que separan al Derecho de la realidad social se acerquen entre sí, haciéndonos soñar que algún día podrán juntarse para siempre.

El Director



DOCTRINA



LAS DIFICULTADES QUE EL ACTUAL PARADIGMA SUBJETIVISTA
DE LA SALUD COMPORTA EN SU CONFIGURACIÓN COMO
DERECHO HUMANO UNIVERSAL

DIFFICULTIES OF CURRENT SUBJECTIVIST PARADIGM OF HEALTH
FOR ITS CONFIGURATION AS A UNIVERSAL HUMAN RIGHT

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 16-47



Pedro
TALAVERA
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 01 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2015

RESUMEN: El trabajo analiza, en primer lugar, las exigencias e implicaciones que conlleva el reconocimiento de la salud como derecho humano, su fundamento y justificación y el modo de garantizarlo jurídicamente como derecho social esencial. En segundo lugar, se aborda el concepto subjetivista de salud a partir de la definición adoptada por la OMS y los problemas que comporta para identificar el contenido esencial del derecho a la salud y la realidad de la atención sanitaria en el primer y tercer mundo.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, derechos sociales, derechos humanos, salud pública.

ABSTRACT: The paper analyses, firstly, the requirements and implications derived from the acknowledgment of health as a human right, its foundation and justification and the means to legally guarantee it as an essential social right. Secondly, it is considered the subjective concept of health from the definition adopted by the WHO and the problems that this definition raises in order to identify the essential contents of the right to health and the reality of the sanitary attention in the first and the third world.

KEY WORDS: Righ to health, social rights, human rights, public health.

SUMARIO.- Introducción.- I. La salud como derecho humano y fundamental.- II. Fundamento y justificación del derecho a la salud.- 1. ¿Existe un verdadero derecho a la salud?- 2. ¿Es un derecho de igualdad o de libertad?- 3. La salud como una “necesidad básica”.- 4. El derecho a la salud y la indivisibilidad de los derechos.-III. Normatividad y exigibilidad del derecho a la salud.- IV. El contenido esencial del derecho y el discutible concepto de salud.- 1. Configuración básica del derecho a la salud.- 2. El discutido concepto de salud.- A) Factores fundamentales que han contribuido a la subjetivización de la salud.- B) Consecuencias negativas que genera este paradigma.- C) Algunas líneas de actuación para reorientar el actual paradigma de la salud.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta cada día más evidente –afirma Ballesteros- que el presupuesto básico de aquello que pretendemos llamar justicia internacional comienza por el reconocimiento y garantía de los derechos humanos en todos los rincones del planeta¹. Comparto plenamente esta afirmación, si bien yo me atrevería a concretarla todavía un poco más (aun a riesgo de tener que matizar el sentido de la nota de indivisibilidad e integridad que caracteriza a los derechos humanos)². Hablar hoy de justicia internacional supone priorizar a nivel planetario la garantía y reconocimiento de los derechos sociales; en especial, los relacionados con la salud y la alimentación, y de los derechos de tercera generación, en especial los relacionados con la paz, el desarrollo y el medio ambiente. Esto no significa justificar, aunque sea de modo indirecto, una jerarquización de los derechos humanos, ni debilitar la exigencia de los derechos civiles y políticos (inexistentes, por cierto, en una gran parte del mundo).

1 BALLESTEROS, J.: *Repensar la paz*. Madrid (2006): Eiuinsa, p. 97.

2 La indivisibilidad no está entre las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos: tiene un origen más reciente. Surgió en el ámbito de Naciones Unidas, y ha sido constantemente invocada en sus textos, aunque sin precisar demasiado su significado y alcance. Podría decirse que es la posición oficial de la ONU desde la aprobación de la DUDH. La idea de la indivisibilidad de los derechos humanos subraya la *interdependencia* y la *complementariedad* de los diferentes derechos humanos. No cabe establecer una separación radical entre las diversas categorías de derechos humanos. El ser humano los necesita todos. Todos son indispensables para la realización del ser humano en su entorno social. La *integridad* hace referencia, entre otras cosas, a la indivisibilidad entre los distintos grupos o “generaciones” de derechos humanos, en el sentido de que las relaciones entre ellas serían de interdependencia y complementariedad recíproca, sin que la existencia de sucesivas generaciones implique la existencia de una jerarquía de derechos, en particular, en lo que respecta a la relación entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales. No es posible establecer una jerarquía entre ambas generaciones de derechos, ni en beneficio de los primeros ni de los segundos. Estaríamos ante “dos prioridades distintas y paralelas”. Una categoría de derechos mostraría “el camino económico y cuantitativo que hay que seguir”; la otra indicaría “el principio político necesario para progresar”. Los derechos humanos sólo *conjuntamente* pueden realizarse de forma adecuada. Los distintos derechos se hallarían en una situación de vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos y viceversa. Por eso no cabe “racionarlos” (MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l’homme*. Fribourg (1992): Éditions Université, p. 12-16).

• Pedro Talavera Fernández

Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia (España). Doctor en Filosofía por la Universidad de Roma (Italia) y doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Ha sido profesor Visitante de la Loyola University of Chicago (USA), de Cambridge University (UK); de la Università di Roma II (Italia) y de la Universidad Católica de Chile. Email: ptalaver@uv.es

Significa, por el contrario, la plena asunción de la realidad existencial de esas dos terceras partes de habitantes del planeta, cuya necesidad imperiosa consiste en tener garantizadas unas condiciones mínimas de supervivencia, que pasan por el acceso a unas condiciones mínimas de salud, al agua potable, a la alimentación, a la paz y al desarrollo; manifestaciones esenciales del concepto de seguridad humana que hoy debe ser prioritario en la reflexión sobre los derechos humanos.

Situado en ese contexto de justicia internacional, y a casi 70 años vista de la proclamación por la ONU de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), voy a ocuparme en este trabajo de lo que exigiría, en las actuales circunstancias, plantear la garantía efectiva de un derecho al 'nivel más alto posible de salud' (art. 25.1. DUDH y art. 12.1 PIDESC): su reconocimiento como verdadero *derecho fundamental* en el contexto internacional y la efectiva implementación de políticas públicas por parte de los organismos internacionales tendentes a garantizar unos mínimos básicos de salubridad a todos los habitantes del planeta. Para que esto pudiera realizarse considero necesarias, al menos, dos cosas: por una parte, redefinir el concepto de salud, sacándolo de su actual perspectiva subjetivista para devolverlo a una definición objetiva y conectada con la naturaleza; por otra parte, un gran acuerdo internacional a la hora de establecer los *estándar* mínimos de inversión pública en el acceso al agua potable, elementos nutricionales básicos y vacunas normalizadas; y los *estándar* mínimos de atención sanitaria para la prevención y erradicación de enfermedades curables.

Partiendo de esas premisas, desarrollaré este análisis en torno a tres ejes. En primer lugar, las exigencias e implicaciones que conlleva el reconocimiento de la salud como derecho humano; su fundamento y justificación desde una perspectiva iusfilosófica y el modo de garantizarlo jurídicamente como derecho social esencial. En segundo lugar, analizaré el concepto subjetivista de salud a partir de la definición adoptada por la OMS y los problemas que ello comporta a la hora de identificar el contenido esencial del derecho a la salud. En tercer lugar, confrontaremos los presupuestos teóricos del derecho a la salud con la realidad de la atención sanitaria en el primer y tercer mundo, a la luz de los últimos informes realizados por las instituciones internacionales más prestigiosas del planeta.

1. La salud como derecho humano y fundamental

Para afrontar este tema debemos partir de un presupuesto básico: la vida, la integridad física y la salud son todas ellas cuestiones íntimamente relacionadas en el plano existencial del individuo, pero en su categorización y plasmación como derechos humanos tanto en la DUDH de 1948, como en el resto de documentos internacionales y en la propia Constitución española de 1978 (art. 43 CE 'derecho a la protección de la salud'), han recibido un tratamiento diferenciado. En efecto, la vida y la integridad física constituyeron el frontispicio de la primera generación

de derechos; mientras que la salud, desgajada de aquellos, constituyó junto a la educación, el trabajo y el salario justo, el eje de la segunda generación: los derechos económicos y sociales³.

Como es bien sabido, la estructuración de los derechos humanos en dos grandes categorías, además de las diversas cuestiones conceptuales que no procede desarrollar aquí, responde básicamente a un factor diferencial, que explica el mencionado desgajamiento entre la vida y la integridad física por un lado y la salud por otro: se trata de sus distintos mecanismos de garantía. Los derechos civiles y políticos, donde se encuadran derechos personalísimos (la vida y la integridad física son su paradigma, además de la intimidad, la libertad religiosa etc.) y derechos de participación política (sufragio, libertad de reunión, asociación, manifestación, etc.), son derechos relativamente fáciles de garantizar puesto que sólo exigen la *no intervención* del Estado en la vida de las personas y disponer de mecanismos (policiales y judiciales) para sancionar a quienes pretendan vulnerarlos. Sin embargo, los derechos sociales, económicos y culturales, que aspiran a satisfacer las necesidades básicas de todas las personas y a que puedan así participar en condiciones de igualdad real en la vida social, económica y cultural de sus países, son mucho más difíciles de garantizar porque exigen del Estado una 'participación activa', proporcionando a los ciudadanos 'prestaciones' que les permitan acceder a bienes fundamentales para su desarrollo (sanidad, seguridad social y educación, son el paradigma de estos derechos prestacionales)⁴.

Así pues, la mayor o menor extensión y garantía de los derechos sociales dependerá, obviamente, de la capacidad económica de los Estados; de modo que en los países pobres el contenido prestacional de esos derechos es también muy pobre (y en ocasiones, sencillamente inexistente). Esta trágica realidad ha puesto en cuestión la propia naturaleza de estos derechos (es decir, si pueden considerarse realmente derechos humanos)⁵. En efecto, si la universalidad es una nota esencial de los derechos humanos: ¿cómo puede aplicarse esta categoría a aquellos derechos cuyo contenido (o cuya propia existencia) no puede ser universal por definición, ya que depende esencialmente de unas circunstancias económicas determinadas?⁶ En todo caso, lo que pretendo reseñar es que el derecho a la salud y a la atención sanitaria forman parte de esta segunda categoría de derechos humanos, mientras

3 Aunque luego analizaremos en profundidad este aspecto, conviene aclarar desde ahora que cuando nos referimos al 'derecho a la salud' no estamos aludiendo a un derecho a 'gozar de buena salud' (algo obviamente imposible de garantizar); estamos aludiendo —de acuerdo con lo que ya precisó en 1946 la Carta fundacional de la OMS, en su preámbulo y en su art. 1—, a la "consecución del grado más alto posible de salud". De manera que cuando escribimos genéricamente aquí 'derecho a la salud' asumimos implícitamente dicha precisión.

4 VICENTE, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia (2006): PUV-Tirant lo Blanch, p. 59-67. Vid. también: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Madrid (2003): Trotta, p. 47-56.

5 LEMA, C.: "Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades* (2010), núm. 22°, pp. 179-203.

6 ANÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2010), núm. 44°, pp. 15-27.

que la vida y la integridad física forman parte de los derechos civiles y políticos; o sea, aquellos que no dependen para su garantía de las condiciones económicas particulares de cada Estado.

Si nos fijamos en la ubicación sistemática de estos derechos en la propia DUDH, apreciamos con claridad esta diferencia sustancial: la vida y la integridad física son recogidos en los primeros artículos: el art. 3: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y el art. 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Mientras que el derecho a la salud viene recogido en un poliédrico artículo 25, situado al final del texto, y que junto a distintas cuestiones relacionadas con la salud, incluye además la previsión social y laboral y la protección de la maternidad y la infancia: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

A partir de esta proclamación, el Derecho Internacional ha reconocido y plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en multitud de textos, convenios y documentos bajo diversas especificaciones y mecanismos de garantía. No puedo detenerme a examinar cada uno de ellos; pero la ubicación sistemática se mantiene. Baste citar el 'Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales' (PIDESC), de 1966, cuyo artículo 12 expresa lo siguiente: "1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". El apartado segundo establece las medidas que los Estados deben adoptar para la "plena efectividad de este derecho"; y cita, entre otras, la prevención y el tratamiento de enfermedades, y "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos".

Por su parte, los diversos convenios regionales como el 'Convenio Europeo de Derechos Humanos' y la 'Carta Social Europea'; el 'Pacto de San José' para América; la 'Carta Africana de Derechos Humanos' y la 'Carta árabe de Derechos Humanos', han recogido y plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en términos bastante parecidos, configurando un extenso entramado jurídico que teóricamente los garantiza.

Merece la pena señalar que ha sido la 'Convención Internacional de los Derechos del Niño' de 1989, en su art. 24, donde de manera más extensa y pormenorizada se

ha reconocido el derecho a la salud (del niño en este caso), con uno de los textos más radicales y comprometedores en este ámbito:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Los mismos problemas que acarreó la ubicación sistemática de los derechos sociales en la DUDH, su plasmación en un Pacto Internacional diverso al de los derechos civiles y políticos y la ausencia de unos mecanismos judiciales internacionales

capaces de garantizarlos, ha provocado la traslación del derecho a la salud a los ordenamientos internos de los Estados, comprometiendo su reconocimiento como verdadero derecho fundamental y proyectando incertidumbres sobre su contenido esencial. Por otra parte, desde la creación de la OMS, se manejan unos conceptos de salud y derecho a la salud tan difusos y amplios que hacen muy difícil determinar las obligaciones que los Estados deben asumir en la materia; lo que explica y justifica en cierta manera que el derecho a la salud no cuente en Europa y América con mecanismos de protección judicial, a nivel supranacional, paralelos a los que sí existen con relación a la protección y garantía del derecho a la vida⁷.

En este sentido resulta paradigmático el modo en el que se ha plasmado en la Constitución española de 1978 (CE) y las numerosas controversias que se han suscitado al respecto. El derecho a la salud viene garantizado desde dos perspectivas diferentes: la existencia de una seguridad social pública y la existencia de una sanidad pública. El primer aspecto se recoge en el artículo 41 CE: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice las prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". El segundo aspecto viene recogido en el art. 43 CE:

"1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio".

La ubicación sistemática de ambos artículos fuera del núcleo duro de los derechos fundamentales (constituido por los arts. 14-29 CE) y la dificultad de determinar la relación entre uno y otro (saber si se trata de dos derechos diferentes o sólo del género y la especie) los han convertido en objeto de intensos debates doctrinales sin un resultado concluyente y permite plantear dudas sobre su carácter esencial y sobre sus exigencias de satisfacción efectiva por el Estado.

En definitiva, el derecho a la salud plantea de manera emblemática todos los problemas teóricos y prácticos arrostrados por los derechos calificados como sociales. Es más, en él se dan cita los dilemas típicos de la categorización de los derechos sociales como derechos humanos, a pesar de que hace décadas que la

7 Aunque ha habido avances en la materia, queda mucho por hacer: JIMENA, L.: "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", *Estudios de Economía Aplicada* (2009), núm. 27°-3, pp. 743-766. Vid también: JIMENA, L.: *La jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales. Sistema de reclamaciones colectivas*, vol. I, 1998-2005. Valencia (2007), Tirant Lo Blanch.

ONU insiste en que la indivisibilidad e interdependencia entre derechos civiles y derechos sociales es una nota esencial e ineludible de su concepción⁸. De ahí que, como presupuesto para afrontar su grado de realización efectiva en el planeta, resulte imprescindible abordar sus ámbitos más problemáticos: su justificación y fundamento como derecho; su contenido esencial; su configuración jurídica y los mecanismos para su exigibilidad.

II. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

El planteamiento tradicional de la teoría del derecho situaría la cuestión en los siguientes términos: ¿Es el derecho a la salud un derecho de libertad o un derecho de igualdad? ¿Bastaría para justificarlo con acudir a la fundamentación iusnaturalista que sostiene la DUDH, apoyada en el concepto de dignidad humana? ¿Sería suficiente invocar su inclusión en la DUDH y en el PIDESC para exigir su inmediata y efectiva realización en todos los Estados? Las respuestas no son en absoluto concluyentes.

I. ¿Existe un verdadero derecho a la salud?

No pocos planteamientos teóricos han cuestionado la existencia de un 'derecho a la salud'. Tanto desde el cuestionamiento general de los derechos sociales como categoría real de derechos humanos, como desde quienes apelan a la imposibilidad de garantizarlo universalmente. Las razones que se apuntan para este cuestionamiento podrían sintetizarse del siguiente modo⁹:

a) El derecho a la salud no existiría por cuanto los derechos sociales no tienen la consideración de verdaderos derechos fundamentales. Los derechos únicamente pueden garantizar libertades negativas (de abstención); es decir, espacios en los que el titular puede actuar libremente sin ser molestado por nadie. La misión del Estado no puede ser otra que la de abstenerse de coartar la libertad de los individuos en esos ámbitos, protegerles frente a quienes pretendan hacerlo y proveer los mecanismos para que, en caso de violación de ese espacio, el agredido pueda exigir justicia y reparación. Desde esta perspectiva, el derecho a la salud no podría pasar de un control básico de las condiciones de salubridad pública y garantizar que las instituciones y las personas que trabajan en el ámbito de la sanidad cumplan unos requisitos mínimos de carácter profesional. Este planteamiento es sostenido desde posiciones neoliberales extremas y, con cierta moderación y matices, rige en la sanidad pública de los países anglosajones. En todo caso, no parece un planteamiento sostenible¹⁰.

8 ANÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", cit., pp. 27-32.

9 Asumimos en este punto la síntesis realizada por MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "El derecho a la salud: un derecho esencial", *Derechos y Libertades* (2006), núm. 14º, pp. 132-137.

10 ANÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", cit., pp. 34-36. VICENTE, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., pp. 68-74.

b) Sólo existirían los derechos sociales que cuentan con las garantías jurídicas que los hacen efectivos. En gran parte de las constituciones de los países desarrollados, el derecho a la educación –que es un derecho social- cuenta con las mismas garantías constitucionales de protección que los derechos civiles y políticos. Es el único derecho social que tiene esta consideración (y sólo en algunos Estados –pocos- del mundo). En el resto del planeta, los derechos sociales y, en especial, el derecho a la salud, sólo cuentan con el desarrollo y la protección que se deriva de las leyes ordinarias que se ocupan de la materia. Pero la moderna teoría de los derechos humanos entiende que no podemos identificar la existencia de los derechos con sus garantías. La existencia de verdaderos derechos no puede ligarse a su reconocimiento y garantía efectiva dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Continúa, pues, siendo válida la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, en función de su nivel de reconocimiento jurídico¹¹. El derecho a la salud participa de esta situación: plenamente reconocido en el ámbito internacional, escasa o nulamente garantizado en la mayoría de los Estados del mundo¹².

c) La universalidad no sería una nota inherente a los derechos sociales, de ahí que no se les pueda considerar verdaderos derechos humanos. Ciertamente, resulta innegable que el contenido del derecho a la salud está muy condicionado por la capacidad económica de los Estados y por las políticas públicas que se desarrollen. Obviamente, las medidas para preservar la salud o las prestaciones sanitarias no pueden ser las mismas, o parecidas, en un país rico que en uno pobre; en un Estado social que en uno de carácter liberal. Pero la diversidad de contenido del derecho a la salud no puede utilizarse como argumento contra su universalidad¹³. La capacidad económica de un Estado, las políticas públicas en sanidad, las circunstancias particulares (genéticas, ambientales, laborales, alimentarias, de estilos de vida, etc.) de la población, etc., condicionarán y especificarán el contenido del derecho, pero en absoluto pueden determinar su existencia. El derecho a la salud, con independencia del Estado y las circunstancias específicas de su regulación positiva, debe tener siempre el mismo objetivo: garantizar a todos los individuos unas condiciones de vida saludable y una atención sanitaria básica cuando lo requieran. El modo en que esto debe (o puede) concretarse en cada caso variará y dependerá de las circunstancias peculiares a que hemos aludido¹⁴.

11 PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid (1999): Tecnos, pp. 29-30.

12 ANSUATEGUI, J.: "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en AA.VV., *Los derechos sociales como una exigencia de justicia* (eds. V. Zapatero y M.I. Garrido). Madrid (2009): Universidad de Alcalá, pp. 151-156. Vid también: BOLIVAR, L.: "La doctrina en materia de derechos económicos, sociales y culturales: avances y dificultades en su aplicación y exigibilidad", en AA.VV.: *Democracia y derechos económicos, sociales y culturales*. San José de Costa Rica (2005): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 33-53.

13 LEMA, C.: "Derechos sociales ¿para quién?", cit., p. 187-191.

14 BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*. Granada (2006): Comares, pp. 193-194.

2. ¿Es un derecho de igualdad o de libertad?

También podríamos cuestionarnos si se trata de un derecho de libertad o de igualdad. De acuerdo con el planteamiento clásico, en la medida en que el derecho a la salud se incluye en la categoría de los derechos sociales, debería considerarse un derecho de igualdad. En efecto, la teoría de los derechos humanos ha determinado con bastante unanimidad que los derechos civiles y políticos son derechos de libertad, mientras que los derechos sociales son derechos de igualdad. Los primeros consagrarían la concepción de la denominada libertad positiva: "libertad de", ausencia de dominio, protección frente a las injerencias del poder o de terceros; y "libertad para", participar en la gestión política de la comunidad y en la creación de normas¹⁵. Los derechos de igualdad tendrían como objetivo la consecución de unas condiciones mínimas de vida iguales para todos. Más allá de la 'igualdad formal', reconocida en las grandes declaraciones de derechos, se trataría de conseguir una 'igualdad material', que permita un ejercicio 'real' de la libertad para todos los individuos¹⁶.

Hoy día resulta difícil sostener esta distinción analítica debido a la transformación conceptual que el Estado social ha producido en la concepción de los derechos. En este contexto, los principios de libertad e igualdad están indistintamente en la base de todos los derechos individuales. No cabe sostener que se goza de una verdadera libertad si no se tiene acceso, por ejemplo, a un servicio público de educación o de sanidad. De ahí surgió la necesidad de reformular la noción de libertad para ajustarla a las condiciones reales de la sociedad, dando lugar al concepto de "libertad real", que permitió profundizar en el modelo de Estado social. Esta idea renovadora impulsó la implicación de los poderes públicos en la remoción de los obstáculos económicos y sociales que impedían a determinados individuos ejercer una libertad efectiva¹⁷.

Esta imbricación del Estado en las cuestiones económicas y sociales de los ciudadanos dio lugar al denominado Estado del bienestar. Desgraciadamente, este modelo ha perdido hoy gran parte de la fuerza y atracción conceptual que suscitó como fundamento fuerte de los derechos sociales y, en particular, de los relacionados con el ámbito de la salud. El colapso de los servicios sanitarios públicos y el gasto farmacéutico desorbitado en las sociedades occidentales, está generando un cierto auge de lo privado en la atención sanitaria (en la gestión y en los seguros médicos) que ponen en entredicho el axioma de que es posible una atención sanitaria pública universal de calidad. Dicho de otro modo: la salud se estaría desplazando más hacia el ámbito de la libertad que de la igualdad. De esta realidad problemática han

15 HAARSCHER, C.: *Philosophie des droits de l'homme*. Bruselas (1999): Université de Bruxelles, p. 131 ss.

16 PRIETO, L.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid (1990): Debate, pp. 188 ss.

17 RUIZ MIGUEL, A.: "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa* (1994), núm. 15°-16°, pp. 656 y ss.; PRIETO, L.: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1995), núm. 22°, pp. 9-57.

surgido las voces que continúan cuestionando la realidad de un derecho humano incondicionado a la atención sanitaria, con carácter absoluto y universal¹⁸.

3. La salud como una “necesidad básica”

Desde hace tiempo, los problemas de fundamentación de los derechos sociales, y del derecho a la salud en particular, se acogieron al argumento de las ‘necesidades básicas’. Esta línea fue elaborada inicialmente por la escuela de Budapest, a partir de algunas referencias de Marx, y en la actualidad ha sido aceptada por autores de diversas ideologías, incluyendo algunos de los más liberales¹⁹. La existencia de un derecho fundamental a la salud se justificaría, desde esta teoría, acudiendo al argumento de que la imposibilidad de ser atendido cuando se tiene un problema de salud generaría al sujeto la privación de un bien tan esencial que le impediría ser dueño de sí mismo y perfeccionarse como persona y como ciudadano activo. Le impediría llevar una vida que pudiera calificarse de humana. La carencia de atención sanitaria conduciría al sujeto a un estado de necesidad que podríamos calificar de inhumano. De ahí la exigencia de un derecho a la protección de la salud como consecuencia de ser ésta una necesidad básica de todo ser humano.

La categoría de “necesidad básica” nos permite afirmar que ningún individuo puede ser verdaderamente libre, o llevar una vida digna y realmente humana, sin tener acceso a los bienes básicos de la existencia. No cabe hablar, pues, de ejercicio pleno de las libertades en situaciones de penuria extrema, como tampoco cabe hablar de ello en situaciones de insalubridad pública y falta de atención sanitaria básica. No obstante, algunos autores liberales han señalado la dificultad de distinguir entre las verdaderas necesidades y los simples deseos o caprichos individuales. Y, en efecto, resulta esencial distinguir ambas cosas. Cuando se habla de ‘necesidades básicas’ no se está haciendo referencia a las circunstancias personales que puedan llevar a un sujeto a desear un objeto o una situación determinada. No se trata de estados de ánimo, volubles o arbitrarios, sino de hechos objetivos en los que cabe constatar una carencia humana esencial²⁰.

Las ‘necesidades básicas’ están lejos de lo que podemos denominar preferencias o deseos subjetivos. Estamos ante cuestiones objetivables que están más allá de la voluntad individual y de los dictados del interés personal. Precisamente en su carácter objetivo radica la posibilidad de su justificación y de su satisfacción por

18 DE LORA, P.: “El derecho a la protección de la salud”, en AA.VV.: *Constitución y derechos fundamentales* (coord. BETEGÓN, J. et alii). Madrid (2004): Presidencia del gobierno, pp. 879-901.

19 AÑÓN, M.J.: “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en AA.VV.: *Derechos Humanos* (J. BALLESTEROS, ed.). Madrid (1992): Tecnos, pp. 110-115.

20 CONTRERAS, F.J.: *Derechos sociales, teoría e ideología* (1994): Madrid, Tecnos, p. 41.

parte del Estado. Las 'necesidades' fundantes de los derechos sociales se caracterizan por los siguientes rasgos²¹:

a) Son necesidades 'básicas'; es decir, necesarias e indispensables para llevar una vida digna, hasta el punto de que quien no logra su satisfacción lleva una vida inhumana, carente de los bienes mínimos exigibles por la condición de ser humano. Entre estos bienes básicos para la subsistencia hemos de incluir necesariamente el alimento, el vestido y la atención sanitaria.

b) Son necesidades 'objetivas'; es decir, se trata de privaciones externas al sujeto; de ahí que la constatación de su carencia pueda determinarse con claridad y evidencia. La carencia de alimento, de vestido o de atención sanitaria, produce unos efectos claramente constatables y evidenciables en los sujetos que las padecen.

c) Son necesidades 'generalizables', en el sentido de que pueden extenderse a toda la población del planeta (no cabe que sean sólo reivindicaciones de un grupo, país o grupo de países). Todos los informes y estudios de los organismos internacionales nos confirman que tenemos recursos suficientes para que todos los habitantes del planeta puedan acceder a los bienes básicos y los recursos mínimos exigibles para una vida digna.

d) Son necesidades 'históricas'; es decir, están ligadas a unas coordenadas espacio temporales concretas, de modo que pueden variar si esas circunstancias varían.

Podemos afirmar, pues, que estamos ante una 'necesidad básica' cuando su carencia provoca en el sujeto la privación de algún bien imprescindible para que pueda ser considerado, en sentido kantiano, como un fin en sí mismo; es decir, como un agente libre que puede desarrollar su propio proyecto vital. La estrecha relación entre necesidades y derechos sociales deriva precisamente de reconocer que estos garantizan la satisfacción de bienes básicos indispensables para la subsistencia digna de los individuos. Como dijimos, entre estos bienes básicos, la salud ocupa un lugar central junto al alimento y el vestido. En el mismo escalón, aunque en otro grado, se encuentran también la educación y la vivienda²².

En definitiva, la protección de la salud constituye el exponente más cualificado de una necesidad básica, que justifica objetivamente la existencia de un derecho fundamental en este sentido que la garantice a todos los individuos que forman parte de un Estado. Ese mismo carácter es el que postula y exige su universalización (su reconocimiento y su garantía universal en todo el planeta)

21 AÑÓN, M.J.: *Necesidades y derechos*. Madrid (1994): CEC, pp. 61-69.

22 *Ibid*, pp. 72-74.

4. El derecho a la salud y la 'indivisibilidad' de los derechos

El último argumento utilizado para fundamentar la categoría de los derechos sociales y, en particular, el derecho a la salud, pasa por acudir a la 'indivisibilidad' e 'interdependencia' de los derechos humanos. La indivisibilidad no está entre las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos: tiene un origen más reciente. Surgió en el ámbito de Naciones Unidas, a raíz de la Conferencia de Viena de 1993, siendo desde entonces constantemente invocada en sus textos, aunque sin precisar demasiado su significado y alcance. Podría decirse que es la posición oficial de la ONU desde la aprobación de la DUDH.

La noción de indivisibilidad subraya la interdependencia y la complementariedad de los diferentes derechos humanos. Los distintos derechos se hallarían en una situación de vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos. Por eso no cabe "racionarlos". No cabe establecer un "apartheid según el grado de desarrollo"; una actitud muy extendida en ambientes económicos y políticos de las sociedades desarrolladas del Norte, consistente en pensar que el nivel de realización de los derechos humanos no puede ser el mismo para los países desarrollados que para los restantes. Por desgracia, en muchas ocasiones, los propios gobiernos de los países pobres del Sur recurren también a este argumento, aunque por razones bien distintas: pretenden justificar (buscar una coartada) la escasa o nula garantía de los derechos sociales en sus países (también de los civiles en no pocos casos)²³.

Frente a esto, es necesario recalcar que "la indivisibilidad no es un objetivo reservado a las naciones que ya han adquirido un catálogo de derechos variados; es una exigencia inmediata, condición necesaria para la realización de cualquier derecho 'troncal básico', como los que hacen referencia a la protección de la salud, protección contra el hambre, la tortura y la incultura"²⁴. Se trata de reconocer la complejidad que entraña la satisfacción de estos derechos tan prioritarios. Hay que tener en cuenta que la efectiva realización de esos derechos troncales básicos exige estrategias globales dirigidas a satisfacer no un derecho aisladamente, sino el conjunto de los derechos²⁵.

La indivisibilidad aparece, pues, como un criterio también decisivo para fundamentar la protección de la salud como derecho humano básico, en la medida en que no cabe establecer una jerarquía, una diferencia de grado, entre los derechos de primera y de segunda generación: unos y otros conjuntamente responden a las exigencias de la dignidad del ser humano. De igual modo, la salud es el presupuesto

23 MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 15-18.

24 *Ibid.*, p. 276-279.

25 AÑÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", cit., pp. 27-32.

primario e indispensable para el ejercicio real y pleno de todos los demás derechos, lo que la convierte en uno de los derechos llamados “troncales”; es decir, los que garantizan los bienes más básicos para la subsistencia del sujeto.

III. NORMATIVIDAD Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Que se pueda justificar la existencia del derecho a la salud como derecho humano y derecho social, no significa que de ahí se deduzca automáticamente su normatividad y su exigibilidad. Para ello hace falta poner en juego nuevos argumentos. En efecto, afirmar la indivisibilidad de los derechos y que estamos ante una necesidad básica significa fundamentar su categoría de derecho, pero no que de ello se deriven deberes y obligaciones para alguien y que sean directamente exigibles. Abordar los problemas teóricos y jurídicos del derecho a la salud es un desafío notable.

Que los derechos sociales tengan fuerza normativa y que sean exigibles son dos cuestiones estrechamente relacionadas pero de naturaleza distinta. En el primer caso se trata de establecer si estamos ante un derecho vinculante, a quién vincula y cuál es el fundamento de esa vinculatoriedad. En el segundo caso, se trata de determinar si existen mecanismos judiciales que permitan reclamar el cumplimiento de los deberes y obligaciones generadas por el derecho (si es que éste genera algún tipo de obligación)²⁶.

¿Es el derecho a la salud un derecho social vinculante que genera determinadas obligaciones? Hace cuatro décadas que Bobbio demandaba menos retórica y ampulosidad en las declaraciones de derechos y más realizaciones, señalando que el problema de los derechos radicaba sobre todo en su protección y no en su reconocimiento²⁷. La DUDH constituía, para él, un refrendo suficientemente universal para su validez y justificación. Si nos acogiéramos a este planteamiento, la presencia del ‘derecho a la protección de la salud’ en la Declaración Universal, en el PIDESC y en los diversos documentos internacionales y regionales, debería ser suficiente para justificar su obligatoriedad, pero desgraciadamente no es así. De ahí que se sigan reclamando argumentos que justifiquen específicamente que el derecho a la salud genera obligaciones concretas y que éstas son exigibles. En efecto, para que podamos hablar de la protección de la salud como un verdadero derecho social es imprescindible que éste genere *de iure* obligaciones ‘positivas’ y que exista también su correlato necesario: mecanismos de garantía que las hagan exigibles. Es cierto que los derechos sociales requieren siempre de un plus de justificación que no se pide a los derechos civiles y políticos (que generan básicamente obligaciones ‘negativas’); pero en el caso de la salud estas garantías resultan imprescindibles debido a su carácter troncal.

26 MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., pp. 137-142.

27 BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Madrid (1991): Sistema, pp. 15-19.

Han sido los teóricos de las necesidades básicas quienes más se han preocupado de justificar la normatividad de los derechos sociales. La cuestión se ha planteado del siguiente modo: ¿constatada la necesidad básica en un sujeto, existe la obligación moral colectiva de satisfacerla? En lo que a la salud se refiere, podría formularse así: ¿constatada la necesidad de atención médica de un sujeto, existe una obligación moral por parte de la sociedad de atenderle? La respuesta teórica a esta pregunta ha sido respondida de tres modos diferentes: hay quienes piensan que existe un nexo inseparable entre el hecho y el valor con relación a las necesidades básicas, afirmando que de la constatación de una necesidad se deriva necesariamente la obligación colectiva de satisfacerla. En sentido contrario, hay quienes niegan radicalmente toda conexión entre ser y deber ser en relación con las necesidades, entendiendo que toda necesidad es subjetiva y nada justifica la exigencia colectiva de su satisfacción. Finalmente, hay quienes no afirman el nacimiento de una obligación, pero reconocen “una cierta relación entre las necesidades y su satisfacción”, considerando que las necesidades constituyen sobre todo “razones para la acción”²⁸.

Parece más razonable sostener esta última posición; es decir: que la constatación de una necesidad no genera *per se* la obligación moral de satisfacerla, pero esa constatación sí supone un argumento moral fuerte que, en conjunción con otros (peculiares circunstancias sociales, económicas, culturales, etc., del país), debería constituir un fundamento sólido para implementar un determinado derecho social. En el caso de la protección de la salud, la constatación de una dolencia en un sujeto cualquiera del planeta (y el grave perjuicio que le causaría no ser atendido médicamente), no constituye la razón última y definitiva para generar una obligación moral y jurídica de brindarle esa atención médica; pero la constatación de esa necesidad básica sí sería una razón de peso para poner en marcha los recursos médicos disponibles en ese sentido²⁹.

También se han planteado otras vías para justificar el surgimiento de obligaciones colectivas con relación a los derechos sociales en general y al derecho a la salud en particular. Una muy significativa, siguiendo la estela de Habermas, Apel y Rawls en su concepción de la ética dialógica o comunicativa, es la que pretende buscar en el consenso social mayoritario el fundamento de la protección jurídica de determinados derechos sociales, en especial de uno tan básico como el derecho a la salud. Acudiendo a la comunidad ideal de diálogo y atendiendo a las reglas comunicativas básicas propuestas por estos autores, cabría afirmar la existencia de un consenso global (siempre renegociable y modificable) en torno a los siguientes puntos: a) la salud es una ‘necesidad básica’ para poder ser y actuar como ciudadano libre en una sociedad democrática; b) ésta es una razón suficiente para el reconocimiento y protección jurídica de la atención sanitaria en el ámbito público. Este sería el

28 En este sentido, AÑÓN, M.J.: *Necesidades y derechos*, cit., pp. 190-219.

29 MARTÍNEZ DE PIÑÓN, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., p. 139.

argumento implícito que ha seguido el ordenamiento jurídico español, para arbitrar un sistema público, universal y gratuito de asistencia sanitaria durante los últimos 35 años, como si en realidad hubiéramos tenido las circunstancias económicas y sociales de un país plenamente desarrollado (cuando no era así en absoluto) y ante la notable debilidad e indeterminación de los arts. 41 y 43 de la Constitución. En efecto, aun estableciendo un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE) y reconociendo la existencia del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), la ubicación sistemática de ambos les priva de la categoría de derechos fundamentales, en sentido estricto, y los convierte en meros “Principios rectores de la política social y económica” (así se expresa el capítulo III del Título Primero de la Constitución), con lo que esto comporta en relación al debilitamiento de su exigibilidad³⁰.

El derecho a la protección de la salud no sería, pues, un derecho fundamental sino un simple “principio rector”, cuya protección y garantías constitucionales son muy escasas. Y es precisamente cuando falta la protección constitucional y se desvirtúa su carácter de derecho fundamental, cuando resulta necesaria la justificación de su obligatoriedad, algo que no puede hacerse sino acudiendo al debate público³¹. En ese contexto es donde deben surgir los argumentos consistentes que puedan otorgar a la atención sanitaria la categoría de bien esencial para la sociedad y exigir para él la cobertura jurídica indispensable que la garantice como derecho y asegure su prestación universal. Así ha sucedido en España en los últimos 35 años: ha existido un amplísimo consenso social dirigido a la cobertura sanitaria pública y universal y sobre el mantenimiento de un régimen público de Seguridad social³². Además, en estos últimos quince años, en la medida en que nos hemos convertido en un país receptor de inmigración, ese consenso social mayoritario se ha proyectado más allá de la ciudadanía. La universalidad de la prestación sanitaria básica se ha extendido a todos los individuos que se encuentran en territorio español, con independencia de su nacionalidad³³.

- 30 La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la CE no reconoce derechos subjetivos en la materia incluidas en el capítulo III del Título I, cuyas disposiciones tienen un valor solamente programático. Por tanto, tampoco el derecho a la salud es propiamente un derecho subjetivo, a pesar de la expresión utilizada por el legislador, constituyen únicamente “normas de acción, que señalan al legislador y a quienes ejercen los poderes públicos, el camino que deben seguir”. En este sentido, vid. DE LORA, P.: “El derecho a la protección de la salud”, cit., pp. 890-893; MARTÍNEZ DE PISO, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., pp. 140-141.
- 31 La necesidad de fundamentar en el debate público la cobertura del derecho a la salud surge de la afirmación realizada por el art. 53.3 CE: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios recogidos en el capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.
- 32 Así lo demuestra la aprobación de la *Ley General de la Seguridad Social* y de la *Ley General de Sanidad* en 1986, cuyo espíritu se ha mantenido en los sucesivos desarrollos y actualizaciones que el ámbito de la sanidad ha experimentado hasta la fecha.
- 33 Para un tratamiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución española pueden verse, entre otros: DE LORA, P.: “El derecho a la protección de la salud”, cit., pp. 875-901; JIMÉNEZ DE PARGA, M.: “Derecho a la protección de la salud”, disponible en www.Madrid.org; APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la protección de la salud” en AA.VV., *Comentario a la constitución socio-económica de España* (coord. APARICIO, J.). Granada (2002): Comares, pp. 1553-1566; BORRAJO, E.: “Art. 43: protección de la salud”, en *Comentarios a la Constitución española* (PÉREZ, A. y LÓPEZ, A. eds.), T. IV, Madrid (1996): Edersa, pp. 349-391; REY, S.: “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y Libertades* (1998) núm. 6º, pp. 161-168.

Esta situación permite hablar en España de un derecho a la protección de la salud que, aun no teniendo el carácter de derecho fundamental, sí es un derecho subjetivo positivado, en la medida en que así se ha reconocido, garantizado y desarrollado en la legislación sanitaria vigente.

Como hemos visto, el nivel de cobertura y garantías del derecho a la protección de la salud, allá donde no ha recibido un carácter de derecho fundamental, depende en última instancia del grado de consenso social existente sobre la importancia del bien "salud" y el destino de los recursos que a protegerla deben destinarse. En ese sentido, podríamos establecer un principio de proporcionalidad entre la riqueza y circunstancias sociales de un país y la asignación de recursos públicos al ámbito de la sanidad. Se trata de una ecuación en la que podría establecerse un máximo y un mínimo en función de múltiples variables, pero que siempre debe moverse entre dos extremos: la cobertura pública universal total y la inexistencia de una cobertura pública. Dentro de ese arco debe estar garantizando siempre un mínimo de cobertura básica esencial. Ese mínimo constituye un contenido irrenunciable y exigible del derecho humano a la salud, y debería garantizarse siempre, sean cuales fueran las circunstancias concretas de un país³⁴.

La cuestión radica, entonces, en determinar si, a nivel planetario, podemos hablar de la existencia de una obligación moral de los países desarrollados de garantizar ese mínimo básico irrenunciable de protección de la salud en aquellos otros países que no disponen de ninguna infraestructura sanitaria. En este supuesto, tal obligación dependería, como hemos apuntado, de la existencia de un consenso global al respecto que legitimara y exigiera la adopción de medidas por parte de los Estados. Hoy por hoy este consenso sólo puede darse, de forma indirecta, en el seno de las organizaciones internacionales (ONU, FAO, etc.); lo cual provoca que se vea muy diluido en medio de otro tipo de consideraciones e intereses estratégicos de los países que las componen, a lo que se suma la dificultad de establecer acciones coercitivas en el plano del derecho internacional. Dicha situación comporta tres importantes consecuencias:

a) El consenso mundial acerca de la obligación moral de satisfacción de las necesidades básicas del tercer mundo (alimento, vestido, sanidad) ha cristalizado en la famosa aspiración del 0'7% del PIB de los países ricos (el efecto de acercarse a esa cifra parece más importante que lo que realmente se hace con ello).

b) Ese eslogan del 0'7% ha contribuido a diluir el sentido de la obligación moral y de su exigencia jurídica y la ha convertido en un gesto humanitario (importante, pero que nace de la generosidad y no de una obligación exigible).

34 PALAZZANI, L.: "Diverse proposte sulla distribuzione delle risorse sanitarie", en AA.VV.: *IX Jornadas de Bioética*. Valencia (2008): Facultat de Dret, pp. 41-69.

c) El peso de la realización de tales acciones ha recaído exclusivamente sobre organizaciones humanitarias de todo tipo (*UNICEF, Médicos sin fronteras, etc.*); en el sentido de que los Estados se limitan a financiar sus programas y proyectos, pero no acaban de implicarse directamente en la satisfacción de esas necesidades básicas. La consecuencia de todo esto está a la vista: hay dos terceras partes del planeta (luego lo veremos con detalle) que carece por completo de la asistencia sanitaria básica siendo ésta un componente irrenunciable del derecho humano a la salud.

IV. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO Y EL DISCUTIDO CONCEPTO DE SALUD

Hasta ahora hemos venido utilizando la expresión genérica 'derecho a la salud', aunque hubiera resultado más correcto utilizar la expresión "derecho a la protección de la salud" que es la empleada por el art. 43.1 de la Constitución española. En efecto, la 'protección de la salud' subraya con precisión que estamos ante un derecho *prestacional* por excelencia; es decir, que no se trata de un 'derecho a estar sano' (algo que, obviamente, nadie puede garantizar), sino que se trata de un derecho a 'ser atendido cuando alguien está enfermo'. En otras palabras, se trata de un derecho a recibir una atención (prestación) sanitaria cuando se precisa. Este carácter *prestacional* resulta esencial en la naturaleza del derecho: otorga a su titular la capacidad de exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada; porque el Estado se obliga, a través de los derechos sociales, a actuar para proteger y asistir a sus ciudadanos. Para ello, lógicamente, el Estado debe crear los órganos administrativos y las instituciones pertinentes, dotarlas de recursos, destinar técnicos y especialistas en la materia, elaborar planes de acción y políticas públicas al efecto, etc. En otras palabras, la Administración pública es moralmente responsable ante sus ciudadanos de asistirlos y garantizarles una atención sanitaria mínima cuando estos lo requieran. Esta filosofía de la responsabilidad moral del Estado parece diluirse un poco en la actualidad, en la medida en que se va alimentando la idea de que la atención sanitaria es, sobre todo, una responsabilidad individual (algo que uno debe procurarse por sí mismo cuando se quiere que sea de calidad) y que finalmente será el "mercado" quien la determine. Sostener este planteamiento (propio del neoliberalismo) supondría introducir inadecuadamente el derecho a la salud en el ámbito de la autonomía, propia de los derechos civiles, y contravenir su naturaleza esencialmente 'prestacional', propia de los derechos sociales por excelencia, que generan en el Estado obligaciones positivas (de hacer o de actuar)³⁵.

35 En ese sentido, por ejemplo, la doble alusión de la Constitución española, en sus art. 41 y 43, lejos de ser reiterativa resulta muy coherente, puesto que la proclamación de un derecho a la protección de la salud y las prestaciones que el art. 43 CE impone al Estado (tutelar la salud pública a través de diversas medidas como la asistencia sanitaria y la creación de los servicios necesarios) requieren necesariamente el establecimiento de un régimen público de seguridad social (art. 41 CE). Al respecto, vid: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., pp. 65-79.

Hechas estas precisiones, debemos subrayar que el derecho a la salud tiene dos dimensiones que se constituyen a su vez en otros dos derechos más específicos: el derecho al mantenimiento de las condiciones de salud (dimensión social) y el derecho a la atención sanitaria (dimensión individual). Se trata, pues, de un derecho que tiene además de una dimensión individual también una colectiva. En ambos casos, el objeto del derecho es siempre el mismo: garantizar un 'estándar mínimo de salud': en los individuos (a través de la asistencia médica) y en las sociedades (a través de la salubridad pública y las condiciones sanitarias básicas de carácter colectivo). Este segundo aspecto, que engloba las políticas públicas relativas a la sanidad, tiene múltiples e importantes implicaciones pero que desbordaría en su tratamiento el objeto de este trabajo. Nos centraremos, pues, en la primera de las dimensiones.

1. Configuración básica del derecho a la salud

El contenido esencial del derecho a la salud cobra especial relevancia puesto que sólo a partir de él cabe determinar los instrumentos para garantizarlo, los mecanismos para exigir su cumplimiento y los objetivos que debe perseguir la política sanitaria de cada Estado³⁶. A la hora de abordar cuál es su contenido, nada más objetivo que acudir a la doctrina emanada al respecto por parte de los organismos internacionales.

De entrada, debemos destacar las tres consideraciones que el relator especial de la 'Comisión de Derechos Humanos' de la ONU, Paul Hunt, planteó en su informe sobre el marco normativo del que debería dotarse al derecho a la salud. En primer lugar; señala que se trata de un derecho 'incluyente': debe abarcar no sólo la atención oportuna y adecuada de la salud, sino también los determinantes subyacentes a ella (entre los cuales señala el acceso a la educación e información adecuada). En segundo lugar; que el derecho a la salud debe incluir la posibilidad de disfrutar de los establecimientos, bienes y servicios necesarios, sin discriminaciones, para lograr el más alto nivel posible de salud. En tercer lugar; señala que los establecimientos, bienes y servicios de salud, incluidos los determinantes subyacentes, deben estar disponibles y ser accesibles, aceptables y de buena calidad³⁷.

Por su parte, el 'Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales' (CDESC), encargado del seguimiento del Pacto (PIDESC), recogiendo las indicaciones del Informe Hunt, establece en su 'Observación n. 14' que los cuatro componentes básicos del contenido esencial del derecho a la salud son: la disponibilidad, la

36 En principio, la atención de la salud debe formar parte de un servicio público en el que el prestador o actor que se encuentre encargado de brindar dicho servicio debe asumir la corresponsabilidad a la que se hizo acreedor en la medida en que es parte de la organización del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones.

37 Informe A/58/427 del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Paul Hunt, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, presentado el 10 de octubre de 2003 por el Secretario General ante la Asamblea de las Naciones Unidas.

accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad³⁸. El Comité señala también que los niveles esenciales irrenunciables del derecho a la salud –compuestos en su integridad por obligaciones que deben ser satisfechas de manera inmediata- corresponden a la ‘atención primaria básica’ de la salud, tal como ésta quedó definida en la ‘Declaración de Alma-Ata’ de 1978³⁹. Estas obligaciones básicas son las siguientes: 1) garantía de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria; 2) aseguramiento de una alimentación esencial mínima; 3) garantía del acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas y al suministro de agua potable; 4) suministro de medicamentos esenciales; 5) distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; 6) adopción y aplicación de una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública.

Tomando como referencia los cuatro elementos que señala el Comité, el contenido básico del derecho a la salud estaría determinado por lo siguiente:

a) La ‘disponibilidad de la salud’ supone que los ciudadanos tienen derecho a que el Estado ponga a su disposición un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, programas y profesionales de la salud y también de medicamentos esenciales. Esta nota de disponibilidad es la que fundamenta el derecho a la atención sanitaria individual. Este derecho garantiza que los usuarios reciban la atención sanitaria indispensable para preservar su vida, su integridad física y su dignidad. Esto se concreta en el derecho de todo sujeto al diagnóstico y a todo tratamiento necesario para la preservación de su vida, su integridad y su dignidad; incluiría además el derecho a la atención de urgencia, siempre que ésta sea requerida. Todo esto, obviamente, está sometido a la existencia de mecanismos para exigir la realización del derecho.

b) La ‘accesibilidad de la salud’, supone que los “establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”⁴⁰. De acuerdo con las observaciones del Comité, la accesibilidad tiene cuatro dimensiones: 1) la ‘igualitaria’, en el sentido de no discriminación; 2) la ‘física’, en tanto que espacial y arquitectónica; 3) la ‘económica’ o asequibilidad; 4) la ‘informativa’, que incluye el derecho a recibir, solicitar y difundir

38 PIDESC. Observación General 14, párrafos 43 y 44.

39 La Conferencia Internacional sobre Atención Primaria (1978) celebrada en Alma-Atha (Kazakisthán), organizada por la OMS en colaboración con UNICEF, tuvo una gran trascendencia a la hora de potenciar un concepto de atención sanitaria centrado en la realidad socioeconómica de cada país. La Declaración final de esta Conferencia estableció como presupuestos de la atención primaria los siguientes: “1. Es un reflejo y una consecuencia de las condiciones económicas y de las características socioculturales y políticas del país. 2. Se orienta hacia los principales problemas de salud de la comunidad y presta los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios para resolverlos. 3. Comprende, cuando menos, las siguientes actividades: educación sobre los principales problemas de salud y medios de prevención; suministro de alimentos y nutrición apropiada; abastecimiento de agua potable y saneamiento básico; asistencia materno-infantil; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y lucha contra las principales enfermedades endémicas de cada zona y el suministro de medicamentos esenciales”.

40 Observación General 14 del CDESC, párrafo 12b.

información sobre cuestiones relativas a la salud, sin menoscabar el derecho a la confidencialidad de los datos personales en materia sanitaria. La primera y la cuarta (no discriminación y el acceso a la información), forman parte de los niveles esenciales de salud y, por ello, constituyen obligaciones irrenunciables, de cumplimiento inmediato y universal por parte de todos los Estados, y cuya ausencia resulta de todo punto injustificable⁴¹.

c) La 'aceptabilidad de la salud', según el párrafo 12c de la 'Observación General n. 14' del CDESC, consiste en que "todos los establecimientos, bienes y servicios de salud serán respetuosos con la ética médica y culturalmente apropiados [...] a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida". Esta definición de *aceptabilidad* plantea dos cuestiones importantes para el ejercicio de los derechos por parte de los usuarios: a) el respeto a la autonomía del paciente y el principio del consentimiento informado en la relación médico-paciente; b) el respeto a la diversidad cultural en la prestación de los servicios de asistencia sanitaria⁴².

d) La 'calidad de la salud', supone que los establecimientos, bienes y servicios de salud "deberán ser apropiados, desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad". Según el *Comité*, la calidad de la salud demanda, entre otras cuestiones, "personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia y potable y condiciones sanitarias adecuadas". Con relación a la calidad de las prestaciones y servicios de salud que reciben los usuarios, los Estados tienen obligaciones relacionadas con la puesta en marcha de mecanismos de control y vigilancia que garanticen que esas prestaciones y servicios respeten el principio de dignidad humana ('Observación General n. 14, párrafos 12 y 51).

2. El actual y discutible concepto de salud

- 41 El principio de no discriminación en el acceso a la salud es fundamental y, en su vertiente negativa, aparece como exigencia de igualdad de trato a los usuarios con independencia de la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política, y cualquier otra condición personal o social, tal y como establecen los distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, así como las constituciones y tribunales constitucionales de los distintos países. Los únicos criterios válidos para regular el acceso de los usuarios a los bienes, establecimientos y servicios de salud, sólo pueden ser de carácter médico, científico y económico. El principio de acceso a la información es indispensable para un correcto y adecuado ejercicio del derecho a la salud. En efecto, la apertura de canales de información y la puesta en marcha de programas de educación en materias que afectan la salud de las personas favorece el acceso igualitario de los usuarios a los sistemas sanitarios y, además, garantiza la vigencia del principio de consentimiento informado en la relación médico-paciente y fortalece la participación de los ciudadanos en la gestión de los bienes, servicios y establecimientos de salud.
- 42 La autonomía del paciente y el consentimiento informado constituyen los dos principios rectores de la relación médico-paciente. En virtud de ellos, las personas pueden decidir, sin intervención externa de ninguna clase (del Estado o de terceros), sobre todos los aspectos relativos a su salud, siempre y cuando no vulneren el ordenamiento jurídico o los derechos de otras personas. El principio del consentimiento informado es una concreción del derecho a la autonomía personal en el ámbito de la relación médico-paciente. Los pacientes tienen el derecho a recibir por parte de su médico toda la información necesaria para poder decidir, con conocimiento de causa, el tratamiento que mejor les convenga (o incluso renunciar a él). El tratamiento de la autonomía y el consentimiento informado escapa por completo a este trabajo. Sobre el tema pueden verse, entre otros: SIMÓN, P.: *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*. Madrid (2000); TRISCATELA; ROVIRA, A.: *Autonomía Personal y Tratamiento Médico: una aproximación constitucional al consentimiento informado*. Pamplona (2007); ARANZADI; LÓPEZ CHAPA, S.: *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona (2007); BOSCH.

Después de todo lo expuesto anteriormente, continúa habiendo una cuestión esencial que permanece difusa en medio de las consideraciones formales realizadas: ¿qué debemos entender por salud? He ahí el núcleo básico que determina el contenido último del derecho: el objeto que debe protegerse a través de los instrumentos habilitados para la atención sanitaria. No ha sido tarea fácil hacerlo y tampoco ha ayudado a su adecuada comprensión la definición institucional que ofreció en su momento la OMS. Veamos.

El Diccionario de la RAE define la salud como “el estado en el que un ser orgánico ejerce normalmente sus funciones”. Se trata de una definición de índole fundamentalmente biológica, objetivista, que sirvió de base al concepto de enfermedad largamente utilizado en medicina clásica y que se concretaba en “un estado de anormalidad en el ejercicio de las funciones por parte de un ser orgánico”. Dicho de otro modo: la salud sólo podría definirse de una manera negativa, constatando la ausencia de enfermedades y, por ende, el correcto funcionamiento del organismo. No obstante, este concepto fisiológico, objetivista, de salud ha evolucionado hacia una concepción mucho más subjetivista, cuyo paradigma viene representado por la definición adoptada por la OMS, en junio de 1946, con motivo de su asamblea fundacional: “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Se trata de una definición tan amplia y grandilocuente, y que permite generar tan desmesuradas expectativas en las personas, que ha dificultado mucho una correcta delimitación del derecho a la salud en su dimensión individual y colectiva⁴³. Con esta definición, que abarca prácticamente todos los aspectos de la vida humana, la salud se ha convertido en una ‘categoría subjetiva’: es decir, ya no se trata de un parámetro biológico sino de una ‘aspiración’ definida por el propio individuo. Se puede decir, sin temor a exagerar, que esa utópica idea del derecho fundamental a la “búsqueda de la felicidad”, consagrada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, hoy viene interpretada universalmente como el derecho a la ‘búsqueda de la salud’ e identificándose con el derecho a disfrutar de la más plena sensación de bienestar posible. La salud, en efecto, ha ido adquiriendo progresivamente un carácter de ‘bien supremo’ y convirtiéndose en el fin último de la existencia humana⁴⁴.

43 Como se ha subrayado acertadamente, el gran acierto de esta definición es haber subrayado las tres dimensiones de la salud: la física, la psíquica y la social; no obstante ha sido unánime su crítica, siendo tachada de utópica, estática y subjetiva. De ahí que, posteriormente, se haya ido matizando con diversas aportaciones (eliminación del sustantivo ‘completo’, añadir el componente medioambiental ‘adaptación al medio’ y la idea de ‘capacidad’ o ‘funcionamientos’. La definición de Milton TERRIS (“La epidemiología y la salud pública”, *RSHP* n.68, p. 6), suele ser hoy la más invocada: “estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Vid. GAVIDIA, V. y TALAVERA, M.: “La construcción del concepto de salud”, *Didáctica de las Ciencias Experimentales y Sociales* (2012), núm. 26°, pp. 161-175; COSTA, M. y LÓPEZ, E.: *Educación para la salud. Una estrategia para cambiar los estilos de vida*. Madrid (2005): Pirámide; SALLERAS, L.: *Educación sanitaria. Principios, métodos y aplicaciones*. Madrid (1989): Días de Santos. Vid. también: CORTINA, A.: *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid (2001): Tecnos, pp. 261 ss.

44 BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*, cit., p. 190.

Hasta que esta definición de la OMS se asumió como paradigma de progreso para la humanidad, la salud constituía una categoría bastante objetiva, determinada por parámetros biológicos. La conducta del médico se ajustaba a patrones de atención y cuidado a los enfermos, pero en absoluto pretendía satisfacer las demandas o expectativas de estos. El médico se comprometía a realizar una actividad (poner su ciencia médica al servicio de la curación del enfermo), pero nunca se comprometió a conseguir un resultado, porque tal pretensión siempre estuvo fuera de su alcance. En efecto, puesto que los resultados de la actividad médica nunca son completamente previsibles, carecía de sentido plantear contratos sobre el resultado de un acto médico o comprometerse a garantizarlos⁴⁵.

El nuevo paradigma subjetivista ha roto con ese modelo de atención sanitaria; puesto que ya no es la biología ni el médico, sino el propio individuo quien determina su estado de salud. La salud se acaba identificando con la sensación, el deseo o la expectativa del sujeto con relación a su estado físico o psicológico. El paciente (en sentido pasivo) pasa a ser un cliente (en sentido activo) que establece una relación contractual con el médico, basada (no pocas veces) en un desembolso económico. En consecuencia, el derecho a la 'protección de la salud' se acaba traduciendo en la pretensión (exigencia) de recibir el máximo nivel de atención sanitaria para garantizar a cada individuo el máximo grado de bienestar personal; un bienestar calibrado subjetivamente en base a la propia percepción del individuo. ¿En qué se traduce ese bienestar pretendido por el titular del derecho? Se trata hoy de un bienestar interpretado en clave utilitarista; es decir, se traduce en la exigencia de eliminar todo sufrimiento y de potenciar al máximo la capacidad de experimentar sensaciones placenteras.

De igual modo, el derecho a unas condiciones de salubridad pública, se acaba poniendo en relación con las expectativas de bienestar presentes en cada sociedad, lo que supone privilegiar en las políticas públicas aquellos aspectos cuya importancia se mide por la percepción mayoritaria que de ellos tiene la sociedad (he ahí, por ejemplo, la proliferación de unidades antitabaco, de cirugía estética o de reproducción asistida en los países occidentales, mientras que resulta difícil (cuando no imposible) conseguir vacunas para la malaria o la viruela destinadas al tercer mundo). El concepto subjetivista de salud, además, tiene una especial proyección en todo lo relacionado con la biotecnología y las intervenciones genéticas⁴⁶. Pero la otra cara de la moneda aparece en las sociedades pobres, cuyo nivel de expectativas de salud básica (supervivencia) disminuye cada día, porque la ciencia médica se mueve cada vez más por las demandas y expectativas de los más ricos, abandonando las

45 KASS, L.R.: *Toward a more natural science*. New York (1985): The Free Press, p. 211.

46 Vid. TALAVERA, P.: "Células madre embrionarias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad", en AA.VV.: *Biotecnología y posthumanismo* (BALLESTEROS, J., ed.), Pamplona (2006): Thomson-Aranzadi, pp. 211-256.

necesidades básicas de salud de los que no pueden pagar (la medicina del paciente se ha convertido en la medicina del cliente). Lo veremos a continuación.

Partiendo de esta concepción subjetivista, la autonomía se convierte en el principio básico ordenador de la salud (sin la modulación de los otros grandes principios: no maleficencia, beneficencia y justicia)⁴⁷. La salud se ha transformado en un asunto privado (la define el propio sujeto y la exige como derecho subjetivo). El ejercicio del derecho a la salud diseña hoy un escenario en el cual el paciente tiene una idea de salud que quiere desarrollar y el profesional sanitario está ahí para procurar satisfacerla con los medios técnicos de que disponga. Basta observar la creciente 'farmacologización' de las sociedades opulentas (gente que toma 20 o 25 cápsulas diarias, una para cada pequeño problema real o imaginario); situación que degenera frecuentemente en la denominada 'medicina del deseo': exigir una intervención médica o farmacológica para cada expectativa que el sujeto genera (la cirugía estética, la reproducción artificial, el adelgazamiento, los psicofármacos, el rendimiento deportivo...). El trabajo médico consiste hoy básicamente en satisfacer las demandas de cuidado sanitario que reclaman los pacientes. La relación médico-paciente se establece como un 'contrato de servicio' entre el médico-proveedor de servicios y el paciente-cliente, encaminado a conseguir un resultado. Tanto es así que la no consecución del resultado esperado puede llegar a ser denunciada ante un tribunal y generar responsabilidades civiles o, incluso, penales.

Por otra parte, esas expectativas individuales de salud han ido creciendo desproporcionadamente, porque la 'medicina moderna' envía a la sociedad un mensaje que es irreal pero que resulta muy peligroso porque es asumido acríticamente: toda enfermedad es curable y evitable si se invierte lo suficiente para investigarla. En consecuencia, el sujeto exige cada vez más a la ciencia médica y lo espera todo de ella incentivado por las espectaculares promesas que la biotecnología y la investigación genética formulan continuamente ante la sociedad a través de los medios de comunicación.

A) Factores que han contribuido a la subjetivización de la salud

La subjetivización, en clave utilitarista, del concepto de salud se explica, a mi juicio, por la conjunción de dos factores fundamentales. En primer lugar, por el triunfo del concepto postmoderno de persona, que ya no se identifica con el *cogito* cartesiano ni con el imperativo categórico kantiano, sino que está ligado al irracionalismo de cuño nietzscheano, que se expresa fundamentalmente en clave de deseo (pulsión),

47 No procede entrar aquí en los matices que diferencian la denominada bioética principialista frente a la denominada bioética personalista. Al respecto puede verse: GARCÍA, J.J., "Bioética Personalista y Bioética Principialista", en: [http:// www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com). Adoptamos la formulación principialista únicamente para constatar la absoluta primacía que ha adquirido el principio de autonomía en el ámbito de la salud, sancionado en la legislación española a partir de la Ley de autonomía del paciente de 2002.

de experiencia o de sensación⁴⁸. El 'Yo' ya no radica en el 'ser' sino en el 'sentir': Yo soy un cuerpo que siente y que desea. La salud, por tanto, no es un dato biológico objetivo, sino la sensación placentera de bienestar (el médico ya no pregunta: ¿cómo está usted?, sino ¿cómo se siente usted). Al sujeto postmoderno ya no le interesa comprender la realidad (porque la realidad, según Vattimo, no es más que pura fábula, pura ficción, un relato que puede ser recreado subjetivamente por otro relato alternativo⁴⁹). Ese sujeto sólo busca sentir, experimentar sensaciones (no quiero 'estar' bien, quiero 'sentirme' bien). Esa 'sensación de bienestar' está exclusivamente ligada a la capacidad de experimentar placer y de eliminar toda manifestación de dolor o sufrimiento (cada vez más ligado hoy a la frustración de expectativas). El recurso masivo a los psicofármacos, al viagra, a la cirugía estética, a la reproducción asistida... son respuestas de la medicina a un concepto de salud entendido como sensación subjetiva; y de un 'derecho a la protección de la salud' concebido como derecho al bienestar; esto es, derecho a mantener la capacidad de experimentar placer⁵⁰.

El segundo factor que ha contribuido a la subjetivización del concepto de salud, como ya he apuntado, radica en la alianza, cada vez más estrecha, entre medicina y tecnología. Esta alianza proclama, sin apenas restricciones, que se puede vencer a la naturaleza y acabar con el sufrimiento por medio de la tecnología. Con ello, la medicina ha sustituido sus fines primordiales clásicos (cuidado y acompañamiento) por los de terapia y curación. Decir medicina hoy es decir investigación avanzada. La medicina ha inoculado en la sociedad la idea de que se puede vencer al cuerpo (curar toda enfermedad) y se puede vencer al tiempo (dilatarse indefinidamente la vejez y la muerte). Una promesa que disuelve el fundamento más sólido de la condición humana: la propia idea de naturaleza. Es decir, se disuelve la evidencia de que la naturaleza humana es limitada e imperfecta en lo corporal (la enfermedad es inevitable) y se concibe la quimera de un estado ideal y perpetuo de bienestar, tecnológicamente asequible (a través de los fármacos, la cirugía y la genética)⁵¹.

48 Algo que deriva de los planteamientos (hoy hegemónicos en occidente) del post-estructuralismo francés (Deleuze, Guattari, Braudillard, Derrida), conectados con la idea nietzscheana del 'nuevo hombre' (o del superhombre-übermensch). Al respecto vid: BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*. Madrid (2000): Tecnos, pp. 85-100; TALAVERA, P.: "Economicism and nihilism in the eclipse of humanism", *Humanities* (2014) núm. 3º, pp. 340-378.

49 La posmodernidad nihilista entiende que los grandes valores del humanismo (el ser, la verdad, la bondad, etc.) son sólo fábulas, sagas, mensajes transmitidos. No hay que seguir interpretando las fábulas como verdades, sino "vivir la experiencia fabulizada de la realidad, experiencia que es también nuestra única posibilidad de libertad" (VATTIMO, G.: *El fin de la modernidad*. Barcelona (1994): Planeta, pp. 26-27).

50 La identificación de la *felicidad* con el *placer*, propio del planteamiento utilitarista, hoy imperante, tiene su origen en J. BENTHAM (Vid. *Falacias políticas*. Madrid (1990): CEC) y J.S. MILL (vid. *El utilitarismo*. Madrid (2007): Alianza.). En la actualidad está sustentado teóricamente por P. SINGER, y su diferenciación entre "animales humano y no humanos"; y la más radical que distingue entre "animales sentientes y no sentientes" (*Repensar la vida y la muerte*. Barcelona (1997): Paidós, pp. 45-63)

51 Al respecto resulta paradigmática la obra de CALLAHAN, D.: *Poner límite. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece*. Barcelona (2004): Triacastela.

Esto provoca, al menos, dos efectos muy perniciosos: por un lado, que muy pocos se consideren responsables de cuidar su propia salud, porque ésta ya no se concibe como ligada a la virtud (la vida buena) sino sobre todo ligada a la acción omnipotente de la tecnología médica, que puede solucionar cualquier deficiencia (incluyendo las provocadas por uno mismo: alcoholismo, drogadicción, etc.)⁵². Por otro lado, provoca que los servicios sanitarios deban garantizar a cada individuo (como derecho fundamental) todas sus expectativas de bienestar a través del acceso a los medios más sofisticados de la tecnología biomédica. Esto contribuye a incrementar exponencialmente el colapso de los centros sanitarios y la quiebra económica del propio sistema de salud⁵³.

B) Consecuencias negativas que genera este paradigma

La consolidación de un concepto subjetivista de salud provoca, al menos, tres consecuencias muy negativas de carácter general:

En primer lugar, si el concepto de salud se acaba construyendo en función de las preferencias y expectativas de los individuos y no basado en una 'norma natural' que ordena la vida de las personas, entonces la calificación de bienes básicos relativos a la salud que deben protegerse en la sociedad (el ámbito de la salud pública o las condiciones biosanitarias) dependerá de lo que en cada momento la opinión pública considere indispensable en función de su idea de bienestar. Así lo comprobamos hoy con el exponencial desarrollo de áreas de salud pública, con un coste económico exorbitado, tan sólo provocadas por estilos de vida o actividades propias de la opulencia de occidente: campañas para la prevención de la obesidad, la drogadicción, el SIDA, o el alcoholismo juvenil; prevención de melanomas debidos al exceso de exposición al sol; distribución masiva y gratuita de anticonceptivos de emergencia, etc⁵⁴.

En segundo lugar, el concepto subjetivista de salud condiciona absolutamente el contenido del derecho a la asistencia médica. En efecto, si la salud es algo objetivo (una 'norma natural' que ordena la vida de los seres humanos), el 'derecho a la salud' se concebirá como un auténtico derecho social y exigirá de los poderes públicos una cobertura sanitaria universal. Pero si la salud se concibe como la sensación de bienestar del individuo, entonces su naturaleza de derecho social se debilitará y su contenido esencial tenderá a reducirse al máximo (las urgencias), derivando la mayor parte de la atención hacia el ámbito privado (el Mercado y no el Estado),

52 BENEDICTO, R.: "Martha Nussbaum: las capacidades humanas y la vida buena", *Turia: Revista cultural* (2012) núm. 101-102, pp. 155-172.

53 Vid. OMS. *Informe sobre la salud en el mundo 2010*, en especial: cap. 2. "Más salud por dinero", p. 67-94. Vid también: AA.VV.: *El sistema sanitario público en España y sus comunidades autónomas* (dir. ABELLÁN, J.M.). Bilbao (2013): Fundación BBVA, pp. 277-301.

54 BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*, cit., p. 191-192.

tendiendo a desplazarse hacia el terreno de una 'libertad negativa' (propia de los derechos civiles) y reduciendo el papel del Estado a garantizar la libertad de elección de centro sanitario y la cualificación de los profesionales de la medicina. Finalmente, acabará por eximirse de la obligación de garantizar la prestación pública de esos servicios.

En tercer lugar, el 'derecho a la salud' (al máximo nivel posible de salud) pierde definitivamente su carácter universal (global), como derecho de todo individuo del planeta y, en especial, de los más necesitados; transformándose en una exigencia de mayor bienestar, que sólo resulta real y efectiva cuando se proyecta sobre los ciudadanos de los países ricos. El 'derecho a la salud' en los países pobres se reduce a una cuestión de ayuda humanitaria y cooperación internacional, que diluye la responsabilidad de todos, y que acepta el juego economicista del mercado (el ejemplo de las patentes resulta proverbial).

Finalmente, un concepto subjetivista de salud acaba provocando una perversa alianza entre medicina y lucro económico: la investigación científica puntera no busca primariamente incrementar el nivel mundial de salud, sino responder a las expectativas de bienestar de aquellos individuos que pueden generar beneficios económicos. En efecto, la mayoría de los recursos, en lugar de destinarse a paliar los problemas sanitarios más graves de los países más pobres, se emplean en responder a las expectativas de bienestar de los países más ricos, privilegiando una medicina suntuaria (la medicina estética, la reproducción asistida, etc., son ejemplos patentes). Con ello, a las diferencias económicas ya existentes entre países ricos y pobres, se añade otro elemento discriminatorio más: un abismo creciente en los niveles de salud (que podrían llegar a ser insalvables si algún día se llegasen a realizar intervenciones genéticas para "mejorar" a determinados individuos de la especie humana)⁵⁵.

C) Algunas líneas de actuación para reorientar el actual paradigma de la salud

En atención a lo que hemos expuesto, cabría subrayar algunos puntos esenciales que contribuirían a encuadrar correctamente el concepto de salud y sus repercusiones en la satisfacción del acceso a los bienes básicos de la salud:

1º) Debemos construir un concepto de salud integrado en una dimensión más intersubjetiva y más universalmente compartida, cuyo contenido adopte un enfoque más global, que incluya en sus estándares no sólo las pretensiones de bienestar de los países más desarrollados.

55 GUELL PELAYO, F: "El embrión post-humano: manipulación genética, reproducción asistida y el principio de beneficencia procreativa", *Cuadernos de Bioética* (2014) núm. XXV-3º, pp. 427-443. Vid. también: SILVER, L.: *Remaking Eden. Cloning and beyond a new brave world*, London (1998), W&N, pp. 65-79.

2º) Asumir un presupuesto irrenunciable: la protección de la salud es una exigencia de ámbito planetario. Los recursos deben destinarse a garantizar un estándar mínimo y básico de salud global. No es aceptable que exista una 'discriminación sanitaria' (desigualdad en la garantía y acceso a los bienes básicos de la salud). Millones de personas mueren por no tener acceso al agua potable, mientras que, por ejemplo, se invierten aquí millones de euros en colocar desfibriladores en los edificios públicos.

3º) Debemos dotar de un nuevo sentido al progreso científico en medicina. Su objetivo no debe estar centrado en satisfacer las expectativas de bienestar, cada vez mayores, de las sociedades opulentas de occidente, sino en conseguir aumentar el nivel mínimo de salud a nivel mundial. Hay que evitar que la investigación médica esté determinada absolutamente por el lucro económico.

4º) Debemos procurar que la medicina sea menos dependiente de la tecnología. Hay que desactivar el mensaje de que la tecnología acabará venciendo a la naturaleza y podrá solucionar cualquier deficiencia o patología.

5º) Debemos recuperar la necesaria conexión de la salud con la virtud (exigencias de la vida buena) y no sólo con el bienestar (pretensiones de vida cómoda). Es decir, volver a responsabilizarnos del cuidado y de las decisiones que tomamos respecto a nuestro estilo de vida, evitando pensar que todo tipo de conducta resulta más o menos inocua puesto que sus efectos perversos siempre pueden ser paliados (eliminados) por la tecnología.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Madrid (2003): Trotta.

AÑÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2010), núm. 44º, pp. 15-27.

AÑÓN, M.J.: *Necesidades y derechos*. Madrid (1994): CEC.

ANSUATEGUI, J.: "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en AA.VV., *Los derechos sociales como una exigencia de justicia* (V. Zapatero y M.I. Garrido, eds.). Madrid (2009): Universidad de Alcalá, pp. 145-159.

BALLESTEROS, J.: *Repensar la paz*. Madrid (2006): Eiuinsa.

BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*. Madrid (2000): Tecnos.

BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*. Granada (2006): Comares.

BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Madrid (1991): Sistema.

BORRAJO, E.: "Art. 43: protección de la salud", en *Comentarios a la Constitución española*, (PÉREZ, A. y LÓPEZ, A. eds.). T. IV, Madrid (1996): Edersa, pp. 349-391.

CONTRERAS, F.J.: *Derechos sociales, teoría e ideología* (1994): Madrid, Tecnos.

APARICIO, J.: "Derecho a la protección de la salud", en AA.VV., *Comentario a la constitución socio-económica de España* (coord. APARICIO, J.). Granada (2002): Comares, pp. 1553-1566;

CALLAHAN, D.: *Poner límite. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece*. Barcelona (2004): Triacastela.

CORTINA, A.: *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid (2001): Tecnos.

COSTA, M. y LÓPEZ, E.: *Educación para la salud. Una estrategia para cambiar los estilos de vida*. Madrid (2005): Pirámide.

DE LORA, P.: "El derecho a la protección de la salud", en AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales* (coord. BETEGÓN, J., et alii). Madrid (2004): Presidencia del gobierno, pp. 879-901.

GAVIDIA, V. y TALAVERA, M.: "La construcción del concepto de salud", *Didáctica de las Ciencias Experimentales y Sociales* (2012), núm. 26º, pp. 161-175.

GÜELL, F.: "El embrión post-humano: manipulación genética, reproducción asistida y el principio de beneficencia procreativa", *Cuadernos de Bioética* (2014) núm. XXV-3ª, pp. 427-443.

HAARSCHER, C.: *Philosophie des droits de l'homme*. Bruselas (1998): Université de Bruxelles.

JIMENA, L.: "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", *Estudios de Economía Aplicada* (2009), núm. 27-3º, pp. 743-766.

KASS, L.R.: *Toward a more natural science*. New York (1985): The Free Press.

LEMA, C.: "Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades* (2010), núm. 22º, pp. 179-203.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "El derecho a la salud: un derecho esencial", *Derechos y Libertades* (2006), núm. 14º, pp. 132-149.

MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l'homme*. Fribourg (1992): Éditions Université.

PALAZZANI, L.: "Diverse proposte sulla distribuzione delle risorse sanitarie", en AA.VV., *IX Jornadas de Bioética*. Valencia (2008): Facultat de Dret, pp. 41-69.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid (1999): Tecnos.

PRIETO, L., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid (1990): Debate.

PRIETO, L.: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1995), núm. 22º, pp. 9-57.

REY, S., "El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional", *Derechos y Libertades* (1998) núm. 6º, pp. 161-178.

RUIZ MIGUEL, A.: "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa* (1994), núm. 15º-16º, pp. 656-681.

SALLERAS, L.: *Educación sanitaria. Principios, métodos y aplicaciones*. Madrid (1989): Días de Santos.

SILVER, L.: *Remaking Eden. Cloning and beyond a new brave world*, London (1998), W&N.

TALAVERA, P.: "Células madre embrionarias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad"; en AA.VV., *Biotecnología y posthumanismo* (BALLESTEROS, J., ed.), Pamplona (2006): Thomson-Aranzadi, pp. 211-256.

TALAVERA, P.: "Economicism and nihilism in the eclipse of humanism", *Humanities* (2014) núm. 3º, pp. 340-378.

VATTIMO, G.: *El fin de la modernidad*. Barcelona (1994): Planeta.

VICENTE, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia (2006): PUV-Tirant lo Blanch.

LA ORFANDAD DEL DAÑO MORAL:
CASO TABASCO, MÉXICO

THE ORPHAN OF MORAL DAMAGE:
CASE TABASCO, MEXICO

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 48-73



Gisela María
PÉREZ y
Karla
CANTORAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 25 de septiembre de 2015

RESUMEN: El objetivo de este artículo consiste en analizar la evolución que ha tenido la figura del daño moral en México, a partir de sus etapas legislativas y del proceso de despenalización de los delitos contra el honor; para determinar los elementos que han coadyuvado a establecer una orfandad en cuanto a dicha figura, especialmente en el Sureste del país, debido a la falta de procedimientos ágiles y preventivos que permitan tutelar los derechos de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: Daño moral, derechos de la personalidad, despenalización, derecho al honor, malicia efectiva.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the evolution that has taken the figure of moral damage in Mexico, from its legislative stages and the process of decriminalization of crimes against honor, to determine the elements that have contributed to establish an orphanage as for the figure, especially in the Southeast of the country, due to lack of agile and preventive procedures to protect the rights of personality.

KEY WORDS: Moral damage, personality rights, decriminalization, right to honor, effective malice.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Momentos de aproximación creativa de la figura del daño moral en el derecho mexicano.- I. Primera Etapa.- 2. Segunda Etapa. Código Civil de 1928: dependencia al daño patrimonial.- A) Configuración de la figura en la reforma de 1982.- 3. Tercera etapa. La teoría de los derechos de la personalidad como fuente del daño moral incorporada a algunos Códigos Civiles Estatales.- 4. Cuarta etapa. Despenalización de los delitos de injuria, calumnia y difamación.- III. Reformas Legislativas del Daño Moral a través de los Códigos Estatales. Avances y Retrocesos.- I. Caso Tabasco.- A) Diario “Presente”.- B) Diario “El Sol del Sureste”.- C) Diario “Tabasco Hoy”.- D) Periódico “El Criollo”.- IV. Conclusiones.- V. Bibliografía..

I. INTRODUCCIÓN.

El necesario rescate de la dignidad de la persona a través de la protección de los derechos que permiten su realización, posición que se vincula fundamentalmente en México con la teoría de los derechos humanos, dejando en el olvido a la disciplina, materia, o rama jurídica que protege la persona en sus diferentes manifestaciones. A pesar de las reformas constitucionales realizadas en el país y principalmente con la incorporación de la teoría del principio pro-homine en la Carta Magna, se debilitan cada vez más las instituciones jurídicas que sostienen lo que se ha denominado por algunos autores el arcaico derecho civil, frente a la teoría de los derechos fundamentales, sin comprender, que no se podrá garantizar la dignidad de la persona ni su realización en sociedad si no se reconoce la constitucionalización del Derecho Civil y su segunda parte, la actualización de sus instituciones.

En este caso, una de las figuras que puede proteger a la persona a partir de la despenalización de los delitos contra el honor es la figura del daño moral en México, cuyo análisis de su evolución jurídica y eficacia procesal es el objetivo principal de este artículo.

Pero según el criterio de las autoras, el daño moral ha perdido lentamente la fuerza jurídica que representaba su configuración en cuanto a la protección de la persona, ello aun cuando los casos de reclamación ante los tribunales se han acrecentado notablemente. Son varios factores a nuestro entender que han dejado

- **Gisela María Pérez Fuentes**

Nacionalidad española, doctora en Derecho por la Universidad de la Habana, Cuba. Actualmente es profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel 2. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias. Especialista en derechos de la personalidad, responsabilidad civil, derecho civil, derecho de familia, mediación, derecho a la información y protección de datos personales. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com.

- **Karla Cantoral Domínguez**

Nacionalidad mexicana, doctora en Derecho Judicial, profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel I. Especialista en responsabilidad civil, derecho civil, mediación, transparencia, derecho a la información y protección de datos personales. Correo electrónico: karlacantoral@gmail.com.

casi en orfandad a la figura, principalmente en varias zonas del país, por nuestra parte tenemos identificado perfectamente el caso del Estado de Tabasco, donde se ha tenido un lamentable retroceso acrecentado porque no se ha podido superar el defecto procesal que al final de cuentas, convierte al daño moral en una figura prácticamente ineficaz para proteger la dignidad de la persona, por la extensión de dichos procesos, típicos de la parte patrimonial del Derecho Civil pero no de algo tan delicado como la dignidad de la persona.

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han transitado con una gran influencia anglosajona de la teoría de la intromisión ilegítima a través de la prueba objetiva a dictaminar por jurisprudencia la malicia efectiva como elemento ponderativo, en un lugar donde no existe profesionalización periodística en muchos Estados. Todo lo anterior son elementos y circunstancias que lejos de garantizar el daño moral a partir de la reforma constitucional del artículo 1º, han dañado la figura que en el ámbito procesal pueden proteger los derechos que permiten la realización de la persona.

A pesar de que existen casos resueltos, éstos no corresponden con las violaciones diarias de los medios escritos. El tema se agrava en el sureste del país, específicamente en el Estado de Tabasco, donde determinadas reformas legislativas realizadas a finales del año 2014, han acabado prácticamente con la figura, a pesar de que la misma se mantiene en el Código Civil. Lo anterior está provocando un excesivo abuso de algunos medios de difusión en cuanto a violaciones del derecho al honor, a la intimidad pero muy en especial en el derecho a la imagen. La situación jurídica que se analizará en este artículo tiene una grave repercusión social considerando que el Estado de Tabasco es uno de los más inseguros del país en estos tiempos y el inadecuado tratamiento de las noticias en vez de provocar paz, altera la inseguridad de la población del lugar, para probar esta hipótesis, narraremos algunos hechos que han aparecido informados en los términos de la prensa escrita o acompañando algunas fotografías y que a nuestro criterio no son manifestaciones de la libertad de expresión, sino presuntas violaciones a derechos de la personalidad que al final viven en total impunidad por la orfandad jurisprudencial y legislativa creada alrededor de la figura del daño moral en el Estado de Tabasco.

II. MOMENTOS DE APROXIMACIÓN CREATIVA DE LA FIGURA DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO MEXICANO.

I. Primera etapa.

Después de la independencia mexicana se promulgaron varios Códigos Civiles, de influencia francesa fundamentalmente y también con presencia del Proyecto de Código Civil de García Goyena que nunca fue aprobado en España, pero tuvo mucha influencia en América Latina y en países como México, donde destacadas

figuras como Justo Sierra utilizaron la mayoría de las disposiciones para su proyecto de 1860¹. En el Siglo XIX México contó con los Códigos de 1870 y el de 1884². En el Código Civil de 1870 sólo se hacía referencia al daño patrimonial posición reiterativa en el Código Civil de 1884³.

2. Segunda Etapa. Código Civil de 1928: dependencia al daño patrimonial.

En criterio de las autoras, el verdadero y primer Código Civil mexicano, fue el Código Civil de 1928, el cual se consideraba como Código Civil vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, pues éste Código contenía importantes cambios en la normativa civil vinculada con las condiciones económicas, sociales y políticas de la nueva nación, donde los principios de solidaridad limitaban en algunas ocasiones la autonomía de la voluntad tan propia del derecho civil patrimonial como la incorporación del abuso de derecho. En el ámbito de la responsabilidad civil se incorporó el art. 1916 con la normativa siguiente:

“Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil⁴. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928”.

La incorporación del art. 1916 en el Código Civil de 1928 fue el inicio del daño moral en México aún muy poco diseñado, vamos a reflexionar sobre esta figura jurídica en los siguientes aspectos:

I. La legislación civil mexicana admite por primera vez la reparación moral de manera genérica⁵ y condicionada⁶.

1 CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, *Revista de Derecho Privado* (1989), pp. 221-228.

2 Cfr. BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BAEZ, R.: *Derecho Civil, Introducción y Personas*. México (2010): Editorial Oxford, pp. 25-28.

3 Los artículos referentes al daño patrimonial de estos Códigos estipulaban al respecto: “Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación”.

4 Nótese que la alusión a la responsabilidad civil, implica solamente responsabilidad patrimonial.

5 No se identifica con la teoría de los derechos de la personalidad ni menciona cuáles bienes extrapatrimoniales protege.

6 La interpretación del Poder Judicial de la Federación marcó hasta la reforma de 1982 la dependencia del daño moral al patrimonial, y se cita como ejemplo la siguiente tesis jurisprudencial: DAÑO MORAL, REPARACIÓN DEL. NUESTRA LEGISLACIÓN NO LA ADMITE SINO COMO PRESTACIÓN ACCESORIA DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERETARO Y DEL DISTRITO FEDERAL). Aun cuando se acredite la comisión de actos ilícitos consistentes en publicaciones y fijación de avisos que afectan las buenas costumbres, las cuales no admiten que públicamente se desprestigie una

2. La reparación moral no es autónoma pues se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de la naturaleza patrimonial, es decir; si no existe daño patrimonial no podrá existir un daño moral.

3. El monto de la indemnización fijada por el Juez se limitará a las dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial como máximo.

A) Configuración de la figura en la reforma de 1982.

En 1982 la teoría de los derechos de la personalidad se había incorporado a nivel nacional e internacional, algunos Códigos Civiles Estatales, incorporaban los mismos a su normativa y en el ámbito internacional, se había aprobado en España la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁷.

Así que mientras tanto en México, se emitió una primera e importante reforma favorable a la conformación de la figura del daño moral⁸, de 2 de diciembre de ese mismo año, que incluía solamente la modificación a los arts. 1916⁹ y 2116¹⁰.

persona, y que tales actos sean imputables a los demandados, quienes no contradijeron haberlos realizado, sin embargo, al no acreditarse la existencia de los daños y perjuicios, ni su cuantificación, no es posible la condena a título de reparación moral, en virtud que nuestra legislación no admite tal reparación sino como una prestación accesoria de la reparación de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil por actos ilícitos. Cfr. Tesis Aislada, Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 163-168, Cuarta Parte, p. 43, Amparo directo 7088/81, 26 de agosto de 1982.

- 7 Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, publicada en el BOE el 14 de mayo de 1982.
- 8 El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, aprobó el decreto de reformas que presentó el Presidente de la República, publicándose dichas reformas en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1982, mediante el cual se reformaron los arts. 1916 y 2116 y se adicionó un art. 1916 bis al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.
- 9 El art. 1916 quedó redactado en los siguientes términos: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración de sí misma tienen los demás.
Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva... así como el Estado y sus funcionarios...
La acción de reparación no es transmisible a terceros por actos entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando estos hayan intentado la acción en vida.
El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos de los lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.
Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará a petición de ésta, y con cargo a la responsable, la publicación de un extracto de la sentencia, que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".
- 10 El art. 2116 del Código Civil Federal quedó de la siguiente manera: Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el art. 1916.

En la reforma no se contempló la acción de reparación transmisible a terceros por actos entre vivos en caso de fallecimiento, siendo posible que sólo pasara a los herederos de la víctima cuando estos hayan intentado la acción en vida.

De gran importancia resultó establecer parámetros sobre el monto de la indemnización determinados finalmente por el Juez. Los criterios valorativos que han sido alguno de ellos cuestionados fueron los siguientes: los derechos de los lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

En el art. 1916 se incorporó también que cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará a petición de ésta, y con cargo a la responsable, la publicación de un extracto de la sentencia, que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos. En el artículo se incorporó además que el Juez ordenara la publicidad del extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Sin embargo, la opinión pública muy influida por los medios de difusión se conformó un criterio nacional que consideraba el daño moral como una limitación de la libertad de expresión¹¹.

Incluso, en palabras del fallecido periodista mexicano MIGUEL ÁNGEL GRANADOS CHAPA, consideraba que en la reforma de 1982, formulada a iniciativa del Presidente Miguel de la Madrid, quien acababa de entrar a la Presidencia de la República: “se introdujo una extraña figura, extraña en sí misma, mal presentada para usar un adverbio hechizo peormente aplicado: la figura del daño moral, que consiste en la afectación –y ahí está la confusión de la redacción- de una persona que siente en su fuero interno por una expresión que se le ha aplicado y también la lesión que externamente de su entorno social padece por esa misma expresión. Se insertó esa figura del daño moral en una parte del código civil, de modo que se puede denunciar o demandar la reparación del daño moral, cuando surge de un hecho ilícito”¹².

11 “La hipótesis normativa del artículo 1916 obedece a una reforma de 1982 en cuyo proceso hubo inquietud por parte de la comunidad periodística en el sentido de que la redacción del artículo en cuestión pudiese eventualmente lesionar o limitar las garantías de expresión e información previstas”. En *Temas fundamentales de derecho de la Información en Iberoamérica* (coord. por J. CARREÑO CARLÓN y E. VILLANUEVA). España – México (1998): Editorial Fragua – Universidad Iberoamericana, p. 157.

12 GRANADOS CHAPA, M. A.: “Disposiciones reguladoras de la comunicación”, en AA.VV.: *Derecho de la Información. Fundamentos jurídicos de la comunicación en México* (Coord. por B. SOLÍS LEREE). México (2009): Asociación Mexicana de Derecho a la Información – Fundación Konrad Adenauer Stiftung – Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 43 – 44.

En ese sentido, como forma de disuadir el descontento general¹³ se adicionó el art. 1916 bis¹⁴ con el siguiente contenido: "No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución... En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta".

La reforma fue positiva en gran parte pues tenía como propósitos principales los siguientes: a) lograr la autonomía a la compensación equitativa para resarcir a la víctima o a sus familiares de los hechos ilícitos, b) tipificar la hipótesis de daño moral en caso de violación a derechos de la personalidad, o más exactamente los valores morales de la sociedad¹⁵.

Pero la modificación legislativa no logró establecer la diferencia entre derechos subjetivos de defensa y la necesidad de su protección en relación con el contenido de los mismos, posición que se mantenía también en Argentina¹⁶ y Chile¹⁷ en aquel momento; aún y cuando se confundía derechos de la personalidad tales como el honor, con su contenido, es decir, sentimientos, afectos, no hubo armonía ni un razonamiento sistemático al incorporar estas fuentes pero se acercaba mucho más a la protección de la persona a través de la figura del daño moral. Por otra parte, éste se convertía en una institución autónoma no dependiente de la reparación patrimonial para su existencia ni para su resarcimiento. Lo fundamental de esta posición legislativa es su carácter reduccionista, donde se dejan desprotegidos aquellos derechos ilimitados que permiten la realización de la persona.

13 En las actas de la Cámara de Diputados, se llegó a expresar: Consideramos pues la iniciativa de reforma a los arts. 1916 y 2216 del Código Civil, que con esto se pretende acordar o constituir una mordaza gravemente atentatoria a los derechos elementales e inalienables de la libertad de expresión... citado por PÉREZ FUENTES, G. y GALLEGOS PÉREZ, N.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral en México" en *El Daño Moral en Iberoamérica* (Coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco – Editorial IEPSA, p. 145.

14 Como ya se mencionó, fue a través del Decreto publicado el 31 de diciembre de 1982, que se reformaron los arts. 1916 y 2116 y adiciona un art. 1916 bis al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

15 El estudio de esta etapa puede encontrarse en PÉREZ FUENTES, G. y GALLEGOS PÉREZ, N.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral en México", cit., p. 144.

16 Cfr. PARELLADA, C.: "El daño moral. La evolución del pensamiento en el Derecho Argentino", en AA.VV.: *El Daño Moral en Iberoamérica* (Coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco – Editorial IEPSA, pp. 20-21. Cabe destacar que en Argentina, se publicó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, mediante Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014, mismo que entró en vigor el 1º de agosto de 2015.

17 DOMÍNGUEZ HIDALGO explica que en Chile, el Código Civil de Andrés Bello lejos de entender al daño moral como el medio predilecto para la tutela de los derechos de la persona, en virtud de que su violación engendra por definición un daño extrapatrimonial, se sigue exigiendo dolor o sufrimiento, al respecto véase DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: "El daño moral en el derecho chileno: panorama general" en AA.VV.: *El Daño Moral en Iberoamérica* (Coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco – Editorial IEPSA, p. 69.

El Código Civil Federal, sufrió una reforma más en esta segunda etapa, en 1994¹⁸, cuando se adicionó al art. 1916: “Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

Es importante precisar que en México, la Federación está formada por 31 Estados y 1 Distrito Federal. Cada entidad federativa tiene su propia Constitución para su régimen interior.¹⁹ El régimen federal adscribe dos grandes áreas de competencia: la federal y la estatal o relativa a las entidades federativas.²⁰ Por tal motivo, cada entidad federativa tiene su propio código civil, en el caso del Distrito Federal, el Código Civil Federal fue el que se aplicó en materia común hasta que se publicó un Decreto el 25 de mayo del año 2000,²¹ en el que se estableció la diferencia entre la ley sustantiva civil para el Distrito Federal y para toda la República Mexicana en el ámbito federal.

3. Tercera etapa. La teoría de los derechos de la personalidad como fuente del daño moral incorporada a algunos Códigos Civiles Estatales.

Es de reconocer que la más trascendental reforma del daño moral comenzó con la derogación del art. 1916 y del art. 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal²², pero a partir de ese momento, algunos Códigos empezaron a independizarse en relación a perfeccionar la teoría de los derechos de la personalidad y la violación de los mismos como fuentes de daño moral, de esta etapa se destacan tres:

El Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza²³ (arts. 88 al 108). En el art. 106 se reconoce que la violación de los derechos de la personalidad pueden producir daño moral y económico. Otro artículo importantísimo de este Código Civil es la incorporación del art. 108²⁴.

18 Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 1994, en la que se reformó el art. 1916 párrafos primero y segundo del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

19 En el Distrito Federal se le conoce como Estatuto de Gobierno.

20 Al respecto véase PÉREZ FUENTES, G. (Coord.): *El derecho en México*. Madrid (2012): Editorial Reus, pp. 21-22.

21 En el decreto del 25 de mayo de 2000, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se estableció que el Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el veintiséis de marzo de mil novecientos veintiocho, en vigor a partir del primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, según decreto publicado en el mismo diario el día primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, con sus reformas y adiciones publicadas hasta esa fecha y junto con las reformas a que se refería dicho decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominaría Código Civil para el Distrito Federal.

22 Reforma al Código Civil para el Distrito Federal publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006, toda vez que en esa misma fecha se expidió el Decreto de Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal.

23 Código Civil para el estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial el 25 de junio de 1999, última reforma publicada el 30 de diciembre de 2014.

24 Art. 108: “Puede ocurrirse a los tribunales para que decreten las medidas que procedan, a fin de que cese la violación a los derechos de la personalidad que se esté realizando, si se efectúa por actos continuos o reiterados, o para evitar que se realice una amenaza de violación de estos mismos derechos”.

El Código Civil de Puebla²⁵ (arts. 77 a 88). El art. 86 hace mención a la reparación moral, se destaca el art. 88 en los mismos términos del anterior Código de referencia²⁶.

Código Civil de Quintana Roo²⁷ (arts. 666 al 679)²⁸.

Durante este período el Poder Judicial de la Federación estableció primero en tesis aislada para constituirse en jurisprudencia en la Novena Época²⁹, las siguientes consideraciones que afianzaban la figura, éstas son las siguientes:

A. Para la reclamación de pago o indemnización por daño moral, deben darse las siguientes hipótesis:

1º. La existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona;

2º. Que produzca una afectación a la persona en cualquiera de los bienes tutelados en el citado numeral; y,

3º- Que exista una relación de causa-efecto entre el daño moral y el hecho u omisión ilícitos, por lo que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que se genere la obligación resarcitoria.

Esta hipótesis establece la acción autónoma de la reclamación del daño moral.

B. Se establece como principio de valoración la intromisión ilegítima en caso de daño moral. Al respecto el Poder Judicial de la Federación señala, que en caso de violación al honor como derecho de la personalidad, cuando se reclama en juicio la indemnización correlativa por el daño moral ocasionado, no debe demostrarse su existencia. Por tanto, cuando se pretenda en juicio el pago de la indemnización correlativa, no debe considerarse como un elemento objetivo a demostrar la existencia de los citados atributos o que éstos fueran reconocidos por la sociedad antes y después del acto que motiva su afectación, al que se considera fuente de responsabilidad exigida, salvo prueba en contrario, ya que las indicadas cualidades son consustanciales a la persona misma y lo único que, en todo caso, debe ser objeto de demostración en la justificación de esta acción, son los actos materiales

25 Código Civil de Puebla, publicado el 17 de abril de 1985, cuya última reforma es del 9 de marzo de 2015.

26 Art. 88: "Puede ocurrirse a los tribunales para que decreten las medidas que procedan, a fin de que cese la violación a los derechos de la personalidad que se esté realizando, si se efectúa por actos continuos o reiterados, o para evitar que se realice una amenaza de violación de esos mismos derechos".

27 Código Civil de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 8 de Octubre de 1980, cuya última reforma fue publicada el día 24 de julio de 2015.

28 Art. 678: "La violación a los derechos de la personalidad, por actos de un particular o de una autoridad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, de acuerdo con lo dispuesto en este Código, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación".

29 Tesis de jurisprudencia: I.11o.C./11, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Marzo de 2008, p. 1556.

imputados a quien se atribuye su afectación y que pudieran traer como consecuencia la transgresión de tales derechos³⁰.

4. Cuarta etapa. Despenalización de los delitos de injuria, calumnia y difamación.

El daño moral entra en una etapa diferente cuando comienza una política de despenalización de los delitos tipificados como injuria, calumnia y difamación en el Distrito Federal y por otra parte se aprueba la Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en la entidad federativa antes mencionada³¹. En principio parecía que la Ley tendría una gran similitud con la ley española 5/1982, cuando señalaba en sus primeros artículos, los principios propios que permiten aplicar el daño moral, tales como:

“a). La presente Ley tiene por objeto garantizar los siguientes derechos de la personalidad: el derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen³².

b) El derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen serán protegidos civilmente frente a todo daño que se les pudiera causar derivado del acto ilícito.

c) Los derechos de la personalidad corresponden a las personas físicas y son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables.

d) Define ejercicio del derecho de la personalidad como la facultad que tienen los individuos para no ser molestados, por persona alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público”.

Con posterioridad se definen los principales derechos al honor, intimidad e imagen, y hasta ese momento coincidíamos y celebrábamos la ley especial, sin embargo, la ley introduce un criterio de ponderación en el caso de los servidores públicos: la malicia efectiva, de influencia anglosajona³³. La normativa de la ley especial

30 Tesis:VI.2o.C.416 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1467.

31 Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006.

32 Toda la ley tiene un ámbito de actuación único, en el caso de la ley especial del Distrito Federal, el artículo citado corresponde al número 3.

33 En 1960 un grupo de personas publicó en el diario New York Times, una nota donde se explicaba que en una manifestación por sus derechos civiles, sufrieron una salvaje represión policial. Sullivan comisario de la ciudad de Montgomery, iniciando una acción civil por injurias contra New York Times por estar afectado como persona responsable de la Comisaría de Policía señalada. El tribunal de primera instancia aceptó la demanda y le otorgó la indemnización reclamada que fue también confirmada por la Corte Suprema de Alabama. Pero en la Corte Suprema de los Estados Unidos se revocó dicha sentencia, considerando en el caso de un funcionario público, la responsabilidad del medio periodístico quedaba condicionada a que el afectado acreditara la malicia, en este caso que la noticia había sido publicada con conocimiento de que era falsa o con notoria despreocupación de su veracidad. Puede consultarse en BERTONI, E.: “New York times vs Sullivan y la malicia real de la doctrina”, *Revista Libertad de prensa y derecho penal* (1997), AA.VV., Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 121-150 y PÉREZ FUENTES, G.: “La Ley mejicana de la responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor

del Distrito Federal señala entonces que los servidores públicos afectados en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, difundidas a través de los medios de comunicación e información, deberán probar la existencia de la malicia efectiva demostrando:

- a) Que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad.
- b) Que la información fue difundida con total despreocupación sobre si era falsa o no.
- c) Que se hizo con el único propósito de dañar.

La Ley especial del Distrito Federal flexibiliza la reparación del daño moral a reducir sus efectos condenatorios³⁴. Pero la estocada final es la disminución de la posible indemnización por daño moral que hace definitivamente para los medios de comunicación inofensiva la figura³⁵.

III. REFORMAS LEGISLATIVAS DEL DAÑO MORAL A TRAVÉS DE LOS CÓDIGOS ESTATALES. AVANCES Y RETROCESOS.

En una nueva etapa, comienza una verdadera política de despenalización de la difamación, injuria y calumnia convirtiendo estos hechos ilícitos de carácter penal en ilícitos civiles materializados en daño moral³⁶. Otros Códigos Estatales han asumido con más o menos acierto, esa política legislativa³⁷.

y la propia imagen en el Distrito Federal”, *Revista de responsabilidad civil y seguros* (2009), La Ley, Argentina, pp. 169-183.

- 34 Art. 39: “La reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y/u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral”. Art. 40: “En ningún caso, las sanciones derivadas del daño al patrimonio moral serán privativas de la libertad de las personas”.
- 35 Art. 41: “En los casos que no se pudiere resarcir el daño en términos del artículo 39 se fijará indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación que el acto ilícito hubiere tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso, el monto por indemnización no podrá exceder de trescientos cincuenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal”.
- 36 GAMBOA MONTEJANO, C., et al: *Calumnias, difamación e injurias. Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativas presentadas, y de Derecho Comparado*. México (2012) Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Análisis de Política Interior, pp. 13-22.
- 37 Por ejemplo, art. 2299 del Código Civil de Quintana Roo, establece: “Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos: I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona..., de un hecho cierto o falso..., que pueda causarle deshonra..., o exponerlo al desprecio de alguien; II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa; III. El que presente denuncias o querrelas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a una persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquel no se ha cometido; y IV. AI que ofenda al honor; ataque la vida privada o la imagen propia de una persona. La reparación del daño... deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida, con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original... La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de una persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo la información”.

I. Caso Tabasco.

El Estado de Tabasco reformó su Constitución Política local³⁸, en la que se incorporó un catálogo de derechos humanos, algunos ya reconocidos en otros preceptos de la propia Constitución, se incorporan además otros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que todavía no habían sido recogidos expresamente por la Constitución mexicana, sino que se encontraban en el derecho jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y demás tribunales federales. En la Constitución tabasqueña queda garantizado el derecho a la información³⁹ y en la Ley de Derechos Humanos del Estado de Tabasco incorpora una definición de derechos de la personalidad⁴⁰.

De igual forma, se realizó una propuesta legislativa para incorporar a los derechos que protegen la dignidad de la persona en donde exactamente corresponden, el Código Civil.⁴¹ Sin embargo por desacuerdos políticos más que jurídicos ésta al final no ha sido aprobada. La iniciativa tenía como objetivo establecer una mejor técnica legislativa con respecto a la protección de los derechos personalísimos que aparecen regulados todavía conforme a la reforma de 1982 del Código Civil Federal, es decir en una segunda etapa de su evolución.

- 38 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, publicada por bando solemne el 5 de abril de 1919, cuya última reforma se publicó en el Periódico Oficial del Estado el día 31 de julio de 2015.
- 39 Art. 2°, fracción XVI: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La manifestación de las ideas no será objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público". Adicionado mediante reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 13 de septiembre de 2013; así también, el art. 4 bis, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 2007, prevé: "El derecho a la información es inherente al ser humano y por lo tanto el Estado tiene la obligación primigenia de reconocerlo y garantizarlo [...]".
- 40 Ley de Derechos Humanos del Estado de Tabasco, publicada en el Periódico Oficial el 5 de febrero de 2014, establece en el art. 78: Los derechos de la personalidad son aquellos fundados en la dignidad de la persona, que garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de esa persona. El objeto del derecho de la personalidad es la propia existencia y las demás facultades humanas, como la identidad, el honor, la intimidad, la imagen o la libertad ambulatoria.
- 41 Iniciativa presentada por la Diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez, de la fracción parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional, presentada ante el Pleno del H. Congreso del Estado de Tabasco, el día 11 de marzo de 2014, misma que fue turnada para su estudio a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales. En el contenido de dicha iniciativa se propuso adicionar: la definición de derechos de la personalidad. "Los derechos de personalidad, son aquellos fundados en la dignidad de la persona, que garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de esa persona. El objeto del derecho de la personalidad es la propia existencia y las demás facultades humanas, como la identidad, el honor, la intimidad, la imagen o la libertad ambulatoria. Por lo que se refiere a las personas jurídicas les serán aplicables las disposiciones de este capítulo en lo conducente. Los derechos de personalidad, por su origen, naturaleza y fin, no tienen más limitación que los derechos de terceros, la moral y las buenas costumbres. Como consecuencia, deben ser respetados por las autoridades y particulares.
De igual forma, en la iniciativa se definen como características de los derechos de la personalidad: I. Esenciales, en cuanto que garantizan el desarrollo individual y social, así como la existencia digna y reconocida del ser humano; II. Personalísimos, en cuanto que por ellos alcanza su plena individualidad la persona humana; III. Originarios, ya que se dan por el sólo nacimiento de la persona, sin importar el estatuto jurídico que después pueda corresponder a la misma; IV. Innatos, ya que su existencia no requiere de reconocimiento jurídico alguno; V. Sin contenido patrimonial, en cuanto no son sujetos de valoración pecuniaria; VI. Absolutos, porque no es admisible bajo ningún concepto su disminución ni su confrontación y valen frente a todas las personas; VII. Inalienables, porque no pueden ser objetos de enajenación; VIII. Intransmisibles, porque son exclusivos de su titular y se extinguen con la muerte; IX. Imprescriptibles, porque no se pierden por el transcurso del tiempo; e X. Irrenunciables, porque ni siquiera la voluntad de su titular basta para privar su eficacia."

El Código Civil de Tabasco señala que el daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás. Por otra parte fija que el monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta la afectación producida, el grado de responsabilidad civil, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso⁴². Lo anterior considerando que aun cuando han proliferado demandas por daño moral en el Estado, estas no concluyen en general –si es que concluyen– con un reconocimiento al derecho afectado, principalmente por el extenso procedimiento al que se somete en la vía ordinaria civil⁴³. De igual forma por lo difícil que se ha convertido para el juzgador la situación económica del responsable y de la víctima.

El otro tema muy difícil de superar ha sido lo dispuesto en el art. 2059 del Código Civil de Tabasco, al señalar que no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Código Civil tabasqueño también había establecido la carga de la prueba a quien demandara, para probar la ilicitud de la conducta.

La ponderación establecida por el Poder Judicial de la Federación en caso del ejercicio del derecho a la información y los derechos de la personalidad, ha estado determinada por el interés público, ello sin embargo, es muy poco por los informantes de la noticia y sus empresas. La presunta violación de los medios de comunicación escrita en Tabasco, es cada día más alarmante, ilustramos lo anterior con algunas notas de prensa publicadas en los medios de comunicación más conocidos en el Estado.

A) Diario “Presente”.

I. NOTA DEL 11 DE AGOSTO DE 2013. Se trata de una nota en la portada del periódico, relativa al aumento de infantes con diabetes en el último año, sin embargo presuntamente afectan el derecho a la imagen, porque colocan la fotografía de un menor que está observando unos dulces y le ponen como pie de foto “El constante consumo de alimentos chatarras genera sobrepeso en los niños y esto ocasionaría la enfermedad”.

42 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: “Evolución del daño moral en Tabasco” en *El Daño Moral en Iberoamérica* (Coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Editorial IEPSA, pp. 226- 227.

43 De acuerdo a lo que establece el art. 203 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tabasco, todas las contiendas entre partes para las que ese Código no señale una tramitación especial, se substanciarán en juicio ordinario.

2. NOTA DEL 11 DE OCTUBRE DE 2013. Se refiere a una presunta afectación al derecho a la imagen, toda vez que el encabezado de la nota se refiere a que aumenta la explotación el maltrato hacia las niñas y para justificar el contenido, colocan una fotografía de una niña que está realizando labores domésticas junto a un puesto de comida, además en el pie de foto destacan “Muchas pequeñas deben trabajar para sobrevivir, en vez de asistir a la escuela”.

B) Diario “El Sol del Sureste”.

1. NOTA DEL 12 DE AGOSTO DE 2013. Esta nota se titula “Voló directo al más allá” en la que se informa sobre un accidente en moto en la que viajaban dos personas, uno de ellos un menor de 16 años de edad, sobre el que publican su nombre completo así como su fotografía en el lugar del accidente con la cabeza ensangrentada, de esta forma afectan presuntamente sus derechos al honor, imagen y vida privada.

2. NOTA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2013. Esta nota comienza con el siguiente encabezado “Quedó desconchadito”, en la que se informa sobre un muchacho de 17 años que tuvo un accidente mientras conducía su motocicleta, de quien publican su nombre completo, edad y además su fotografía tirado en el suelo mientras le daban los primeros auxilios, afectándose presuntamente sus derechos al honor, imagen y vida privada.

C) Diario “Tabasco Hoy”.

1. NOTA DEL 14 DE AGOSTO DE 2013. En esta nota, se informa sobre la captura de tres personas vinculadas con el asesinato y violación de dos niñas de 10 y 14 años de edad en la rancharía Mihuatlán del municipio de Cunduacán, Tabasco, en la que se publican sus nombres completos, así como las fotografías de las menores y del día en que fueron veladas, afectándose presuntamente sus derechos a la imagen y vida privada.

2. NOTA DEL 20 DE ENERO DE 2014 (PORTADA). En esta nota se afectan presuntamente los derechos a la imagen y vida privada, toda vez que en la portada del periódico aparecen la fotografía y el nombre completo del menor de 5 años de edad que fue rescatado sin vida en el río Grijalva de la ciudad de Villahermosa, Tabasco.

D) Periódico “El Criollo”.

1. NOTA DEL 12 DE AGOSTO DE 2013 (QUÉ MONTONEROS). Esta nota constituye una presunta afectación al derecho al derecho a la vida privada y la imagen, toda vez que se refiere a la detención realizada a cuatro sujetos que asaltaron a

un empleado de una empresa, de los cuales uno de ellos es de 17 años de edad, publican su nombre completo y su fotografía.

2. NOTA DEL 26 DE AGOSTO DE 2013. Esta nota constituye una presunta violación al derecho a la imagen y la vida privada, toda vez que se trata de una nota cuyo encabezado dice "Chocaron con la muerte", que relata sobre el resultado de un accidente automovilístico en el que fallecieron tres personas, entre las cuales una es menor de edad, en la que publicaron su nombre completo así como su fotografía sobre la forma en la que quedó prensada entre los fierros.

Las reformas que han ido realizando algunos estados en aplicación de las recomendaciones emitidas por la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la despenalización de ciertas figuras⁴⁴ se intentó realizar en el 2014⁴⁵.

La reforma al Código Civil tabasqueño quedó de la siguiente manera:

Artículo 205 I.- Daño Moral.

"El daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, afectos, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas".

Artículo 205 I Bis. Reparación de Daño Moral por Hecho ilícito.

"Estarán sujetas a la reparación del daño moral, y por tanto, se considerarán como hechos ilícitos, las siguientes conductas:

1. La divulgación de la imputación que se hace a otra persona física o jurídica colectiva, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien.

2. La imputación a otro de un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si el hecho es falso o inocente la persona a quien se le imputa.

44 En 1999 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, junto con su homólogo de la OSCE, el Relator sobre Libertad de Medios de Comunicación, y el Relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se manifestaron a favor de la despenalización de los delitos contra el honor.

45 Mediante decreto número 121, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el 4 de Octubre de 2014, donde se despenalizan los delitos contra el honor y se realiza modificación al art. 205 I y se incorpora el art. 205 I bis, ambos del Código Civil.

3. La presentación de denuncias, querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquel no se ha cometido.

4. La ofensa al honor, o el ataque a la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aún en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo⁴⁶.

A pesar de establecer una reforma, no hay avances en cuanto a los criterios de la fuente de daño moral, en este sentido exponemos a partir del artículo las siguientes consideraciones:

1. Se sigue confundiendo el derecho de defensa de la persona, con el contenido del mismo.

2. Se utilizan toda una serie de sinónimos que transitan únicamente en la protección del derecho al honor en el aspecto subjetivo u objetivo, sin identificarlo, a saber; decoro, honor; reputación, consideración que de ella misma tienen los demás, siendo reiterativo como antes de la reforma.

3. Copiando la reforma de 1994 del Código Civil del Distrito Federal, se incorpora la protección de la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. En buena técnica jurídica⁴⁷ en el caso de la libertad se está refiriendo a un derecho fundamental.

4. En el análisis de la veracidad de la información, la Jurisprudencia ha establecido un camino muy distinto a la revelación del derecho de cita de la fuente donde se obtuvo la información, que en principio, doctrinalmente está en contra de la ética periodística

La veracidad de la noticia no puede justificarse sobre la información de la fuente, el secreto profesional del periodista en principio lo protege, aunque ciertamente el tema es doctrinalmente discutido. En principio señala Villanueva, el núcleo sobre el

46 La revelación del secreto profesional no puede convertirse en un elemento legislativo, que limita el daño moral, con el carácter de generalidad que implica cualquier ley. Cfr. Tesis: Ia. CCXX/2009, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 284, bajo el rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. MODO EN QUE DEBEN SER ENTENDIDOS LOS REQUISITOS DE VERACIDAD E IMPARCIALIDAD.

47 Sobre la libertad y derechos fundamentales, pueden consultarse los siguientes autores: CARBONELL, M.: *Los derechos fundamentales en México*. Editorial Porrúa, 3ª edición, 2009, p. 309; así también véase DIEZ-PICAZO, L. M^º: *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Thomson Civitas, pp. 34 y 35.

que gira el contenido esencial del secreto profesional del periodista es la reserva sobre la identidad de las fuentes de información. Esta premisa inicial se convierte en compleja si se entra entre los límites con otros bienes jurídicos protegidos⁴⁸.

De todas formas el Poder Judicial de la Federación ha encontrado un camino muy distinto para valorar la veracidad de la nota informativa, al respecto, en primer lugar se ha reflexionado sobre el valor de la información en el siguiente sentido:

“Las publicaciones en los periódicos únicamente acreditan que tuvieron realización en el modo, tiempo y lugar que de las mismas aparezca, más en forma alguna son aptas para demostrar los hechos que en tales publicaciones se contengan, pues no reúnen las características de documento ni tampoco puede ser considerado como documental privada, en cuyo caso surge la posibilidad de formular las objeciones respectivas; consecuentemente, el contenido de una nota periodística, -generalmente redactada y dada a conocer por profesionales de la materia, cuyas fuentes no son necesariamente confiables, y que pueden ser productos de la interpretación e investigación personal de su autor, no puede convertirse en un hecho público y notorio, pues aunque aquélla no sea desmentida por quien puede resultar afectado, el contenido de la nota solamente le es imputable al autor de la misma, más no así a quienes se ven involucrados en la noticia correspondiente”⁴⁹.

Los derechos citados cubren tanto la expresión de opiniones como la emisión de aseveraciones sobre hechos, dos cosas que, desde la perspectiva de su régimen jurídico, no son idénticas. Así, por ejemplo, cuando de opiniones se trata, no tiene sentido hablar de verdad o falsedad, que sí resultan relevantes cuando lo que nos concierne son afirmaciones sobre hechos. La información cuya búsqueda, obtención y amplia difusión está constitucionalmente protegida es la información veraz e imparcial. Estos dos requisitos pueden calificarse de límites o exigencias internas del derecho a la información. La veracidad no implica, sin embargo, que toda información difundida deba ser “verdadera”, es decir, totalmente cierta; en algunos casos, como señala DE VERDA, “no puede afirmarse que la mera circunstancia de que el hecho sea verdadero excluya por definición, el carácter ilícito de la intromisión, más si esta carece de proyección social, o no existe un interés general”⁵⁰.

48 Cfr. VILLANUEVA, E.: “Secreto profesional del Periodista” en *Diccionario de Derecho de la Información* (Coord. por E. VILLANUEVA), México (2010) Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-ITAIIP-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-BUAP, Tomo II, p 645.

49 Tesis: I.4o.T5 K, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Diciembre de 1995, p. 541, bajo el rubro: NOTAS PERIODÍSTICAS, INEFICACIA PROBATORIA DE LAS. Existe un consenso eso sí que la información desarrollada por el periodista puede no ser verdadera pero el tema es mucho más complicado que la consideración superficial realizada en la reforma de 2014 al Código Civil de Tabasco. En primer lugar; debe hacer distinción entre expresión de opiniones y aseveraciones sobre hechos. En el primer caso, en el de las opiniones no tiene sentido hablar de verdad o falsedad. Otra situación si la información se refiere a hechos. La información cuya búsqueda, obtención y amplia difusión está constitucionalmente protegida es la información veraz e imparcial.

50 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La protección constitucional del derecho al honor”, AA.VV.: *Derecho al honor: Tutela Constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (Coord. por J. R. DE VERDA y BEAMONTE). Cizur Menor (2015):

La veracidad requiere que los reportajes, las entrevistas y las notas periodísticas destinadas a influir en la formación de la opinión pública vengan respaldadas por un razonable ejercicio de investigación y comprobación encaminado a determinar si lo que quiere difundirse tiene suficiente asiento en la realidad. El informador debe poder mostrar de algún modo que ha respetado un cierto estándar de diligencia en la comprobación del estatus de los hechos acerca de los cuales informa, y si no puede arribar a conclusiones indubitadas, en la forma de presentar la información debe darle ese mensaje al lector.

En la valoración de la veracidad de la información se toman en cuenta otros puntos de vista, vinculado con la satisfacción de otro requisito “interno” de la información cuya difusión está protegida por la Constitución y los tratados internacionales al máximo nivel: la imparcialidad. Ésta consiste en la recepción de información de manera imparcial, la que maximiza las finalidades por las cuales la libertad de obtenerla, difundirla y recibirla es una libertad prevaleciente en una democracia constitucional.

La imparcialidad es, entonces, una barrera contra la tergiversación abierta, contra la difusión intencional de inexactitudes y contra el tratamiento no profesional de informaciones cuya difusión podría tener un impacto notorio en la vida de las personas involucradas⁵¹.

Por último, en la reforma se reitera el art. 2059 del Código Civil de Tabasco, al que se incorporó un último párrafo.

Artículo 2059. – Cuándo no existe obligación de reparación del daño moral.

“No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República”.

Se incorporó el párrafo siguiente:

“En ningún caso se considerarán ofensas al honor, las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica, deportiva o profesional, ni las que versen sobre acontecimientos privados divulgados públicamente por el propio afectado. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo”.

Thomson Reuters Aranzadi, p. 39.

51 Tesis: 1a. CCXX/2009, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 284.

El artículo concluye con el siguiente párrafo que ya se encontraba:

“En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por la responsabilidad contractual o extracontractual, deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta”.

El Código Civil de Tabasco, en una deficiente y desordenada técnica legislativa, imita la reforma del Código Civil Federal y trata de suplir la despenalización realizada en el mismo decreto, sin embargo, lo más importante, sigue sin proteger la eficacia del procedimiento a través de la brevedad del mismo o al menos, la consideración de medidas, que deberán dictar los jueces civiles para que decreten las medidas que procedan, a fin de que cese la presunta violación a los derechos de la personalidad que se estén realizando, si se efectúa por actos continuos o reiterados, o para evitar que se realice una amenaza de violación de esos mismos derechos, ello tal y como ocurre en otros Códigos Civiles del país⁵².

Quedan pendientes situaciones importantes tales como:

1. El valor del consentimiento del afectado o de sus familiares⁵³.
2. Establecer una verdadera diferencia entre el derecho al honor y la imagen⁵⁴.
3. El daño moral ocurrido de una persona que haya fallecido antes de poder ejercer la acción.
4. El respeto a la memoria de los fallecidos a través del cuidado de las imágenes⁵⁵.

Por otra parte la ambigüedad y falta de posiciones congruentes en los criterios del Poder Judicial de la Federación, no han ayudado a consolidar la figura del daño moral en México.

IV. CONCLUSIONES.

En México el daño moral no fue concebido como una figura jurídica de protección a la dignidad de la persona, su promulgación se vinculó como un mecanismo jurídico

52 Por ejemplo, como ya se ha mencionado en el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en el que se prevé solicitar el cese de la violación a los derechos de la personalidad.

53 Como lo señala por ejemplo el Código Civil para el Estado de Coahuila en el art. 91: “Sin consentimiento de una persona, no pueden revelarse los secretos de ésta, a menos que la revelación deba realizarse por un interés legítimo de quien la haga o en cumplimiento de un deber legal”.

54 Por ejemplo, establece el Código Civil de Coahuila en el art. 102: “Salvo lo que dispongan las leyes, la exhibición o reproducción de la imagen de una persona, sin consentimiento de ésta y sin un fin lícito, es violatoria de los derechos de la personalidad. La autoridad judicial, a solicitud del agraviado, ordenará suspender la reproducción o exhibición, sin perjuicio de la responsabilidad del autor de la violación”.

55 Como lo señala el propio Código Civil de Coahuila; en el art. 103: “El honor, el respeto al secreto y a la imagen de los difuntos, se protegen en beneficio de los deudos de éstos”.

para proteger a determinados personajes de la vida pública, la generalidad de la modificación en el año de 1982, al art. 1916 del entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, implicó una suspicacia terrible en los medios de prensa que influyó en otra reforma posterior donde se protegía a los medios de prensa en relación a sus publicaciones.

El daño moral no implica una censura previa pues está sujeto a un procedimiento, sin embargo, la dilatación de los mismos, conjuntamente, con reformas en las cuales no se valora el consentimiento del afectado, han provocado en varias zonas del país principalmente en el sureste de México, caso Tabasco, una presunta impunidad abusiva de los medios de comunicación que no respetan en su generalidad, los derechos de la personalidad incluidos de forma inteligible en la reforma sobre el daño moral de 4 de octubre del 2014.

Se ha realizado un estudio exploratorio después de la reforma y seguimos encontrando presunta violaciones diarias que afectan la paz social y la integridad física y psíquica de las personas que viven en el Estado.

Dentro de los casos más lamentables encontramos en un periódico de gran circulación del Estado dos reportajes, el primero un día con posterioridad a la publicación de la reforma, la nota señala: "Liberan a universitaria secuestrada por taxista", y después de ofrecer todos los datos personales de la víctima, se termina con una foto de la misma⁵⁶, lo que podría considerarse como una presunta afectación al derecho a la imagen

El otro caso de fecha 1 de agosto de 2015, incluye un reportaje de dos hojas con fotos de una fallecida, aun cuando estaba viva, con notas tales como: "La vanidad la llevó a la tumba", posteriormente fotos de la persona que falleció en una clínica de belleza al parecer con dudosa reputación, en la foto se identifica a la persona con su nombre y edad⁵⁷.

En fin, la orfandad del daño moral en Tabasco es de tal magnitud que sólo estudiosos del tema comprendemos su alcance, la solución, la cultura jurídica y civilidad que necesita la población debe ser un trabajo de interdisciplinariedad

56 El día 5 de octubre de 2014, se publicó en el periódico Tabasco Hoy, una nota cuyo encabezado se titula "Liberan a universitaria secuestrada por taxista", en la que además de poner sus datos personales, publican una fotografía de la persona afectada. Sección Seguridad, p. 54.

57 De forma reciente, el día 31 de julio de 2015, en el Estado de Tabasco, se publicó en diversos medios de comunicación impresos, el caso de una mujer que falleció como consecuencia de una cirugía estética. La nota informativa publicada en el periódico Tabasco Hoy se puede advertir como un caso de interés público, sin embargo, al día siguiente, es decir el 1º de agosto de 2015, el mismo periódico, considerado como uno de los de mayor circulación en el Estado, publicó una nota en dos páginas completas con el encabezado "Operan usurpadores en clínicas de belleza", en la que criticaban la negligencia que existe en la entidad por parte de algunas clínicas que realizan tratamientos estéticos, pero además publicaron fotografías de la mujer que había fallecido cuando estaba en vida, destacando en el pie de foto "Xxx Xxx, quien tenía xx años de edad, cuando la vida le sonreía" (Se omite el nombre y la edad por tratarse de datos personales), sección bajo la lupa, p. 2.

y de política jurídica, en el que diversos actores, tales como los titulares de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como los operadores jurídicos y el sector académico, manifiesten su voluntad política por reconocer la verdadera utilidad de la figura del daño moral como mecanismo de tutela a los derechos de la personalidad, que permitan garantizar un eficaz acceso a la justicia.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho Civil, Introducción y Personas*. México (2010): Editorial Oxford.

BERTONI, E.: "New York times vs Sullivan y la malicia real de la doctrina", *Revista Libertad de prensa y derecho penal* (1997), AA.VV., Editores del Puerto, Buenos Aires.

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "Evolución del daño moral en Tabasco" en AA.VV.: *El Daño Moral en Iberoamérica* (Coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Editorial IEPSA.

CARBONELL, M.: *Los derechos fundamentales en México*. Editorial Porrúa, 3ª edición, 2009.

CARREÑO CARLÓN, J. y VILLANUEVA, E. (coords.): *Temas fundamentales de derecho de la Información en Iberoamérica*. España-México (1998): Editorial Fragua-Universidad Iberoamericana.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: "La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas", *Revista de Derecho Privado* (1989).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La protección constitucional del derecho al honor", en AA.VV.: *Derecho al honor: Tutela Constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE). Cizur Menor (2015): Thomson Reuters Aranzadi.

DÍEZ-PICAZO, L. M^a.: *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Thomson Civitas.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: "El daño moral en el derecho chileno: panorama general" en *El Daño Moral en Iberoamérica* (coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Editorial IEPSA.

GAMBOA MONTEJANO, C., et al: *Calumnias, difamación e injurias. Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativas presentadas, y de Derecho Comparado*. México (2012) Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Análisis de Política Interior.

GRANADOS CHAPA, M. A.: "Disposiciones reguladoras de la comunicación" en *Derecho de la Información. Fundamentos jurídicos de la comunicación en México* (coord.

por B. SOLÍS LEREE). México (2009): Asociación Mexicana de Derecho a la Información–Fundación Konrad Adenauer Stiftung–Universidad Autónoma Metropolitana.

PARELLADA, C.: “El daño moral. La evolución del pensamiento en el Derecho Argentino” en AA.VV.: *El Daño Moral en Iberoamérica* (coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco -Editorial IEPSA.

PÉREZ FUENTES, G. (Coord.): *El derecho en México*. Madrid (2012): Editorial Reus.

PÉREZ FUENTES, G.: “La Ley mejicana de la responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros* (2009), La Ley, Argentina.

PÉREZ FUENTES, G. y GALLEGOS PÉREZ, N.: “Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral en México”, en AA.VV.: *El Daño Moral en Iberoamérica* (coord. por G. PÉREZ FUENTES). México (2006): Colección Francisco J Santamaría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco-Editorial IEPSA.

VILLANUEVA, E.: “Secreto profesional del Periodista” en *Diccionario de Derecho de la Información* (coord. por E.VILLANUEVA). México (2010) Editorial Jus–Fundación para la Libertad de Expresión–Bosque de Letras–ITAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-BUAP, Tomo II.

Legislación

Código Civil de Puebla, publicado el 17 de abril de 1985, cuya última reforma es del 9 de marzo de 2015.

Código Civil de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 8 de Octubre de 1980, cuya última reforma fue publicada el día 24 de julio de 2015.

Código Civil Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, cuya última reforma se publicó en mismo diario el 24 de diciembre de 2013.

Código Civil para el estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial el 25 de junio de 1999, última reforma publicada el 30 de diciembre de 2014.

Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 31 de diciembre de 2014.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, publicada por bando solemne el 5 de abril de 1919, cuya última reforma se publicó en el Periódico Oficial del Estado el día 31 de julio de 2015.

Ley de Derechos Humanos del Estado de Tabasco, publicada en el Periódico Oficial el 5 de febrero de 2014.

Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006.

Legislación internacional

Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, publicada en el BOE el 14 de mayo de 1982.

Jurisprudencia

Tesis Aislada, Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 163-168, Cuarta Parte, p. 43, Amparo directo 7088/81, 26 de agosto de 1982.

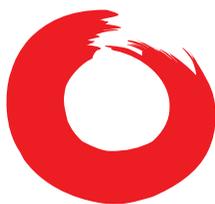
Tesis de jurisprudencia: I.11o.C. J/11, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Marzo de 2008, p. 1556.

Tesis: 1a. CCXX/2009, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 284.

Tesis: 1a. CCXX/2009, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 284.

Tesis: I.4o.T.5 K, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, Diciembre de 1995, p. 541.

Tesis: VI.2o.C.416 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1467.



EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LA
MUJER EN LA LEGISLACIÓN CHILENA (1855-2015)

EVOLUTION OF WOMEN'S CIVIL RIGHTS UNDER
CHILEAN LAW (1855-2015)

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 74-93



Cristián
LEPIN
MOLINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 20 de agosto de 2015

RESUMEN: En el presente artículo, se revisa críticamente la evolución de los derechos de la mujer en el Derecho chileno, desde la dictación de su Código Civil (1855), distinguiéndose entre la situación de la mujer soltera frente a la de la mujer casada. El autor reconoce dos grandes etapas de esta evolución, una de ampliación de derechos (1925-1989), gatillada por distintas transformaciones sociales, como la incorporación de la mujer al trabajo, y otra igualatoria de derechos (1989-2013), presionada por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, y que actualmente se encuentra en desarrollo, existiendo diversos compromisos pendientes del Estado de Chile en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Derecho chileno, Derechos de las mujeres, Igualdad.

ABSTRACT: The present article critically reviews the evolution of women's rights under Chilean law, since the enactment of its Civil Code (1855), distinguishing between the situation of single women compared to that of married women. The author recognizes two major stages of this development, an expansion of rights period (1925-1989), triggered by various social transformations, such as the incorporation of women into the workplace, and an equalizing of rights period (1989-2013), catalyzed by the International Treaties on Human Rights, currently under development, an area in which the Chilean State has several outstanding commitments.

KEY WORDS: Chilean Law, Women's rights, Equality.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Regulación de los derechos de la mujer en el Código Civil chileno. El diferente tratamiento a la mujer casada (1855).- III. Primera etapa. La ampliación de derechos (1925-1989).- IV. La tendencia igualatoria de derechos entre hombres y mujeres (1989-2013).- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los derechos políticos y civiles de la mujer a lo largo de la historia ha tenido un tratamiento diferenciado, de forma que los derechos y privilegios se radican casi exclusivamente en los hombres. La política, el trabajo y la familia se presentan como espacios propicios para la desigualdad.

Es a partir de 1920 que los movimientos feministas logran instalar sus primeras demandas en búsqueda de la adquisición de derechos políticos, logrando sus primeros resultados durante el gobierno del presidente Gabriel González Videla. En 1949 se otorga el derecho a voto a las mujeres y es electa la primera senadora. No obstante, que en el año 2007 se elige a la primera mujer Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, al 2015 la participación de las mujeres chilenas en la política y en los cargos de poder es mínima, por lo que se piensa en establecer una ley de cuotas que asegure la presencia femenina, como ocurre en Argentina o México.

El tema del presente trabajo es revisar críticamente la evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena. Se propone distinguir entre los derechos de las mujeres solteras y casadas y en dos grandes periodos históricos, uno de ampliación de derechos y otro, que podríamos denominar de igualación de derechos.

Evidentemente que las demandas de igualdad no son exclusivas de las mujeres, también son compartidas por otros grupos tradicionalmente excluidos, como los

• **Cristián Lepin Molina**

Abogado. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Profesor de pregrado y postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de cursos de formación y de perfeccionamiento de la Academia Judicial de Chile. Actualmente es Director Programa de Estudios de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Se desempeña además como Director del Magíster en Derecho con Menciones y como Director de la Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado, de la misma Universidad. Es Director de la Revista de Derecho de Familia de la Editorial Thomson Reuters Chile. Ha realizado publicaciones en diversas revistas especializadas en derecho, tanto nacionales como extranjeras. Es miembro de número del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE) y miembro del Comité Editorial de la Revista de Derecho Familiar de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: depin@derecho.uchile.cl

niños y los homosexuales¹. Sin embargo, el análisis de la evolución de los derechos de estos últimos, escapa a los límites de este trabajo.

II. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO. EL DIFERENTE TRATAMIENTO A LA MUJER CASADA (1855)

El Código Civil chileno regula los derechos civiles de las personas en forma igualitaria entre hombres y mujeres, sin embargo, dicha situación se altera al integrarse la mujer a una familia, es decir, ella pierde una serie de derechos por sólo contraer matrimonio.

Importante es consignar que el modelo de familia establecido por el Código Civil (1855) era patriarcal, donde el padre de familia se convertía en la autoridad, con fuertes poderes sobre la persona y bienes de su cónyuge e hijos. Al respecto, es menester considerar lo señalado por ANDRÉS BELLO en el mensaje del Código Civil, en el cual consagra al matrimonio como única fuente de la familia, reservando a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio, y se reconocen como impedimentos para contraerlo, aquellos que han sido declarados como tales por la Iglesia Católica. Agrega BELLO que “el matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es también ante la ley civil”².

En el ámbito de los derechos consagra la potestad marital, la incapacidad relativa de la mujer casada, la sociedad de gananciales, y el “beneficio” de separación de bienes. Respecto de los hijos, la filiación puede ser legítima, natural o ilegítima, en base al nacimiento o por legitimación por el matrimonio posterior a la concepción. La posibilidad de investigar la paternidad o la maternidad eran mínimas, siguiendo el modelo del Código Civil francés, y se consagra la patria potestad sobre la persona y bienes del hijo³.

En este orden de ideas, TAPIA señala “... en una sociedad organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal de las relaciones familiares resulta entendible que el Código Civil no innovara y reconociera el modelo normativo de familia que provenía del derecho castellano. Es curioso observar cómo revisando las normas originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, ‘*príncipe de la familia*’, la gobernaba como monarca absoluto. El marido debía protección a la mujer y ésta obediencia al marido. La denominada *potestad marital* le otorgaba amplias facultades sobre la persona y

1 Cfr. ROUDINESCO, E.: *La Familia en desorden*. Buenos Aires (2003): Editorial Fondo de Cultura Económica.

2 Código Civil de Chile, Santiago de Chile (2014): Editorial Thomson Reuters, p. 2.

3 Ibid.

bienes de la mujer; y la sociedad conyugal era el único régimen de bienes autorizado (la separación de bienes era parcial, o decretada judicial y excepcionalmente). Las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres, como asimismo los derechos de alimentos. Los hijos debían obediencia al padre, quien podía recluir al mayor de dieciséis años hasta por seis meses en un establecimiento correccional y desheredar al menor de veinticinco años si contraía matrimonio sin su asenso. El padre ejercía la *patria potestad* sobre los bienes del hijo, pasado (sic) a un curador esta facultad, y no a la madre, en caso de impedimento. Finalmente, los hijos *naturales* eran excluidos de la sucesión intestada por los *legítimos* y carecían de *patria potestad*, e incluso el reconocimiento por los padres de los hijos de dañado ayuntamiento podía impugnarse. Naturalmente, las uniones de hecho eran ignoradas por el derecho privado”⁴.

En el mismo sentido, FIGUEROA señala, “apartémonos ahora de los conceptos antropológicos recién consignados y miremos la familia monógama que se estableció en el mundo occidental algún tiempo antes del advenimiento de nuestra era. Este es precisamente el concepto que recogieron los Códigos Civiles promulgados durante el siglo XIX. La familia a que estos Códigos se refieren es la que corresponde a una sociedad predominantemente agrícola, como era la que existía en Chile a mediados de ese siglo. Esa familia era patriarcal o paternal, vale decir, el padre constituía el personaje principal del grupo, debía protección a la mujer y a los hijos y era el administrador de la fortuna familiar”⁵.

Así, se regula a la familia legítima o matrimonial y se establecen sus efectos tanto personales como patrimoniales, situación que se mantuvo casi inalterable hasta hace un par de décadas.

III. PRIMERA ETAPA. LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS (1925-1989)

De esta forma a la fecha de la entrada en vigencia de nuestro Código Civil, la mujer tenía un tratamiento diferenciado en relación a sus derechos civiles, según su estado civil de casada o soltera.

Así, si permanecía soltera o viuda y era mayor de edad, gozaba de plena capacidad civil, podía administrar libremente sus bienes y contratar en las mismas condiciones que un hombre. En cambio, la mujer casada quedaba sujeta a la potestad de su marido y era considerada relativamente incapaz. Como señala, CLARO SOLAR “uno

4 TAPIA RODRÍGUEZ, M.: *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Santiago de Chile (2005): Editorial Jurídica de Chile, pp. 102-103. Énfasis en el original.

5 FIGUEROA YAÑEZ, G.: *Persona, Pareja y Familia*. Santiago de Chile (1995): Editorial Jurídica de Chile, p. 66.

de los efectos principales que produce el matrimonio, es la *potestad marital* y la consiguiente *incapacidad de la mujer*⁶.

Al marido se le concedía la denominada potestad marital, que según el artículo 132 del Código Civil de 1855 “es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de su mujer”⁷. Por su parte, el artículo 1447 inciso 3° del mismo Código prescribía que, “son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas; los religiosos, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cinco clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes”⁸.

De este modo, y como señala ROSSEL, “la ley coloca a la mujer casada bajo dependencia de su marido y éste no sólo dirige y controla su vida privada, sino que también su actividad jurídica. Sabemos que la mujer le debe obediencia al marido (art. 131), debe seguirle donde quiera que traslade su residencia (art. 133), puede imponerse de su correspondencia (art. 146 del Código Penal) y puede pedir al juez que le prohíba el ejercicio de toda profesión, industria o comercio que considere inconveniente (art. 150)”⁹.

Pero, ¿cuál es el fundamento de la incapacidad relativa de la mujer casada? Según CLARO SOLAR, “la incapacidad de la mujer no mira a su sexo. Agrega que, según POTHIER, ‘la necesidad que ella tiene de esta autorización de su marido no está fundada en la debilidad de su razón; pues una mujer casada no tiene la razón más débil que las solteras o las viudas que no tienen necesidad de autorización’. Esposa y madre, la mujer puede también adquirir en el mismo grado que el hombre la inteligencia y la experiencia de los negocios. Y, citando a PLANIOL, ‘la mujer no es incapaz porque es mujer sino porque es *casada*’. Su estado no es un estado de *incapacidad*, sino de *dependencia*”¹⁰. Sin embargo, la denominada “dependencia” sólo procedía en las mujeres, y no en los hombres que se encontraban en la misma situación.

Las primeras modificaciones a la capacidad legal de la mujer se incorporan al Código Civil, a través del Decreto Ley N° 328, de 12 de marzo de 1925, redactado principalmente por José Maza¹¹.

6 CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. I (De las Personas). Santiago de Chile (reimp. 2013): Editorial Jurídica de Chile, p. 70. Énfasis en el original.

7 Código Civil de Chile, 31 de mayo de 1856, Santiago de Chile (1856): Imprenta Nacional.

8 Ibid.

9 ROSSEL SAAVEDRA, E.: *Manual del Derecho de la Familia*. Santiago de Chile (1958): Editorial Jurídica de Chile, pp. 109-110.

10 CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones*, cit., p. 71. Énfasis en el original.

11 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5987> [fecha de consulta: 14/05/2015].

Mediante el citado Decreto Ley, se inicia una tendencia ampliatoria de los derechos civiles de la mujer: Principalmente, se otorgó a las madres el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos que tuvieran a su cargo, en caso de ausencia del padre; y en cuanto a las mujeres divorciadas por culpa del marido, respecto al régimen de bienes, se incorpora la posibilidad de pactar en las capitulaciones, la separación de bienes, y se considera a las mujeres separadas de bienes para la administración de los bienes producto de su trabajo¹².

De acuerdo al artículo 9° del Decreto Ley N° 328, la mujer se considera separada de bienes para la administración de aquellos que sean fruto de su trabajo profesional o industrial. De igual forma, por el artículo 11, en los casos que los cónyuges se casaran bajo el régimen de separación de bienes, la mujer podía dedicarse libremente al ejercicio de cualquier oficio, empleo, profesión, industria o comercio, sin embargo, el marido podía recurrir al juez para que le prohibiera trabajar¹³.

No obstante, la precaria normativa adolecía de una serie de deficiencias. Como señala KLIMPEL, “en primer término, no dio a la mujer facultad suficiente para dedicarse a alguna actividad productiva, de manera que el origen del patrimonio reservado quedaba entregado a la voluntad del marido. En seguida, aún cuando daba a la mujer casada capacidad de separada para la administración de su patrimonio reservado, esta capacidad era restringida, por lo que la libertad para administrar resultaba insuficiente”¹⁴. Luego, agrega, “además, este Decreto-Ley no reglamentó la prueba sobre el origen de los bienes reservados, de manera que los terceros que contrataban con la mujer, por temor a ser engañados, exigían la concurrencia del marido y los actos de disposición concluidos por ella. Finalmente el D.L. no se cuidó de reglamentar si los bienes reservados iban a ser propios de la mujer o sociales”¹⁵.

Según GIORDANO “desde el punto de vista jurídico, es claro que el decreto-ley 328 estuvo más orientado por un interés social y colectivo que de emancipación individual de las mujeres. Ya en julio de 1907, la ley 1969 había dispuesto que las mujeres casadas y los menores de edad que tuvieran más de 14 años debían ser considerados libres administradores de sus bienes, en lo referente a sus imposiciones en las cajas de ahorro y a la adquisición y goce de casas construidas por el Consejo Superior de Habitaciones. Más significativamente, unos meses antes de la reforma de 1925 se había dictado la Ley de Contrato de Trabajo (ley 4053, del 8 de septiembre de 1924), que había dado la libre administración del salario de las mujeres obreras, y

12 Cfr. GIORDANO, V.: “La ampliación de los derechos civiles de las mujeres Chile (1925) y Argentina (1926)”, *Mora* (B. Aires) (2010), vol. 16, núm. 2, pp. 97-113.

13 Cfr. Artículos 9 y 11 Decreto Ley N° 328, de fecha 12 de marzo de 1925. Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5987> [fecha de consulta: 14/05/2015].

14 KLIMPEL ALVARADO, F.: *La mujer chilena (El aporte femenino al Progreso de Chile), 1910-1960*. Santiago de Chile (1962); Editorial Andrés Bello, p. 57.

15 *Ibid.*

la Ley de Empleados Particulares (ley 4059, del 8 de septiembre de 1924), que había hecho lo mismo respecto de las mujeres empleadas (Klimpel, 1962: 56)¹⁶.

La Ley N° 5.521, que "Iguala a la mujer chilena ante el Derecho", de fecha 19 de diciembre de 1934¹⁷, viene a corregir las principales deficiencias del D.L. 328, incorporando en el artículo 150 del Código Civil el patrimonio reservado de la mujer casada que ejercía un empleo, oficio, profesión o industria. Se hace cargo de los requisitos, de la prueba y de la naturaleza de los bienes del patrimonio reservado, y también de la situación de los terceros que contraten con la mujer. Además, incorpora a la mujer en otros derechos, como por ejemplo, la representación legal y el domicilio de sus hijos, la posibilidad de pactar en las capitulaciones matrimoniales la separación total o parcial de bienes. Se modifican también algunas de las normas del Código de Comercio. No obstante, permitía al marido recurrir a la justicia, para que se le prohibiera trabajar; e incluso dicha prohibición debía inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones y notificarse al público por un aviso en el periódico.

Las mencionadas reformas representan un avance en cuanto a la adquisición de los derechos civiles de la mujer; pero todavía sin pretender igualar a la mujer con el hombre, aun cuando el título de la Ley N° 5.521 señalaba ese objetivo.

Posteriormente, la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943¹⁸, permitió a los cónyuges, entre otras reformas, sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes¹⁹, mediante escritura pública subinscrita al margen de la inscripción de matrimonio. Así se estableció, por primera vez, la posibilidad de poner término a la sociedad conyugal por un acuerdo entre los cónyuges.

Otro cambio importante se produce por la Ley N° 10.271, de fecha 2 de abril de 1952²⁰, no obstante que su objetivo principal era modificar la situación de los hijos, que a la fecha realizaba la distinción entre legítimos, ilegítimos y naturales. Esta ley, entre otras modificaciones, introduce importantes limitaciones a la administración del marido de los bienes sociales²¹.

16 GIORDANO, V.: "La ampliación", cit., p. 106-107.

17 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25125> [fecha de consulta: 15/05/2015].

18 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25603> [fecha de consulta: 15/05/2015].

19 Artículo 1723. Substitúyese por el siguiente: "Durante el matrimonio los cónyuges podrán substituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total. El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Este pacto no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer".

20 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26332> [fecha de consulta: 15/05/2015]. Cfr. DE LA MAZA RIVADENEIRA, L. y LARRAÍN RÍOS, H.: *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley número 10271*. Santiago de Chile (1953): Editorial del Pacífico S.A., p. 397.

21 Artículo 1749.- Substitúyese el artículo por el siguiente: "El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.

Según KLIMPEL, “se legisló, a petición expresa de la Oficina de la Mujer, sobre la situación de las mujeres que, por no tener patrimonio reservado, veían desaparecer el único bien raíz adquirido por la sociedad conyugal, sin defensa alguna de la Ley para impedirlo, ya que el marido continuaba omnipotente frente a estos bienes. La oficina de la Mujer, que se creó durante el Gobierno de don Gabriel González Videla, cumpliendo un acuerdo de la Comisión Interamericana de Mujeres con sede en la OEA, se ocupó principalmente de estudiar todos los problemas relacionados con la mujer y la familia. La presentación de un estudio considerativo de innumerables casos de mujeres víctimas de la situación anteriormente señalada, fue hecha por el Partido Femenino Chileno al Presidente González Videla, quien envió a la Oficina de la Mujer los antecedentes que dicha Oficina remitió, con posterioridad, al Instituto de Estudios Legislativos”²².

Según RAMOS, estas “limitaciones eran las siguientes: 1) El marido no puede enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales, sin autorización de la mujer; 2) No puede gravar los bienes raíces sociales, sin autorización de la mujer; y 3) No puede dar en arriendo los bienes raíces sociales por más de 5 años si son urbanos o por más de 8 años si son rústicos, sin autorización de la mujer”²³.

Sin embargo, la intervención que se concede a la mujer a través de la obligación de concurrir en los actos más importantes de la administración de la sociedad conyugal a través de la autorización que debe otorgar al marido, resulta ser sólo una compensación por no tener la administración, y no una iniciativa para colocarla en el mismo lugar que su marido.

De todas formas, como señala SOMARRIVA, la mujer eso sí que “ha logrado dos grandes conquistas... Nos referimos a los bienes reservados y a la injerencia que le han reconocido en la enajenación de los bienes raíces sociales y en arrendamiento de estos bienes más allá de cierto lapso”²⁴. Aunque, luego señala, “como puede verse las dos conquistas anotadas no pueden ser más valiosas para la mujer; ellas

El marido no podrá enajenar voluntariamente ni gravar los bienes raíces sociales sin la autorización de la mujer. No podrá tampoco, sin dicha autorización, arrendar los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años ni los bienes raíces sociales rústicos por más de ocho años.

La autorización de la mujer deberá ser otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente en el acto. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandatario cuyo poder conste de escritura pública.

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación de la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplicada por el juez en caso de algún impedimento de la mujer como el de menor edad, el de ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio”.

Artículo 1754.- En el inciso primero reemplázase la palabra “hipotecar”, por “gravar”.

Intercálase, entre los incisos primero y segundo, el siguiente:

“La voluntad de la mujer deberá ser otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente en el acto. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandatario cuyo poder conste de escritura pública”.

En el inciso tercero, reemplázase la palabra “hipotecación”, por “el gravamen”.

22 KLIMPEL ALVARADO, F.: *La mujer*, cit., p. 58.

23 RAMOS PAZOS, R.: *Derecho de Familia*, 5ª edición, tomo I. Santiago de Chile (2007): Editorial Jurídica de Chile, p. 198.

24 SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Evolución del Código Civil Chileno*. Santiago de Chile (1955): Editorial Nascimento, p. 274.

representan un gran paliativo para el principio de la incapacidad que aún sigue imperando en nuestro Código”²⁵.

En esta etapa la mujer logra tener una mayor participación, principalmente, en las consecuencias derivadas de su incorporación al trabajo, pero esto responde a necesidades sociales, y no a un afán del legislador de igualar la situación de la mujer casada a la del hombre.

IV. LA TENDENCIA IGUALATORIA DE DERECHOS ENTRE HOMBRES Y MUJERES (1989-2013)

Sin duda la aprobación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos impone la necesidad de establecer la igualdad entre hombres y mujeres en el plano de los derechos civiles. Este principio, que ha tenido un importante desarrollo en el ámbito de los derechos políticos, se encontraba excluido de las relaciones civiles, en especial en el ámbito familiar:

En este sentido, para BARCIA, “el principio de igualdad lleva a que el contenido del Derecho de Familia propenda al desarrollo libre de la personalidad de los cónyuges, que se traduce en que los hombres y mujeres tienen iguales derechos y deberes en el matrimonio y con relación a los hijos”²⁶.

Para SCHMIDT, el arribo a la Humanización del Derecho ha traído, como uno de sus principios más relevantes, el de la “igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la comunidad de intereses y complementariedad que importa el vínculo matrimonial y que se plasma o al menos debiera manifestarse, en un sistema económico patrimonial del matrimonio que respete la personalidad jurídica individual de cada uno de los componentes de la unión marital”²⁷.

Además de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, de carácter general²⁸, encontramos en esta materia específicamente dirigida a la protección de los derechos de la mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece en su artículo 1º que “a los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o

25 Ibid., p. 276.

26 BARCIA LEHMANN, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile (2011): Editorial Thomson Reuters, p. 25.

27 SCHMIDT HOTT, C.: “La constitucionalización del derecho de familia”, en AA.VV., *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro* (dir. por M.D. MARTINIC GALETOVIC y M.TAPIA RODRIGUEZ), tomo II. Santiago de Chile (2005): LexisNexis, p. 1237.

28 El marco jurídico, está determinado por una serie de instrumentos internacionales que contemplan la igualdad y la no discriminación. A saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo, señala que “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Para consagrar

por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

La igualdad entre hombres y mujeres en la adquisición de derechos civiles debe analizarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, respecto a su capacidad y de los efectos patrimoniales entre ellos, es decir, los regímenes patrimoniales, alimentos y compensación económica, diferenciándolo de los derechos y obligaciones entre los cónyuges de carácter personal, regulados en los artículos 131, 133 y 136 del Código Civil y, en segundo lugar, respecto de los derechos y obligaciones establecidos entre el padre o madre en relación a la regulación de las relaciones paterno-filiales, es decir, en cuanto al cuidado personal de sus hijos, el régimen comunicacional y la patria potestad.

En primer lugar, es necesario centrar nuestro análisis en la capacidad jurídica de las mujeres casadas y, en especial, a la necesidad de establecer la plena capacidad de la mujer para actuar en la vida jurídica.

En este sentido, la incapacidad relativa de la mujer casada se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989²⁹, que introduce importantes modificaciones a la situación de la mujer en el Código Civil. Entre otras, se suprimen la potestad marital y los deberes personales de obediencia de la mujer y de protección del marido. El marido deja de ser representante legal de su mujer y la mujer deja de ser relativamente incapaz.

Todas estas modificaciones, sin embargo, no habilitan a la mujer para desarrollarse como una persona plenamente capaz. Como sostiene TOMASELLO, “la plena capacidad de ejercicio que esta ley reconoce a la mujer; a la postre resulta bastante formal y teórica, puesto que el marido conserva la administración del haber propio o

en su artículo 1° que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 3° señala que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos y políticos enunciados en el presente Pacto”.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 3°, señala “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

En la Convención sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, prescribe en el artículo 1°.1, aunque más enfocado en la no discriminación, que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

29 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30179> [fecha de consulta: 14/05/2015].

personal de la mujer y la circunstancia de que ésta pueda administrar sus patrimonios reservados o especiales nada tiene de novedoso³⁰.

En consecuencia, en el régimen de sociedad conyugal, todavía encontramos algunas normas que discriminan a la mujer; referentes a la administración y al dominio de los bienes sociales.

En cuanto a la administración de los bienes sociales, como señala el artículo 135 del Código Civil, “por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer; según las reglas que se expondrán en el título ‘De la sociedad conyugal’”, y de acuerdo al artículo 1749 inciso 1° del mismo Código, “el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente título se le imponen y a las contraídas por las capitulaciones matrimoniales”.

En relación al dominio de los bienes, el artículo 1750 del mismo cuerpo legal señala que “el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ellos deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido”. La misma idea la reafirma el artículo 1752 del Código Civil que prescribe que “la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145” (la referencia debe entenderse al artículo 138 del Código Civil). En este último punto, es menester recordar las palabras de Bello en una anotación al proyecto de 1853, según las cuales “se ha descartado el dominio de la mujer sobre los bienes sociales durante la sociedad; ese dominio es una ficción que a nada conduce”.

Por las discriminaciones señaladas, el Estado de Chile se vio forzado a llegar a un acuerdo de solución pacífica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso N° 12.433, caratulado “Sonia Arce Esparza con Chile”, de 18 de octubre de 2005, el que dispone, en la cláusula primera: “Garantías de no repetición: a. Derogación de las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal. Para poner término a la discriminación legal implícita en el actual régimen de sociedad conyugal en Chile, y que ha motivado el inicio de este caso, el Estado de Chile se compromete a dotar –en forma inmediata– de la urgencia que se estime adecuada a la tramitación legislativa del proyecto de ley que

30 TOMASELLO HART, Leslie, “Síntesis de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618. Comentario crítico”, en Familia y Persona, (coord. por E. BARROS), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1991): Editorial Jurídica de Chile, p. 105.

modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales –en los términos de redacción en los que se encuentra–, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones (Boletín N° 1707-18)³¹.

Es menester considerar que existen dos alternativas de régimen patrimonial que pueden pactar los cónyuges, las que no establecen diferencias entre hombres y mujeres: el régimen de separación total de bienes (artículo 159 del Código civil) y el régimen de participación en los gananciales (artículos 1792-2 del Código Civil). Este último fue incorporado por la Ley N° 19.335, de 24 de diciembre de 1994³².

Con respecto a otros derechos de carácter patrimonial, no observamos diferencias en el derecho de alimentos ni en la compensación económica. En ambos casos la ley se refiere al “cónyuge” (artículo 321 del Código Civil y artículo 61 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil), por lo que el ejercicio del derecho quedará subordinado a la prueba en juicio, al estado de necesidad en los alimentos o a los requisitos de procedencia, en la compensación económica³³.

En cuanto a los derechos y deberes de carácter personal entre los cónyuges, el Código Civil también establecía importantes diferencias entre hombres y mujeres. Así, para Rossel, “estas obligaciones y derechos están reglamentados en el Título VI del Libro I y admiten una clasificación que se formula atendiendo a si la vinculación jurídica genera iguales efectos para ambas partes o sólo para una de ellas: desde este punto de vista, son obligaciones comunes, o sea, comprometen por igual a ambos cónyuges, la fidelidad, el socorro y la asistencia, y son deberes especiales que afectan o al marido o a la mujer; la protección, la obediencia, el derecho de la mujer a ser recibida en la casa del marido y la convivencia”³⁴.

Merecen una mención especial dos efectos personales. El primero, el deber de fidelidad, si bien era considerado un deber recíproco entre los cónyuges, las consecuencias que generaba eran totalmente distintas si la infracción era cometida por el marido o la mujer: Así, el adulterio, principal forma de infringir el deber de fidelidad, configuraba un ilícito penal, un delito, que sancionaba siempre a la mujer; y excepcionalmente al marido. De esta forma, el artículo 375 del Código Penal, que castigaba el adulterio en el caso de la mujer con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, prescribía que “cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”. Diferente caso era el del artículo

31 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=270873> [fecha de consulta: 14/05/2015].

32 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30702> [fecha de consulta: 14/05/2015].

33 LEPIN MOLINA, C.: “Los nuevos principios del Derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2014), núm. 23, p. 29.

34 ROSSEL SAAVEDRA, E.: *Manual del Derecho de la Familia*, cit., p. 105.

381 del Código Penal, que sólo castigaba al marido “que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo”. Sin embargo, estas diferencias no son las únicas. Se establecía además, según el Código Penal, que el marido estaba exento de responsabilidad criminal, si daba muerte o maltrataba a su mujer, en caso de ser sorprendida *in fraganti* en acto de adulterio o a su cómplice en el delito (artículo 10 N° 11 Código Penal)³⁵, eximente que no existía para la mujer en igual situación.

Además de la diferencia de trato establecida en las normas penales, existían también otras sanciones civiles sólo para la mujer. Así, por ejemplo, el artículo 171 del Código Civil privaba a la mujer que daba lugar al divorcio por adulterio de los gananciales de la sociedad conyugal y de la administración de sus bienes propios; el artículo 223 del mismo Código, establecía la presunción de depravación de la madre para el cuidado de sus hijos en caso de haber dado lugar al divorcio por adulterio; el artículo 358 del mismo cuerpo legal negaba a la mujer adúltera el derecho de designar guardador por testamento a sus hijos; y la Ley N° 5.750, de 2 de diciembre de 1953, creó el delito de abandono de familia, y privó de acción criminal a la mujer condenada por adulterio³⁶.

Con respecto al deber de protección del marido y de obediencia de la mujer, que consagraba el artículo 131 inciso 2° del Código Civil, según señalaba SOMARRIVA, “esta disposición consagra una diferencia entre el marido y la mujer. Cuando se dictó el Código Civil –hace ya más de un siglo– este principio no merecía observaciones y estaba de acuerdo con la realidad ambiente”³⁷.

Estas normas se mantuvieron vigentes, con pequeñas modificaciones, hasta la dictación de la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que modificó los efectos personales a fin de establecer en forma igualitaria las obligaciones y derechos de carácter personal entre los cónyuges. Según CORRAL, “la ley ha querido eliminar algunas diferencias que, aunque de poco relieve, se estimaron contrarias al principio de igualdad entre varones y mujeres. Ello se da principalmente respecto de los deberes de fidelidad y de socorro. Se aprovecha la oportunidad, también para ajustar otras normas de menor trascendencia al mismo principio igualitario”³⁸.

Entre otras materias, esta ley derogó los delitos de adulterio y de amancebamiento, además de incorporar el régimen de participación en los gananciales y los bienes familiares.

35 Cfr. CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones*, cit., pp. 23-24.

36 Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Evolución del Código Civil*, cit., pp. 134-135.

37 *Ibid.*, p. 138.

38 CORRAL TALCIANI, H.: *Bienes familiares y participación en los gananciales*, 2ª edición. Santiago de Chile (2007): Editorial Jurídica de Chile, p. 25.

En segundo lugar, cuanto a las relaciones paterno-filiales, la legislación civil chilena también estableció una serie de diferencias entre la madre y el padre.

En esta materia, según SOMARRIVA, “sabemos que en las legislaciones el concepto de patria potestad abarca no sólo las relaciones de los padres referentes a los bienes de los hijos, sino también con respecto a la persona de éstos. Pues bien, en este punto el Código Chileno hace excepción a la legislación mundial. Toda vez que la limita a los bienes al reglamentar en el Título X del libro I; y en un título aparte, el anterior, bajo el epígrafe ‘De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos’ trata lo relacionado con la persona de los hijos, materia que en doctrina se conoce con el nombre de autoridad paterna”³⁹.

Respecto a la Patria Potestad, en un principio, el Código Civil entrega la patria potestad al padre exclusivamente. Fue el anteriormente citado Decreto Ley N° 328 (1925), que concedió a la madre la patria potestad en subsidio del padre, aún respecto de los bienes de los hijos. Esta norma fue levemente perfeccionada por la Ley N° 5.521, que suprimió algunos casos contemplados en el Decreto Ley N° 328, y conservó otros, precisando su contenido. En este sentido, se modificó el artículo 240 del Código Civil, estableciendo en su inciso 3° que, “en defecto del padre, estos derechos pertenecerán a la madre, a menos que esté divorciada por adulterio o privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta”.

La Ley N° 10.271 suprimió la causal de adulterio de la madre como determinante de la imposibilidad para el ejercicio de la patria potestad, y derogó el derecho del padre para designar un consultor a la madre para el caso que le correspondiera ejercicio de la patria potestad. Además, introdujo un inciso final al artículo 240, el cual prescribía que “la madre que estuviere casada en nuevas nupcias no podrá ejercer la patria potestad respecto de los hijos de precedente matrimonio”.

Un cambio radical se incorporó con la Ley N° 19.585, norma que distingue si los padres viven juntos o separados. En el primer caso, podían determinar convencionalmente, si la patria potestad le corresponde al padre, a la madre o ambos conjuntamente; a falta de acuerdo, correspondía ella al padre. En el segundo caso, es decir, si los padres vivían separados, se aplica en primer término la regla de atribución según la cual correspondía la patria potestad al padre que tenía el cuidado personal del hijo. Luego, los padres podían pactar que ella podría ser ejercida por el padre, la madre o ambos conjuntamente. En último caso, se facultaba a los padres para recurrir al juez, quien en base al interés superior del hijo podía atribuir el cuidado al padre solicitante.

39 SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Evolución del Código Civil*, cit., p. 123.

Por último, este sistema ha sido modificado por la Ley N° 20.680. De acuerdo a ella, las formas de atribución serán la convencional, legal o judicial. En el primer caso, se requiere un acuerdo entre los padres para atribuir el ejercicio a uno de ellos o ejercerlo en forma conjunta. Este acuerdo deberá consagrarse mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, opera la regla supletoria legal que atribuye a ambos padres el ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 244 del Código Civil⁴⁰. La regla supletoria se refiere a los casos en que los padres viven separados. El artículo 245 del Código Civil⁴¹ dispone que la patria potestad sigue la suerte del acuerdo sobre cuidado personal (artículo 225 del Código Civil), por lo que será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos, si tienen la custodia compartida.

En caso de no existir acuerdo, cualquiera de los padres podrá recurrir al juez de familia, a efectos que éste determine en función del interés superior del hijo, quien ejercerá la patria potestad, el padre, la madre o ambos en forma conjunta. La sentencia que resuelva el conflicto deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días desde quede firme y ejecutoriada.

Respecto al Cuidado Personal de los hijos, el Código Civil consideraba la edad de los hijos para atribuir el cuidado al padre o a la madre. Como señala SOMARRIVA, "en efecto, en la redacción primitiva de los artículos 223 y 224 en caso de divorcio⁴² confiaba, por regla general, a la madre el cuidado de las hijas de toda edad, y de los

40 Artículo 244 Código Civil: "La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.

Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.

En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres".

41 Artículo 245 Código Civil: "Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225.

Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.

En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior".

42 La referencia al divorcio debe entenderse sin disolución de vínculo, es decir, una especie de separación de cuerpos.

hijos menores de cinco años. Al padre correspondía el cuidado de los hijos mayores de edad⁴³.

Reformas posteriores modificaron la edad. Así, la Ley N° 5.680, de 13 de septiembre de 1935, elevó la edad a 10 años, y la Ley N° 10.271, a 14 años, fijando en consecuencia el cuidado personal de las hijas de toda edad a la madre y de los hijos menores de 14 años.

La entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998⁴⁴, modifica el criterio de atribución según la edad y el sexo del hijo/a. De esta forma, el cuidado personal de los hijos, cuando los padres vivían separados le correspondía a la madre (ex artículo 225 del Código Civil). Dicha situación sólo se podía alterar en función del interés superior del hijo en los casos de maltrato, descuido u otra causa calificada⁴⁵; realidad que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, que deja en situación de plena igualdad a los padres⁴⁶.

Esta ley viene a modernizar los efectos de la filiación ajustándolos a los principios que rigen al moderno Derecho Familiar; principalmente el interés superior del niño, la igualdad parental y la autonomía de la voluntad.

Es así como el legislador, en el artículo 225 del Código Civil, en primer lugar, privilegia los acuerdos de los padres en materia de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad, los que deben cumplir con las formalidades legales analizadas, pero que a diferencia de las pensiones de alimentos no requieren aprobación judicial, salvo los casos del acuerdo completo y suficiente.

En segundo lugar, establece la regla supletoria que atribuye el cuidado personal de los hijos al padre o madre con quien estén conviviendo.

En tercer lugar, en caso de tener que recurrir a la justicia, la única causal existente es el interés superior del niño, principio rector en materia de familia, que supone que el juez de familia debe atribuir el cuidado personal de los niños al padre que garantice de mejor forma el bienestar de sus hijos, procurando el pleno respeto de sus derechos fundamentales.

Es menester señalar que no existen diferencias entre los padres respecto a la asignación y ejercicio de otros derechos derivados de las relaciones paterno-filiales,

43 SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Evolución del Código Civil*, cit., p. 140.

44 Disponible en línea: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366> [fecha de consulta: 14/05/2015].

45 La causal calificada era una discriminación arbitraria entre el padre y la madre, sin duda contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de mayo de 2013, en la causa Rol 2306-2012.

46 LEPIN MOLINA, C.: "Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios", *Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters* (2014), núm. 1, pp. 139-170.

como es el caso de la obligación alimentaria y el régimen de relación directa y regular (también denominado visitas).

V. CONCLUSIONES

En la evolución de los derechos civiles de la mujer se observa un trato diferente, según su estado civil de casada o soltera.

En esta perspectiva, la adquisición de derechos por parte la mujer se puede dividir en dos etapas: una ampliatoria de derechos, gatillada por distintas transformaciones sociales, como por ejemplo, la necesidad de incorporación de la mujer al trabajo, ante la escasez de mano de obra (1925-1989); y la etapa igualatoria de derecho entre hombres y mujeres presionada por la aprobación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (1989-2013).

Esta última etapa se encuentra en desarrollo, ya que la mujer casada en sociedad conyugal, tiene una capacidad plena, pero carente de contenido, no puede contratar, ni administrar los bienes sociales (salvo la situación particular de los bienes del patrimonio reservado) e, incluso, no puede administrar sus bienes propios, como los heredados por sus padres. En consecuencia, todavía el Código Civil chileno, mantiene las discriminaciones contra la mujer y los privilegios para el marido.

El Estado de Chile mantiene pendiente el compromiso de eliminar las discriminaciones existentes contra la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal, principalmente a las restricciones para actuar en la vida jurídica de forma independiente, y en cuanto a la administración de los bienes sociales y los bienes propios de la mujer.

Por último, en materia de relaciones paterno-filiales, con las últimas reformas legales (leyes 19.585 y 20.680), los padres se encuentran en igualdad de condiciones en materia de efectos de la filiación, con lo que se ajusta nuestro Derecho Familiar a las normas constitucionales y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARCIA LEHMANN, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Santiago de Chile (2011): Editorial Thomson Reuters.

CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. I (De las Personas). Santiago de Chile (reimp. 2013): Editorial Jurídica de Chile.

Código Civil de Chile, Santiago de Chile (2014): Editorial Thomson Reuters.

Código Civil de Chile, 31 de mayo de 1856, Santiago de Chile (1856): Imprenta Nacional.

CORRAL TALCIANI, H.: *Bienes familiares y participación en los gananciales*, 2ª edición. Santiago de Chile (2007): Editorial Jurídica de Chile.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, L. y LARRAÍN RÍOS, H.: *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley número 10271*. Santiago de Chile (1953): Editorial del Pacífico S.A.

FIGUEROA YÁÑEZ, G.: *Persona, Pareja y Familia*. Santiago de Chile (1995): Editorial Jurídica de Chile.

GIORDANO, V.: "La ampliación de los derechos civiles de las mujeres Chile (1925) y Argentina (1926)", *Mora (B. Aires)* (2010), vol. 16, núm. 2.

KLIMPEL ALVARADO, F.: *La mujer chilena (El aporte femenino al Progreso de Chile), 1910-1960*. Santiago de Chile (1962): Editorial Andrés Bello.

LEPIN MOLINA, C.: "Los nuevos principios del Derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado* (2014), núm. 23.

LEPIN MOLINA, C.: "Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios", *Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters* (2014), núm. 1.

RAMOS PAZOS, R.: *Derecho de Familia*, 5ª edición, tomo I. Santiago de Chile (2007): Editorial Jurídica de Chile.

ROSSEL SAAVEDRA, E.: *Manual del Derecho de la Familia*. Santiago de Chile (1958): Editorial Jurídica de Chile.

ROUDINESCO, E.: *La Familia en desorden*. Buenos Aires (2003): Editorial Fondo de Cultura Económica.

SCHMIDT HOTT, C.: "La constitucionalización del derecho de familia", en AA.VV., *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro* (dir. por M.D. MARTINIC GALETOVIC y M. TAPIA RODRÍGUEZ), tomo II. Santiago de Chile (2005): LexisNexis.

SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Evolución del Código Civil Chileno*. Santiago de Chile (1955): Editorial Nascimento.

TAPIA RODRÍGUEZ, M.: *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Santiago de Chile (2005): Editorial Jurídica de Chile.

TOMASELLO HART, Leslie, "Síntesis de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618. Comentario crítico", en *Familia y Persona*, (coord. por E. BARROS), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1991).

LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO
MATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO RUMANO

MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN THE ROMANIAN
LEGAL SYSTEM

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 94-115



Pablo
QUINZÁ
REDONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 02 de octubre de 2015

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar la regulación del fenómeno del régimen económico matrimonial rumano de acuerdo con las disposiciones contenidas en el nuevo Código Civil de 2011, a la vista de la ascendente presencia de sujetos de nacionalidad rumana en España y de que tanto las actuales normas de Derecho internacional privado como las futuras pueden conducir a la aplicación de dicho derecho extranjero por parte del operador jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Régimen económico matrimonial, derecho rumano.

ABSTRACT: This article seeks to analyse how Romanian law regulates matrimonial property regimes in its new Civil Code. It takes into account the growing presence of Romanians in Spain and how Private international law rules could provoke the application of Romanian law by Spanish law operators.

KEY WORDS: Matrimonial property regimes, Romanian law.

SUMARIO.- I. Introducción I. Génesis del nuevo Código civil rumano. 2. La relevancia de la normativa rumana en España. 3. Objeto de estudio y terminología empleada. II. El régimen económico matrimonial primario. III. El régimen económico matrimonial secundario. I. Los pactos o capitulaciones matrimoniales. A. El contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales. a. La separación de bienes. b. La comunidad convencional. B. Circunstancias, eficacia y forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales. C. Publicidad del régimen económico matrimonial y eficacia frente a terceros. 2. El régimen económico matrimonial secundario legal. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Rumanía, Estado miembro de la Unión Europea, dispone desde fechas bien recientes, de un nuevo Código civil, fruto de una intensa labor jurídica comenzada a finales del siglo pasado. Más allá del propio interés que el estudio de un ordenamiento jurídico puede despertar desde la perspectiva del derecho comparado, lo cierto es que la presencia, cada vez mayor, de sujetos de nacionalidad rumana en España, supone un importante desafío para los operadores del derecho, que pueden verse abocados a la aplicación del derecho rumano, por mor de las normas de Derecho internacional privado. Esta circunstancia, en una materia tan delicada como es el régimen económico matrimonial, descuidado por algunos cónyuges en momentos de "estabilidad" de la relación afectiva, pero que se torna de vital importancia en situaciones de crisis conyugal, tiene como consecuencia que el estudio del régimen económico matrimonial, tanto primario como secundario, previsto en el ordenamiento jurídico rumano merezca ser tenido en consideración¹.

I. Génesis del nuevo Código civil rumano

Como derecho civil continental, el derecho rumano ha estado fuertemente influenciado por el derecho francés, y prueba de ello es que el Código civil rumano adoptado en 1864 siguió fielmente el modelo del Código civil napoleónico de 1804². Dicho Código de 1864 se mantuvo vigente hasta el actual de 2011, superando los

-
- 1 Nótese que el estudio que se va a acometer está basado en fuentes secundarias, fundamentado principalmente en la traducción francesa del Cc rumano y en los comentarios doctrinales que en lengua inglesa y francesa existen sobre el mismo, que lamentablemente son escasos en cuanto a su número.
 - 2 PREDOLU, C.M.: "Préface: Genèse du nouveau code civil roumain", en AA.VV: *Nouveau code civil roumain*. Paris (2013): Dalloz, p. 13.

• Pablo Quinzá Redondo

Es profesor de Derecho internacional privado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Es licenciado en Derecho (2010) y Administración y Dirección de empresas (2010), maestro en Derecho de la Empresa (2012) y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.
Correo electrónico: pablo.quinza@ucb.es

intentos fallidos de reforma de 1940 (Código Civil de Carol II) y de 1971 (Proyecto de Código civil de la República socialista).

La evolución del derecho privado rumano ha estado además caracterizada por su carácter fragmentario. Por un lado, todas las materias de derecho civil no han estado siempre reguladas en el Código civil (véanse, por ejemplo, el Código de familia de 1953 o las leyes especiales de la persona jurídica y moral reguladas por los Decretos 21 y 32/1954, respectivamente) y por otro, el derecho mercantil ha sido también objeto de codificación específica en el Código de Comercio de 1885, inspirado en el Código de comercio italiano de 1882³. Como se observará, toda esta dispersión normativa va a empezar a superarse a principios del S.XXI.

El proceso de elaboración del vigente Código civil rumano de 2011 (en adelante, Cc rumano) se remonta al año 1997, cuando se constituyó el grupo de expertos para su redacción, formado por representantes del Ministerio de Justicia y por profesionales y profesores de las Facultades de derecho de Bucarest y Cluj. En su labor, este grupo se vio asistido por un Comité de expertos de Quebec, pertenecientes a la Agencia Canadiense para el desarrollo internacional, y que fueron los encargados de la elaboración del Código Civil de Quebec de 1991. Aunque en el año 1997 ya se disponía de un borrador que contenía algunas partes del nuevo Cc rumano, el turbulento entorno político del año 2000 hizo que la actividad legislativa se detuviera hasta el año 2004, cuando la primera versión completa del Cc fue aprobada por el gobierno y posteriormente adoptada por el Senado. Sin embargo, la propuesta no fue debatida en el Congreso de los diputados y ello enlenteció aún más el proceso. En el año 2006, una nueva Comisión fue constituida por el Ministerio de Justicia para revisar el proyecto del Cc y para formular y transmitir las necesarias enmiendas al Parlamento. Paralelamente, se constituyeron Comisiones encargadas de elaborar un nuevo Código penal y sendos Códigos de procedimiento civil y penal. El resultado de esta actividad legislativa fue la adopción entre los años 2009-2010 de los siguientes nuevos textos legales: Código civil (Ley 287/2009), Código penal (Ley 286/2009), Código procesal civil (Ley 134/2010) y Código procesal penal (Ley 135/2010)⁴.

El Cc rumano de 2009, que entró en vigor el 1 de octubre de 2011, surge no sólo a raíz de la transformación de la sociedad rumana y el proceso de integración en la Unión Europea, sino como un objetivo de técnica legislativa, en el que se pretende condensar en un mismo cuerpo normativo todas las materias de derecho privado. Así, el Cc adopta una posición monista y unifica el derecho civil y mercantil, derogando los textos legales de 1864 y 1882. En virtud de ello, más que de un

3 DUTU, M.: *Le nouveau code civil roumain. Tradition. Modernisation. Intégration*. Alemania (2011): Éditions universitaires européennes, p. 28

4 PREDOIU, C.M.: "Préface: Gènes du nouveau code civil roumain", *cit.*, pp. 13-14.

Código civil, podría hablarse de un Código de derecho privado⁵. En líneas generales, pese a que se trata de un texto que respeta la tradición rumana e incorpora los avances jurisprudenciales y opiniones de la doctrina, la influencia del derecho francés e italiano y, en especial, de los juristas quebequenses que participaron en su redacción, es muy latente y por ello representa costumbres jurídicas muy heterogéneas. El resultado final es un cuerpo normativo que reforma de manera profunda y sustancial el derecho rumano, buscando promover los derechos y libertades fundamentales, a la par que favorecer el progreso económico y social⁶.

En relación con la evolución específica de los regímenes económico matrimoniales, el Cc de 1864 establecía un régimen legal supletorio de separación de bienes, a la par que ofrecía la posibilidad de elegir, antes de la celebración del matrimonio, entre dos regímenes: la comunidad convencional y la sociedad de adquisición⁷. Sin embargo, con la entrada en vigor del Código de familia de 1953 se cambiaría drásticamente de rumbo, estableciendo un régimen legal supletorio y único de comunidad de bienes, inderogable e inmodificable por los cónyuges. Así pues, el rol de la autonomía de la voluntad era más bien escaso. Posteriormente, con la entrada en escena del actual Cc rumano en 2011, se volvería a los orígenes, ofreciendo la posibilidad de elección y modificación de un régimen económico matrimonial distinto de la comunidad legal, a saber; el régimen de comunidad convencional y la separación de bienes, como se analizará a continuación.

2. La relevancia de la normativa rumana en España

Una mirada a la sociedad española actual merece, cuanto menos, la toma en consideración de su carácter multicultural y pluricultural⁸, fruto de la creciente movilidad de los ciudadanos por el territorio de la Unión Europea y la entrada de nacionales de terceros Estados⁹. Dicho factor demográfico viene acompañado de un consecuente aumento de matrimonios internacionales, en los que los cónyuges tienen distintas nacionalidades o residencias habituales o bien poseen bienes situados en distintos Estados¹⁰. Atendiendo a las más recientes estadísticas publicadas por la

5 DUTU, M.: *Le nouveau code civil roumain. Tradition. Modernisation. Intégration*, cit., pp. 26-28.

6 *Ibid.* pp. 4-5

7 VASILESCU, P.: "Propos a batons rompus sur les régimes matrimoniaux roumains", *Studia universitatis babes-bolyai* (2011), núm. 1, p. 149.

8 Sobre tales conceptos, en el contexto europeo, *vid.*, CARLIER, J.Y.: "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (ed. por CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L.). Madrid (2002); Colex, p. 27: "La Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados Miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas... La Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores". En este punto, destaca especialmente la obra de JAYME, E.: "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en AA.VV.: *Recueil des courses*. La Haya (1995): Nijhoff, pp. 9-267.

9 GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*. Madrid (2008): Reus, pp. 17-18.

10 La Comisión Europea estima que de los 122 millones de matrimonios existentes en la UE, aproximadamente 16 millones (13%) son de carácter transfronterizo. Además, concretamente, de los 2,4 millones de matrimonios

Secretaría General de Inmigración y Emigración, el primer colectivo de inmigrantes en España proviene de Rumanía¹¹.

Cada vez que se produce uno de estos matrimonios, en los que se encuentra presente un elemento de extranjería, se está produciendo una llamada al Derecho internacional privado, cuyas normas de conflicto serán las encargadas de determinar cuál de todos los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho es el que resulta de aplicación. En la materia que nos ocupa, esto significa referirse, en la actualidad, a los art. 9.2 y 9.3 Cc¹² y, presumiblemente a corto plazo, al futuro Reglamento de régimen económico matrimonial, que contiene junto a los sectores de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos, disposiciones referentes al derecho aplicable¹³.

La combinación de ambos factores, esto es, la presencia de sujetos de nacionalidad rumana con residencia habitual en España y la propia existencia de normas de conflicto reguladoras del régimen económico matrimonial que pueden designar al derecho rumano, bien cuando así lo hayan establecido las conexiones objetivas de la norma de conflicto, bien cuando dicho ordenamiento jurídico haya sido elegido por los cónyuges, provoca como resultado final que los operadores judiciales o extrajudiciales españoles deban aplicar dicho derecho tal y como lo haría un juez rumano, valiéndose de los oportunos medios de prueba del derecho extranjero¹⁴. No se trata, por tanto, el estudio del régimen económico matrimonial rumano de una cuestión baladí en España.

3. Objeto de estudio y terminología empleada

Teniendo presente lo anterior, el estudio que se va a abordar a continuación va a estar focalizado en el efecto patrimonial más relevante del matrimonio, como es el régimen económico matrimonial¹⁵. Para ello, se va a partir de una distinción básica

celebrados en la UE en 2007, 300.000 fueron internacionales. Correlativamente, se encuentran cifras elevadas en lo referente a divorcios internacionales, en concreto, 140.000 de los 1.040.000 que tuvieron lugar ese mismo año (Cifras extraídas de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales (COM (2011) 125 final).

- 11 De acuerdo con el informe publicado en marzo de 2015 y que incluye datos a 31 de diciembre de 2014, el número de rumanos con certificado de registro o tarjeta de residencia en España asciende a 953.183. Para información más detallada, *vid.*, <<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html>> (último acceso 29 de junio de 2015).
- 12 BOE núm. 250/1990, de 18 de octubre 1990.
- 13 Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final).
- 14 Sobre la aplicación del derecho extranjero en los distintos Estados miembro de la Unión Europea, *vid.*, ESPLUGUES MOTA, C.: "General report on the application of foreign law by judicial and non judicial authorities in Europe", en AA.VV.: *Application of foreign law* (dir. por: ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.). Munich (2011): Sellier european law publishers, pp. 3-78.
- 15 No se van a acometer, por tanto, otros efectos patrimoniales derivados del matrimonio, ni tampoco aquellos emanados de la disolución del mismo, bien por la causal del divorcio, bien por el fallecimiento de uno de los cónyuges, sin perjuicio de algunas referencias que se harán a lo largo del texto.

entre régimen económico matrimonial primario¹⁶ –aplicable a todas las uniones conyugales, con “independencia” del régimen económico matrimonial secundario e indisponible para las partes- y el régimen económico matrimonial secundario, que viene caracterizado por la libre y voluntaria elección de la pareja respecto de la manera en que desean sean organizadas sus propiedades –el denominado régimen económico matrimonial secundario pactado, sobre el que se articula el contenido básico de los pactos o capitulaciones matrimoniales- y, en su defecto, por el modo en que el legislador, de oficio y siempre supeditado a que las partes nada hayan pactado, regula tales relaciones –el régimen económico matrimonial secundario legal-.

Sin perjuicio de dicha clasificación terminológica, comúnmente seguida en España y en la mayoría de Estados miembro de la Unión Europea, es necesario puntualizar que, en línea con lo establecido en el Código de familia de 1954, el Cc rumano evita utilizar el término régimen económico matrimonial en el título del capítulo regulador de estas disposiciones, si bien sí que lo utiliza a lo largo de todo el articulado¹⁷. Se opta, erróneamente por denominar a estas disposiciones como “Los derechos y deberes patrimoniales de los cónyuges”, que en realidad son un concepto más amplio que el de régimen económico matrimonial, al incluir también los efectos patrimoniales entre los cónyuges en el ámbito sucesorio y otros efectos patrimoniales surgidos con ocasión del divorcio, regulados en otras parte del título II (“Del matrimonio”)¹⁸. Tampoco se utilizan los conceptos de régimen económico matrimonial primario y secundario, si bien es perfectamente posible diferenciarlos y dicha ausencia no deja de ser una cuestión puramente terminológica¹⁹.

II. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO

Las disposiciones que podrían corresponder a lo que en derecho español se entiende como régimen económico matrimonial primario se encuentran reguladas en la sección I, capítulo VI, título II del libro II (arts. 312-328 Cc rumano) y se define como aquellos preceptos cuyo contenido no puede ser modificado en los pactos o capitulaciones matrimoniales, al ser consustanciales a cualquier régimen económico matrimonial (art. 312.2 Cc rumano).

16 Nótese que no en todos los Estados miembro de tradición civilista se utiliza el concepto de régimen económico matrimonial primario, que puede recibir también la terminología de derechos y deberes generales de los cónyuges (BOELE-WOELKI, K. FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUS, C., JÁÑTERA-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W.: *Principles of European family law regarding property relations between spouses*. Cambridge-Antwerp-Portland (2013); Intersentia, pp. 36-37)

17 VASILESCU, P.: “Propos a batons rompus sur les régimes matrimoniaux roumains”, *cit.*, p. 154.

18 CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*. Sarrebruck (2012): Lambert Academic publishing, p. 10; CERASELA ANITEI, N.: “General considerations about matrimonial regime under the provisions of the new romanian civil code”, *Postmodern opening* (2011), año 2, núm. 8, p. 78 y CERASELA ANITEI, N.: “Primary qualification of matrimonial regime notion”, *Romanian journal for multidimensional education* (2012), vol. 4, núm. 3, pp. 8-9.

19 En definitiva, se pretende presentar el fenómeno del régimen económico matrimonial rumano, utilizando la clasificación de categorías más extendida en Europa, y en especial aquella seguida en España, para facilitar un mejor entendimiento al operador jurídico español.

En primer lugar, se consagra la independencia patrimonial de los esposos, estableciéndose con carácter general que al matrimonio no afecta la capacidad legal de los cónyuges y que éstos siguen gozando de autonomía para realizar transacciones entre ellos y con terceros (art. 317.1 CC). Además, ostentan ambos un derecho a retener los beneficios obtenidos por el ejercicio de la actividad profesional, siempre que sigan contribuyendo a las cargas del matrimonio (art. 327 Cc rumano).

La consagración de la capacidad jurídica individual de los esposos se acompaña de dos disposiciones referentes a contratos bancarios (art. 317.2 Cc). Así, se indica que cada cónyuge puede realizar los movimientos y operaciones que considere oportunos respecto de las cuentas bancarias sobre las que ostenta la titularidad²⁰. Además, si alguno de los cónyuges ha obtenido financiación mediante el establecimiento de un crédito, tiene derecho a disfrutar de la cuantía que le ha sido prestada, incluso en caso de disolución del matrimonio, a menos que una sentencia ejecutoria establezca lo contrario (art. 317.3 Cc).

El reverso de la independencia económica es el deber de información entre los cónyuges, por lo que deberá existir absoluta transparencia en cuanto a los bienes, ingresos y deudas de cada uno. De hecho, el Tribunal podrá intervenir requiriendo información a alguno de los cónyuges si éstos se negaran a facilitarla voluntariamente (art. 318.1 Cc rumano). La obligación de prestar información, y en su caso de depositar pruebas, se extiende no sólo al cónyuge del solicitante, sino también a terceros si el Tribunal lo estima oportuno (art. 318.2 Cc rumano). Sin embargo, podrán los terceros negarse a proveer tal información cuando se encuentren amparados por el secreto profesional (art. 318.3 Cc rumano), como resultaría relevante en el caso de abogados, notarios o médicos.

En cuanto al mandato o representación inter cónyuges, se distingue entre el mandato convencional y el judicial. El primero de ellos consiste en un poder general de representación para el ejercicio de ciertos actos jurídicos sobre bienes o derechos de los que es titular un cónyuge conforme al régimen económico matrimonial (art. 314 Cc rumano). No se encuentra en el Cc una regulación detallada de esta figura, por lo que habrá que acudir a las normas generales del contrato de mandato para completar su regulación (en especial, la gratuidad u onerosidad del mandato, la forma del acuerdo de mandato y los derechos y obligaciones de mandante y mandatario, así como las consecuencias de su incumplimiento)²¹. El mandato judicial, por su parte, está reservado para situaciones donde uno de los cónyuges no puede o está incapacitado para manifestar su voluntad, previéndose que el otro cónyuge pueda representarle, previa solicitud al Tribunal previsto a tal efecto (art. 315 Cc rumano). En su decisión, el juez deberá especificar las condiciones, límites y duración del

²⁰ Inspirado en el art. 221 del Código civil francés

²¹ CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*, cit., p. 89.

mandato, aunque no podrá extenderse más allá del tiempo que dure la situación que justificó tal representación o se nombre a tutor o curador (art. 315.2 Cc rumano).

Por otro lado, forma parte también del régimen económico matrimonial primario la protección de la vivienda familiar²², definida como el lugar donde habitan los esposos o, en su defecto, el lugar donde reside el cónyuge que se ocupa de los menores (art. 321.1. Cc rumano). Esta característica se completa con la necesaria inscripción en el registro inmobiliario de la condición de vivienda familiar, incluso a instancias del cónyuge que no es propietario (art. 321.2. Cc rumano). En particular, la protección de la que goza tal inmueble se refiere al necesario consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre el mismo (art. 322.1 Cc rumano), siempre eso sí, que en el registro inmobiliario conste que se trata de la vivienda familiar, pues sino únicamente podrá solicitar el cónyuge perjudicado una indemnización por daños y perjuicios (art. 322.5 Cc rumano). A partir de ahí, si alguno de los cónyuges realiza un acto jurídico sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge, podrá solicitar la anulación del mismo (art. 322.4 Cc rumano). Paralelamente, únicamente podrá rechazarse prestar el consentimiento si concurre motivo legítimo, y de ser así, uno de los cónyuges podrá solicitar al Tribunal de primera instancia autorización para disponer del inmueble sin el consentimiento del otro (art. 322.3 Cc rumano). La protección ofrecida al inmueble se extiende igualmente al ajuar doméstico (art. 322.2 Cc rumano).

El arrendamiento relativo a la vivienda familiar cuenta con un régimen específico de protección, si bien se extienden con carácter general las restricciones relativas a los actos de disposición de la vivienda que es propiedad de ambos o alguno de los cónyuges (art. 323.2 Cc rumano). En estos casos, aunque el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar lo haya realizado sólo uno de los cónyuges, ostentan ambos un derecho sobre tal arrendamiento (art. 323.1 Cc rumano).

En este orden de ideas, regula el Cc rumano el destino que correrá la vivienda familiar dependiendo del modo en que se haya producido la disolución del matrimonio. En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite puede continuar ejerciendo su derecho sobre la vivienda familiar, salvo que renuncie expresamente (art. 323.3 Cc rumano). De otro lado, si se produce la disolución del matrimonio por nulidad, separación o divorcio y los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre quien deberá ocupar la vivienda alquilada, el Tribunal tomará una decisión sobre este asunto, teniendo en cuenta para ello el interés superior del menor, quién tuvo la culpa en la disolución del matrimonio y las posibilidades de recolocación individual de cada uno de los cónyuges (art. 324.1 Cc rumano).

22 El régimen de protección de la vivienda familiar es muy similar al del derecho de Quebec (arts. 404 y 405 Código civil Quebec).

No sólo el hogar familiar se protege velando por el interés de la familia sino que, excepcionalmente, si uno de los cónyuges realiza actos jurídicos que atentan contra tal interés, podrá el otro cónyuge solicitar al Tribunal de primera instancia que el derecho a disponer de determinados bienes, al menos durante un lapso de tiempo, únicamente pueda realizarse con su consentimiento expreso (art. 316.1 Cc rumano). Dicha decisión judicial deberá ser publicada en el correspondiente registro mobiliario o inmobiliario y los actos jurídicos que la vulneren serán anulables (art. 316.2 Cc rumano).

Por último, los cónyuges están obligados a prestarse ayuda económica recíproca (art. 325.1 Cc rumano) y a contribuir a las necesidades del matrimonio (art. 325.2 Cc rumano). El Cc distingue ambas obligaciones, primero porque el apoyo financiero recíproco es un concepto más amplio que la contribución a las cargas del matrimonio, y además, porque respecto de esta última, es posible el acuerdo entre los cónyuges²³. En este sentido, el pacto de los cónyuges sobre las cargas del matrimonio no podrá privar a uno de ellos de realizar contribución alguna y, en ausencia del mismo, corresponderá a ambos de manera proporcional a los medios de los que disponga (art. 325.2 y 3 Cc rumano). La contribución a las cargas del matrimonio comprende el mantenimiento del hogar familiar y la educación y cuidado de los hijos (art. 326 Cc rumano), así como la obligación mutua de alimentos entre los cónyuges y respecto de sus hijos (art. 516.1 Cc rumano). Sobre este punto, es necesario añadir que si uno de los cónyuges ha cooperado o ayudado en la actividad del otro, excediéndose de lo que resulta coherente esperar por las cargas del matrimonio y ayuda económica recíproca, tendrá derecho a obtener una indemnización compensatoria (art. 328 Cc rumano).

III. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SECUNDARIO

La reforma más importante en materia de matrimonio y relaciones entre los cónyuges es la relativa al régimen económico matrimonial secundario. El régimen anterior "único, obligatorio y legal" ha sido sustituido por una pluralidad de regímenes económico matrimoniales (art. 312.1 Cc rumano): la comunidad legal, la separación de bienes y la comunidad convencional. Para ello se estudiarán, en primer lugar, los regímenes opcionales previstos en la legislación rumana –régimen económico matrimonial secundario pactado-, que pueden ser elegidos por los cónyuges mediante la utilización de pactos o capitulaciones matrimoniales y, posteriormente, el régimen aplicable a falta de elección -régimen económico matrimonial secundario legal-.

Huelga decir en este punto que en cuanto al régimen legal, se mantiene uno comunitario, al haber sido éste el régimen económico aplicable durante más de

23 CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*, cit., p. 62.

cincuenta años en Rumanía y contar ya con cierta tradición en la sociedad. Por lo que respecta a los regímenes ofrecidos, destaca la ausencia del régimen de participación de las ganancias, que se explica por el hecho de que es el régimen legal en un número reducido de Estados europeos²⁴ y porque en aquellos Estados donde se ofrece como régimen convencional (España o Francia, por ejemplo), su utilización ha sido más bien escasa²⁵. Con todo, como se verá, en la separación de bienes se ofrece a los cónyuges la posibilidad de liquidar el régimen económico matrimonial como si de un régimen de participación en las ganancias se tratara.

I. Los pactos o capitulaciones matrimoniales

Los pactos o capitulaciones matrimoniales son una institución típica y propia del derecho europeo continental cuya finalidad básica –si bien no la única– es la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial secundario. Es a partir de este momento cuando se puede hacer referencia, en consecuencia, al concepto de régimen económico matrimonial secundario pactado, consistente en la facultad que tienen los cónyuges para reglamentar las relaciones entre ellos y respecto de terceras personas mientras dura el matrimonio mediante, precisamente, la elección, diseño o modulación de un régimen económico matrimonial que se adapte a sus intereses o necesidades. Una posibilidad que, en mayor o menor medida, se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico rumano y cuyos caracteres básicos serán estudiados a continuación.

A. El contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales

El Cc rumano indica que los cónyuges pueden elegir tres regímenes económico matrimoniales: la comunidad legal, la separación de bienes o la comunidad convencional, no ofreciendo la posibilidad de diseñar un régimen específico (art. 312. I Cc rumano). Dado que el régimen de la comunidad es el que se aplica en ausencia de autonomía de la voluntad –y cuyo estudio se acometerá en el siguiente epígrafe–, la razón de ser de los pactos o capitulaciones matrimoniales será precisamente la elección del sistema de separación de bienes o comunidad convencional, cuya regulación no puede ser derogada más allá de los casos previstos en el propio Código (art. 332. I Cc rumano). Se está haciendo referencia a la posibilidad ofrecida en el régimen de separación de pactar el porcentaje sobre el que un cónyuge podrá participar en las ganancias del otro (art. 360.2 Cc rumano) y al establecimiento de cláusulas modificativas de la comunidad legal, propias del régimen de comunidad convencional (art. 367 Cc rumano).

24 De acuerdo con la clasificación empleada por la CEFL, pertenecerían a este grupo regímenes como la comunidad diferida de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia y la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania y Grecia (sobre este particular, *vid.*, “Question 16”, en AA.VV.: *European family law in action: Property relations between spouses: Vol IV* (ed. por BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. Antwerp-Oxford-Portland (2009): Intersentia).

25 BAIAS, F.: “Commentaire introductif au livre II. De la Famille”, en AA.VV.: *Nouveau code civil roumain*, *cit.*, p. 106.

a. La separación de bienes

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge es propietario de los bienes adquiridos a su nombre antes y durante el matrimonio (art. 360.1 Cc rumano). Así, se produce una disociación completa entre los patrimonios de los esposos, lo que, al menos desde un plano teórico, puede resultar justo si existe igualdad económica entre ellos o en algunas situaciones especiales, como por ejemplo el caso de segundas nupcias concurriendo hijos menores. Además, a *priori*, presenta ventajas en cuanto a su liquidación si se compara con los regímenes de tipo comunitario, al no haberse formado una masa común de los cónyuges que deba repartirse. Los mayores problemas vendrán referidos a la determinación de la titularidad de los bienes en caso de duda, la transformación de los bienes adquiridos en copropiedad en un derecho exclusivo de cada cónyuge o la compensación por el pago de deudas privativas²⁶. Para ello, por ejemplo se regula que cada uno de los cónyuges ostente un derecho de retención sobre el patrimonio del otro hasta la recuperación total de los créditos recíprocos (art. 365 CC rumano).

Para aquellos casos en que la separación de bienes pudiera resultar injusta –por ejemplo, cuando uno de los cónyuges ejerce una actividad profesional y se ocupa del hogar y del cuidado de los niños- se ofrece a los cónyuges la posibilidad de estipular en los pactos o capitulaciones matrimoniales cláusulas referentes al porcentaje de participación que un cónyuge puede tener sobre el patrimonio del otro en caso de que difieran las ganancias acumuladas durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente. En ausencia de cláusulas que estipulen otra cantidad, se entenderá que el excedente patrimonial se parte por mitad, con la posibilidad de pago en dinero o en especie (art. 360.2 Cc rumano). En virtud de ello, parece que el régimen de la separación de bienes encubre la posibilidad de elección de un régimen de participación en las ganancias²⁷.

Siguiendo con la regulación del régimen de separación de bienes, propone el Cc rumano la realización de un inventario que recoja los bienes personales de cada uno de los cónyuges, bien en el momento de realización del pacto o capitulación matrimonial eligiendo la separación de bienes (art. 361.1 Cc rumano), bien en un momento posterior, durante la vigencia del régimen económico matrimonial (art. 361.2 Cc rumano). A falta de inventario, se entiende que el cónyuge poseedor es el propietario de cada bien, salvo prueba en contrario (art. 361.4 Cc rumano). Los problemas serán menores cuando se trate de bienes inscritos en algún tipo de

26 CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*, cit., pp. 151-152.

27 NICOLESCU, C.: "Corrélations entre les règles spécifiques des régimes matrimoniaux et celles de droit successoral dans le système du code civil roumain", *Studia universitatis babes-bolyai* (2013), núm. 2, p. 8; MOLDOVAN, FL.: "Matrimonial regimes in the new romanian civil code", *International journal of juridical science* (2013), núm. 2, p. 133 y VASILESCU, P.: "Le poisson mort au vivier: le separation entre epoux", *Studia universitatis babes-bolyai* (2013), núm. 2, p. 42.

registro, pues la fe pública registral determinará la titularidad de dichos bienes (art. 361.5 Cc rumano). Por otro lado, los bienes adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges se presume que están en régimen de propiedad colectiva (art. 362.1 Cc rumano).

Pese a que en principio cada cónyuge está facultado para la disposición de los bienes de los que es propietario, se regula el derecho de utilización de dichos bienes por parte del cónyuge no propietario. Así, el cónyuge que utiliza los bienes del otro sin oposición tiene las obligaciones propias de un usufructuario y sólo tiene que restituir los frutos existentes en la fecha de reclamación realizada por el otro cónyuge o en la fecha de cesación o cambio de régimen económico matrimonial (art. 363.1 Cc rumano). Junto a ello, se regula el supuesto en el que el cónyuge no propietario adquiere un bien empleando para ello todo o parte de los bienes pertenecientes al otro cónyuge. En particular, en estos casos, el cónyuge propietario tiene derecho, bien a solicitar la propiedad del bien adquirido en la proporción equivalente a los fondos que eran suyos y se utilizó para su compra, bien a reclamar una indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, no podrá reclamar la propiedad cuando el otro cónyuge haya vendido el bien a un tercero, salvo que este último tuviera conocimiento de que el vendedor no era el propietario (art. 363.2 Cc rumano).

Por lo que respecta a las deudas personales de cada cónyuge, se indica que ninguno de los esposos responde de las obligaciones nacidas de actos realizados por el otro (art. 364.1 Cc rumano), aunque existe responsabilidad solidaria de los esposos por las obligaciones nacidas para satisfacer las cargas ordinarias del matrimonio y el cuidado y la educación de los hijos (art. 364.2 Cc rumano).

b. La comunidad convencional

El segundo de los regímenes económico matrimoniales que ofrece la normativa rumana es el régimen de la comunidad convencional, que no es sino la comunidad legal, como se verá en el siguiente epígrafe, pero con la posibilidad de que los cónyuges introduzcan cláusulas modificativas (art. 366 Cc rumano). En concreto, la comunidad convencional puede incluir acuerdos que versen sobre: la inclusión en la comunidad de bienes o deudas nacidas antes o después del matrimonio, a excepción de los bienes destinados al uso personal y los propios del ejercicio de la profesión de cada cónyuge, que seguirán formando parte del patrimonio privativo; la limitación de la comunidad a los bienes o deudas determinadas expresamente por los cónyuges, a excepción de las obligaciones contraídas por cualquiera de los esposos para cubrir las cargas del matrimonio, que serán siempre deudas comunes; la modificación del carácter obligatorio del acuerdo de ambos cónyuges para la conclusión de ciertos actos de administración de los bienes; la inserción de la cláusula de mejora del cónyuge superviviente en caso de disolución del régimen económico

matrimonial por fallecimiento de un cónyuge y la posibilidad de que los cónyuges diseñen la liquidación de la comunidad según sus preferencias (art. 367 Cc rumano).

Como puede observarse, una de las posibilidades que se ofrece a los cónyuges es la de formar una comunidad de bienes (art. 367.a) Cc rumano) donde se produzca una simbiosis de todos los elementos pecuniarios que se encuentran dentro del patrimonio de los cónyuges, a excepción de los bienes personales y profesionales. Pues bien, podría entenderse que lo que está ofreciendo el legislador es la elección de un (cuasi) régimen de comunidad universal, donde los bienes, derechos y obligaciones adquiridos antes del matrimonio, pasan a ser de ambos esposos. Existe, empero, un problema relacionado con esta comunidad referente a los bienes adquiridos por sucesión legal, donación o legado que, *a priori* –si el testador no indica lo contrario– pertenecen sólo a uno de los cónyuges. Así, podría producirse una contradicción si el disponente quería dejar un bien en exclusividad a uno de los cónyuges, pero a la vez los cónyuges quieren que forme parte de la comunidad de bienes. ¿Prevalece aquí la autonomía de la voluntad de los cónyuges o la del testador? Parece evidente que el legislador permite a los cónyuges incluir dentro de su comunidad estos bienes, al no excluirlas expresamente (art. 340.a) Cc rumano), pero si el testador o disponente quisiera que esto no ocurriera, sería conveniente que indicara expresamente la atribución personal del bien, reforzando así la presunción legal de exclusividad²⁸.

Por último, también merece mención especial la autonomía de la voluntad de la que disponen los cónyuges para organizar la liquidación de la comunidad de bienes (art. 367.e) Cc rumano). En particular, podrán los cónyuges establecer cuotas distintas a las legales para la distribución de los bienes, atribuir específicamente un bien a alguno de los cónyuges, o pactar que uno de ellos soporte un porcentaje mayor del pasivo de la comunidad²⁹. En línea con la posibilidad de liquidar el régimen de separación de bienes con una participación en las ganancias, el diseño “a la carta” de la liquidación de la comunidad de bienes permite al cónyuge más desfavorecido –especialmente quien ha generado menos ingresos por encargarse de las tareas domésticas y de la educación de los hijos– reequilibrar su situación patrimonial cuando se produce la disolución del matrimonio.

B. Circunstancias, eficacia y forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales

Los pactos o capitulaciones matrimoniales se pueden realizar antes del matrimonio, en cuyo caso los efectos jurídicos se despliegan a partir de la fecha de celebración del matrimonio, o posteriormente, siendo vinculantes desde el

28 CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*, cit., pp. 169-170 y NICOLESCU, C.: “Corrélations entre les règles spécifiques des régimes matrimoniaux et celles de droit successoral dans le système du code civil roumain”, cit., p. 9.

29 *Ibid.* p. 177 y pp. 12-13.

momento de su conclusión o cuando las partes decidan (art. 330.2 y 3 Cc rumano). Eso sí, la eficacia frente a terceros se produce desde de la publicación registral del régimen o cuando éstos tienen conocimiento del régimen elegido por las partes (art. 313.2 y 3 Cc rumano).

En relación con los requisitos formales, se indica que los pactos o capitulaciones deben realizarse mediante escrito autenticado ante notario, con el consentimiento expreso de todas las partes, o por mandatario previsto con poderes de autenticación, pues de lo contrario se considerarán nulos (art. 330.1 Cc rumano).

El régimen económico matrimonial elegido en los pactos o capitulaciones puede modificarse mediante dos vías, la convencional, y la judicial. En ambos casos debe constar el régimen económico matrimonial o la modificación del ya existente en el acta matrimonial (art. 291 Cc rumano), constar en los Registros correspondientes (el Registro nacional de regímenes económico matrimoniales y en otros Registros generales dependiendo de la naturaleza del bien o la situación jurídica) para poder ser opuesto a terceros (arts. 334 y 335 Cc rumano) y, en el caso de pasarse a un régimen de separación de bienes, realizar un inventario que recoja los bienes personales de cada uno de los cónyuges (art. 361 Cc rumano).

El cambio convencional puede realizarse transcurrido un año desde la celebración del matrimonio (art. 369.1 Cc rumano). Este cambio puede consistir en la sustitución de un régimen matrimonial por otro o en la modificación del ya existente. En el primero de los casos, el abandono de un régimen matrimonial a favor de otro implica su terminación y, cuando sea necesario, la liquidación del previo régimen económico matrimonial. En cambio, si el régimen matrimonial se mantiene pero se modifica alguna de las cláusulas del pacto matrimonial, tal liquidación no será necesaria. Por otro lado, los cónyuges pueden optar por un cambio parcial de régimen matrimonial, es decir, pueden cambiar solo el régimen de uno o varios bienes, alterar las reglas referentes a la administración de bienes o diseñar la liquidación del régimen según sus preferencias (art. 367 Cc rumano)³⁰. En todos estos casos, cuando los acreedores que hayan resultado perjudicados como consecuencia de un cambio de régimen económico matrimonial podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana en el plazo de un año desde que las formalidades de publicidad se cumplieron o desde que tuvieron conocimiento de la existencia del nuevo régimen económico matrimonial elegido por los esposos (art. 369.3 Cc rumano).

Por otro lado, si el régimen de aplicación es la comunidad legal o la comunidad convencional y uno de los cónyuges ha realizado actos de disposición en contra del interés patrimonial de la familia, el Tribunal puede acordar, a solicitud de uno

30 CERASELA ANITEI, N.: *Marriage agreement under the provisions of the Romanian civil code*. Sarrebruck (2012): Lambert Academic publishing, pp. 123-124.

de los cónyuges, que el régimen económico matrimonial de los esposos sea, en adelante, la separación de bienes (art. 370.1 Cc rumano). En este sentido, debe existir una conexión directa entre los actos cometidos por uno de los cónyuges y el peligro o riesgo a que se ve sometido el patrimonio familiar³¹. Este cambio judicial de régimen económico produce efectos entre los cónyuges, como norma general, desde que fue solicitado al Tribunal por uno de ellos, a menos que el juez, previa solicitud de uno de los esposos, ordene que despliegue efectos desde que se produjo la separación de hecho de los cónyuges (art. 371.2 Cc rumano). Por lo que respecta a los terceros, si bien éstos no podrán solicitar al Tribunal el cambio de régimen económico matrimonial –potestad únicamente reservada a los propios cónyuges- podrán ejercer las mismas acciones que en la modificación convencional si sus derechos resultaran perjudicados (art. 372 Cc rumano).

C. Publicidad del régimen económico matrimonial y eficacia frente a terceros

Para ser oponibles a terceros, los pactos o capitulaciones deben ser inscritos en el Registro nacional de regímenes económico matrimoniales (art. 334.1 Cc rumano), que podrá ser consultado por cualquier persona sin necesidad de interés particular o autorización (art. 334.5 Cc rumano). No obstante, la publicidad de los acuerdos no se realiza únicamente en este registro específico, sino que debe constar también en el Registro civil (junto con el acta matrimonial) o en otros Registros generales, dependiendo de la naturaleza del bien (por ejemplo, si se trata de un inmueble, en el Registro hipotecario) (art. 334.2 Cc rumano).

Según lo indicado, resulta evidente que la coordinación entre los Registros existentes es necesaria para asegurar la protección de los terceros e igualmente posibilitar a los cónyuges imponer el régimen económico matrimonial bajo el que se encuentran casados, aunque en la realidad no serán pocos los casos en que la inscripción conste en un Registro pero no en otro. En este sentido, si el régimen matrimonial elegido constara en el acta matrimonial, pero no en el Registro nacional de regímenes económico matrimoniales no podrá ser opuesto frente a terceros. A la inversa, si en el Registro nacional constara, pero no se hubiera realizado inscripción en el acta matrimonial, el acuerdo matrimonial sí resulta eficaz frente a terceros³². Caso de no constar en ninguno de los Registros, se entiende que los cónyuges se encuentran casados en el régimen de la comunidad legal (art. 313.3 Cc rumano). Por lo que respecta a la inscripción en el Registro hipotecario, si el acuerdo matrimonial no constara en éste, pero sí en el Registro nacional, no podrá vincular a terceros (art.334.4 Cc rumano).

31 *Ibid.*, p. 125.

32 *Ibid.* p. 112.

La publicidad del régimen económico matrimonial no es el único modo de que los pactos o capitulaciones matrimoniales desplieguen efectos jurídicos frente a terceros, pues si éstos conocieren por cualquier otra circunstancia que los cónyuges han pactado un régimen económico matrimonial distinto a la comunidad legal, entonces se encontrarán igualmente vinculados por el régimen elegido (art. 335.1 Cc rumano). La protección a terceros se completa indicando que no podrán los cónyuges oponer el régimen elegido en los pactos o capitulaciones matrimoniales respecto de actos jurídicos realizados antes del matrimonio (art. 335.2 Cc rumano).

2. El régimen económico matrimonial secundario legal

El régimen legal que se aplica en Rumanía cuando los cónyuges no han elegido un régimen convencional es el llamado régimen de comunidad legal. Este sistema supone la creación de tres masas patrimoniales: el patrimonio privativo de cada cónyuge y el patrimonio común. Del mismo modo, existen una serie de gastos a cargo de la comunidad y deudas contraídas por uno solo de los cónyuges.

Los bienes comunes son todos los bienes adquiridos durante matrimonio, que son propiedad colectiva de ambos esposos (art. 339 Cc rumano). En particular, la comunidad comprende los ingresos del trabajo, la suma de las cantidades de dinero percibidas a título de pensión de jubilación en el sistema de la seguridad social, así como los frutos obtenidos por la explotación de los derechos de propiedad intelectual (art. 341 Cc rumano). Es necesario indicar que estos bienes comunes podrán ser objeto de una aportación a sociedades, asociaciones o fundaciones en las condiciones previstas por la ley (art. 348 Cc rumano).

Por otro lado, el patrimonio privativo, del que cada cónyuge puede disponer libremente (art. 342 Cc rumano), está compuesto por los siguientes bienes: los adquiridos por sucesión legal, legado o donación a menos que el disponente hubiera previsto lo contrario; los destinados al uso personal: los propios del ejercicio de la profesión de uno de los cónyuges siempre que no pertenezcan a la comunidad de bienes; los derechos patrimoniales anejos a la propiedad intelectual sobre las creaciones y sobre los signos distintivos que estén registrados; los adquiridos a título de precio o recompensa, los manuscritos científicos o literarios, los croquis, las obras artísticas, los planes de invenciones y todos los bienes similares; las indemnizaciones por daños y perjuicios recibidas por uno sólo de los cónyuges; los bienes, sumas de dinero u otros valores que reemplacen a un bien propio, así como los adquiridos a cambio de éstos, y los frutos de los bienes propios (art. 340 Cc rumano).

Se presume que los bienes son gananciales (art. 343.1 Cc rumano), mientras que el carácter privativo de un bien requiere ser probado por cualquiera de los medios admitidos por la ley, como por ejemplo, la inscripción en el registro con una mención del cónyuge titular del bien (art. 344 Cc rumano). Además, en relación con los

bienes muebles adquiridos antes del matrimonio, se especifica que sería conveniente que las partes hubieran realizado un inventario privado o ante notario detallando la titularidad de cada uno de los bienes, pues en ausencia del mismo se entenderá que pertenecen a ambos (art. 343.3 Cc rumano).

Por lo que respecta al pasivo de la sociedad, el Cc rumano indica que son deudas comunes las obligaciones nacidas de la conservación, administración o adquisición de los bienes comunes; las obligaciones contractuales adquiridas conjuntamente; las obligaciones contraídas por cada uno de los esposos para cubrir las cargas ordinarias del matrimonio, y la reparación de las deudas contraídas por la apropiación de un bien perteneciente a un tercero en la medida que el matrimonio de los cónyuges hubiera aumentado (art. 351 Cc rumano). De este pasivo común responde, en primer lugar, la comunidad de bienes de los esposos, pero si ésta no pudiera satisfacer todas las deudas, responderán solidariamente ambos cónyuges con su patrimonio privativo. Si se produce esta situación, el cónyuge que ha pagado la deuda común se subroga en la posición jurídica del acreedor y tiene derecho a percibir una parte proporcional de la comunidad si la liquidación de la misma se efectúa en la fecha del pago de la deuda (art. 352 Cc rumano).

A *sensu contrario*, los bienes comunes no pueden resultar afectados por las deudas personales de cada uno de los esposos (art. 353.1 Cc rumano) –sobre las que no se precisa un listado, aunque se entiende que serán aquellas que no sean comunes³³–, aunque excepcionalmente el acreedor personal de uno de los cónyuges puede solicitar la división de los bienes comunes con el límite de la cantidad que se le adeuda (art. 353.2 Cc rumano). Desde este momento, esos bienes adquirirán el carácter de patrimonio privativo (art. 353.3 Cc rumano). Se remarca, además, que los ingresos del trabajo de uno de los cónyuges no pueden resultar afectados por la ejecución de deudas comunes contraídas por uno de los cónyuges, a menos que sea para cubrir las cargas ordinarias del matrimonio (art. 354 Cc rumano).

En cuanto a la administración de la comunidad de bienes, se indica, con carácter general, que cada uno de los cónyuges tiene derecho a utilizar los bienes sin el consentimiento del otro (acto de administración paralela), a menos que se quiera disponer de ellos con un fin distinto, en cuyo caso sí se requerirá el acuerdo conjunto de ambos cónyuges (acto de administración conjunta) (art. 345.1 Cc rumano). Además, cada cónyuge puede realizar individualmente actos de conservación, administración y adquisición de bienes comunes (art. 345.2 Cc rumano). Esta libertad encuentra un límite en aquellos casos en que los actos individuales de los esposos puedan afectar a los intereses de la comunidad, pues el cónyuge que no ha participado en la conclusión de dicho acto, aunque deberá respetar los derechos adquiridos por terceros de buena fe, podrá reclamar una indemnización de daños y

33 CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*, cit., p. 128.

perjuicios (art. 345.4 Cc rumano). Del mismo modo, se restringe la administración de la comunidad en aquellos casos en que se pretenda enajenar o gravar con un derecho real un determinado bien –no cualquiera, sino sólo aquellos que deban cumplir ciertas formalidades publicitarias-, pues en estos casos sí se requiere el consentimiento conjunto (acto de administración conjunta) (art. 346.I Cc rumano), cuya ausencia deviene el acto jurídico en anulable (art. 347.I Cc rumano).

Destaca también que cada cónyuge pueda disponer por legados de la parte de la comunidad de bienes que le corresponderá cuando se disuelva el matrimonio (acto de administración exclusiva) (art. 350 Cc rumano). Se trata de otra de las disposiciones del Cc rumano que conecta el régimen económico matrimonial con el fenómeno sucesorio, aunque está condicionado primero, a la determinación de los bienes de la comunidad sobre los que cada cónyuges puede disponer, y posteriormente, al momento futuro de disolución del régimen económico matrimonial por fallecimiento de uno de los cónyuges.

Finalmente, se regula la disolución, liquidación y distribución de la comunidad de bienes. La disolución de la comunidad se producirá por decisión judicial o acta notarial única (art. 355.I Cc rumano), por fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 355.3 Cc rumano) o por disolución del matrimonio (art. 356 Cc rumano). Durante la liquidación de la comunidad, cada uno de los cónyuges tomará los bienes propios y a continuación se procederá a la distribución de los bienes comunes y al arreglo de las deudas (art. 357.I Cc rumano). En este sentido, los bienes no se dividirán en porciones iguales con carácter general, sino atendiendo a la contribución de cada uno de los cónyuges para la adquisición de los bienes comunes y ejecución de las deudas de la comunidad. Eso sí, si no se dispusiera de esta información, se presumirá que cada cónyuge ha contribuido por partes iguales (art. 357.2 Cc rumano).

IV. CONCLUSIONES

El estudio que se ha acometido, junto con analizar la regulación del régimen económico matrimonial rumano mediante la clasificación “tradicional” de las figuras incluidas en el mayoría de los Estados miembro de tradición civilista de la Unión Europea, y en particular en España, –que distingue entre un régimen económico matrimonial primario y uno secundario-, pone de manifiesto la enorme similitud que existe entre ambos.

En particular, contiene el Cc rumano de 2011 una serie de disposiciones de contenido patrimonial que se aplican por el mero hecho del matrimonio –similares a lo que en España y en otros Estados miembro se conoce como régimen económico matrimonial primario- y, por otro lado, una detallada regulación de distintos regímenes económico matrimoniales secundarios. La opción escogida como régimen legal en Rumanía, de modo similar a España, sigue siendo, como ocurriera con el Código de

Familia de 1953, un régimen de tipo comunitario. Sin embargo, a diferencia de la regulación ofrecida en este último, el peso adquirido por la autonomía de la voluntad es ahora protagonista, al permitir a los cónyuges la elección de dos tipos de régimen económico matrimonial –régimen de separación y régimen de la comunidad convencional-, que pueden tornarse cuatro -régimen de participación y régimen de la comunidad universal-, por las posibilidades de modificación de los dos primeros.

En definitiva, el operador jurídico español se va a enfrentar a la aplicación de un ordenamiento jurídico, cuando así lo determinen las normas de conflicto, que no resulta especialmente extraño al derecho del foro, sin perjuicio de la necesaria consideración del contenido y vigencia del mismo, para ofrecer una solución jurídica al caso que no debería diferir de la que alcanzara el juez rumano cuando aplicara su propio de derecho. Una situación que, por la creciente movilidad de los ciudadanos de la Unión Europea y, en especial, por la presencia de sujetos de nacionalidad rumana en España, está llamada a ser cada vez más frecuente en la práctica de los tribunales y notarios y registradores.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *European family law in action: Property relations between spouses: Vol IV* (ed. por BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. Antwerp-Oxford-Portland (2009): Intersentia.

BAIAS, F.: "Commentaire introductif au livre II. De la Famille", en AA.VV: *Nouveau code civil roumain*. Paris (2013): Dalloz.

BOELE-WOELKI, K. FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W.: *Principles of European family law regarding property relations between spouses*. Cambridge-Antwerp-Portland (2013): Intersentia.

CARLIER, J.Y.: "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (ed. por CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L). Madrid (2002): Colex.

CERASELA ANITEI, N.: "General considerations about matrimonial regime under the provisions of the new romanian civil code", *Postmodern opening* (2011), año 2, núm. 8.

CERASELA ANITEI, N.: *Marriage agreement under the provisions of the Romanian civil code*. Sarrebruck (2012): Lambert Academic publishing.

CERASELA ANITEI, N.: *Matrimonial regimes of the Romanian civil code*. Sarrebruck (2012): Lambert Academic publishing.

CERASELA ANITEI, N.: "Primary qualification of matrimonial regime notion", *Romanian journal for multidimensional education* (2012), vol. 4.

DUTU, M.: *Le nouveau code civil roumain. Tradition. Modernisation. Intégration*. Alemania (2011): Éditions universitaires européennes

ESPLUGUES MOTA, C.: "General report on the application of foreign law by judicial and non judicial authorities in Europe", en AA.VV.: *Application of foreign law* (dir. por: ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.). Munich (2011): Sellier european law publishers.

GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*. Madrid (2008): Reus.

JAYME, E.: "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en AA.VV: *Recueil des courses*. La Haya (1995): Nijhoff.

MOLDOVAN, F.I.: "Matrimonial regimes in the new romanian civil code", *International journal of juridical science* (2013), núm. 2.

NICOLESCU, C.: "Corrélations entre les règles spécifiques des régimes matrimoniaux et celles de droit successoral dans le système du code civil roumain", *Studia universitatis babes-bolyai* (2013), núm. 2.

PREDOIU, C.M.: "Préface: Gèneses du nouveau code civil roumain", en AA.VV: *Nouveau code civil roumain*. Paris (2013): Dalloz.

VASILESCU, P.: "Propos a batons rompus sur les régimes matrimoniaux roumains", *Studia universitatis babes-bolyai* (2011), núm. 1

VASILESCU, P.: "Le poisson mort au vivier: le separation entre epoux", *Studia universitatis babes-bolyai* (2013), núm. 2

EL AVISO DE SINIESTRO Y SU PLAZO, LOS REQUERIMIENTOS
DE INFORMACIÓN Y EL PLAZO DE PRONUNCIAMIENTO DEL
SEGURO EN LA ATENCIÓN DE UN SINIESTRO.

THE SINISTER'S NOTIFICATION AND ITS DUE TIME,
INFORMATION REQUIREMENTS AND INSURANCE RESPONSE
TIME FOR SINISTER'S CASE

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 116-131



Enrique Fernando
ORTIZ HERRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de julio de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 03 de agosto de 2015

RESUMEN: El presente trabajo de investigación, contiene un análisis sobre la normativa legal para la atención de siniestros en el Código de Comercio Boliviano y leyes que lo modifican, análisis que parte desde el aviso del siniestro, el plazo para el aviso, requerimientos de información al asegurado y plazo de pronunciamiento del seguro; contiene una interpretación sobre el plazo de aviso de siniestro y las salvedades establecidas para el incumplimiento del plazo del aviso.

PALABRAS CLAVE: Código de Comercio, Seguro, Siniestro, Aviso de Siniestro, Plazo.

ABSTRACT: This research piece contains a legal background analysis referred to sinister cases within the Bolivian Code of Commerce and related modifying laws. Such analysis departs from sinister's notification trough term to notification, insurance information requirements, to the insurance response time for sinister's case. It also covers an interpretation about the notification term and exceptions established to exceed the notification term.

KEY WORDS: Code of Commerce, insurance, sinister, sinister's notification, term.

SUMARIO.- I. La póliza de seguro, derechos y obligaciones emergentes de su contratación.- II. El siniestro y el aviso de siniestro.- III. Solicitud de información al asegurado.- IV. El plazo de pronunciamiento de acuerdo con el artículo 1033 del Código de Comercio.

I. LA PÓLIZA DE SEGURO, DERECHOS Y OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA SUSCRIPCIÓN

La gran mayoría de las legislaciones en el mundo, si es que no es casi la totalidad de todas ellas, contempla a la actividad aseguradora como una actividad de carácter y naturaleza mercantil, es así que la legislación que la atiende, salvando las de carácter estrictamente regulatorio-sectorial que llega a ser de naturaleza administrativa, resulta ser principalmente *ius privatista*; de tal forma que el contenido medular de las normas que rigen el desenvolvimiento de esta actividad se encuentran dentro las compilaciones jurídicas de naturaleza comercial.

En el caso de la regulación del Contrato de Seguro en nuestro país, las normas especiales dirigidas a este fin se encuentran en el Código de Comercio D.L. N° 14379, que en su Libro Tercero *De los Contratos y Obligaciones Comerciales*, Título III, *El Contrato de Seguro*, dirigida esta regulación en atención a su naturaleza contractual, por lo que las normas que le son aplicables para su regulación e interpretación como todos sabemos, no solo parten desde el artículo N° 979 y siguientes del Código de Comercio, sino que parten desde la regulación general de los contratos comerciales que corre a partir del artículo N° 786 del Código de Comercio, siendo el último artículo citado el que expresamente remite la aplicación supletoria de los principios y normas de los contratos civiles a los negocios comerciales.

Para obtener una idea concreta de lo que es la póliza de seguro y los derechos y obligaciones que de ella emergen, en primera instancia corresponde reiterar la noción propia del contrato, para este objeto y con la finalidad de no ahondar en posiciones doctrinales sobre la noción del contrato, parto del concepto de contrato que nos proporciona el Código Civil D.L. N° 12760 de fecha de 6 de agosto de 1975,

• Enrique Fernando Ortiz Herrera

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, Magister en Derecho Comercial y Tributario de la Universidad Privada del Valle en titulación Conjunta con la Universidad Nacional de La Plata de la República Argentina, actualmente desempeña funciones como Asesor Legal de Bisa Seguros y Reaseguros S.A., es árbitro del centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia, fue Catedrático de las materias de Derecho Comercial, Empresarial y Seguros en la Universidad Privada Boliviana y de las materias de Derecho Comercial, Civil y Métodos Alternativos de Resolución de Controversias en la Universidad Privada del Valle; es asesor y consultor en áreas de Derecho Comercial, Empresarial y Corporativo; desempeñó funciones como Consultor en el Programa de Saneamiento Legislativo en el Área de Derecho Comercial y Económico de la Cooperación Alemana GTZ-CONCED, fue Asesor Legal Externo del F.F.P. PRODEM S.A. Correo electrónico: ortiz.enrique@outlook.com

que en su Art. N° 450 (Noción) define al contrato como: "Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica".

Por su parte el Código de Comercio en su Art. N° 979 (concepto) señala: "Por el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la prima. En el contrato de seguro el asegurador será necesariamente una empresa autorizada al efecto".

Con el propósito de profundizar la noción del instituto en estudio, de forma previa a tomar la definición de contrato de seguro que nos proporciona el profesor Rubén S. Stiglitz, resulta de notoria utilidad el razonamiento previo que proporciona el referido autor cuando señala que, "la definición del contrato de seguro debe tener contenido jurídico, de tal suerte que deben quedar excluidas de ella cuestiones que hacen a los fundamentos técnicos del instituto"¹; entonces, apoyándonos en este razonamiento previo y de manifiesta utilidad a efectos de allanar la comprensión del instituto en estudio, tomamos la definición que nos proporciona Rubén S. Stiglitz que señala lo siguiente: "El seguro es un contrato por adhesión por el cual una de las partes, el asegurador; se obliga, contra el pago o la promesa de pago del premio efectuado por el asegurado, a pagar a éste o a un tercero la prestación convenida, subordinada a la eventual realización (siniestro) del riesgo, tal como ha sido determinado, durante la duración material del contrato"².

La relación jurídica entre el seguro y el asegurado emerge del contrato de seguro, contrato suscrito por ambas partes que se perfecciona con la suscripción de la póliza de seguros; el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas³ refiere que vocablo *póliza* significa "promesa; constituye el instrumento probatorio de diversos contratos mercantiles por lo general", refiere también "libranza u orden para percibir o cobrar alguna suma de dinero"; partiendo del significado del vocablo póliza podemos empezar comprender la concepción del instrumento definido como póliza de seguro y en sí su propia finalidad, primero como instrumento de prueba de un contrato y segundo como un mandamiento para un cobro de una suma de dinero (la indemnización), lógicamente entendemos que previamente se han cumplido todos los requisitos exigidos por ley y por convención de partes para la indemnización que llega a ser la finalidad del propio seguro.

Como se ha referido precedentemente, la existencia de un contrato de seguro se prueba por medio de la Póliza de Seguros, que es la que contiene todas las

1 STIGLITZ, R.: *Derecho de Seguros*. Buenos Aires (2004): La Ley, Tomo I, p. 30.

2 STIGLITZ, R.: *Derecho*, cit., p. 31.

3 CABANELLAS, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires (1979): Heliasta, Tomo V, p. 309.

estipulaciones que vinculan al asegurador, al asegurado, al tomador y al beneficiario según corresponda.

Esta noción ya citada referida sobre la póliza como prueba del contrato de seguro, es recogida por nuestra legislación y de acuerdo a lo establecido expresamente por el Código de Comercio D.L. N° 14379, Artículo N° 1006 (medio de prueba) :“El contrato de seguro se prueba por escrito mediante la póliza de seguro. Sin embargo, se admiten los demás medios, siempre que exista principio de prueba por escrito. Se entiende por póliza de seguro las Condiciones Generales, Condiciones Particulares y los Anexos...”.

Entonces y de forma generalmente aceptada, tenemos a la Póliza de Seguro como el instrumento que materializa el contrato de seguro y está, se encuentra constituida por el condicionado general, las condiciones las particulares, las cláusulas adicionales y anexos; es en este conjunto de distintas estipulaciones que se encuentran o que cursan todas las obligaciones pactadas entre partes; en cuanto al efecto de sus estipulaciones, la póliza de seguros como todo contrato en lo que refiere a su eficacia, tiene fuerza de ley entre las partes que la suscriben como preceptúa el Código Civil en su Art. N° 519 (eficacia del contrato) que refiere:“El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la Ley”, por lo tanto las estipulaciones, condiciones y obligaciones allí pactadas son de inexcusable cumplimiento por las partes que lo suscriben, así como la disolución por mutuo consentimiento pues esta obedece precisamente a la voluntad de las partes. Se debe tener en consideración que el citado artículo consagra en nuestro ordenamiento legal en materia contractual el principio jurídico de la *autonomía de la voluntad de las partes*, principio inserto en la norma citada precedentemente, que por remisión expresa de los artículos N° 1 y N° 786 del propio Código de Comercio como se ha hecho referencia con anterioridad se hace aplicable a la contratación comercial; y resulta ser de particular aplicación en materia contractual de seguros, de tal forma que incluso el análisis doctrinal efectuado por Carlos Morales Guillen sobre el Art. N° 519 del Código Civil, refiere con relación a la *disolución por causas autorizadas por ley*, a la disolución por la sola voluntad de una de las partes, haciendo mención particularmente a materia de seguros, donde indica que esta procede cuando cursa en una cláusula inserta en la póliza de seguros, haciendo una referencia expresa a lo estipulado por el Art. N° 1023 del Código de Comercio.

Emergente de la especialidad de la contratación en materia de seguros y sobre todo del hecho de que en nuestro país, como prácticamente en todos los países del planeta se trata de una actividad regulada, también tenemos normas que se dedican a su regulación pero desde el ámbito del derecho público, de forma más precisa desde el derecho administrativo y regulatorio; la referida regulación que tiene entre

su objeto velar por la efectiva protección del asegurado, como es el caso de nuestro país por medio de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS); a objeto de profundizar con la noción de finalidad de la regulación dirigida a la protección del asegurado, de manera general y tomando los conceptos citados por Llistosella y Favier-Duvois⁴ que hacen referencia a la regulación del Seguro en su país, señalan que *la protección de los asegurados, responde a un interés público, representado especialmente por la masa de asegurados y es tutelado de dos maneras:*

1ª) Mediante la reglamentación y control administrativo de las empresas aseguradoras.

2ª) A través de la reglamentación del contrato de seguros, mediante normas de orden público inderogables, por voluntad de las partes.

En nuestro país al amparo de lo establecido por el Art. N° 38 de la Ley de Seguros N° 1883, que señala en términos generales que la equidad en las relaciones entre asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro y las entidades aseguradoras se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia (ahora APS), llegando incluso a enunciar la nulidad de cláusulas que contengan determinadas estipulaciones que van contra la referida equidad en el relacionamiento, que importen limitaciones al ejercicio de derechos o incluso renunciadas al ejercicio de derechos entre otros aspectos; consecuentemente se tiene que la regulación del contrato de seguro no está a cargo exclusivo de las partes del contrato, pues si bien, tenemos en nuestro país contratos de seguros que tienen su respaldo en la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de las partes, estos contratos a su vez son controlados y fiscalizados a objeto de mantener un sano y adecuado equilibrio entre las partes suscribientes, pues los diferentes tipos de pólizas de seguros que se emiten y se ofrecen en el mercado en sus formatos tipo son previamente revisados y aprobados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, además del hecho de que determinadas estipulaciones cursantes en la normativa legal no pueden ser modificadas por acuerdo de partes.

Sobre los derechos y obligaciones que nacen en la suscripción de la Póliza de Seguros, cabe señalar, que el Código de Comercio señala en su Art. N° 982 (Consensualidad) señala: "El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración".

Entonces, en lo que refiere a los derechos y obligaciones, fuera de los establecidos por la normativa legal en vigencia aplicable a la materia; se deben adicionar aquellos que fueron expresamente estipulados en la Póliza de Seguros,

4 LLISTOSELLA, A.: *Compendio de Derecho de Seguros*. Buenos Aires (2002): La Ley, p. 21.

esto importa la obligación del asegurado de actuar y proceder en observancia a las estipulaciones del contrato de seguro, pues muchos derechos emergentes de la Póliza de Seguros para su goce, están condicionados al efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues no se debe dejar de lado que el contrato de seguro es un contrato sinalagmático; de la misma forma el Seguro debe sujetar sus procedimientos y accionar en observación y cumplimiento de las condiciones de la póliza de seguro.

Entonces, dentro de la esfera del contrato de seguro (póliza), la obligación de asegurado y de asegurador es la de actuar y proceder en observancia a las estipulaciones de la póliza de seguro, pues se trata de un contrato que contiene las obligaciones recíprocas para ambas partes y cuyo incumplimiento llega a configurarse como incumplimiento al contrato acarreado las consecuencias jurídicas correspondientes para la parte que incumple.

Adicionalmente a lo referido y siempre en vías del cumplimiento efectivo de los derechos y obligaciones cursantes en la póliza de seguro, corresponde recordar que, por la aplicación supletoria de las normas del Código Civil antes referida, dispuesta expresamente por el Art. N° 786 del Código de Comercio, se aplica también al contrato de seguro el principio de ejecución de buena fe en los contratos estipulado en el artículo N° 520 del Código Civil (Ejecución de buena fe e integración del contrato) señala: "El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no solo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la Ley, o falta de esta según los usos y la equidad".

Esta norma legal toma y proporciona el principio jurídico de la buena en los contratos; donde las partes deben cumplir con sus obligaciones y estas deben ser cumplidas de buena fe; este principio de la buena que es común a todos los contratos es esencial y adquiere una mayor importancia y significación en materia de seguros. Debiendo considerarse a este contrato como *uberrimae bona fidei*, por ende las partes deben conducirse con la mayor buena fe que se entiende como aquella forma correcta de proceder en un contrato, sin buscar sorprender a la otra parte suscribiente.

Se puede afirmar el nexo de causalidad existente entre el cumplimiento de obligaciones en la póliza para y el goce efectivo de los derechos emergentes de las estipulaciones de la misma póliza de seguros, dentro los términos y alcances acordados, pues estos últimos están condicionados al cumplimiento de las obligaciones que cursan en el texto de su condicionado, siempre y cuando estas obligaciones que pactadas por las partes no impliquen limitaciones al ejercicio de derechos y vayan contra la ley; vale decir que las estipulaciones en la póliza, en forma general y como ocurre en prácticamente todos los tipos de contratos sean estos nominados o innominados, se las debe realizar bajo el amparo de lo establecido por

el artículo N° 454 (Libertad contractual y sus limitaciones) del Código Civil, que su párrafo I señala: "Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los contenidos en este Código"; prosiguiendo en su párrafo II con lo siguiente: "La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica"; siendo la última norma citada la que establece el principio rector para la limitación de la voluntad de las partes.

II. EL SINIESTRO Y EL AVISO DE SINIESTRO

La atención de un siniestro en lo que refiere a su procedimiento se inicia con el aviso del siniestro por parte del asegurado al asegurador; aunque esto no excluye la posibilidad de que el asegurador pueda llegar a tener conocimiento sobre la ocurrencia de un siniestro por medios, lo que consecuentemente origina la obligación del asegurador de atender el siniestro y abrir el correspondiente reclamo.

El aviso del siniestro es el acto que se atribuye al asegurado a objeto de poner en conocimiento del asegurador sobre la ocurrencia del siniestro; haciendo uso de aproximaciones conceptuales suficientemente técnicas en materia de seguros y tomando la definición que proporciona el Diccionario de Seguros de Ediciones Valletta tenemos que el *Aviso de Siniestro* es: "Notificación que el asegurado debe efectuar a la empresa aseguradora cuando ocurre el siniestro. En principio se deja constancia en la póliza el término y forma en que debe ser cumplida esta obligación, como condición de subsistencia del deber de satisfacción de la contraprestación indemnizatoria"⁵.

El Código de Comercio regula el aviso de siniestro en el artículo N° 1028 (aviso de siniestro) señalando: "El asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, deben comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado. Este plazo no se aplica si señala otro diferente en seguros específicos de este título. Los términos señalados pueden ampliarse mediante cláusula del contrato, pero no reducirse.

No se puede invocar retardación u omisión del aviso cuando el asegurador o sus agentes, dentro del plazo indicado, intervengan en el salvamento o comprobación del siniestro al tener conocimiento del mismo por cualquier medio".

Básicamente el aviso de siniestro es una obligación, es una carga que se impone al asegurado en virtud de la suscripción de una póliza de seguro, esta obligación tiene una finalidad principal que es de la de poner en conocimiento del asegurador la materialización del riesgo asegurado, es decir la ocurrencia del siniestro propiamente

5 VALLETTA, E.: *Diccionario de Seguros*. Buenos Aires (2004):Valleta, p. 30.

dicha, el incumplimiento de esta obligación en términos estrictamente legales y convencionales implica incumplimiento del contrato y trae como consecuencia la liberación de la obligación de indemnizar por parte del asegurado como establece el artículo N° 1030 del Código de Comercio.

La regla establecida en la norma en análisis contempla en su texto dos excepciones al cumplimiento del plazo que deben ser consideradas y aceptadas por el asegurador; estas excepciones se apoyan en supuestos de hecho en lo que refiere a *fuerza mayor e impedimento justificado*, situaciones que si son plenamente demostradas por el asegurado lo relevan de responsabilidad por el incumplimiento del plazo y lo liberan de la penalidad por el incumplimiento del plazo.

A efectos de llegar a entender a cabalidad los supuestos contemplados por el artículo en estudio, tomamos la definición más generalizada de lo que se entiende como fuerza mayor; y esta es: "Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía hacer o era posible y lícito"⁶; sobre el impedimento justificado no existe una interpretación doctrinal sobre el mismo en lo que refiere a su propósito dentro de la norma en estudio, pero partiendo del significado de las palabras por separado tenemos que *impedimento* es entendido como un estorbo, obstáculo, dificultad o inconveniente y *justificado* se entiende como probado, comprobado, demostrado o evidenciado; por lo que podemos sacar la conclusión que la norma al referir *impedimento justificado* se refiere a una dificultad o a un inconveniente demostrado y/o evidenciado que ha impedido al asegurado cumplir con el plazo para el aviso del siniestro, es decir que se trata de un acontecimiento cierto y probado en su ocurrencia que demuestre o acredite que obstaculizó el cumplimiento de la obligación del asegurado.

Retornando a lo que señala el Art. N° 1030 del Código de Comercio cuando refiere en su texto a la omisión del aviso de siniestro con la finalidad de *impedir la comprobación oportuna* de las circunstancias del siniestro o la magnitud de los daños, la aplicación práctica de esta norma cuando efectivamente el asegurado y/o beneficiario omite dar aviso de siniestro, suele generar divergencias de criterios en su interpretación y su aplicación; desde un punto de vista estrictamente objetivo el solo incumplimiento de un plazo fatal genera sus efectos jurídicos; pero en el artículo en análisis la liberación de las obligaciones del asegurador se encuentra sujeta a la determinación de la existencia de la finalidad del asegurado de impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro y la magnitud del daño, lo que en primera instancia y en cierta medida se encuentra sujeta a apreciaciones y consideraciones subjetivas por parte del asegurado y el asegurador; esta compleja situación que emerge del texto de la norma citada, encuentra en el texto del propio artículo N° 1028 del Código de Comercio que la genera, una primera pauta para

6 CABANELLAS, G.: *Diccionario*, cit., p. 438.

poder determinar si existió o no la intencionalidad de impedir la comprobación oportuna del siniestro cuando establece la salvedad de la *fuerza mayor* o el *impedimento justificado* en el aviso de siniestro, aspectos que deben ser demostrados por quien argumente que el incumplimiento en el aviso del siniestro responde a una de estas causales es decir *fuerza mayor* o el *impedimento justificado* y no a la finalidad de impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o la magnitud de los daños; profundizando sobre el criterio planteado con relación la salvedad referida para el aviso de siniestro, resulta de utilidad el criterio doctrinal que se plantea en la siguiente definición de *Denuncia de Siniestro*: “El asegurado debe comunicar la ocurrencia del siniestro dentro de un plazo determinado (entre dos o cinco días de acuerdo con las legislaciones) de conocerlo, bajo pena de perder el derecho a ser indemnizado, salvo que acredite, caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia”⁷, consecuentemente el asegurado deberá probar al asegurador si este último así lo exige los motivos por los cuales no dio el aviso de siniestro dentro el plazo estipulado.

Sobre el criterio precedente el Dr. Carlos Morales Guillen en su comentario sobre el Art. 1028 del Código de Comercio refiere: “La consecuencia del incumplimiento de esta carga (que según Messineo es la denominación correcta que corresponde a la naturaleza jurídica de esta figura), es la que señala el Art. 1030, por cuya virtud y según circunstancias que serán por el Juez, en su caso, el asegurador puede quedar exonerado, en todo o en parte, de sus obligaciones”⁸.

Por otra parte, corresponderá también al asegurador demostrar que el asegurado incurrió en omisión de dar aviso con la finalidad de impedir la comprobación oportuna del siniestro, si es que argumenta esta causal como fundamento de su rechazo.

En todo caso, las diferencias que se presenten en torno al cumplimiento o incumplimiento de esta carga de aviso del siniestro del asegurado al asegurador, deberán ser dirimidas en la vía del arbitraje, donde los árbitros tendrán que apreciar y analizar todas las circunstancias que mediaron en el procedimiento del aviso de siniestro, a objeto de determinar si el asegurador queda liberado del cumplimiento de su obligación.

III. SOLICITUD DE INFORMACION AL ASEGURADO

Dentro el proceso de atención del siniestro, luego de recibido el aviso de siniestro o de haber tenido conocimiento de la ocurrencia del siniestro, corresponde al asegurador analizar las circunstancias del siniestro a objeto de determinar si el

7 VALLETTA E., *Diccionario*, cit., p.64.

8 MORALES GUILLÉN, C.: *Código de Comercio Concordado y Anotado*, La Paz (1999): Don Bosco, Tomo II, p. 1032.

mismo cuenta cobertura, así como también para la correspondiente estimación del daño; es en esta instancia que se contempla dentro el procedimiento de la atención de un siniestro la solicitud de información al asegurado.

El Código de Comercio en su Art. N° 1031 (informes y evidencias) señala: “El asegurado o beneficiario, según sea el caso, tiene la obligación de facilitar, a requerimiento del asegurador, todas las informaciones que tengan sobre los hechos y circunstancias del siniestro, a suministrar las evidencias conducentes a la determinación de la causa, identidad de las personas o intereses asegurados y cuantía de los daños, así como permitir las indagaciones pertinentes necesarias a tal objeto⁹”.

La normativa revisada en los subtítulos precedentes establecen de forma expresa la obligación del asegurado de dar aviso del siniestro, estableciendo al mismo tiempo que el asegurador debe tener conocimiento del acontecimiento del siniestro, pero el Art. N° 1031 del Código de Comercio artículo consolida el derecho que asiste al asegurador de ser informado y de conocer las circunstancias del siniestro constituyéndose en un instrumento elemental para el asegurador a tiempo de la atención de un siniestro y al mismo tiempo profundiza las obligaciones del asegurado en caso de siniestro al ir más allá de la simple comunicación del siniestro y de la obligación del extensión o propagación del mismo, este artículo en sí se constituye en la base legal de las gestiones de investigación del siniestro.

Con relación al artículo citado, Morales Guillen¹⁰ indica que “es una consecuencia natural de la producción del hecho y de las obligaciones contractuales del asegurado o beneficiario que pretendan la reparación económica del daño sufrido, tienen que facilitar la comprobación de que el daño es resultado del evento previsto en el contrato”.

La reflexión citada precedentemente refiere al propósito de la figura en estudio en lo que concierne a la finalidad del seguro en sí misma, al señalar que quien pretende la reparación del daño debe facilitar la comprobación del mismo, con relación a la obligación de facilitar la información esta es en los hechos una obligación legal, debido a que se encuentra expresamente establecida en la norma comercial, lo regular es que en las pólizas de seguros se plasme esta obligación al asegurado cuando ocurre el siniestro, convirtiéndola también en una obligación convencional entre las partes, llegando de esta forma a reforzar la obligación establecida al asegurado.

Con la relación a la solicitud de información por parte del seguro al asegurado sobre quien está impuesta la carga de facilitar la información, el Código de Comercio

9 BOLIVIA, *Código de Comercio*, cit., p. 250.

10 MORALES GUILLEN, C.: *Código*, cit., p. 1035.

en su Art. N° 1032 (Documentos y Exigencias Prohibidas) con toda sabiduría establece una limitación legal precisamente con la finalidad de impedir una mala utilización del precepto legal señalado por parte del seguro, así como cualquier acuerdo entre partes que imponga la obligación al asegurado de aportar información que no sea de posible obtención al asegurado, el alcance de este precepto legal va desde las estipulaciones de los condicionados de las pólizas de seguros hasta los requerimientos emitidos por las aseguradoras en la atención de siniestros.

En todo caso la información requerida debe ser factible obtención para el asegurado y de lógica también debiera ser solo la necesaria para evidenciar circunstancias y magnitud de daños, es decir aquella información que tenga estrictamente relación con el siniestro y el daño, consecuentemente cualquier otra información que no tenga relación con el siniestro y el daño no tiene por qué ser solicitada, en ese sentido el contenido de un requerimiento debiera ser perfectamente cuestionable por parte del asegurado cuando este considere que la información no hace al siniestro o cuando esta no es de posible obtención.

IV. EL PLAZO DE PRONUNCIAMIENTO DE ACUERDO CON EL ARTICULO N° 1033 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Con carácter previo a referirnos sobre el plazo de pronunciamiento y en si a un análisis sobre la modificación al Art. N° 1033 del Código de Comercio, corresponde revisar la tradición normativa del texto de la referida norma y sus modificaciones desde su entrada en vigencia hasta la fecha.

El artículo N° 1033 del Código de Comercio, D.L. N° 14379 de 25 de febrero de 1977 en su texto original señalaba: "El asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado o beneficiario dentro de los treinta días de recibidas la información y evidencias citadas en el artículo 1031. Se dejará constancia escrita de la fecha de recepción de la información y evidencias a efecto del cómputo de plazo.

En caso de demora u omisión del asegurado o beneficiario en proporcionar la información y evidencias sobre el siniestro, el término señalado no corre hasta el cumplimiento de estas obligaciones.

El silencio del asegurador vencido el término para pronunciarse, importa la aceptación del reclamo".

El primer cambio en el texto del Art. N° 1033 del Código de Comercio llega con el artículo N° 58 de la Ley N° 1883 de Seguros, en su inciso f) introduce una modificación al artículo N° 1033 bajo la siguiente instrucción: "El texto del artículo 1033 del Código de Comercio se modifica de la siguiente manera" (el texto precedente que se encuentra entre comillas es transcripción literal del inciso

f, Art. 58, Ley N° 1883): “El plazo de treinta (30) días mencionado fenece con la aceptación o rechazo del siniestro o con la solicitud del asegurador al asegurado de que se complementen los requerimientos contemplados en el artículo 1031 y no vuelve a correr hasta que el asegurado haya cumplido con tales requerimientos”.

La modificación efectuada por el Art. 58 de la Ley N° 1883 adolece de un defecto en aplicación de técnica legislativa, pues al indicar en el texto de su inciso f) se modifica el texto de la siguiente manera y solo referir como texto al contenido señalado en la segunda tabla del presente documento, genera confusión en lo que refiere al entendimiento del texto por parte de usuarios e incluso editores, tanto es así que en una parte considerable de los Códigos de Comercio que se pueden adquirir en las calles e incluso en las librerías aparece como único texto del artículo N° 1033 el señalado el que proporciona el inciso f) del Art. 58 de la Ley N° 1883, lo que hace confuso el entendimiento de la propia norma, pues reduce a un artículo con un solo párrafo que hace referencia a un plazo que no es señalado por otro artículo anterior o párrafo anterior dentro del mismo artículo.

Usualmente en la práctica, se ha seguido utilizando el artículo N° 1033 entendido como si no hubiere sido modificado de forma tan literal por la Ley N° 1883, es decir se han seguido utilizando y/o entendiendo como vigentes el primero y el último párrafo del artículo en su versión original y por deducción lógica se habría reemplazado el segundo párrafo por el referido en el inciso f) del Art. 48 de la Ley N° 1883; y otros solo han asumido como válido el texto formulado por la Ley N° 1883 desde el 25 de junio de 1998, tampoco se puede descartar que se pueda haber utilizado este artículo aplicando solo su texto original.

El Código de Comercio fue objeto de una nueva modificación por parte de la Ley N° 365 de *Seguros de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección al Asegurado* de 23 de abril de 2013; misma que tiene como objeto principal el establecimiento de bases legales que rigen la emisión y ejecución de pólizas de seguro de fianzas para las contrataciones estatales; adicional al objeto referido la citada norma en sus Disposiciones Adicionales dispone modificaciones a los textos de la Ley N° 1883 y al Código de Comercio y en Disposición Adicional Segunda señala, que se modifica el Código de Comercio en sus siguientes párrafos: *II. Se sustituye el texto del Artículo 1033, con el siguiente* (el texto precedente que cursa entre comillas es transcripción literal de las Disposiciones Adicionales, Segunda, párrafo II): “El asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado o beneficiario dentro de los treinta (30) días de recibida la información y evidencia citada en el artículo 1031. Se dejará constancia escrita de la fecha de recepción de la información y evidencias a efecto del cómputo del plazo.

El plazo de treinta (30) días mencionado, fenece con la aceptación o rechazo del siniestro o con la solicitud del asegurador al asegurado que se complementen los

requerimientos contemplados en el artículo 1031 y no vuelve a correr hasta que el asegurado haya cumplido con tales requerimientos.

La solicitud de complementos establecido en el Art. 1031, por parte del asegurador no podrá extenderse por más de dos veces a partir de la primera solicitud de informes y evidencias debiendo pronunciarse dentro del plazo establecido y de manera definitiva sobre el derecho del asegurado, después de la entrega por parte del asegurador del último requerimiento de información.

El silencio del asegurador, vencido el término para pronunciarse o vencidas las solicitudes de complementación, importa la aceptación del reclamo”.

Resultando este, como el texto final del artículo N° 1033 del Código de Comercio; en primera instancia se debe afirmar que se ha corregido el error en aplicación de técnica legislativa existente en la modificación formulada por la Ley N° 1883, es decir que ahora se cuenta con un texto claro del artículo al cual recurrir.

Con relación al texto de la norma en análisis el segundo párrafo del texto vigente, ya fue incluido por la modificación introducida por el Art. 58 de la Ley N° 1883, es decir que era una regulación vigente desde el 25 de junio de 1998.

Por otra parte, al enmendarse los errores en la redacción de las modificaciones introducidas por el Art. 58 de la Ley N° 1883, se llega a restituir de forma oficial en gran porcentaje el texto original del artículo N° 1033; las únicas novedades en su texto son las estipulaciones cursantes en su tercer párrafo y último párrafo; la primera modificación principalmente, afecta de forma directa a la atención de siniestros.

Con respecto al texto del Art. N° 1033 del Código de Comercio cabe señalar que haciendo un análisis de dogmática jurídica sobre el texto literal del artículo tenemos lo siguiente: El plazo de treinta (30) días mencionado, fenecce con la aceptación o rechazo del siniestro o con la solicitud del asegurador al asegurado que se complementen los requerimientos contemplados en el artículo 1031 y no vuelve a correr hasta que el asegurado haya cumplido con tales requerimientos.

Este párrafo señala en primer término que el plazo *fenecce*, esto significa que *concluye y/o termina*, es decir que llega al término de su vigencia; entonces el plazo expira ya sea mediando aceptación, rechazo o como señala el artículo *con la solicitud del asegurador al asegurado para que se complementen los requisitos contemplados en el Art. N° 1031*; esta última condicionante de fenecimiento del término, incluye en su texto el supuesto que ya hubo un requerimiento al amparo del Art. N° 1031 del Código de Comercio, inclusive el primer párrafo del artículo N° 1033 señala que la obligación de pronunciamiento del asegurador debe ser dentro de

los 30 días de recibidas las evidencias e información citadas en el artículo N° 1031, entonces queda claro que el plazo (30 días) comienza una vez recepcionados los informes y evidencias y termina con el pronunciamiento y/o con el requerimiento de información.

Con relación a la referencia: y *no vuelve a correr* se debe tomar en cuenta que si bien estas palabras dan a entender que el plazo se encuentra corriendo y se ha detenido el conteo o computo del mismo; no se puede descontar el hecho que al no mediar una suspensión *expresa* del plazo de pronunciamiento en la norma en análisis, no es factible considerar que el plazo pueda reiniciar su conteo en el estado en el que se encontraba una vez presentada la información complementaria requerida.

Sobre el cómputo de plazos para pronunciamiento, estos efectivamente se cortan con el requerimiento de documentación complementaria, y vuelven a correr y ser computados cuando se presenta la documentación complementaria requerida; pero su cómputo empieza nuevamente de cero, es decir que con la presentación de la documentación requerida nuevamente se cuenta con 30 días.

En sí, el contenido del segundo párrafo del artículo N° 1033 (en análisis) ya estaba en vigencia y es plenamente aplicable a la atención de siniestros desde el 25 de junio de 1998 y la interpretación que en la práctica se ha venido dando del mismo por parte de aseguradores, intermediarios, asegurados e incluso el regulador es uniforme, es decir a la presentación de nueva documentación emergente del requerimiento del asegurador el plazo se computa de cero.

Entonces al tener un texto idéntico al proporcionado por la Ley N° 1883 de 25 de junio de 2013 en el segundo párrafo del texto del artículo N° 1033 introducido por la Ley N° 365 no existe motivo para que haya variaciones en la interpretación del mismo en lo que refiere a la forma de computo de plazo de pronunciamiento.

Con relación al tercer párrafo del Art. N° 1033 del Código de Comercio, donde se establece: "La solicitud de complementos establecido en el Art. 1031, por parte del asegurador no podrá extenderse por más de dos veces a partir de la primera solicitud de informes y evidencias debiendo pronunciarse dentro del plazo establecido y de manera definitiva sobre el derecho del asegurado, después de la entrega por parte del asegurador del último requerimiento de información".

Una situación diferente a la referida precedentemente se presenta en esta otra situación (tercer párrafo) pues aquí efectivamente existe una modificación sustancial al texto que afecta directamente a la atención de siniestros como es la limitación en número de requerimientos de información; consecuentemente acaecido el siniestro se solicita información y la norma en estudio señala que la solicitud de

complementos no podrá excederse más de dos veces lo que nos propone tres oportunidades de requerimiento de información en total.

El cuarto párrafo del Art. N° 1033 señala: "El silencio del asegurador; vencido el término para pronunciarse o vencidas las solicitudes de complementación, importa la aceptación del reclamo".

Sobre el último párrafo del artículo, su alcance es prácticamente el mismo que se le atribuyó al texto original del artículo (texto de 25 de febrero de 1977) en lo que refiere al vencimiento del plazo mediando silencio del asegurador; lo que significa que se atribuye al asegurador una aceptación tácita de cobertura del siniestro, es decir se consolida formalmente la obligación de indemnizar el siniestro, siendo esta la única consecuencia del vencimiento del plazo referido; pues el vencimiento de este plazo no implica sanción alguna para la Compañía; adicional a la obligación de indemnizar solo se abre el plazo de 60 días señalado por el artículo N° 1034 para pagar el siniestro en caso de no hacerlo en el plazo de 60 días recién la obligación adquiere fuerza ejecutiva.

El artículo N° 1033 del Código de Comercio, es una disposición elemental en la atención de siniestros, por que marca las pautas en lo que refiere a requerimientos de información y sobre todo a plazos de atención y pronunciamiento, la modificación al Art. N° 1033 por parte de la Ley N° 365 responde a un evidente finalidad de evitar requerimientos de información ilimitados en el sentido que la norma antes de su última modificación no establecía un límite para los requerimientos del asegurador; situación diferente de la actual y que lógicamente no era favorable para el asegurado, por qué se podía prestar para un accionar netamente dilatorio en la atención de siniestros.

En términos generales el límite en el número de requerimientos de información no solo es un avance en lo que refiere a protección al asegurado, también es un aspecto favorable para el asegurador en la atención del siniestro, debido al impulso que genera para la atención y el cierre del siniestro; el aspecto desfavorable es que la norma en sí no considera las situaciones o casos especiales y de complejidad como los que usualmente se pueden presentar en siniestros de rubros generales donde la complejidad llega a exigir bastante información, o también la información proporcionada por al asegurado al asegurador genere la necesidad de complementación o sencillamente información adicional necesaria para la determinación de las circunstancias del siniestro o la determinación de la magnitud del daño.

El nuevo texto del Art. N° 1033 del Código de Comercio cambia las reglas de juego en la atención de siniestros y tarea de los aseguradores el adaptar sus procedimientos para actuar dentro los márgenes y tiempos previstos por la norma.

LA DESREGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS ELÉCTRICAS
NO CONCESIONARIAS EN CHILE: SAN PEDRO DE ATACAMA
COMO PARADIGMA DE REFERENCIA

THE DEREGULATION OF NON-CONCESSIONAL ELECTRIC
COOPERATIVES IN CHILE: SAN PEDRO DE ATACAMA AS A
PARADIGM OF REFERENCE

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 132-155



Marco Felipe
ASCENCIO
OTÁROLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 09 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 16 de septiembre de 2015

RESUMEN: Este trabajo afrontará el contexto general del sistema eléctrico y su incidencia en casos excepcionales, particularmente con empresas no concesionaras de distribución, poniendo énfasis en un caso referencial de carácter rural, la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama y su desenvolvimiento normativo y fáctico frente a la desregulación.

PALABRAS CLAVE: Derecho Eléctrico, Derecho Administrativo, concesiones, desregulación, distribución eléctrica.

ABSTRACT: This paper will address the general context of the electrical system and its impact in exceptional cases, particularly with non-concessional distribution companies, with an emphasis on a benchmark case of rural character, the Electric Cooperative of San Pedro de Atacama and its factual development policy and against deregulation.

KEY WORDS: Electrical Law, Administrative Law, concessions, deregulation, electric distribution.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Actual organización del sector eléctrico en Chile.- III. Las cooperativas eléctricas.- IV. La Cooperativa eléctrica de San Pedro de Atacama.- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El sector energético se ha constituido en un sector prioritario en todo el mundo, particularmente en Chile. Es difícil desconocer la relevancia que ha tomado en los últimos lustros, bastando sólo por mencionar el mega proyecto Hidroaysen o el cierre y posterior autorización de la central termoeléctrica Bocamina.

La generación, transporte y distribución eléctrica plantean desafíos tanto normativos como técnicos que deben ser resueltos para brindar un mejor servicio a los usuarios finales. Por ello, es conveniente revisar el esquema actual del sector eléctrico.

La electrificación rural en los países latinoamericanos, por lejos presenta desafíos regulatorios en torno a temáticas tan variopintas como elementos ambientales, geográficos, demográficos, económicos, culturales, étnicos, etc. De manera que la desregulación o si se quiere la negligencia subjetiva del legislador en este área es de gran relevancia, dado que entorpece la posibilidad de las comunidades de avanzar hacia una mayor cobertura del servicio público domiciliario y con ello los beneficios, externalidades positivas que ello implica.

No podemos imaginarnos hoy en día nuestra vida sin electricidad, damos por hecho que siempre está disponible y en cualquier parte. Así un periodista y una comunicadora audiovisual españoles de manera muy gráfica lo explican: “La electricidad es el medio para que podamos ver en la oscuridad y para que se mueva una maquina”¹, la simpleza de su visión denota la importancia del tema y la atención que debe prestar el legislador a los procesos desregulatorios que dejan fuera a quienes más requieren la electricidad para lograr su desarrollo material.

1 DE PABLO COELLO, J. y MATEOS MARTIN, C.: “Nueva situación, nueva exigencia de rigor”, en AA.VV.: *Sociedad de la información y cultura mediática* (coord. M. AGUIAR PERERA y J. FARRAY CUEVAS). Coruña (2003): Netbiblo, pp. 73-84.

• Marco Felipe Ascencio Otárola

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta (Chile). Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Coordinador del Diplomado en Derecho Administrativo: Procedimientos y Justicia Administrativa de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Asesor y profesor en la Escuela de Negocios Mineros de la Universidad Católica del Norte. Profesor de Seguridad Minera y sus reglamentos; Ley de Accidentes del Trabajo y enfermedades profesionales; Tranques de relaves y sus reglamentos en el Servicio Nacional de Geología y Minería dependiente del Ministerio de Minería. Correo electrónico: mascencio@ucn.cl.

El Derecho Administrativo se enfrenta al desafío de perfeccionar la noción funcional de servicio público, desplazando la idea de una prestación otorgada directamente por el Estado, hacia una visión donde los particulares también pueden participar de una actividad económica que de satisfacción a necesidades colectivas, de manera de amplificar la cobertura prestacional, para ello debe a lo menos contar con cuatro caracteres²: 1) es una forma de actividad administrativa, que consiste en la realización de prestaciones a favor de particulares que puede manifestarse de manera diversa; 2) atendiendo al factor subjetivo de la titularidad del servicio público, el ordenamiento ha de reconocer que corresponde a la administración su realización, aunque no necesariamente por sí, sino que cabe la gestión de terceros; 3) en el aspecto objetivo, el servicio público se caracteriza por tener la finalidad de atender a la satisfacción de una necesidad de interés público. Esto se refiere a aquellos servicios generales que son vitales para el desarrollo de la vida en sociedad cuya garantía asume el Estado por razones de solidaridad social, y porque la satisfacción se logra mejor atendiéndola de manera conjunta- como es el caso eléctrico; y 4) considerando el factor jurídico formal, la noción de servicio público se caracteriza por la existencia de un conjunto de normas especiales que lo regulan, normas de Derecho público que tienen por objeto asegurar el funcionamiento del servicio de manera regular y continua, en condiciones de calidad y accesos garantizados.

Este trabajo se dividirá en tres grandes partes. En la primera, se analizará, de manera general, la regulación del sector eléctrico, a modo de obtener una visión panorámica. Luego, en una segunda parte, el rol que cumplen las cooperativas eléctricas dentro del contexto anterior. Una tercera parte, al alero de las secciones anteriores, aludirá a cómo se desenvuelve normativa y fácticamente la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama, como un sistema aislado.

II. ACTUAL ORGANIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO EN CHILE

Al hablar del tema eléctrico, es necesario tener en consideración aspectos de carácter físico sobre la electricidad que ayudan a entender los aspectos normativos y técnicos en el diseño del sistema eléctrico.

La energía eléctrica no se obtiene directamente de la naturaleza, sino que de la transformación de energías, como el traspaso de fuerza de una corriente de agua por una turbina o la fuerza del viento sobre las hélices de un molino.

Desde un punto de vista normativo, la legislación, en esta materia, entiende por sistema eléctrico: “conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas

2 CAMACHO CEPEDA, G.: “La actividad sustancial de la administración del Estado”, en AA.VV.: *Derecho Administrativo chileno*. México (2007): Ed. Porrúa, pp. 408-597.

entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica”³. De la sola definición legal se desprende, a grandes rasgos, la estructura del sistema eléctrico en Chile. No obstante, cabe indicar que se trata de una descripción de carácter físico, no señalando otro *iter* en la regulación, cual es el mercado eléctrico.

La anterior distinción es relevante, puesto que sistema y mercado eléctrico son elementos diversos, pero dentro de la misma regulación. Nos centraremos principalmente en el esquema del sistema eléctrico, sin desconocer la multiplicidad de conexiones con la regulación de mercados eléctricos.

Esta industria presenta particularidades. Por una parte, su no almacenabilidad, desde el punto de vista técnico y su consideración de servicio público, desde un punto de vista social. El aspecto técnico dice relación con la electricidad como un bien de consumo y el social a su consideración como un servicio, que, en la actualidad, llega prácticamente a toda la población, siendo excepcional aquellos habitantes del país que no cuentan con este servicio básico. Así las cosas, comienza el sistema con la generación, que involucra el diseño, construcción y explotación de plantas destinadas a la producción de energía eléctrica. Le sigue el transporte, que consiste en la transmisión de la energía a través de torres de alta tensión, reduciendo el voltaje al llegar a las subestaciones, para finalmente ser distribuida a los consumidores finales, siendo ésta la última etapa.

Actualmente, Chile cuenta con cuatro sistemas principales o áreas no interconectadas eléctricamente entre sí: el SING -sistema interconectado del norte grande, que abarca el territorio de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, Decimoquinta, Primera y Segunda regiones de Chile, respectivamente; el SIC -sistema interconectado central, el más grande, que abarca la mayor cantidad de población nacional continental, que va desde la comuna del Tal Tal ubicada en el límite sur de la Segunda Región de Antofagasta hasta la Isla Grande de Chiloe en la Décima Región; Sistema de Aysen; y Sistema de Magallanes que comprenden las regiones de la zona austral del país, esto es Décima Primera y Décima Segunda Región respectivamente. Los dos primeros sistemas son considerados por la ley como sistemas con capacidad de generación superior a los 200 megawatts y los dos restantes son denominados “sistemas medianos”⁴. Esta distinción sólo sirve “con relación a los regímenes económicos para la determinación de precios de cada sistema”⁵.

3 Ley General de Servicios Eléctricos. Decreto con Fuerza de Ley n° 4 fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica (LGSE).

4 Art. 173 LGSE.

5 SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, E.: *Sistemas y mercados eléctricos*. Santiago (2012): Abeledo Perrot Legal Publishing, p. 48.

Hasta el momento, y en términos generales, hemos descrito el sistema eléctrico chileno desde un punto de vista técnico, debiendo referirnos a los sujetos que intervienen en las actividades referidas. A partir del año 2010, Chile modifica la institucionalidad, en materia de energía, con la creación del Ministerio del ramo, a través de la ley N° 20.402, dejando de lado la dependencia del Ministerio de Minería en esta materia. De acuerdo con dicha norma, los principales actores públicos, en esta materia, son, en primer lugar el Ministerio de Energía, que, por expresa disposición legal, es el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración del sector de energía. Sus competencias están descritas en la ley 20.402 que modificó al Decreto Ley 2.224 del año 1978 que creó la Comisión Nacional de Energía.

Al mencionado Ministerio se suma la Comisión Nacional de Energía (CNE). Se trata de un organismo técnico encargado de analizar precios, tarifas y normas técnicas a las que deben ceñirse las empresas de producción, generación, transporte y distribución de energía, con el objeto de disponer de un servicio suficiente, seguro y de calidad, compatible con la operación más económica. Muchas de las funciones asignadas originalmente a este organismo público, fueron transferidas al nuevo Ministerio de Energía. Además, la modificación del Decreto Ley 2.224 desliga a la CNE del Ministerio de Minería, traspasando el ejercicio de sus actuaciones administrativas a través del Ministerio de Energía.

Quien ejerce la actividad de policía o de supervigilancia⁶, en materia de energía, es la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC). Dicho organismo tiene sus orígenes en el año 1904, con el nombre de Inspección Técnica de Empresas y Servicios Eléctricos. Con el devenir histórico y avances tecnológicos, se convertiría, en virtud de la Ley 18.410 del año 1985, en la SEC, cuyo objeto es fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas. La SEC tiene como una de sus principales funciones la fiscalización del cumplimiento de la legislación de energía y combustibles, como también el ejercicio de la facultad sancionadora. Como ha puesto de relieve un autorizado sector de la doctrina, respecto de la SEC, su accionar se enmarca en la actividad reguladora del Estado. Si en años anteriores el Estado se encomendaba la tarea de desarrollar actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se asigna el rol de velar por la actuación de entes que comprometen el interés público se desarrollen dentro de ciertos parámetros

6 VERGARA BLANCO, A.: *Derecho eléctrico*. Santiago (2004): Ed. Jurídica de Chile, p. 29.

previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente o el orden⁷.

Una figura novedosa, en este esquema, es el Centro de Despacho Económico de Carga, que, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 150 LGSE, es un organismo. Ahora bien, en palabras de Vergara Blanco, es una corporación creada directamente por la ley, cuyas funciones también están fijadas en la ley, pero que no integra la Administración del Estado⁸. Por su parte, y de manera más directa, otro autor sostiene que se trata de órganos privados⁹. La función principal de los CDEC es determinar y coordinar la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico, incluyendo las centrales eléctricas generadoras; líneas de transmisión a nivel troncal, subtransmisión y adicionales; subestaciones eléctricas, incluidas las subestaciones primarias de distribución y barras de consumo de usuarios no sometidos a regulación de precios; y que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica, de modo que el costo del abastecimiento eléctrico del sistema sea el mínimo posible, compatible con una confiabilidad prefijada. La coordinación de la que hablamos es fundamental, puesto que, como indicamos al inicio de este artículo, la electricidad no puede ser almacenada, y, por tal motivo, "el equilibrio entre la oferta y la demanda, se debe dar en tiempo real, lo que requiere de transacciones de último minuto a través de un operador centralizado del sistema"¹⁰.

Cabe tener presente que Chile en el año 1982 cambia su modelo regulatorio, siendo uno de los primeros, a nivel mundial, en idear la existencia de un mercado de generación eléctrica, donde los agentes privados se disputan el abastecimiento de clientes. Con ello, se genera libre competencia en el sector y, en teoría, condiciones de eficiencia económica, sin necesidad de participación estatal. Pero la crítica a la modificación señala que "dicha concepción de mercado sólo se restringió al mercado mayorista de abastecimiento de grandes clientes. Mientras el modelo sirvió de referencia en otros países, donde incluso se extendió la competencia al mercado minorista de pequeños clientes domiciliarios, en Chile se mantuvo la concepción de un mercado minorista regulado, en el que el Estado, a través de la CNE, sólo determinaba el precio máximo de los contratos de suministro suscrito entre generadores y empresas generadoras"¹¹.

Otro órgano público que contempla la legislación es el Panel de Expertos, que tiene por objetivo, analizar y dictaminar las discrepancias que puedan suceder entre

7 AIMONE GIBSON, E.: *Actividades económicas reguladas*. Santiago (2014): Ed. Legal Publishing, p. 40.

8 VERGARA BLANCO, A.: *Derecho eléctrico*, cit., p. 32.

9 EVANS ESPÍNEIRA, E.: *Derecho eléctrico*. Santiago (2003): Ed. Lexis Nexis, p. 159.

10 MONTERO, J. Y SANCHEZ, J.: "Crisis eléctrica en California: Algunas lecciones para Chile", *Revista de Políticas Públicas* (2001), núm. 83, pp. 139-162.

11 MORENO, J.; MORENO, R.; RUDNICK, H.; MOCARQUER, S.: "Licitaciones de abastecimiento eléctrico de clientes regulados en Chile, dificultades y oportunidades", *Revista de Políticas Públicas* (2012), núm. 125, pp. 139-168.

las empresas, y entre la autoridad y las empresas eléctricas. Las materias de que conoce el Panel de Expertos se encuentran reguladas en el art. 208 de la LGSE.

Las actividades del sistema eléctrico, esto es, generación, transmisión y distribución de electricidad, son desarrolladas por el sector privado, cumpliendo el Estado una función reguladora y fiscalizadora. No siempre ha sido así. Históricamente, desde la aparición del primer alumbrado público, en la ciudad de Santiago en 1880 y hasta el primer tercio del siglo XX, esta actividad fue desarrollada principalmente por agentes privados. A partir de los años treinta, el desarrollo eléctrico se ve frenado, de forma significativa. De hecho, la guerra mundial, o la crisis económica global, llevó al Estado a intervenir activamente a través de CORFO (Corporación de Fomento de la Producción) y este, a su vez, por medio de la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA). Con ello, se intentó dar mayor participación al Estado en éste servicio básico, no sólo como ente regulador, sino también como participante activo en la producción del mercado eléctrico. En la actualidad, como hemos dicho, el rol del Estado es de supervigilancia y regulación.

Por otra parte, la actividad desarrollada por los privados, posterior a los procesos de privatización, es fundamental en el desarrollo del sistema y mercado eléctrico en Chile. Es más, la desconcentración y la privatización de las empresas eléctricas presentan ventajas, desde el punto de vista de la estabilidad de las reglas del juego, en el siguiente sentido: "las autoridades de control no están enfrentadas a un sólo interlocutor y tiene otras referencias, promoviendo así un ambiente de mayor competencia; la diversidad de empresas y la participación privada constituye una buena protección contra las presiones de grupos de poder para rebajar arbitrariamente las tarifas; se induce una mayor apertura tecnológica, diversificación y movilidad de fuentes ocupaciones; finalmente, la privatización constituye un medio de financiamiento importante para el Estado, sin gravar tributariamente a al sector privado"¹². Lo anterior, son las prerrogativas que se tuvieron a la vista en el proceso de privatización del sector eléctrico en Chile. De hecho, América Latina fue, en su día, región líder en la reforma del sector eléctrico. En los años ochenta, Chile fue el primer país en introducir reformas integrales con el objeto de abrir el sector a la participación privada y a la competencia¹³. Actualmente, el sector privado participa a lo largo de todo el sistema eléctrico, es decir, empresas generadoras, transmisoras y de distribución eléctrica.

La LGSE reconoce la participación de los privados principalmente a través de personas jurídicas de Derecho privado, expresado particularmente en Sociedades Anónimas, reguladas por el Código de Comercio y la Ley de Sociedades Anónimas.

12 BERSTEIN LETELIER, S.: "Sector Eléctrico", en AA.VV.: *Soluciones privadas a problemas públicos*. Santiago (2003): Ed. Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 175-214.

13 ARIÑO ORTIZ, G.: "Modelos comparados: el contexto iberoamericano", en AA.VV.: *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*. Madrid (2012): Thomson-Aranzadi, pp. 875-887.

De esta forma, el art. 7 de la LGSE, en cuanto al servicio público eléctrico, en su inciso cuarto, se refiere a empresas operadoras o propietarias de sistemas de transmisión troncal, que deberán estar constituidas como sociedades anónimas abiertas. En cuanto a la transferencia de concesiones de servicio eléctrico, nuevamente la ley prescribe la participación de sociedades. Respecto a la normativa legal a la cual deben sujetarse estas sociedades, aun cuando se trate de sociedades anónimas cerradas, debe ser la legislación aplicable a las sociedades anónimas abiertas.

III. LAS COOPERATIVAS ELÉCTRICAS.

No sólo sociedades anónimas participan del mercado eléctrico, ya que la LGSE también reconoce una figura particular, a saber: las cooperativas. Son relevantes las cooperativas en el sistema eléctrico por cuanto se desmarcan de la regla general, es decir, sociedades -principalmente anónimas- que ostentan giro comercial y, por ende, lucro. Pertenecen las cooperativas a lo que algunos autores denominan el tercer sector¹⁴. Se entiende, en este contexto, por tercer sector todos aquellos sujetos de derecho que -en sentido negativo- no son parte de la economía fiscal o estatal, si bien tampoco participan del segundo sector o sector privado con fines de lucro, sino que se trata de organizaciones que sin ser parte del aparato público, financiadas por recursos públicos y/o privados, tienen por objetivo principal el mejoramiento de la calidad de vida de las personas mediante el desarrollo de políticas, planes y giros¹⁵. En esta línea, Aedo Barrena sostiene que las cooperativas no se consideran sociedad en la legislación chilena, ya sea por una interpretación exégeta de la normativa nacional, o por razones dogmáticas que fluyen del concepto y regulación societaria. De nuestro interés es lo sostenido por el citado autor en uno de los elementos que caracterizan a la sociedad, cual es, "la aportación de capital con la mira a repartirse beneficios económicos"¹⁶, dado que las cooperativas no buscan o persiguen dicha finalidad, sino, más bien, mejorar las condiciones de vida de sus socios.

En este contexto, la participación de los privados en el sistema eléctrico se da respecto de personas jurídicas que persiguen fines de lucro, como también aquellas que buscan una finalidad diversa, más asociada a un beneficio de carácter comunitario. Las cooperativas eléctricas aparecen en ese último orden.

El cooperativismo es una forma de organización de larga data y se encuentra presente en todas las ramas de actividad. Su estructura orgánica, como entidad de producción o solución de problemas locales, es altamente atractiva por múltiples motivos. Por una parte, en su origen fueron una respuesta original a los cambios

14 VÁSQUEZ UBEDA, L.; JUPPET EWING, M.: *Derecho del tercer sector: Corporaciones, Fundaciones y Cooperativas*. Santiago (2014): Thomson Reuters, p. 5.

15 VÁSQUEZ UBEDA, L., y JUPPET EWING, M.: *Derecho del tercer sector*, cit., p. 5.

16 AEDO BARRENA, C.: "Algunos aspectos del régimen jurídico de las cooperativas en Chile. Comparación con el sistema español", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte-Chile* (2007), núm. 2, año 14, pp. 21-52.

socio-económicos que dejó la Revolución Industrial. Por otro, el hecho que la cooperativas nacen de la asociación voluntaria de personas, que se unen para trabajar con el fin de lograr beneficios para todos quienes las integran. Además, desde un punto de vista económico, la asociatividad de las cooperativas, permite la reducción de los costos de transacción, el aprovechamiento de las economías de escala y el mejoramiento de las capacidades de negociación en los mercados de insumos, productos y servicios. De lo anterior, permiten que unidades pequeñas de negocios puedan insertarse en el mercado de manera más eficiente¹⁷.

En América Latina, Argentina mantiene aún vigente la ley 1973 que regula, de manera genérica, las cooperativas, legislación que data del año 1926, que, como veremos, da sustento en parte al cooperativismo en materia eléctrica. Bolivia, por su parte, cuenta con la Ley General de Sociedades Cooperativas del año 1958, actualizada para sectores económicos específicos como el ahorro y el crédito en el año 1996 y, en materia minera, las cooperativas se regulan ahora dentro del Código de Minería, reforma del año 1997. Uruguay, mediante ley que data del año 2008, ha seguido el camino regular las cooperativas por área, dejando de lado regulación general. Muchos otros países de la región como Perú (1990), México, Paraguay y Puerto Rico (1994), Panamá (1997), Venezuela (2001), Chile (2003), Costa Rica (2004), han actualizado su legislación desde la década de los 90 hasta la actualidad, acogiendo la técnica de la legislación especial (por sectores)¹⁸.

Iniciando los años 30 en Argentina, un grupo de vecinos de Santa Rosa-La Pampa, reunidos con el fin de buscar una rebaja de precios frente al concesionario eléctrico y ante la negativa de la compañía, formó de una cooperativa eléctrica, entendiendo que se trata “de un sistema de organización económica que posibilita el ingreso de todo usuario de diversa condición social”¹⁹. Lo relatado no es más que un fiel reflejo de la importancia de las cooperativas en los mercados y aún más en el mercado eléctrico, tónica que, dicho sea de paso, se mantiene hasta hoy.

Bolivia no se queda atrás, tomando en consideración que su Constitución vigente reconoce como derecho fundamental de toda persona el acceso universal y equitativo a, entre otros, los servicios de electricidad. Las cooperativas tienen un rol fundamental en la distribución eléctrica. El mandato constitucional reconoce “que es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión

17 BORGAZA, C.; GALERA, G.: *Promoting the understanding of cooperatives for a better world*. Euricse's contribution to the International Year of Cooperatives. Trento (2012): Ed. Euricse, p.15.

18 MONTOLIO, J.: “Legislación cooperativa mundial. Tendencia y perspectivas en América Latina”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* (2011), núm. 45, p. 234.

19 D' ATRI, R.: “El proceso de gestación de la cooperativa popular de electricidad de Santa Rosa Ltda (La Pampa)”: *Revista de Idelcop* (1984), vol. 11, núm. 40.

de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias”²⁰.

Otros países, como Nicaragua²¹, Guatemala²², Perú²³, entre otros, reconocen esta forma de organización jurídica de empresas que prestan servicios de distribución eléctrica, lo cual ha contribuido al desarrollo de comunidades aisladas o que se encuentran fuera del área de cobertura de los grandes sistemas interconectados o de generación. De los párrafos anteriores, se colige que las cooperativas eléctricas son personas jurídicas de base privada, cuyo objeto social es la prestación de un servicio público determinante para el desarrollo de las comunidades y el correcto funcionamiento del sector eléctrico.

Es destacable el hecho que, a través de personas jurídicas privadas u organizaciones de base privada, bajo la forma de sociedades mercantiles, en algunos casos, o como instituciones sujetas a un régimen jurídico, organizativo y de funcionamiento propio y particular como el de las cooperativas, se preste un servicio público como es el de transporte y distribución eléctrica.

En Chile las cooperativas eléctricas encuentran reconocimiento normativo, a partir del 4 de julio de 1942, con el decreto n° 579, que transfiere las facultades de control y tuición, respecto de las mismas. Debe ponerse de manifiesto que hasta esa época correspondían al Comisariato General de Subsistencias y Precios²⁴. Estas cooperativas nacen al alero de CORFO, por vía de la empresa de capital estatal ENDESA, inspirados en un modelo norteamericano de la *Rural Electric Administration*. La actual regulación de la Cooperativas Eléctricas se encuentra en la Ley General de Cooperativas y su reglamento. Se trata de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) y su reglamento.

Las primeras cooperativas de electrificación rural se crean en Chile, en la década de 1940, a través de la asistencia técnica de ENDESA, con el objeto de dar distribución de energía eléctrica a las zonas rurales, las cuales resultaban poco atractivas para las empresas del sector por la baja densidad de usuarios y sus altos costes.

20 ABS CONSULTING GROUP: “Gobernanza energética: Asistencia técnica para el Desarrollo de Política y Regulación Eléctrica en Bolivia” informe preliminar. *Organización Latinoamericana de Energía y Foreign affairs, trade and development*. Canadá (2013): p. 66.

21 BLANCO, N.; SALAZAR, O. y SALAZAR, E.: “Modelo de administración de proyectos de electrificación rural en Nicaragua incluyendo la generación de sistemas aislados”, *Nexo revista científica* (2009), vol. 22, núm. 1, pp. 10-14.

22 HERNÁNDEZ, C. e IZQUIERDO, L.: “Gestión comunitaria de sistemas fotovoltaicos domiciliarios en comunidades rurales aisladas del Alta Verapaz”, *Revista anales de mecánica y electricidad* (2014), vol. 91, núm. 3, pp. 8-13.

23 MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL PERÚ: *Electrificación rural a base de energía fotovoltaica en el Perú*. Lima (2006): UNDP Perú, pp. 11-12.

24 CARVALLO HEDERRERA, S.: *Manual de legislación cooperativa*. Santiago (1957): Ed. Jurídica de Chile, p 383.

Ahora bien, por lo anterior; la participación de las cooperativas en el sistema eléctrico, se asocia normalmente a electrificación rural y de pequeñas empresas de distribución, que no son consideradas servicio público. Por tal motivo, son servicios privados donde no está regulado ni en precio ni en calidad de servicio, particularmente respecto de la distribución eléctrica, de acuerdo a lo prescrito por el art. 8 LGSE. En cualquier caso, la existencia de esta especie de cooperativa no es particular de Chile. En efecto, en el caso concreto de España existen las denominadas cooperativas de consumo eléctricas que se configuran como auténticos operadores del sistema, a los que les corresponde la realización de cuantas actividades sean necesarias para garantizar tanto la producción como la continuidad en el suministro eléctrico, así como la coordinación de los sistema de transporte, distribución y comercialización de la electricidad²⁵.

Nuestra legislación reconoce a las cooperativas eléctricas como de abastecimiento y distribución de energía. En Chile, de acuerdo a información proporcionada por el Departamento de Cooperativas (DECOOP), dependiente del Ministerio de Economía, existen veinte y tres cooperativas del rubro activas. Muchas de ellas son empresas concesionarias de distribución de energía y participan, desde 1994, en el Programa Nacional de Electrificación Rural (PER), que coordina la Comisión Nacional de Energía (CNE). Este programa consiste en proyectos de extensión de la red eléctrica convencional de las cooperativas eléctricas y otras empresas distribuidoras, las cuales realizan los estudios de factibilidad y, en coordinación con las Municipalidades, postulan a los proyectos de financiamiento. Éste es compartido por los beneficiarios (10%), las empresas adjudicatarias (25 a 30%) y el Estado (65 a 70%), que otorga un subsidio a la inversión. Una vez que se asignan los fondos, estos se traspasan a empresas y cooperativas, quienes realizan la construcción de las obras, en ocasiones en zonas donde la extensión de la red tradicional se hace no rentable económicamente, comprometiéndose a la explotación de ellas durante su vida útil. El desarrollo del PER (Programa de Electrificación Rural), ha permitido que Chile se sitúe como el tercer país de América Latina con más cobertura de electrificación rural, pudiéndose destacar que alcanza en un 88% en 2011²⁶. La electrificación rural en Chile, como decimos, ha logrado avanzar gracias al mencionado PER, desde un punto de vista tecnológico, mediante dos tipologías: la extensión de la red tradicional de los sistemas eléctricos existentes y los proyectos de autogeneración o pequeños sistemas de generación aislados con mini redes eléctricas de distribución, que utilizan fuentes de energías renovables, sistemas diésel y/o híbridos.

Las cooperativas eléctricas en Chile, en términos generales, son consideradas de servicios. Tienen por objeto distribuir bienes y proporcionar servicios de toda índole,

25 ARNAEZ ARCE, V.: "La comercialización de energía eléctrica a través de cooperativas de consumo", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* (2011), núm. 45, pp. 197-216.

26 Disponible online: <http://www.subdere.gov.cl/documentacion/programa-de-electrificacion-rural-contrato-de-pr-stamo-1475oc-ch>. Última visita 21 de marzo de 2015.

preferentemente a sus socios, con el propósito de mejorar sus condiciones, sociales u económicas, y de satisfacer necesidades familiares, ocupaciones o culturales. Dentro de las más comunes destacan las cooperativas de abastecimiento y distribución de energía eléctrica, las que se constituyen con el objeto de distribuir electricidad.

Prácticamente la totalidad de las cooperativas eléctricas chilenas se encuentran emplazadas en localidades secundarias o rurales, además que en su mayoría son concesionarias del servicio eléctrico.

Es de vital importancia entender que la generalidad de quienes distribuyen energía eléctrica lo hacen a través de una concesión, en virtud de lo prescrito por el art. 7 de la ley general de servicios eléctricos. A tenor de este último precepto, es servicio público eléctrico el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en zonas de concesión, o bien usuarios situados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros. Además, esta actividad de servicio público, esto es el suministro de energía eléctrica a usuarios finales, sólo podrá efectuarse en virtud de una concesión de distribución, y no se podrán construir las instalaciones respectivas cinto título concesional. Por tanto, toda la distribución de energía eléctrica, concebida como servicio público, sólo puede llevarse adelante con una concesión previamente otorgada²⁷.

Lo anterior contextualiza el desarrollo del negocio eléctrico, generalmente vía concesión, aun cuando en ciertas zonas aisladas o rurales no siempre la generación y distribución son realizadas a través de la figura mencionada. De ahí su importancia, por cuanto jurídicamente se generan consecuencias diversas.

Una de las primeras consecuencias es, particularmente, en la distribución eléctrica, y es el hecho de ser considerada como servicio público. Vista desde la posición del usuario, la efectiva prestación de los servicios públicos representa un beneficio, una actividad que, de uno u otro modo, implica una mejor condición de vida, sin tener en cuenta las características de la estructura estatal o privada que los presta²⁸. De tal relevancia es el acceso a la electricidad para la ley que deja consagrado este elemento, pero creemos que lo hace en una idea más contemporánea de servicio público²⁹, en especial si consideramos lo que BERMÚDEZ SOTO denomina la crisis del servicio público. A pesar de la claridad del contenido de las nociones teorías del servicio público, en realidad se comienza a verificar una serie de situaciones que no calzaba con la noción tradicional. Entre ellas se cuenta que la autoridad pública decide comenzar a satisfacer necesidades de interés general, pero no confía esta

27 VERGARA BLANCO, A.: *Derecho eléctrico*, cit., p. 76.

28 MONTAÑA PLATA, A.: *El Concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá (2005): Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 115.

29 SOUVIRÓN MORENILLA, J.: *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada (1998): Ed. Comares, p. 47.

satisfacción a órganos públicos, sino a particulares (reservándose un control sobre su ejercicio), sin que exista de por medio una concesión de servicio público³⁰.

Otra de las consecuencias jurídicas se presenta como efecto de la anterior; dice relación con la autorización que media por parte del Estado para el ejercicio de esta actividad económica de servicio público, esto es, una concesión. El sentido técnico-jurídico que se otorga a la concesión es la de “un negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia o dominio público o la gestión de un servicio público en un plazo determinado bajo ciertas condiciones”³¹.

Para que dicha actividad sea calificada como servicio público debemos sujetarnos a un elemento material y otro formal. El primero de ellos considera que se trata de actividades de carácter esencial para satisfacer las necesidades primordiales colectivas. Por otra parte, un elemento formal, en la que la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal. Ambos elementos se presentan en el negocio eléctrico. Por tal motivo, al tratarse de un servicio público, es una actividad que debe ser realizada mediante concesión que otorga el Estado. Todo ello es normado en la Ley General de Servicio eléctrico.

Entendemos por concesión eléctrica un acto administrativo en cuya virtud el Estado crea a favor de un particular derechos y obligaciones. La concesión eléctrica crea derechos desde el momento en que otorga al concesionario la facultad para establecer centrales hidráulicas, subestaciones eléctricas y líneas de transporte, como también otorga el derecho para establecer, operar y explotar las instalaciones de servicio público de distribución, dependiendo del tipo de concesión de que se trate. Por otra parte, decimos también que crea derechos, porque autoriza al concesionario a percibir la justa recompensa por el establecimiento de las instalaciones y por la prestación de un servicio público, según el caso. Además de la concesión de derechos, el ser titular de una concesión eléctrica implica, a su vez, la imposición de ciertas obligaciones, pues se dicta el acto administrativo tomando en consideración la efectiva operación de las instalaciones, y, en su caso, la efectiva prestación del servicio público de distribución³².

La legislación nacional conoce varias concesiones eléctricas, siguiendo las etapas del ciclo antes indicado, generación, transporte y distribución eléctrica, pero sólo en éste último caso es la que se considera como servicio público. Así las cosas, la primera de las concesiones es la autorización de producción de energía eléctrica y son aquellas que permiten al concesionario establecer centrales hidráulicas productoras

30 BERMÚDEZ SOTO, J.: *Derecho Administrativo General*. Santiago (2014): Ed. Legal Publishing, p. 298.

31 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edición 32ª. Madrid (2014).

32 EVANS ESPÍÑERA, E.: *Derecho eléctrico*, cit., p. 3.

de energía eléctrica. Luego está la concesión de transporte de energía eléctrica que permite al concesionario establecer líneas de transporte de energía eléctrica y, finalmente, en el último eslabón del ciclo, encontramos la concesión de servicio público de distribución de energía eléctrica que es aquella que otorga el derecho para establecer, operar y explotar instalaciones de servicio público de distribución, dentro de una zona determinada y efectuar el suministro de energía eléctrica a usuarios finales ubicados dentro de dicha zona y a los que, permaneciendo fuera de ella, se conecten a sus instalaciones mediante líneas propias o de terceros. En otras palabras, es aquella que otorga al concesionario el derecho a emplazar instalaciones eléctricas de distribución en bienes nacionales de uso público o bienes privados, para la prestación de servicio público que justifica su otorgamiento³³.

Según la permanencia en el tiempo, las concesiones pueden ser provisionales o definitiva. Las primeras son aquellas que se otorgan para permitir las mediciones y estudios de los proyectos de las obras de aprovechamiento de la concesión definitiva. Las segundas son aquellas que tienen por objeto el establecimiento, operación y explotación de centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica, subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica o instalaciones de servicio público de distribución.

Las concesiones están afectas a un régimen de caducidad, es decir, la extinción de la concesión por disposición legal o reglamentaria como carga para el ejercicio de aquellas, reguladas en el art. 57 del Reglamento de la LGSE, en particular la concesión de servicio público de distribución de energía eléctrica cuya causales son: "a) si la calidad del servicio suministrado no corresponde a las exigencias legales y reglamentarias, o a las condiciones establecidas en los decretos de concesión, salvo que el concesionario requerido por la Superintendencia remedie dichas situaciones dentro de los plazos que ésta establezca; b) si el concesionario enajena o transfiere todo o parte de su concesión sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 61 y siguientes; y c) si el concesionario extiende el servicio dentro de su zona de concesión, en el plazo que fije la Superintendencia".

Otra de las consecuencias jurídicas que genera la concesión de servicio público, es decir, distribución eléctrica, es el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución de electricidad de la zona de concesión, implica la ocupación y utilización del espacio y suelo ajeno para establecer y operara las instalaciones eléctricas.

Corolario de lo anterior, el concesionario eléctrico puede establecer servidumbres, en virtud del art. 12 del Reglamento de la LGSE, "sobre heredades o inmuebles ajenos, para la construcción, establecimiento y explotación de las instalaciones y

33 EVANS ESPÍÑERA, E.: *Derecho eléctrico*, cit., p. 6.

obras anexas, en adelante, servidumbres prediales; y, en las posiciones, líneas aéreas o subterráneas, subestaciones y obras anexas que usen, en cualquiera de sus tramos, parcial o totalmente, bienes nacionales de uso público o las servidumbres que se mencionan en la letra anterior, para el tendido de otras líneas o para el transporte o distribución de energía eléctrica, o para que las Municipalidades puedan hacer alumbrado público”.

Pero las consecuencias jurídicas no terminan ahí. Un aspecto fundamental es la tarificación o precios sometidos a regulación, la que, en principio, se presenta con el usuario final o domiciliario denominado consumidor regulado o “sujetos a fijación de precios”³⁴, que “son aquellos usuarios o clientes, sean persona naturales o jurídicas que acrediten dominio sobre un inmueble o instalaciones que reciben servicio eléctrico inferior a 2000 kilowatt. En este inmueble o instalación quedan radicados todas las obligaciones derivadas del servicio para con la empresa suministradora”³⁵. En paralelo, se encuentra el usuario o cliente libre, que es aquel cuya potencia conectada es superior a 2000 kilowatt y que requiere de una calidad de servicio especial y los servicios otorgados por períodos inferiores a doce meses. Esta clasificación casuística de los suministros, en base al parámetro técnico de la potencia conectada de los usuarios finales, podemos traducirla en términos de definir a un cliente regulado como un usuario final cuyos consumos, de pequeña y mediana magnitud de uso domiciliario, industrial o comercial, se realizan a través de una empresa concesionaria de servicio público de distribución, dentro de su área de concesión, o fuera de ésta si el cliente se conecta por cuenta propia a las instalaciones de distribución, o si recibe el suministro directamente de instalaciones de generación o transporte³⁶.

Desde el punto de vista legal, aplica al concesionario eléctrico de servicio público de distribución la reciente ley número 20.571 que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales. Este cuerpo legal viene a establecer el sistema de incentivo a los pequeños medios de generación distribuidos en base a energías renovables no convencionales (ERNC), conocido a nivel internacional como Net Metering. La Ley 20.571 incorpora cuatro nuevos artículos a la Ley General de Servicios Eléctricos, que buscan establecer el derecho de los clientes regulados que tengan medios de generación ERNC o de cogeneración eficiente a inyectar los excedentes de energía a la red de distribución. Este derecho se encuentra establecido *a prima facie* para los clientes regulados que cuenten con medios de generación que no superen los 100 kilowatts, sujeto a que no afecte a la seguridad operacional de las redes de distribución, lo que será detallado en el respectivo reglamento. Las inyecciones de energía que realicen estos medios de generación

34 SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, E.: *Sistemas y mercados eléctricos*, cit., p. 51.

35 LEYTON ALVÁREZ, J.: *Derecho eléctrico*. Santiago (2005): Editorial Jurídica La Ley, p. 24.

36 SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, E.: *Sistemas y mercados eléctricos*, cit., p. 52.

serán valorizadas al precio que las empresas de distribución traspasan a sus clientes la energía conforme a los precios regulados fijados por decreto, lo que debe incluir las menores pérdidas de energía.

Finalmente, en relación a la fiscalización del cumplimiento normativo y técnico que se efectúa por parte de los particulares concesionarios de servicio público de electricidad, se encuentran sometidos a la supervigilancia que ejerce la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), cuya estructura orgánica y funciones están detalladas en la ley 18.410.

IV. LA COOPERATIVA ELÉCTRICA DE SAN PEDRO DE ATACAMA (CESPA).

La comuna de San Pedro de Atacama está ubicada en el desierto de Atacama en la Segunda Región de Antofagasta, distante a 1,650 kilómetros por tierra al norte de Santiago y a 313 kilómetros de la ciudad de Antofagasta. Se emplaza en un oasis altiplánico rodeado de algunas de las más altas cumbres de la Cordillera de los Andes. Su gran importancia actual se debe a que es considerada la capital arqueológica de Chile. No en vano, la hermosura de sus paisajes y sus azules cielos despejados han llevado a la construcción y actual funcionamiento del *Atacama Large Millimeter/submillimeter Array* o ALMA, que pertenece al consorcio de países denominado *European Southern Observatory*.

La población total de la comuna ha experimentado una importante evolución, creciendo desde 2.800 habitantes a cerca de los 5.000 habitantes, lo cual representa un 79% de aumento, lo que la constituye en una de las comunas con mayor crecimiento demográfico de Chile. El 71% de la población se declara perteneciente a la etnia atacameña. Esta población indígena habita en San Pedro de Atacama en pequeños oasis o "Ayllus"³⁷ ubicados en las inmediaciones de la comuna y en poblados cercanos.

Históricamente la comuna fue abastecida de energía eléctrica mediante generadores diésel operados por la Municipalidad, que, por razones de altos costos de operación, no era posible contar con un suministro continuo las 24 horas del día.

El 2 de noviembre del año 2001 se constituye la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama, impulsada por la municipalidad, que buscaba crear una organización sin fines de lucro que fuese administrada por las comunidades atacameñas y sus habitantes, para la generación, transporte y distribución eléctrica. Esto permitió que, en junio del año 2003, se inicien las operaciones de generadores a gas, lo que permite mejorar la seguridad del servicio en el pueblo y extender la cobertura de electrificación a la población rural de los Ayllos.

37 Palabra Aymará / Kunza que significa comunidad con lazos sanguíneos y religiosos.

Jurídicamente la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama se hace cargo de la generación, transporte y distribución a través de un contrato de comodato o préstamo de uso. El Código Civil lo define como “contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que se haga uso de ella, y con cargo a restituir la misma especie después de terminado su uso”. El comodante es la Municipalidad de San Pedro de Atacama y quien recibe -comodatario- es la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama. Estamos frente a una situación excepcionalísima dentro de la regulación eléctrica chilena.

Lo anterior hace muy distintivo la forma en que se desarrolla el negocio eléctrico en esta localidad del norte de Chile. Prácticamente en todo el país la distribución eléctrica se realiza a través de concesiones de distribución, incluso en poblados rurales, tanto por empresas del giro como por cooperativas. En el caso de San Pedro de Atacama no hay concesión de distribución eléctrica. Ello trae consigo una serie de consecuencias, diversas a las desarrolladas en el punto II de este artículo.

En primer lugar, CESPA no es servicio público, porque no se encuadra dentro de la hipótesis normativa prevista en la LGSE. Dicha ley, en su art. 8, prescribe, de manera expresa, que “no se considerarán de servicio público: los suministros efectuados desde instalaciones de generación, la distribución de energía hagan las Cooperativas, no concesionarias, o bien la distribución que se realice sin concesión”. En el caso particular que se comenta, CESPA realiza distribución eléctrica sin concesión.

Lo anterior vislumbra la seguidilla de otras consecuencias que surgen de no contar con la calificación legal de servicio público. Desde luego, la imposibilidad de acceder directamente al derecho de usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas. Problema del cual debe hacerse cargo el propietario de las líneas, que, en este caso, es la Municipalidad de San Pedro de Atacama. En el mismo sentido acontece con el establecimiento de servidumbres, que pueden ser de dos tipos: 1) servidumbres de líneas eléctricas, y 2) servidumbres de paso de energía eléctrica.

Otro aspecto fundamental que no aplica a CESPA es el sistema de regulación tarifaria o precios regulados. Estamos frente a un monopolio estructural, que, en términos económicos, representa una falla del mercado, que, en este caso, se utilizan instrumentos económico-normativos. En materia eléctrica, impera la regulación de precios, propio de los sistemas que aplican la teoría económica de la regulación. Según esta teoría, el bienestar de los diferentes grupos de interés aumenta con la regulación. La premisa inicial, es el poder de coacción que ejerce el Estado, y el que un grupo de interés puede convencer a éste para usar su poder de coacción en

beneficio de dicho grupo³⁸. Esto no ocurre, aun cuando existe autorregulación por parte de CESPAs y el régimen tarifario es acordado en conjunto con la Municipalidad de San Pedro de Atacama, teniendo en consideración que CESPAs es una cooperativa sin fines de lucro, formada por comunidades indígenas de la zona y juntas de vecinos pertenecientes al poblado.

De suma importancia actual, consecuencia de los altos costos de producción de energía es la aplicación de la ley Net Metering o ley de generación distribuida. Como ya hemos indicado, se trata de una modificación a la Ley General de Servicios Eléctricos, que permite que los usuarios residenciales o domiciliarios que autogeneren electricidad a través de energía renovables no convencionales, puedan comercializar sus excedentes a la red de distribución. San Pedro de Atacama, en virtud de su ubicación geográfica, es un emplazamiento ideal para proyectos de este tipo, en particular la producción de energía a través de placas fotovoltaicas. Lamentablemente, dichos proyectos domiciliarios no pueden prosperar, toda vez que la legislación expresamente, en el art. 149 bis de la LGSE, incorporada recientemente por la ley 20.571, prescribe que "la concesionaria de servicio público de distribución deberá velar por que la habilitación de las instalaciones para inyectar los excedentes a la respectiva red de distribución". Quedan fuera todos aquellos que distribuyen energía sin concesión como CESPAs.

Finalmente, en cuanto al ente público encargado de la actividad de policía en la normativa eléctrica es la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, regulada en la ley 18.410, en ella se establecen su ámbito de competencia y facultades, donde sólo puede ejercerlas respecto de CESPAs en ámbitos de información técnica de generación, transporte y distribución; información estadística de explotación; sancionar el incumplimiento de normas técnicas y reglamentarias relativas a las instalaciones; fiscalizar el cumplimiento de los requisitos de seguridad para las personas y bienes; fiscalizar que las características de los recursos energéticos cumplan con las normas técnicas y no constituyan peligro para las personas o cosas, y finalmente comprobar y fiscalizar que tanto las obras iniciales y de ampliación de producción, almacenamiento de electricidad, asimismo la construcción y la explotación técnica de los mismos hechos por las empresas han sido o sean ejecutadas correctamente, estén dotadas de los elementos necesarios para su explotación en forma continua y en condiciones de seguridad, y cumplan con las normas de construcción y pruebas de ensayo vigentes respecto de las empresas³⁹. Es importante destacar que, de treinta y nueve numerales que contempla el artículo 2 de la ley que regula la SEC, sólo 6 de ellos son aplicables a la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama.

38 FERNEY MORENO, L.: *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá (2001): Universidad Externado de Colombia, p. 31.

39 Ley 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Art. 2, numerales 8, 20, 23, 24, 25 y 28.

V. CONCLUSIONES.

Todo país que no sólo quiere mantener un crecimiento económico de manera creciente y estable, sino además desarrollo, debe contar con una red eléctrica que abarque todo su territorio. La experiencia chilena es importante. A partir de las modificaciones legales de mediados de los años 80 se han logrado enormes avances en electrificación urbana, y a partir de los años 90 del pasado lustro se ha continuado la senda en materia de electrificación rural.

San Pedro de Atacama, como uno de los grandes polos turísticos y astronómicos del cono sur no ha estado ajeno al crecimiento. Los programas de electrificación rural que el Estado de Chile desarrolla, desde el año 1994, tiene como misión contribuir a generar las condiciones que permitan a todos los habitantes el acceso equitativo a la energía, de manera eficiente y sustentable, contribuyendo al desarrollo local y mejorando la calidad de vida de la población. Dicho programa se da presenta con un objetivo claro, cual es contribuir a la superación de la pobreza, elevar la calidad de vida y de oportunidades de acceso a la educación y la salud de familias de los sectores rurales e integrarlos al desarrollo económico del país, solucionando las carencias de electricidad. Actualmente, de acuerdo a información del Ministerio de Energía, la cobertura de electrificación rural alcanza al 96,9%.

El desafío actual no sólo es alcanzar un 100% de electrificación rural, sino también adaptarse al progresivo aumento demográfico de manera sustentable y con énfasis en las energías renovables no convencionales. El desafío desde un punto de vista regulatorio es incorporar a todos aquellos sistemas aislados a la legislación general, considerándolos como servicios públicos. De facto, el régimen jurídico de los servicios públicos se aplicaría a la Cooperativa Eléctrica de San Pedro de Atacama, siendo un servicio prestado por particulares, pero donde la fuerza expansiva del derecho no llega a producir una *publicatio* de la actividad. Un paralelo de esta situación, en el que no existe desregulación es el caso de los sistemas de Agua Potable Rural (APR)⁴⁰.

Hoy por hoy, es necesario romper la negligencia del legislador en esta materia, por cuanto los beneficios aparejados con un proceso de incorporación a la legislación general eléctrica de los sistemas aislados -no interconectados y no concesionarios- se vería reflejado en beneficios, garantías, derechos y obligaciones que tanto el prestador del servicio y los propios usuarios deberán cumplir en beneficio de la comunidad general.

40 ROJAS CALDERÓN, C.: "Particularidades del servicio público de abastecimiento de agua potable. El privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR)", *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2004), núm. 18, pp. 7-44.

Algunos de los puntos que hoy en día la desregulación de los sistemas rurales aislados no interconectados y no concesionarios enfrentan y por los cuales las comunidades motivan al legislador a su incorporación a la normativa general son los siguientes: el sometimiento a la regulación de precios; a la supervigilancia de un ente público encargado de velar por el cumplimiento de la legislación en este ámbito, desde un punto de vista técnico y jurídico; la autogeneración de electricidad de acuerdo a la modificación que introdujo a la Ley General de Electricidad la Ley Net Metering; y la seguridad de los usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

ABS CONSULTING GROUP: "Gobernanza energética: Asistencia técnica para el Desarrollo de Política y Regulación Eléctrica en Bolivia" informe preliminar. *Organización Latinoamericana de Energía y Foreign affairs, trade and development*. Canadá (2013).

AEDO BARRENA, C.: "Algunos aspectos del régimen jurídico de las cooperativas en Chile. Comparación con el sistema español", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte-Chile* (2007), núm. 2, año 14, pp. 21-52.

AIMONE GIBSON, E.: *Actividades económicas reguladas*. Santiago (2014): Ed. Legal Publishing.

ARIÑO ORTIZ, G.: "Modelos comparados: el contexto iberoamericano", en AA.VV.: *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*. Madrid (2012): Thomson-Aranzadi.

ARNÁEZ ARCE, V.: "La comercialización de energía eléctrica a través de cooperativas de consumo", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* (2011), núm. 45, pp. 197-216.

BERMÚDEZ SOTO, J.: *Derecho Administrativo General*. Santiago (2014): Ed. Legal Publishing, p. 298.

BERSTEIN LETELIER, S.: "Sector Eléctrico", en AA.VV.: *Soluciones privadas a problemas públicos*. Santiago (2003): Ed. Instituto Libertad y Desarrollo.

BLANCO, N.; SALAZAR, O. y SALAZAR, E.: "Modelo de administración de proyectos de electrificación rural en Nicaragua incluyendo la generación de sistemas aislados", *Nexo revista científica* (2009), vol. 22, núm. 1, pp. 10-14.

BORGAZA, C.; GALERA, G.: *Promoting the understanding of cooperatives for a better world*. Euricse's contribution to the International Year of Cooperatives. Trento (2012): Ed. Euricse.

CAMACHO CEPEDA, G.: "La actividad sustancial de la administración del Estado", en AA.VV.: *Derecho Administrativo chileno*. México (2007): Ed. Porrúa.

CARVALLO HEDERRERA, S.: *Manual de legislación cooperativa*. Santiago (1957): Ed. Jurídica de Chile.

D'ATRI, R.: "El proceso de gestación de la cooperativa popular de electricidad de Santa Rosa Ltda (La Pampa)": *Revista de Idelcop* (1984), vol. 11, núm. 40.

DE PABLO COELLO, J. y MATEOS MARTIN, C.: "Nueva situación, nueva exigencia de rigor", en AA.VV.: *Sociedad de la información y cultura mediática* (coord. M. AGUIAR PERERA y J. FARRAY CUEVAS). Coruña (2003): Netbiblo.

EVANS ESPIÑEIRA, E.: *Derecho eléctrico*. Santiago (2003): Ed. Lexis Nexis.

FERNEY MORENO, L.: *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá (2001): Universidad Externado de Colombia.

HERNÁNDEZ, C. e IZQUIERDO, L.: "Gestión comunitaria de sistemas fotovoltaicos domiciliarios en comunidades rurales aisladas del Alta Verapaz", *Revista anales de mecánica y electricidad* (2014), vol. 91. núm. 3, pp. 8-13.

LEYTÓN ALVÁREZ, J.: *Derecho eléctrico*. Santiago (2005): Editorial Jurídica La Ley, p. 24.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL PERÚ: *Electrificación rural a base de energía fotovoltaica en el Perú*. Lima (2006): UNDP Perú.

MONTAÑA PLATA, A.: *El Concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá (2005): Ed. Universidad Externado de Colombia.

MONTERO, J. Y SANCHEZ, J.: "Crisis eléctrica en California: Algunas lecciones para Chile", *Revista de Políticas Públicas* (2001), núm. 83, pp. 139-162.

MONTOLIO, J.: "Legislación cooperativa mundial. Tendencia y perspectivas en América Latina", *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* (2011), núm. 45, p. 234.

MORENO, J.; MORENO, R.; RUDNICK, H.; MOCARQUER, S.: "Licitaciones de abastecimiento eléctrico de clientes regulados en Chile, dificultades y oportunidades", *Revista de Políticas Públicas* (2012), núm. 125, pp. 139-168.

ROJAS CALDERÓN, C.: "Particularidades del servicio público de abastecimiento de agua potable. El privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR)", *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2004), núm. 18, pp. 7-44.

SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, E.: *Sistemas y mercados eléctricos*. Santiago (2012): Abeledo Perrot Legal Publishing.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.: *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada (1998): Ed. Comares, p. 47.

VÁSQUEZ UBEDA, L.; JUPPET EWING, M.: *Derecho del tercer sector: Corporaciones, Fundaciones y Cooperativas*. Santiago (2014): Thomson Reuters.

VERGARA BLANCO, A.: *Derecho eléctrico*. Santiago (2004): Ed. Jurídica de Chile.

LA JUSTICIA TRIBUTARIA EN EL ORDENAMIENTO PLURAL
THE TAX JUSTICE IN THE PLURAL ORDER

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 156-173



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 19 de agosto de 2015

RESUMEN: La justicia ha sido objeto de estudio en las ciencias jurídicas desde sus comienzos. La mayoría de los ordenamientos han considerado, a lo largo de la historia, el valor superior de la justicia como uno de los fines del Derecho. Este principio y valor figura en la mayoría de las Cartas Magnas de los distintos Estados así como diversos tratados y convenio internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Nuestra Constitución recoge en su preámbulo que la Nación Española desea establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, y su artículo 31 propone un sistema tributario justo como medio para sufragar los gastos públicos. Por lo que resulta de interés comprobar la aplicación del principio de justicia como fin y medio del ordenamiento jurídico tributario español.

PALABRAS CLAVE: Justicia, sistema tributario, principios, ordenamiento plural.

ABSTRACT: The justice has been studied in the legal sciences since its beginning. Most jurisdictions have considered throughout history, the justice like the higher value and one of the purposes of the law. This principle and his value are included in most Constitutions of the different States and various international treaties and agreements such as the Universal Declaration of Human Rights. Our Constitution stated in its preamble that the Spanish Nation want to establish justice, freedom and security and promote the good of all its members, and article 31 proposes a fair tax system as a means to finance public spending. So it is interesting to see the principle of justice like finality and as means of the Spanish tax law.

KEY WORDS: Justice, tax system, principles, plural legal system.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.- III. La justicia tributaria como principio del sistema tributario.- I. El principio de capacidad económica y la justicia tributaria.- 2. Los principios de aplicación y ordenación del sistema tributario “justo”.- IV. Los principios de competencia y jerarquía normativa como fuente de selección y ordenación de las normas llamadas al caso.V.- Las reglas jurídicas: ley posterior deroga anterior y ley especial deroga general, como mecanismos de selección de la disposición efectiva y aplicable al caso.VI.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La justicia como valor superior de todo ordenamiento jurídico y principio general del Derecho ha sido una constante a lo largo de la historia de la Ciencias jurídicas. Ya desde el Derecho Romano los conocidos y prestigiosos juristas CELSO y ULPIANO hacían referencia a ésta cuando se referían al Derecho como “el arte de lo bueno y lo justo”¹, y directamente haciendo referencia a la justicia como “la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho”². Y esta justicia debía ser para todos los ciudadanos, es decir, está dirigida a la personas en general pues “los derechos no se establecen para personas singulares, sino en general”³.

También desde la filosofía se entendió la importancia de este valor como aspiración de toda organización humana y autores de la talla de ARISTÓTELES dedicaron parte de sus tratados a este principio jurídico. Así en su obra “Retórica” afirma el estagirita que “en cuanto a la justicia, es la excelencia por la que cada uno tiene lo suyo y de acuerdo con la norma, y la injusticia, cuando se tiene lo ajeno y contra la norma”⁴. También conviene destacar su archiconocida sentencia sobre la virtud (justicia) expuesta en “Moral a Nicómaco” donde presentó la justicia

1 ULPIANO, citando a CELSO, *Digesto* I, I, 1: “Ius est art boni et aequi”. La traducción de “aequi” es equitativo, sin embargo, la mayoría de los textos jurídicos lo traducen como justo.

2 “Iustitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi” (ULPIANO, *Digesto*, I, I, 10).

3 ULPIANO, *Digesto*, I, III, 8: “iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur”. Manifestación esta del principio de igualdad consagrado entre otros textos normativos en: nuestra Constitución, artículo 1, 14 y 31.1 (para el sistema tributario); el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; y el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966.

4 ARISTÓTELES: *Retórica*. Madrid (1998): Alianza Editorial, p. 96.

• Fernando Hernández Guijarro

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Licenciado en Derecho y Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad de Valencia. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Autor de varias obras sobre Derecho Financiero y Tributario, entre otras; *La Impugnación de las Ordenanzas Fiscales*, Ediciones Francis Lefebvre, 2015; *Los Principios y Garantías Constitucionales en las Ordenanzas Fiscales*, Aranzadi, 2015; y coautor de los *Formularios Prácticos Fiscal* de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2015. También colabora elaborando y actualizado los formularios fiscales de EL DERECHO. e-mail: fernandohernandez@icav.es

como término medio. A tal efecto expuso que “lo justo es entonces un medio entre extremos desproporcionados, porque lo proporcional es un medio, y lo justo es lo proporcional (...) lo injusto lo que está fuera de la proporción, lo cual puede ser en más y en menos”⁵, y por ello, culmina el citado autor; “el juez iguala las cosas, y podría decirse que teniendo delante de sí una línea cortada en partes desiguales y cuya porción mayor excede de la mitad, el juez quita la parte que excede de la mitad, y la añade a la porción pequeña. Cuando el todo ha sido dividido en dos partes completamente iguales, entonces cada uno de los litigantes reconoce que tiene la parte que le debe corresponder; es decir, que tiene cada uno una parte igual”⁶.

El que fuera pretor y cónsul del Senado romano, CICERÓN, en el “Tratado de la República” afirma que “la justicia nos manda, respetar a todos, velar por los intereses del género humano, dar a cada uno lo que le pertenece, no tocar a cosas sagradas, propiedades públicas ni ajenas”⁷.

En resumen, la justicia ha estado presente en el pensamiento jurídico histórico y filosófico de todos los tiempos. Es, podemos decirlo así, el objeto de estudio y preocupación de los juristas que, desde la doctrina y la parte general de esta ciencia, se dedican al desarrollo del Derecho y se preguntan ante cualquier norma o regulación si la misma contribuye y colabora a una sociedad más justa o, de lo contrario, si dicha disposición va en sentido contrario a lo que debería ser su finalidad.

En este contexto de preocupación y dedicación a la justicia como anhelo y aspiración de todo ordenamiento jurídico, es cierto también que la producción normativa de nuestros tiempos es ejercida desde muchas instituciones y órganos administrativos. Y junto a ello, podemos decir también que dicha producción es muy abundante y extensa -algunos autores hablan de Ordenamiento saturado⁸-. Circunstancia esta que deja el control de la justicia del ordenamiento a las contadas ocasiones que alguna disposición de carácter general es impugnada ante los tribunales. Ya sea una ley (Tribunal Constitucional) o reglamento (Tribunales de lo Contencioso-administrativo).

II. LA JUSTICIA COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La Constitución Española de 1978 (CE) comienza su preámbulo afirmando que “la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran...”. También indica seguidamente su voluntad de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”. Es decir, la manifestación

5 ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco*. Madrid (1993): Espasa Calpe, pp. 210 y 211.

6 ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco*. cit., pp. 213 y 214.

7 CICERÓN: *Tratado de la República*. México (1997): Porrúa S.A., pp. 53 y 54.

8 PALMA FERNÁNDEZ, J. L.: “La seguridad jurídica ante la abundancia de normas”, *Cuadernos y Debates* (1997), núm. 68.

de intenciones que antecede a los preceptos de nuestra Carta Magna, eleva la justicia al mayor deseo del destinatario de la misma (la Nación Española) y quiere garantizar un orden económico y social justo. Coincidiendo en esta exposición con los postulados que ensalzan dicho valor y principio como la cúspide del resto de valores y principios.

Nuestra fuente suprema y directa del Ordenamiento jurídico actual, la Constitución Española, se decantó por un modelo de valores y principios más que por un conjunto de regulaciones inconexas de instituciones públicas y derechos individuales. De hecho, nuestra doctrina considera que nuestra Constitución ha establecido un Ordenamiento de principios⁹ del que no escapa el Derecho Público tal y como, entendemos que con acierto, afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando de forma reiterada y constante dispone que “los principios generales del derecho forman parte del Ordenamiento jurídico español, en general (art. 1.1 y 1.4 CC) y muy especialmente del Ordenamiento jurídico administrativo, al que frecuentemente se le ha calificado de “principal”, por la importancia y trascendencia que en él tienen tales principios. El Derecho Administrativo es en gran medida desde sus comienzos, y lo sigue siendo en la actualidad, decantación de principios generales del Derecho efectuada por la jurisprudencia”¹⁰.

Junto a la importancia que tienen en el Derecho Administrativo y Tributario los principios jurídicos, la Constitución quiso también mencionar expresamente el valor de la justicia como uno de los más relevantes del ordenamiento y, a tal efecto, en su artículo primero dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Con lo que, de nuevo, la justicia es llamada -ahora como valor- a primera línea de la acción en nuestro Estado de Derecho. Siendo sintomático que a los órganos administrativos con competencia en materia judicial se les denomine en la propia Constitución “Administración de justicia” (art. 122.1 CE); también que el Ministerio fiscal tenga por misión “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124.1 CE); y que los ciudadanos puedan participar en la defensa y aplicación de la justicia (art. 125.1 CE). Tampoco debe extrañar, por último, que la función y extensión del valor de la justicia llegase a denominar a los órganos jurisdiccionales que culminan la

9 Véase DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Madrid (1997): Tecnos, p. 142. Estos autores afirman que “la Constitución positiviza en realidad los principios superiores del Ordenamiento, que, si bien tienen distinta naturaleza (principios políticos, de Derecho natural, económicos legales como los del art. 9º), todos tienen en común poseer el máximo rango”. LÓPEZ GUERRA, L.: *Derecho Constitucional, Vol. I*. Valencia (1997): Tirant lo Blanch, pp. 31-32, afirma que “la Constitución es un conjunto coherente de preceptos; y esta coherencia deriva de que sus mandatos responden a unos criterios comunes ordenadores” y estos criterios se concretan en los “valores” del art. 1.1 y los “principios” de los arts. 9.3; 27.2; 103; 117.5”, entre otros.

10 SSTS 15 abril 2002 (núm. rec. 9281/1996, 77/1997 y 10381/1997).

organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma como Tribunales Superiores de Justicia (art. 152.1 CE).

De conformidad con lo expuesto, y analizadas las previsiones constitucionales citadas, podemos concluir que nuestro Estado de Derecho está compuesto por un ordenamiento jurídico que desea establecer la justicia como valor superior del mismo. Dicho valor debe, por lo tanto, ser guía y aspiración del poder legislativo y reglamentario en aras a dictar normas que sean conformes a este valor y tiendan en su aplicación a un orden social y económico justo. Por todo ello, resulta de interés comprobar la aplicación y eficacia de este principio jurídico en nuestra estimada disciplina, es decir, en el Derecho Financiero y Tributario. No obstante, hay que tener presente que, junto a los principios específicos de esta rama del Derecho, para una adecuación plena de lo que la Constitución entiende como Estado de Derecho y su ordenamiento justo, se deberán considerar también otros principios y garantías constitucionales aplicables igualmente a la Administración Tributaria, entre otros lo previstos en los artículos 9.3, 14, 25.1 y 103.1 CE.

III. LA JUSTICIA TRIBUTARIA COMO PRINCIPIO DEL SISTEMA TRIBUTARIO.

El artículo 31.1 de la Constitución Española establece que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Compartimos con CALVO ORTEGA que dicho precepto deja fijado el marco del ordenamiento fiscal al determinar “quién debe tributar (todos), con arreglo a qué criterio (capacidad económica), se rechazan las discriminaciones en la Ley y ante la Ley (igualdad) y se permite una diferenciación cuantitativa en razón de la cuantía de la capacidad económica de cada contribuyente o de la importancia social de determinados bienes o productos (progresividad)”¹¹.

De este precepto podemos comprobar que la ley de leyes hace referencia a un sistema tributario justo. Y que para que dicho sistema sea posible debe partir de la existencia de la capacidad económica -condición *sine qua non* del impuesto-, y debe hacerse efectivo sobre la generalidad de los contribuyentes, con criterios de igualdad en el reparte de dicha cargas, así como con progresividad fiscal, mas no deberá superar lo que la constitución denomina confiscatorio.

Llegados a este punto conviene atender a lo que el máximo intérprete de la Constitución entiende por cada uno de los principios enumerados en el citado precepto constitucional, haciendo especial referencia a la capacidad económica como realidad sobre la que se proyecta el sistema tributario pues, como acertadamente

11 CALVO ORTEGA, R.: *¿Hay un Principio de Justicia Tributaria?* Pamplona (2012): Aranzadi, p. 18.

expuso la STC 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27), los principios jurídicos “no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del Ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho”. Por ello, vamos a estudiar el principio de capacidad económica sobre el que la aplicación proporcionada y eficaz del resto de principios de justicia material tributaria nos llevará a constatar la aplicación del valor de la justicia en el ordenamiento fiscal.

I. El principio de capacidad económica y la justicia tributaria.

El principio de capacidad económica tiene un valor fundamental y determinante en el establecimiento de los tributos pues el legislador “sólo puede elegir como hechos que generan la obligación de tributar hechos que, directa o indirectamente, reflejen o revelen o guarden una relación lógica y racional con una cierta capacidad económica”¹².

Su relevancia histórica es destacada por MARTÍN QUERALT cuando afirma “en el Ordenamiento español, desde la ya lejana Carta otorgada de Bayona hasta la vigente Constitución, todas las Cartas Magnas han incorporado dicho principio, como criterio material de justicia tributaria, con fórmulas casi idénticas y en las que se establece la necesidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos -en proporción a los haberes-, -de acuerdo con la capacidad económica de los llamados a contribuir-, etc. El principio se erige así en salvaguarda frente a un pretendido poder tributario omnímodo y arbitrario y trata de embridar el ejercicio de este poder, encauzándolo a través del Derecho”¹³. Y este Derecho es el que preceptúa que “la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos” tal y como fija el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

La proyección del principio de capacidad económica sobre el conjunto de sistema tributario ha sido reiteradamente señalada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 26/1981, 37/1987, 150/1990, 221/1992, 134/1996 y 182/1997. Y de una forma más palmaria el citado Tribunal pone de manifiesto, en su STC 194/2000, de 19 de julio (RTC 3000, 194), que: “el tributo es una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18) que, por imperativo del art. 31.1 CE, sólo puede exigirse cuando existe capacidad económica y en la medida -en función- de la capacidad económica (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6)”.

12 FERREIRO LAPATZA, J. J.: *Curso de Derecho Financiero Español*. Barcelona-Madrid (2000): Marcial Pons, p. 59.

13 MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid (2000): Tecnos, p. 116.

Muchos autores han expresado su preferencia o especial referencia al principio de capacidad económica cuando de justicia tributaria se trata. Un autorizado ejemplo nos lo da ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN. Este profesor afirma sobre el mentado principio que “sí bien es cierto que éste no agota en su formulación el significado y contenido del principio de justicia tributaria -como ha entendido la doctrina científica y jurisprudencial-, sí creo que sigue siendo éste el que paradigmáticamente aglutina al resto de principios y cataliza en gran medida el ideal de justicia tributaria que se exige en el texto constitucional”¹⁴.

Participamos con este autor en la medida en que la capacidad económica es la condición indispensable para que exista el tributo, es decir, sólo en la medida en que se ponga de manifiesto esa capacidad contributiva a través de la realización del hecho imponible, su cuantificación económica y la aplicación del tipo impositivo, será posible exigir al obligado tributario su contribución al sostenimiento de los gastos públicos¹⁵.

En consideración a la conexión que venimos afirmando de los principios jurídicos entre sí, resulta necesario poner en relación la capacidad económica con el resto de principios tributarios, y especialmente con la justicia tributaria. Tal y como indica ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN “la manifiesta interdependencia de los principios jurídicos deriva precisamente de su propio contenido y definición. La intrínseca dificultad -la imposibilidad- en aislar cada principio sin el auxilio del resto de ellos se deriva del hecho de que todos ellos conforman el ideal de la justicia tributaria, de manera que las lecturas aisladas sólo pueden generar insuficiencias respecto del contenido y alcance”¹⁶. En atención a la anterior afirmación, la capacidad económica está inexorablemente unida al principio de generalidad en cuanto a que debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos todas las capacidades contributivas y al principio de igualdad en cuanto a igualdad en capacidad económica procede igualdad de carga tributaria. Asimismo, “el principio de capacidad económica tiene dos límites, uno inferior que es el mínimo exento, y uno superior que es el principio

14 ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Sistema tributario y Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público* (2006), núm. 25, p. 135.

15 La mayoría de la doctrina coincide en señalar que la capacidad contributiva se manifiesta bien como acumulación de capital o patrimonio, bien como flujo de entrada en forma de renta o como flujo de salida en forma de consumo o inversión. Sin embargo, el TC ha llegado a declarar en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37) que “basta que dicha capacidad económica exista como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador” declarando constitucional un impuesto autonómico que recaía en la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo señalado (con parecido fundamento, STC 295/2006, de 11 de octubre (RTC 2006, 295)). Este mismo Tribunal, en su STC 193/2004, de fecha 4 de noviembre (RTC 2004, 193), declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la LHL porque gravaba “situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica”, en la medida en que no preveía la reducción de las cuotas del impuesto de actividades económicas en los supuestos de cese o baja en el ejercicio de actividades económicas.

16 ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Sistema tributario y Constitución”, cit., p. 135.

de no confiscatoriedad. Si el legislador excediera cualquiera de estos dos límites, incurriría en arbitrariedad e inconstitucionalidad”¹⁷.

Por todo ello, el principio de capacidad económica tendrá un papel predominante en la regulación de los tributos y será, a la vez que principio general, medida del resto de principios de justicia tributaria.

2. Los principios de aplicación y ordenación del sistema tributario “justo”.

Llegados a este punto conviene atender al desarrollo que de la justicia tributaria ha hecho el legislador. Para ello debemos acudir a la ley que de manera general regula el sistema fiscal español y que resulta aplicable a todas las Administraciones Tributarias. Bajo estas premisas, el artículo 3 LGT denominado “principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario”, establece de forma clara y separada la aplicación de este principio/valor en la normación y como medio en la aplicación de dichas normas.

Comienza el citado precepto afirmando en su apartado primero que “la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”, es decir, los tributos deben atender a la capacidad económica del contribuyente. Puesta de manifiesto ésta, vendrán llamados el resto de principios de justicia tributaria para determinar y cuantificar la carga fiscal en cada caso concreto, siendo la aplicación de los principios citados distinta cuando se trate de impuestos, tasas o contribuciones especiales dada su diferente origen. No obstante, será fundamental aplicar de forma justa estos principios - generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad- para no incurrir en vicios como la arbitrariedad, discriminación o exceso en la determinación de la deuda tributaria.

Por lo que respecta a la aplicación del sistema tributario, el apartado segundo del artículo 3 LGT, establece que “se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios”. Del citado precepto nos queremos detener en el principio de proporcionalidad dada su importancia y amplia aplicación.

Abundante doctrina considera este principio general como uno de los más importantes del Derecho¹⁸. Un firme defensor de esta posición es ALEXY que opina

17 DE VICENTE DE LA CASA, F.: “Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos”, *Crónica Tributaria* (2012), núm. 144, p. 153.

18 Por ejemplo, en la obra: CARBONELL, M.: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito Ecuador (2008): Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se recoge la aportación de varios autores europeos y latinoamericanos sobre la naturaleza y aplicación de este principio general del Derecho.

sobre este principio general del Derecho que tiene implicación en todos los demás y llega a afirmar con rotundidad que los principios "tienen una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios"¹⁹, y ello porque "los principios exigen la máxima realización posible relativa tanto a las posibilidades fácticas como las posibilidades jurídica"²⁰, teniendo como función primordial la proporcionalidad optimizar estas posibilidades jurídicas.

Aceptando de buen grado el planteamiento de este ilustre jurista alemán, es también necesario destacar la relevancia de la proporcionalidad por su íntima relación con la justicia, pues si ya desde el mundo de la Filosofía griega se preconizaba la virtud-justicia "en el término medio"²¹, también el Derecho, en palabras de SÁNCHEZ GIL, se "funda precisamente en ella: en una determinada "proporción" entre las cosas, cuya trasgresión torna injusta su relación, es decir, la vuelve desproporcionada"²² y por ello, "siempre que el concepto justicia interviene en algún aspecto jurídico, implica la idea de proporcionalidad"²³. Por último, se trae a colación la propuesta que hace JUNCEDA MORENO sobre la proporcionalidad de la que dice que es "manifestación genuina de las impares ideas de justicia y derecho, el principio que nos ocupa constituye nada menos que uno de los básicos contrapesos del poder generado tras las sucesivas oleadas revolucionarias liberales del siglo XVIII: el derivado del ajuste a parámetros moderados, prudente y sensatos, de las potestades interventoras o restrictivas de los derechos ciudadanos"²⁴.

Por todo lo expuesto, vemos cómo el principio y valor de la justicia impregna no sólo la ordenación de los tributos mediante un sistema tributario justo (art. 31.1 CE) y como principio material (art. 3.1 LGT), sino que también, como medio de aplicación de dicho sistema en cuanto el principio de proporcionalidad lleva inscrito, de manera superlativa, la justicia en los medios empleados. Siendo a todas luces incompatible la desproporción con un ordenamiento constitucional justo.

19 ALEXY, R.: "La fórmula de peso", en AA.VV. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, cit., p. 15.

20 ALEXY, R.: "La fórmula de peso", en AA.VV. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, cit., p. 15.

21 ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco*, cit., p. 112.

22 SÁNCHEZ GIL, R.: *El principio de proporcionalidad*. México (2007): Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, pp. 13-14.

23 SÁNCHEZ GIL, R.: *El principio de proporcionalidad*, cit., pp. 13-14.

24 JUNCEDA MORENO, J.: "Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores", *Documentación Administrativa* (2008), núm. 280-281, p. 119.

IV. LOS PRINCIPIOS DE COMPETENCIA Y JERARQUÍA NORMATIVA COMO FUENTE DE SELECCIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS NORMAS LLAMADAS AL CASO.

La Constitución Española diseñó un sistema organizativo plural y descentralizado sobre la base de una distribución real y efectiva del poder público y político entre los distintos entes territoriales, estableciendo como garantía de ello su propia autonomía que se fundamenta, a su vez, en la indisoluble unidad de la Nación española²⁵.

Esta distribución de competencias implica que nuestras fuentes de producción normativa estén repartidas entre los distintos entes territoriales y poderes públicos. Así, la Constitución reconoce en su artículo 137 que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”, y esta autonomía, precisamente, será la que les otorgue potestad para regularse y la facultad de dictar normas para la gestión y organización de la citada autonomía.

Dicho esto, la propia Carta Magna estableció el régimen y distribución de las competencias por materia de forma que ciertas cuestiones correspondiesen en exclusiva al Estado (art. 149 CE), otras pudiesen ser asumidas por las Comunidades Autónomas (art. 148 CE) y, en todo caso, con el complemento de los Estatutos de Autonomías, se determinase las concretas competencias que les correspondiese a cada una de ellas. Junto a esto, también la legislación ordinaria completará la distribución de competencias a los Municipios quedando con todo ello, un bloque de constitucionalidad en el reparto competencial compuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, más la ley reguladora de las bases del régimen local. Dejando nuestra Ley Fundamental en manos de la Ley (reserva de ley) toda la estructurad competencial del Estado y otorgando con ello una garantía frente a las disfunciones que pudieran surgir en la actividad normativa posterior desde los distintos entes territoriales.

Junto al reparto de las competencias y su establecimiento siempre bajo el aparo de la Ley, se hace necesario también acudir a otro principio jurídico para discernir cuando una competencia sea arrogada u otorgada infringiendo una norma superior. En tal caso el principio llamado al caso es el de jerarquía normativa. Este principio tiene su origen en la regla jurídica *lex superior derogat legi inferiori*. Ciertamente este aforismo forma parte de las reglas ordenadoras y de resolución de conflictos de

25 El artículo 2 CE establece que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”, por lo que esa gestión autónoma debe enmarcarse dentro de la unidad de la Nación española. Lo cual no determina uniformidad sino unidad en la diversidad. Salvando las diferencia entre los distintos entes políticos, podría traerse a colación el lema de la UE que reza “Unida en la diversidad” (http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_es.htm).

normas y ha alcanzado rango constitucional al haber sido elevado a categoría de principio general recogido expresamente en el art. 9.3 CE.

El citado principio parte de la jerarquía normativa que resulta del Ordenamiento jurídico donde conviven disposiciones dictadas por distintos poderes y con distinta fuerza y rango, y viene a establecer que una norma inferior jerárquicamente nunca deberá contravenir a otra de mayor rango o jerarquía, so pena de ser declarada nula. Esta jerarquía normativa fue brillantemente representada por Kelsen en su famosa pirámide donde se mostraba, de forma escalonada y descendente, el conjunto de normas de un Ordenamiento jurídico fijando en el vértice superior a la Constitución del Estado.

El fundamento de esta jerarquía normativa tiene su raíz en la propia jerarquía del Poder que la dicta²⁶. Así, podemos diferenciar la jerarquía entre la ley y el reglamento por cuanto la primera emana del órgano que representa la voluntad general y el reglamento procede de un órgano subordinado a dicho Poder Legislativo. También la ley se encuentra por encima de la costumbre por cuanto representa, como se ha dicho, la voluntad general mientras la costumbre la particular. Por último, también habrá una jerarquía entre las distintas normas reglamentarias. Quedando la Constitución por encima de todas ellas como norma fundamental y política aprobada directamente por el pueblo español.

Las referencias legislativas a este principio jurídico son acordes a lo expuesto hasta el momento. Así, desde el Derecho Privado, el artículo I del Código Civil (CC) nos presenta las fuentes del Ordenamiento jurídico de forma jerarquizada, dejando expresamente sentenciado en su apartado segundo que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”. También en el Derecho Administrativo se establece en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), concretamente en su artículo 51, que “las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes” por lo que ninguna norma reglamentaria podrá contravenir lo establecido en la CE como *Lex Superior* del Ordenamiento, ni a las diferentes leyes dictadas conforme a ésta. Pero además, dicho precepto también establece la jerarquía entre reglamentos afirmando que “ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior”²⁷. Quedando

26 Desde la doctrina constitucionalista se afirma que “el principio de jerarquía normativa se manifiesta además en la correlación existente entre la fuente productora de cada norma” (ALZAGA VILLAMIL, O.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; y RODRIGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho Político Español*. Madrid (1997): Centro de Estudios Ramón Areces, p. 232). También la doctrina administrativista se pronuncia en análogo sentido al sostener que “la jerarquía se establece por razón del nivel del órgano del que procede la norma” (SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I. Madrid (2009): Iustel, p. 148).

27 A tal efecto, y a título enunciativo, se puede citar la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno, que establece distintas normas reglamentarias en su art. 23 y su jerarquía. También reitera que “ningún Reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior” y establece que “son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un Reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior

la norma que infrinja este principio viciada con el mayor grado de sanción, es decir, con la nulidad de pleno derecho tal y como establece el art. 62.2 de la LRJPAC.

En el Derecho Tributario disponemos de un precepto que nos refiere a las fuentes del citado Ordenamiento. A tal efecto, el artículo 7 LGT establece dentro de su apartado primero la relación de normas que engloban esta rama del Derecho y su prelación. La previsión legal del citado precepto nos parece del todo acertada y con un rigor deseable a toda disposición que pretenda ordenar una disciplina jurídica. Por lo que a este trabajo se refiere, el mentado precepto integra de forma cabal el conjunto de disposiciones existentes en el ordenamiento tributario global al realizar la ordenación jerárquica de la siguiente forma: a) la Constitución, b) por los tratados o convenios internacionales que contengan cláusulas de naturaleza tributaria, c) por las normas que dicte la Unión Europea y otros organismos internacionales o supranacionales a los que se atribuya el ejercicio de competencias en materia tributaria de conformidad con el artículo 93 CE, d) por la LGT, las leyes reguladoras de cada tributo y por las demás leyes que contengan disposiciones en materia tributaria, e) por las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas anteriores y, específicamente en el ámbito tributario local, por las correspondientes ordenanzas fiscales, y f) con carácter supletorio, por las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos del derecho común.

De conformidad con lo expuesto, podemos afirmar que dentro del ordenamiento tributario global, contamos con los principios de competencia y jerarquía para realizar la selección y ordenación de normas llamadas al caso. De tal forma que, ante un eventual conflicto, incongruencia o solapamiento normativo, podamos determinar las disposiciones aplicables que den cumplimiento a la seguridad jurídica y, en última instancia, a la justicia dentro del Derecho Financiero y Tributario. En este sentido, estaremos facultados para discernir si un impuesto concreto corresponde su regulación al Estado o la Comunidad Autónoma en virtud de la competencia que en la exacción se esté ejerciendo. Por ejemplo, sería nula una ley autonómica que pretendiese determinar el hecho imponible del IVA, así como también sería nula la ley estatal que quisiese modificar una tasa autonómica sobre el que carezca de título competencial. Ni si quiera alegando la supletoriedad prevista en el artículo 149.3 *in fine* de la CE dado que, como concluyó el Tribunal Constitucional, "el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas" (STC 118/1996, de 27 de junio de 1996 (RTC 1996, 118)).

jerarquía que el que lo haya aprobado". Una Sentencia que hace referencia a este precepto en relación al principio ahora analizado es la STS 31 enero 2001, núm. rec. 5077/1998, que afirma que "el ejercicio de la potestad reglamentaria respete la Constitución y las Leyes (artículo 97 de la propia Constitución), de modo que, según el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, los Reglamentos no pueden regular materias reservadas a la Ley ni infringir normas con dicho rango, debiéndose ajustar siempre a ese principio de jerarquía normativa (artículo 1.2 del Código civil), pues, de lo contrario, incurrirían en la nulidad de pleno derecho".

Junto a la competencia de la materia tributaria concreta, también el principio de jerarquía nos ayudará a determinar el régimen normativo aplicable en la medida que los órganos de un mismo ente territorial puede dictar normas de distinta naturaleza. Siendo el principio de jerarquía el que nos identifique qué disposición vence cuando nos encontremos contradicciones o solapamientos entre preceptos de distinto nivel o grado jerárquico. Así, por ejemplo, una discrepancia entre la ley de un impuesto estatal o autonómico y su reglamento de desarrollo, resultará aplicable la ley dado su mayor jerarquía y prelación. También ocurrirá lo mismo cuando las normas en contradicción que regulen el mismo tributo vengan de entes territoriales distintos. Por ello, una tasa local regulada por su correspondiente Ordenanza Fiscal, será nula si contraviene algún precepto de la Ley de Haciendas Locales. Incluso también será de aplicación este principio cuando la discrepancia venga de normas reglamentarias dictadas por distintos órganos. A tal efecto, por ejemplo, el Tribunal Supremo tuvo que decidir entre el enfrentamiento de una Ordenanza municipal y un Decreto con varias Órdenes ministeriales, concluyendo que “tales Ordenanzas deben ajustarse a las normas de carácter general que, de superior jerarquía, rigen, sectorialmente, en todo el territorio nacional”²⁸.

V.- LAS REGLAS JURÍDICAS: LEY POSTERIOR DEROGA ANTERIOR Y LEY ESPECIAL DEROGA GENERAL, COMO MECANISMOS DE SELECCIÓN DE LA DISPOSICIÓN EFECTIVA Y APLICABLE AL CASO.

De conformidad con el punto anterior, tenemos los mecanismos para seleccionar el régimen jurídico aplicable al caso concreto -sea por competencia o por jerarquía- y, por lo tanto, el que contribuye y colabora a la aplicación del sistema tributario justo que enuncia la CE. No obstante, con la aplicación de estos criterios de selección y ordenación de normas, pueden darse situaciones donde el supuesto tributario planteado no quede resuelto únicamente con los principios analizados. Nos referimos al caso, por ejemplo, de que existan dos normas dictadas por el órgano competente en esa materia tributaria y que dichas disposiciones sean de igual jerarquía normativa. Este supuesto no puede ser resuelto por los anteriores principios dado que dichas normas no entraría en contradicción con ninguno de ellos. Dichos preceptos gozarían de aval competencial e idéntico rango, por lo que *a priori* serían igual de justas y aplicables. Llegado a este punto, y ante la falta de respuesta en el supuesto anteriormente expuesto, debemos acudir a las reglas jurídicas.

El primer autor que expuso de forma brillante la relación entre principios jurídicos y normas-regla fue DWORKIN²⁹ al afirmar que los primeros establecen consecuencias jurídicas que no son automáticas, pues pueden existir otros principios aplicables y por ello dependerá del caso concreto y, sin embargo, las normas-regla

28 STS 25 marzo 1999 (núm. rec. 4467/1994)

29 DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*. Barcelona (1984): Ariel.

son aplicables al caso en su integridad o no se aplicarán, de manera que, si se da el supuesto de hecho previsto en la regla jurídica, su consecuencia debe ser aplicada sin valoración. Otro autor con el que coincidimos es CASTÁN TOBEÑAS. El citado profesor afirmó que las reglas jurídicas "son proposiciones muy generales, en forma concisa y que tienen su origen en antiguas doctrinas o decisiones judiciales. Han gozado de especial difusión los incluidos en el Digesto de Justiniano (Libro I, Título XVII) y en nuestras Partidas (Partida VII, Título XXXIV)"³⁰ y que "no se puede desconocer que ofrecen, con mucha frecuencia, un justo criterio de interpretación y facilitan la labor de los Jueces y de los profesionales, entre otras razones porque se prestan a ser fácilmente comprendidos"³¹.

Este "justo criterio" para la selección de la norma efectiva y aplicable al caso nos lo brindarán las siguientes reglas: "lex posterior derogat priori" y "lex specialis derogat legi generali"³². Es decir, ante dos disposiciones tributarias dictadas por el mismo poder público, con idéntico rango jerárquico y que regulen el mismo supuesto, será de aplicación efectiva la de fecha posterior. Por otra parte, cuando se dé el supuesto de dos normas fiscales que aborden la misma materia pero una de forma general y otra de forma especial y concreta, será de aplicación la especial. De la misma forma que las excepciones legislativas determinan la no aplicación del régimen general previsto en la disposición.

Con estas dos reglas jurídicas, soportadas por la razón práctica, podemos afirmar que queda determinado el método de selección efectiva de la norma tributaria llamada al supuesto concreto. Esta selección, junto con la aplicación de los principio de justicia tributaria, será el colofón a la búsqueda y aplicación del sistema tributario justo.

VI. CONCLUSIONES

Al reclamar nuestra CE la justicia dentro del Estado de Derecho refuerza su finalidad y valor pues, además de "desear" establecerla y designarla como valor superior del Ordenamiento jurídico en general, su positivización como principio del sistema tributario garantiza que tanto el fin como los medios deban ser justos.

Establecido el sistema tributario español sobre el principio de justicia, entendemos que éste se dará eficazmente en la medida en que se articulen, coordinen y apliquen el resto de principios previstos en el art. 31.1 CE (generalidad, capacidad económica, igualdad y progresividad) pues, el principio de justicia tributaria como fin del citado

30 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I*. Madrid (1975), Reus, p. 477.

31 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., p. 478.

32 Algunos autores se refieren a estas reglas como principios derogatorios porque deciden, en caso de conflicto o incompatibilidad de normas, qué norma se aplica y resulta válida en el caso concreto.

sistema, sólo se conseguirá en la medida en que se respeten los restantes principios constitucionales.

Estos principios constitucionales constituyen, la base y el marco constitucional en cuanto que necesitan de una concreción en ulteriores normas y decisiones. Y su función como norma fundamental se materializa por un lado; de forma positiva por cuanto son fuente del Derecho Tributario e informan el conjunto del Ordenamiento jurídico financiero; y por otro lado, de forma negativa en cuanto excluyen otros valores contrapuestos. Esta función positiva irá destinada principalmente al Poder Legislativo y Ejecutivo en cuanto creadores de normas, de la misma forma que la función negativa tiene como destinatarios al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional como depuradores del Ordenamiento jurídico que lo contravenga.

Junto a los citados principios materiales que, coherente y proporcionalmente aplicados, nos llevarán hacia el sistema tributario justo que propugna la Constitución, nuestro ordenamiento global requiere de otros elementos para determinar, precisamente, las disposiciones que serán aplicables en dicho sistema de normas fiscales. Para ello hemos visto que los principios organizativos de competencia y jerarquía son altamente eficaces y resolutivos ante los conflictos que se pudieran plantear. No obstante, también hemos comprobado la necesidad de acudir, en reducidos y determinados supuestos, a las reglas jurídicas sobre temporalidad y especialidad de las normas para que el operador jurídico pueda seleccionar la disposición que, definitivamente, sea aplicable al presupuesto fijado por la ley para configurar las obligaciones tributarias que correspondan.

En definitiva, desarrollados y empleados de forma precisa y ponderada los elementos analizados -principios materiales y formales-, podremos aspirar a la aplicación de un sistema tributario global justo. Quedando siempre en manos de los Tribunales la revisión de dicho sistema normativo cuando el obligado tributario entienda que la disposición o acto que le afecta no ha sido dictado conforme a Derecho, es decir, no ha sido justo.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAMIL, O.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; y RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho Político Español*. Madrid (1997): Centro de Estudios Ramón Areces.

ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco*. Madrid (1993): Espasa Calpe.

ARISTÓTELES: *Retórica*. Madrid (1998): Alianza Editorial.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "Sistema tributario y Constitución", *Cuadernos de Derecho Público* (2006), núm. 25.

CALVO ORTEGA, R.: *¿Hay un Principio de Justicia Tributaria?* Pamplona (2012): Aranzadi.

CARBONELL, M.: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador (2008): Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I*. Madrid (1975), Reus.

CICERÓN: *Tratado de la República*. México (1997): Porrúa S.A.

DE VICENTE DE LA CASA, F.: "Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos", *Crónica Tributaria* (2012), núm. 144.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Madrid (1997): Tecnos.

DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*. Barcelona (1984): Ariel.

FERREIRO LAPATZA, J. J.: *Curso de Derecho Financiero Español*. Barcelona-Madrid (2000): Marcial Pons.

JUNCEDA MORENO, J.: "Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores", *Documentación Administrativa* (2008), núm. 280-281.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid (2000): Tecnos.

PALMA FERNÁNDEZ, J. L.: "La seguridad jurídica ante la abundancia de normas", *Cuadernos y Debates* (1997), núm. 68.

SÁNCHEZ GIL, R.: *El principio de proporcionalidad*. México (2007): Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I*. Madrid (2009): Iustel.

LA AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO
ELECTRÓNICO EN CHILE*

SELF-REGULATION OF ELECTRONIC COMMERCE IN
CHILE

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 174-209

* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación FONDECYT N° 11130188, del que el autor es Investigador Principal.



David
LÓPEZ
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 02 de octubre de 2015

RESUMEN: En el presente artículo se analiza, desde la perspectiva del Derecho privado, el sugerente fenómeno de la autorregulación en el ámbito del comercio electrónico. En este sentido, a tal fin, se tiene en consideración la normativa jurídica vigente en Chile. La exposición se inicia tomando como punto de partida los deberes precontractuales de información en los que la autodisciplina desempeña un notable valor. Especialmente significativa resulta la relación que esta materia ostenta con el principio de la buena fe. El núcleo del análisis se dedica, en todo caso, a la autorregulación. A este respecto, se estudian aspectos tan relevantes como los siguientes: concepto y caracteres; presupuestos que los sistemas de autodisciplina deben cumplir; la posible naturaleza jurídica que merecen; y las consecuencias derivadas de la inobservancia.

PALABRAS CLAVE: Autorregulación, Chile, Derecho, Internet, nuevas tecnologías.

ABSTRACT: In this paper it is analyzed, from the perspective of Private Law, the phenomenon of self-regulation in the field of electronic commerce. In this sense, for this purpose, it is taken into consideration the current legal regulations in Chile. The exposition begins by taking as a starting point the pre-contractual information duties in which the self-discipline plays a remarkable value. Particularly significant is the relationship that this subject holds with the principle of good faith. The central analysis is, in any case, the self-regulation. In this regard, important aspects such as the following are discussed: concept and characters; budgets that self-discipline systems must comply; the possible legal status that it deserves; and the consequences of its negligence.

KEY WORDS: Self-regulation, Chile, Law, Internet, new technologies.

SUMARIO.- I. Introducción. II. Los deberes precontractuales de información en el ámbito del comercio electrónico: incidencia de la autorregulación. 1. Consideraciones de carácter previo: el principio de la autonomía de la voluntad. 2. El suministro de información como técnica de salvaguarda del consumidor: a propósito de la Ley 19.496. A) La regla general del art. 3 b) de la Ley 19.496. B) Los supuestos específicos: a propósito de los arts. 12 a) y 32 de la Ley 19.496. C) La buena fe como fundamento del deber precontractual de información. III. La autorregulación del comercio electrónico. 1. Concepto y caracteres. 2. Presupuestos. A) Preceptivos. B) Accesorios. 3. Naturaleza jurídica. A) Los códigos de conducta unilaterales sobre la materia (que no se integran en sistema de autorregulación alguno). B) Los códigos de conducta que se integran en un sistema de autorregulación. 4. Inobservancia de los instrumentos de buenas prácticas voluntariamente asumidos. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de la Información y Comunicación –TIC- están incidiendo, de forma notable, en numerosos aspectos de la vida social. Como el quehacer diario pone de manifiesto, resultan esenciales para la sociedad con carácter general. Las TIC han transformado, entre otros muchos aspectos, la manera de hacer transacciones de las personas¹. En efecto, las nuevas tecnologías intervienen, cada vez en mayor medida, en un amplio elenco de interacciones².

La evolución que las nuevas tecnologías están protagonizando, en las últimas décadas, es muy significativo. El ritmo al que estas avanzan es, sencillamente, imparable. Las interesantes novedades técnicas presentan la bondad de facilitarnos las actividades cotidianas que realizamos³, sin obviar, naturalmente, los posibles perjuicios que las mismas puedan suponer⁴. Como cualquier aspecto de la realidad social imperante, qué duda cabe, están sometidas al imperio de la ley. En esta línea, hemos de tener en cuenta la virtualidad del aforismo latino *ubi societas, ibi ius* –es

1 SILVA BARROILHET, P. "Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección del consumidor", *Revista Chilena de Derecho Informático* (2003), 3, p. 113.

2 En efecto, aunque, en un comienzo, resultaba preceptiva la presencia de dos individuos para comunicarse, con el transcurso del tiempo, se fue evolucionando. De esta manera, para entenderse a distancia, se recurrió a mensajeros, u otros instrumentos diversos (como las notas, los sonidos o las señales).

3 KOTLER, P. y AMSTRONG, G. *Fundamentos de Marketing*. Santiago de Chile (2014): Pearson Educación.

4 PINOCHET OLAVE, R. "La Recepción de la Realidad de las Nuevas Tecnologías de la Información por el Derecho Civil: Panorama Actual y Perspectivas Futuras", *Ius et Praxis* (2001), 2, pp. 469 - 489.

• David López Jiménez

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) con la calificación de sobresaliente cum laude (por unanimidad del Tribunal) y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España), con la misma calificación. Es Premio Extraordinario de Doctorado (mejor tesis doctoral en el ámbito de las Ciencias Jurídicas). Ha realizado diferentes postgrados universitarios en varias universidades españolas –tres maestrías y tres cursos de experto universitario-. Posesión de dos Diplomas de Estudios Avanzados con nota media de sobresaliente (equivalente a Máster). Autor de numerosas publicaciones, nacionales e internacionales, siendo actualmente Investigador Principal del Proyecto de investigación FONDECYT 11130188. Entre sus líneas de investigación, destaca la relativa a los problemas jurídicos asociados con el uso de las nuevas tecnologías. Es Profesor Investigador de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta (Chile). Correo electrónico: dlopez01@ucn.cl.

decir, donde hay sociedad, hay Derecho-. Del mismo modo que no se concibe una vida social sin Derecho, no es admisible el desarrollo de las nuevas tecnologías sin regulación. Igualmente, es, por otro lado, predecible, que la sociedad del mañana tenga necesidades, estructuras y funcionará con valores diversos de los de la presente. En la materia que abordamos no podemos desconocer que las nuevas tecnologías han llegado para quedarse.

Ahora bien, el Derecho siempre va por detrás de la realidad social. Los hechos –y más, si cabe, en el ámbito que es objeto de examen- van por delante del legislador. El jurista sigue arrastrado por los hechos; “empujado”, si se nos permite la expresión coloquial, pero siempre detrás, en pos de las novedades, que, al tiempo que innovan la realidad social, envejecen, todo hay que decirlo, al Derecho.

Cuando la norma jurídica regula aspectos relacionados, directa o indirectamente, con las nuevas tecnologías⁵ no debe disciplinar los supuestos ligados a las mismas con excesivo grado de casuismo, pues, en tal caso, podría quedar obsoleta, en un reducido plazo de tiempo, careciendo, de este modo, de la utilidad para la que inicialmente ha sido concebida.

Respecto a los posibles instrumentos que existen, para, entre otros aspectos, evitar la rápida inutilidad de la norma legal, cabe aludir al fenómeno de la autorregulación (más adelante se verán, con mayor detalle, las prerrogativas inherentes a tal herramienta). Entre los escenarios en los que incide el mismo, destaca el vinculado con las TIC, con carácter general, de las que cada vez hacen más uso empresas y consumidores⁶. Ahora bien, en este orden de cuestiones, ocupa una posición de primer orden la que versa sobre el comercio electrónico⁷.

En relación a este último, procede determinar que constituye una actividad contractual en auge⁸. Las cifras actuales y de futuro, tanto en el plano de América

5 Como su propia denominación indica, las nuevas tecnologías, en reducidos periodos de tiempo, se verán superadas por otras que podrán plantear problemas distintos a las que le precedieron. Superar el denominado “mal de la obsolescencia” supondrá adoptar estructuras jurídicas apropiadas que, entre otros aspectos, incorporen el dinamismo como fenómeno inherente a la técnica.

6 Por lo que se refiere a la utilidad práctica de las normas derivadas de la autodisciplina, nos remitimos al trabajo de AMBLARD, P. *Régulation de l'Internet, élaboration des règles de conduites par le dialogue internormatif*. Bruxelles (2004): Bruylant, p. 243.

7 En cuanto al EDI (intercambio electrónico de datos), como origen del comercio electrónico, véase CARRASCO BLANC, H. *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Santiago de Chile (2000): La Ley, p. 111.

8 El SERNAC *Guía de alcance jurídico y de buenas prácticas comerciales en materia de comercio electrónico*. Santiago de Chile (2014): Departamento de Estudios e Inteligencia, p. 3, estima que el comercio electrónico crecerá, a nivel mundial, hasta los 1.500 billones de dólares.

Latina⁹, con carácter general, como de Chile¹⁰, en particular, nos permiten ser especialmente optimistas. Consideramos que, para que el fomento de este nuevo canal de distribución de bienes y servicios, alcance un monto destacado resulta preceptivo una legislación adecuada al medio virtual¹¹ y, además, el desarrollo de iniciativas de autorregulación.

Si bien no entraremos, con detalle en tal aspecto, no ha de desconocerse que cuando se trate de un contrato efectuado por medios virtuales resulta plenamente aplicable la teoría general del contrato¹². Aunque el método, qué duda cabe, es novedoso, la emisión y aceptación de las ofertas responde a conceptos jurídicos conocidos¹³. En el presente artículo prestaremos especial atención al comercio electrónico B2C¹⁴, es decir entre empresarios y consumidores que, en el caso de Chile, ocupa una posición de preeminencia dentro del espacio de América Latina. Sin embargo, también puede tener lugar entre empresarios (B2B). De hecho, aunque pueda resultar paradójico, este último es el más numeroso¹⁵.

- 9 En este sentido, cabe referirse a algunos estudios operados al respecto. Así, eMarketer considera que, durante el año 2015, las transacciones, en materia de comercio electrónico, en el ámbito de América Latina, se incrementarán 24,2%, alcanzando, de este modo, los 88.300 millones de dólares. En cualquier caso, no todos los países se comportarán igual. En efecto, Brasil y México serán los principales actores de América Latina, con ventas de 31.900 y 17.500 millones de dólares en 2015, respectivamente. Debe advertirse que los *Smartphone* han sido uno de los canales especialmente utilizados para las compras digitales. A tenor de un estudio recientemente operado, por las reconocidas empresas PayPal e Ipsos, realizado en el último trimestre de 2014, más de un tercio de los compradores adultos en Brasil y aproximadamente la mitad de los de México, manifestaron que habían efectuado, como mínimo, una compra virtual, a través de teléfonos inteligentes, en el último año.
- 10 En el caso concreto de la República de Chile, para el año 2015, se espera que las transacciones relativas al comercio electrónico crezcan en un porcentaje aproximado de un 15% a un 20%, llegando, de esta forma, a 2.300 millones de dólares. Repárese en que, en dicho Estado, a fecha de hoy, más del 70% de la población es usuaria de la Red, lo que, a su vez, constituye más de 13 millones de personas conectadas. De estas, según la Cámara de Comercio de Santiago, unos tres millones y medio, compran en Internet.
- 11 En Chile no impera una legislación completa e independiente sobre la materia. No obstante, hay diversos cuerpos legales que aluden a la misma. Entre otros, cabe referirse a la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, así como la Ley 19.496. En relación a la primera, nos remitimos a FERNÁNDEZ ACEVEDO, FJ. "El documento electrónico en el derecho civil chileno. Análisis de la Ley 19.799", *Revista Ius et Praxis* (2004), 10, (2), pp. 137 - 167.
- 12 Más, si cabe, como posteriormente veremos, en Chile no existe regulación especial de los contratos electrónicos. No obstante, la Ley 19.496, en diversos preceptos, alude, entre otros aspectos, al derecho de desistimiento, formación de los contratos electrónicos y deberes precontractuales de información.
- 13 PINOCHET OLAVE, R. "Artículo 12A", en: DE LA MAZA GAZMURI, I. y PIZARRO WILSON, C. (Dirs.) y BARRIENTOS CAMUS, F. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile (2013): Legal Publishing y Thomson Reuters, p. 266.
- 14 Esta modalidad de comercio electrónico se define, por parte del código de conducta en materia de comercio electrónico, de la Cámara de Comercio de Santiago, como "toda actividad que tenga como finalidad incentivar, promover o acordar la contratación de productos y/o servicios, entre un proveedor electrónico y un consumidor, en la que la oferta por parte del proveedor electrónico y/o la aceptación por parte del consumidor se realizan a través de un medio electrónico". Chile es el líder de la región de América Latina en cuanto a comercio en Internet. Así lo pone de manifiesto el último Informe de la Sociedad de la Información (SI) con una compra per cápita que alcanza los 181 dólares anuales.
- 15 En efecto, la mayor cantidad de los ingresos que se derivan del comercio electrónico corresponde al denominado B2B. Estamos, en este supuesto, frente a transacciones entre fabricantes y mayoristas o entre mayoristas y minoristas. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) considera que los ingresos, a nivel mundial, en 2013, del comercio B2B llegaron a 15.2 billones de dólares, mientras que en el caso del B2C se alcanzaron los 1.2 billones.

La investigación que se presenta se inicia con los deberes precontractuales de información en los que el fenómeno de la autodisciplina desempeña un notable valor. Especialmente significativa resulta la relación que esta materia ostenta con el principio de la buena fe. El núcleo del análisis se dedica, en todo caso, al fenómeno de la autorregulación. A este respecto, se estudian, de manera independiente, aspectos tan relevantes como los siguientes: concepto y caracteres; presupuestos que los sistemas de autodisciplina deben cumplir; posible naturaleza jurídica que merecen; y las consecuencias derivadas de la inobservancia.

II. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: INCIDENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN

La contratación electrónica¹⁶ se encuentra caracterizada por un alto grado de información asimétrica¹⁷ y un bajo nivel de interacción entre consumidores y comerciantes. Todo ello repercute tanto en las condiciones como en los términos en los que tienen lugar la transacción. Para, de alguna manera, dar solución a tal hándicap, los actores que en este escenario interactúan, idearon, con buen criterio, los instrumentos de autodisciplina. Estos últimos se encuentran notablemente vinculados con los deberes precontractuales de información. Igualmente tienen una estrecha relación con la buena fe.

En la contratación a distancia¹⁸ y, dentro de la misma, la que tiene carácter electrónico, el consumidor padece un déficit de información, ya que únicamente tiene conocimiento de los bienes y/o servicios ofertados a través de la presentación comercial que de los mismos hace el empresario o profesional en virtud de catálogos, imágenes televisivas o sitios Web¹⁹. Puede, insistimos, sufrir un déficit de información, en la medida de que la oferta le llega fuera de los canales habituales de contratación. Por ello, se habla de una relación contractual asimétrica, en la que los consentimientos de ambas partes –empresario o profesional y consumidor o usuario- no son, en modo alguno, homologables²⁰.

16 En relación a esta modalidad de contratación, véase ampliamente PINOCHET OLAVE, R. *Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor*. Madrid (2001): Marcial Pons.

17 BARRIENTOS CAMUS, F. "Derecho del consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado* (2012), 18, p. 219.

18 Respecto a la diferencia entre contrato a distancia y electrónico, véase, con carácter amplio, PINOCHET OLAVE, R. *Derecho Civil y nuevas tecnologías*. Santiago de Chile (2007): LexisNexis de Chile, pp. 200 y siguientes.

19 El hecho de que la oferta y la aceptación en las transacciones que se operan, a través de tales canales, no sean simultáneas, ha llevado a algún sector de la doctrina a considerar que estamos ante contratos entre ausentes. Así, SANDOVAL LÓPEZ, R. "Principios que informan al derecho del comercio electrónico", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (2001), 210, p. 169; SANDOVAL LÓPEZ, R. *Derecho del Comercio Electrónico*. Santiago de Chile (2003): Editorial Jurídica de Chile.

20 TAPIA RODRÍGUEZ, M. y VALDIVIA OLIVARES, J.M. *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago de Chile (2002): Editorial Jurídica de Chile, pp. 83-84; CORTÉZ MATCOVICH, G. *El nuevo procedimiento regulador en la ley n° 19.496 sobre protección de los consumidores*. Santiago (2004): LexisNexis, pp. 1-4; BARRIENTOS ZAMORANO, M. *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*. Santiago de Chile (2008): Legal Publishing, p. 97; VIDAL OLIVARES, A. "Contratación y consumo el contrato de consumo en la ley n° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 21, p. 230; DE LA MAZA GAZMURI, I.

I. Consideraciones de carácter previo: el principio de la autonomía de la voluntad

Cuando se habla de autonomía de la voluntad²¹ -o libertad jurídica²²- en el campo de la contratación²³, se está haciendo referencia, no sólo a una voluntad libremente formada que decide someterse a una determinada relación contractual, sino, sobre todo, presupuesta aquella voluntad, se está refiriendo a la libertad para elegir y dotar de contenido a la relación contractual²⁴. Pero esta libertad no es absoluta²⁵, ya que la contratación, al trascender de la esfera íntima de la persona, así como a la buena marcha de la sociedad, exige que el ordenamiento jurídico regule, ordene y garantice la autonomía privada²⁶.

La importancia del principio que comentamos es notable²⁷, a fecha de hoy, siendo uno de los ámbitos en los que tal aspecto resulta relativamente palmario el del comercio electrónico. En base al mismo, son posibles los instrumentos derivados de la autorregulación, cuyo contenido ha de ser más protector que el marco jurídico tuitivo instaurado por el legislador; con carácter mínimo, respecto a los potenciales consumidores y usuarios. Si tal principio no estuviera reconocido, podría afirmarse que el Derecho de obligaciones y contratos se vería cercenado. Dentro de tal parte del Derecho, el comercio electrónico estaría únicamente sometido, sin más, a las decisiones que, en cada período, el legislador estimase oportunas. Dicho de

"El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2011), 2, pp. 22 y 23.

- 21 A tenor de un sector de la doctrina, desde principios del siglo XX, la expresión "autonomía de la voluntad" está siendo desplazada por "autonomía privada". Así, entre otros, BARCIA LEHMANN, R. "La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile", en *Temas de contratos*. Santiago de Chile (2006): Ediciones Universidad Diego Portales, p. 164; VERDUGO BRAVO, I. "La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos", *Ars Boni et Aequi* (2008), 4, pp. 101-102.
- 22 LEÓN HURTADO, A. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago de Chile (1991): Editorial Jurídica de Chile, p. 44.
- 23 El Derecho Romano fue el único que llegó al descubrimiento del Derecho privado, conquista que representa hoy el patrimonio de todos los pueblos. Como determina IHERING, R.V. *El espíritu del Derecho Romano*. Granada (1998): Comares, p. 503, la idea a la que el Derecho Romano ha dado cuerpo es la de que todas las relaciones de Derecho privado son relaciones de poder; la de que el poder de la voluntad es el prisma de la concepción del Derecho privado y que toda la teoría del Derecho privado no tiene más misión que descubrir y determinar el elemento de libertad y poder en las relaciones de la vida.
- 24 LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los contratos. Parte General*. Santiago de Chile (1998): Editorial Jurídica de Chile, p. 233; VIAL DEL RÍO, V. *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago de Chile (2003): Editorial Jurídica de Chile, pp. 57-58; RODRÍGUEZ GRES, P. "Pacta sunt servanda", *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo* (2008), 18, pp. 107-187; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago de Chile (2012): Editorial Jurídica de Chile, p. 56.
- 25 ESCOBAR FORNOS, I. *Los contratos. Parte II*. Santiago de Chile (1991): Editorial Jurídica de Chile, p. 49.
- 26 El principio de la autonomía de la voluntad representa la aplicación, en el ámbito contractual, de las doctrinas de la Revolución Francesa. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y, además, la libertad constituye la base de toda actividad humana, debe aceptarse que el individuo debe poder comportarse como estime oportuno, no actuando, naturalmente, contra el orden público o las buenas costumbres. Así, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De los contratos*. Santiago de Chile (2004): Editorial Jurídica de Chile, p. 11.
- 27 La Corte Suprema se ha pronunciado, en diversas resoluciones judiciales, en esta línea. Así, entre otras, cabe enunciar las siguientes: Marina Soto Arias con Herminio Nancucheo Painemal, de 15 de enero de 2008 (número de referencia de Legal Publishing 38059); Jorge Molina Inostroza con Sonia del Carmen Torres Orellana; Luis Robin Galaz Torres; Yamelline del Rosario Galaz Torres, de 17 de marzo de 2009 (número de referencia de Legal Publishing 41820); Ofelia Alarcón Jiménez con LG Electronics Inc. Chile Limitada, de 20 de octubre de 2009 (número de referencia de Legal Publishing 42671).

otro modo, sin tal principio, los protagonistas y, por tanto, afectados del comercio electrónico, nunca podrían entrar a regular el ámbito en el que se efectúan las operaciones de contratación electrónica. La libertad contractual, a pesar de que representa un logro pretérito, sigue desplegando plena y absoluta eficacia en materia de comercio electrónico.

Si bien el principio de la autonomía de la voluntad no está enunciado en el Código Civil chileno, su importancia es indiscutible²⁸. No en vano, como es conocido, la mayoría de los principios de la contratación derivan del mismo. Como ha señalado cierto sector de la doctrina²⁹, el del consensualismo, la libertad contractual, el de la fuerza obligatoria y del efecto relativo de los contratos podrían ser reputados subprincipios de la autonomía de la voluntad, mientras que el de buena fe sería el único que se perfila como independiente de esta institución. A esta última nos referiremos más adelante.

La conceptualización de las reglas contenidas en los documentos de buenas prácticas, en materia de comercio electrónico, como una manifestación de la autorregulación, o, en otras palabras, como normas autónomas, emanadas del principio de la autonomía de la voluntad, se fundamenta, entre otros preceptos³⁰, en los arts. 1437³¹, 1445³², 1461 *in fine*³³, y 1545³⁴ del Código civil (este último, sin embargo, con algunas opiniones disidentes en un sector de la doctrina³⁵) que reconocen el poder regulador de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos³⁶. Esta figura, como ha puesto de manifiesto un autorizado sector de la

28 Determinados autores, como SOMARRIVA, M. "Algunas consideraciones sobre el principio de la Autonomía de la Voluntad", en *Doctrina Civil Chilena en el Bicentenario 1810-2010*. Santiago de Chile (2010): Editorial Jurídica de Chile, p. 109, manifiestan que el principio que comentamos puede condensarse en el conocido aforismo según el cual en el Derecho Privado puede hacerse todo lo que la ley no ha, expresamente, prohibido.

29 LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los contratos*, cit., p. 234.

30 Entre otros, SOMARRIVA UNDURRAGA, M. "Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* (1934), 31, p. 39; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. "El contrato dirigido", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* (1941), 38, p. 5; ALBELIUK, R. *Las obligaciones*. Santiago de Chile (2001): Editorial Jurídica de Chile, p. 117; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. SOMARRIVA UNDURRAGA, M., VODANOVIC, A. *Tratado de las obligaciones*. Santiago de Chile (2002): Editorial Jurídica de Chile, p. 47.

31 Este artículo, en su primera parte, establece que "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones".

32 Dicho precepto indica que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".

33 Especialmente sugerente es su último párrafo que determina que "si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

34 Dispone que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

35 PIZARRO WILSON, C. "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho* (2004), 2, pp. 235-236.

36 Naturalmente, los contratos tienen su fuerza obligatoria en la voluntad de las partes para obligarse. Aunque el art. 1438 del Código civil chileno define contrato o convención como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", seguidamente, el Título segundo del Libro cuarto del Código

doctrina³⁷, se erige en un instrumento dinámico de la economía y, además, constituye la expresión más fuerte de la autonomía en el ámbito estrictamente jurídico.

Aplicando las consideraciones generales expuestas a nuestro ámbito de estudio, puede indicarse que las partes que, en este escenario, interactúan tienen plena libertad para efectuar relaciones jurídicas contractuales que podrían englobarse dentro de la categoría del comercio electrónico. En efecto, si los consumidores y/o usuarios tienen interés en contratar un determinado bien y/o servicio, podrán hacerlo con una empresa comprometida con un determinado sistema de autorregulación o no. En el primero de los supuestos enunciados, el empresario, con carácter previo, al inicio de la relación contractual efectuada, en su caso, con el consumidor y/o usuario, habrá tenido que formalizar el acuerdo de adhesión al concreto instrumento de autorregulación de que se trate. La adopción de este último supone que la empresa de que se trate tenga que operar ciertos deberes de información especialmente sugerentes en el ámbito precontractual.

2. El suministro de información como técnica de salvaguarda del consumidor: a propósito de la Ley 19.496

La admisión de los deberes precontractuales de información, como una determinada categoría, obedece a una evolución tardía que está ligada a los cambios de carácter social, así como al objeto del comercio. En el Derecho Romano, se consideraba que a cada una de las partes le correspondía informarse y, en consecuencia, adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato. De hecho, de acuerdo con la máxima *cavete emptor*³⁸, o bien *emptor debet esse curiosus*³⁹, es a cada una de las partes a la que le incumbe satisfacer sus intereses con el objeto a negociar. Esta situación se prolongó durante el Derecho clásico y moderno⁴⁰, en concreto hasta cuando se empezó a estructurar la responsabilidad precontractual.

Los deberes precontractuales de operar cierta información representan una sugerente manifestación del suministro de información como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada

de Bello, relativo a "los actos y declaraciones de voluntad", establece los presupuestos para que las obligaciones sean aptas para vincular por un acto o declaración de voluntad.

37 BARROS BOURIE, E. "El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad", en: *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago de Chile (2009): Legal Publishing, p. 297.

38 Que significa "que se cuida el comprador". Doctrina de la ley de la propiedad que expresa que la responsabilidad de una compra recae en el comprador; quien deberá tomar las medidas convenientes para asegurarse previamente de la calidad de lo adquirido, con la finalidad de descartar posibles reclamaciones futuras al vendedor.

39 Podría traducirse como que "el comprador debe ser curioso".

40 Únicamente se reconocía como deber de información aquel que nacía según las exigencias de la buena fe o de los vicios del consentimiento -error y dolo-.

por la concurrencia de determinadas asimetrías informativas⁴¹. Uno de los ámbitos en los que, precisamente, inciden los instrumentos derivados de la autorregulación es el precontractual. Con la expresión deberes precontractuales de información se busca referirse a aquellos casos en los que, con carácter preferente, se persigue amparar la libertad contractual. En cuanto a ambos supuestos, pueden discernirse, por un lado, la regla general del art. 3 b) de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPC) y, por otro, los casos específicos -a propósito de los arts. 12 a) y 32 de la Ley 19.496- vinculados con el comercio electrónico⁴². A ello nos referiremos seguidamente⁴³.

A) La regla general del art. 3 b) de la Ley 19.496

Si bien, en el régimen general o común del Derecho de contratos, el deber de suministrar información durante el transcurso de la relación contractual resulta excepcional –cada uno de los contratantes debe procurarse su propia información-, no puede decirse lo mismo en materia de consumo⁴⁴. En efecto, cuando se trata de relaciones de consumo impera un deber general del proveedor⁴⁵ de dar cierta información al contratante débil –consumidor y/o usuario- en la fase previa a la formación del consentimiento⁴⁶. En este último caso, puede advertirse que estamos ante una regla general, ya que no se encuentra reducida a determinados tipos contractuales, por lo que, en consecuencia, su alcance se extiende a toda relación de consumo⁴⁷.

-
- 41 DE LA MAZA GAZMURI, I. "La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo, y los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*, (2011), 37, pp. 115-135, alude a ciertos deberes de información atípicos que permiten que el juez considere las variables del caso concreto y pondere los intereses de las partes para poder determinar si existía o no el deber de informar sin atender, necesariamente, a los límites que gobiernan a los deberes precontractuales de información típicos.
- 42 Dejando a un lado los deberes precontractuales de información, existen ciertos preceptos de la LPC que guardan relación con el comercio electrónico. Nos referimos esencialmente a los siguientes: art. 3 bis, apartado b), relativo al derecho de retracto (también denominado desistimiento o arrepentimiento); y art. 28 B, sobre los derechos en materia de comunicaciones promocionales o publicitarias.
- 43 En esta materia seguiremos, de manera preferente, a DE LA MAZA GAZMURI, I. "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", cit., pp. 21-52.
- 44 Con carácter general, los derechos enunciados en la LPC no pueden ser renunciados, de manera anticipada, por los consumidores. Estas normas son de carácter tuitivo, para equilibrar las desigualdades y asimetrías informativas que, entre proveedor y consumidor, imperan. De alguna forma, sus disposiciones podrían reputarse excepciones a los principios generales y tradicionales del Derecho privado.
- 45 La LPC define a los proveedores como "aquellas personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por los que se cobre precio o tarifa". En relación a esta última definición, MOMBORG, R. "Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", *Revista de Derecho* (2004), 17, pp. 41-62. Igualmente, el art. 7 del Código de Comercio dispone que "son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual". Puede, de esta manera, afirmarse que impera un deber de profesionalidad del proveedor, derivado de la habitualidad de su giro comercial, así como de la experiencia, que es aplicable a las experiencias que el mismo efectúa.
- 46 Respecto a la formación del consentimiento en el Derecho común, nos remitimos a SAAVEDRA GALLEGUILLOS, F.J. *Teoría del consentimiento*. Santiago de Chile (1994): Editorial Jurídica ConoSur.
- 47 Estamos, en definitiva, ante el Derecho del consumidor. Este último ha sido definido (SANDOVAL LÓPEZ, R. *Las reformas introducidas por la ley N° 19.955 de 14 de julio de 2004 a la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos*

Dispone el art. 3 b) de la LPC que: "son derechos y deberes básicos del consumidor: el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos"⁴⁸". Como puede colegirse, de la literalidad del precepto apuntado, la información debe reunir un doble carácter: veraz y oportuna. Nótese que la finalidad de la información estriba en que la voluntad que se preste en el contrato sea libre y espontánea, es decir, que se forme de manera consciente, racional y libre. Analizando, en mayor medida, cada uno de los caracteres apuntados, puede afirmarse que la veracidad puede ser reputada como una suerte de exigencia redundante. De hecho, la misma se presume. *A sensu contrario*, en este ámbito, existe una obvia interdicción de la falsedad. Asimismo, la información debe resultar comprensible para el destinatario, lo cual debe interpretarse en el sentido de que su contenido será accesible, sin que bien deba operar un esfuerzo intelectual extraordinario bien deba recurrir a terceros para su oportuna aclaración. Respecto a la oportunidad de la información, tal y como determina, un autorizado sector de la doctrina⁴⁹, debe vincularse con la noción del art. 1.3 de la LPC relativa a la "información básica comercial". De esta manera, y valorando, con carácter adicional, el art. 32 de la citada norma, puede colegirse que dicha información deberá efectuarse en castellano⁵⁰, así como en términos comprensibles y legibles.

Una vez analizados, de manera somera, los caracteres que debe reunir la información que se ha de suministrar, de acuerdo con el mencionado art. 3 b), procede centrarse en el contenido de la misma. La información, en efecto, según tal precepto, debe versar sobre "los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación"⁵¹ y otras características relevantes de los mismos". La redacción, como puede observarse, es suficientemente amplia. Parece razonable que así sea, habida cuenta de que la información que necesitará un consumidor medio para formar su voluntad dependerá de las circunstancias del caso concreto⁵².

Por lo que se refiere a las consecuencias de la inobservancia de los deberes precontractuales de información, cabe señalar que son diversas. En efecto, resulta

de los consumidores. Santiago de Chile (2004): LexisNexis, p. 5) como el elenco de normas jurídicas que se encargan de regular las relaciones que se dan entre los consumidores y los proveedores.

48 El principio de información se encuentra presente en las diversas legislaciones de consumo en el Derecho comparado, así como en instrumentos internacionales sobre la materia.

49 DE LA MAZA GAZMURI, I. "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", cit., pp. 44 y 45.

50 Dada la vocación internacional de la Red, quizás hubiera sido más oportuno hacer alusión a otra expresión como la lengua empleada en la propuesta de contratación.

51 Respecto al significado y alcance de términos y condiciones, véase DE LA MAZA GAZMURI, I. "Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos", *Revista de Derecho* (2009), 22 (2), pp. 84, 85, 88 y 89.

52 El potencial consumidor y/o usuario debe manejar la mayor cantidad posible de información fidedigna con la finalidad de poder adoptar la decisión más óptima para sus intereses.

frecuente, a tenor del art. 24 de la LPC, la imposición de sanciones económicas. Asimismo, según el art. 3 e) de la misma norma legal, existe la posibilidad de ejercitar la reparación e indemnización, adecuada y oportuna, de los daños, materiales y morales, en el supuesto de que se incumplan las obligaciones contraídas por parte del proveedor:

B) Los supuestos específicos: a propósito de los arts. 12 a) y 32 de la Ley 19.496

En el ámbito del comercio electrónico debemos tener en consideración dos preceptos de la LPC que se refieren a la materia que abordamos⁵³. En primer lugar, respecto al art. 12 a)⁵⁴, podemos manifestar que se encuentra ciertamente amparada la aceptación del consumidor como elemento del consentimiento⁵⁵. En efecto, según el tenor literal del precepto, el contratante débil de la relación jurídica ha de tener acceso, claro, comprensible e inequívoco⁵⁶, a las condiciones generales relativas al bien y/o servicio ofrecido⁵⁷ y, asimismo –deber vinculado con las cláusulas del contrato de consumo predispuestas, de manera electrónica, por el profesional⁵⁸-, ostentar la posibilidad de almacenarlas o imprimirlas –deber relacionado con la exigencia de que las mismas presenten forma escrita⁵⁹-. La aceptación⁶⁰ de este último, con carácter necesario, debe ser ostensiva. Asimismo, el proveedor ha de remitir una confirmación, por vía electrónica o por otros medios de comunicación, que garantice el oportuno conocimiento del consumidor; la que contendrá una copia, legible, clara e íntegra, del contrato.

53 Las variables señaladas por el SERNAC, como información mínima que debe estar presente en los sitios Web de las empresas radicadas en Chile, están alienadas con las Directrices que, al efecto, ha dictado la OCDE. Las mismas han sido incorporadas al código de buenas prácticas, en materia de comercio electrónico, de la Cámara de Comercio de Santiago, del que nos ocuparemos más adelante.

54 En relación a los contratos *browse* y esta materia, véase DE LA MAZA GAZMURI, I. y CRUZ CRUZ, S. "Contratos por adhesión y plataformas electrónicas", *Alfa Redi: Revista de Derecho Informático* (2003), 117.

55 BARAONA GONZÁLEZ, J. "La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho* (2014), 2, p. 391.

56 Por su parte, el SERNAC, *Estudio sobre la información que proporcionan los proveedores de comercio electrónico en Chile desde la perspectiva de la protección del consumidor*. Santiago de Chile (2015): Departamento de Estudios e Inteligencia, p. 4, determina que uno de sus objetivos estriba en vigilar la información que proporcionan los proveedores en sus sitios Web, a fin de velar por que ésta se encuentre disponible, de manera clara y accesible, puesto que es importante para la toma de decisiones de los ciudadanos para la compra vía Internet.

57 La mera visita al sitio Web, en el que se ofrece el acceso a ciertos servicios, no impone al consumidor obligación alguna, salvo que haya aceptado, de manera inequívoca, las condiciones ofrecidas por el proveedor.

58 Tal aspecto podría cumplirse incorporando un enlace o *link* en el sitio Web de la empresa, que lleve al usuario a las condiciones generales, y un espacio dirigido a la aceptación, que este pueda pulsar, con el ratón o cursor, para poner de relieve su conformidad con el contenido en cuestión.

59 Dicho deber, imperante en Derecho de consumo, con fines probatorios, se erige en una suerte de excepción del principio general del consensualismo consagrado en el art. 1443 del Código civil.

60 VIAL DEL RÍO, V. y LYON PUELMA, A. *Derecho civil. Teoría general de los actos jurídicos y de las personas*. Santiago de Chile (1985): Ediciones de la Universidad Católica de Chile, disponen que aceptación es el acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella.

Por su parte, con carácter adicional, en el art. 32 de la LPC, en su párrafo segundo, el legislador alude al deber que ostenta el proveedor de informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, al destinatario de las etapas o fases necesarias para celebrar el contrato electrónico, así como, cuando corresponda⁶¹, si el documento donde se formalice el contrato será archivado y si el mismo resultará accesible al consumidor. De forma complementaria, se establece la necesidad de que el proveedor fije un medio de contacto (dirección postal o electrónica) y, en su caso, que indique el procedimiento para corregir los errores que puedan suscitarse.

En cualquier caso, la tutela que, en este sentido, se otorga, por parte del legislador chileno, en esta materia, parece precaria. Así, aunque alude a los pasos que deben darse para entenderse por perfeccionada la contratación electrónica, omite aspectos notables como el hecho de reclamar la identidad del proveedor y su ubicación geográfica. Aspectos, estos últimos, que parecen esenciales en el ámbito del comercio electrónico. Ahora bien, cabría la posibilidad de que los instrumentos de autorregulación establezcan la necesidad de que las empresas que se adhieran a los mismos incorporen estas y otras cuestiones a favor del potencial consumidor y/o usuario. En efecto, dada la parquedad de los términos en los que se pronuncia el legislador chileno, en esta materia, sería deseable que los instrumentos de buenas prácticas que se elaboren, a este respecto, establezcan que los proveedores señalen aspectos que garanticen una mayor información por parte del consumidor. Así, entre otros, la información sobre identidad completa del proveedor –establecimientos y domicilio social-; si, en su caso, deberán hacerse a gastos de entrega; tipos de pago, entrega o ejecución; plazo de validez de la oferta⁶² o precio fijado; y coste superior de la técnica de comunicación a distancia cuando se haga sobre una base diferente a la tarifa básica.

C) La buena fe como fundamento del deber precontractual de información

El principio general de la buena fe⁶³ que, a fecha de hoy, la doctrina califica como objetiva⁶⁴, por oposición a la buena fe creencia, que es entendida de raíz subjetiva⁶⁵,

61 El recurso, por parte del legislador; a la expresión “cuando corresponda” suscita cierta inseguridad jurídica. En efecto, se plantea la duda de en qué momento debe entregar la información el proveedor. Debiera entenderse, para garantizar la tutela del consumidor, que lo es antes de que el destinatario del servicio opere el pedido o con carácter previo a iniciarse la contratación. En otras palabras, antes de prestar su consentimiento, podrá conocer si sus datos serán almacenados o no.

62 Como DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago de Chile (1980): Editorial jurídica de Chile, p. 50, establece la oferta debe ser firme, en el sentido que ha de expresar una voluntad decidida de concluir un contrato, en caso de ser aceptada. No reúne tal condición aquella oferta destinada solamente a incitar a otro a contratar.

63 En cuanto a esta materia, nos remitimos, desde una perspectiva histórica y dogmática, al sugerente estudio de GUZMÁN BRITO, A. “La buena fe en el Código Civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho* (2002), 29, pp. 11-23.

64 En relación a este aspecto, en un espacio más amplio, véase EYZAGUIRRE BAEZA, C. y RODRÍGUEZ DIEZ, J. “Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2013), 21, pp. 137-216.

65 La buena fe en su vertiente subjetiva representaría un estado de ánimo. De esta manera, puede manifestarse que se erige en una persuasión subjetiva interna –de carácter ético- de estar actuando o de haber actuado

está establecida en el ordenamiento jurídico chileno en uno de los preceptos básicos del Libro IV del Código Civil relativo al tratamiento de las obligaciones y contratos⁶⁶. Nos referimos esencialmente al art. 1546⁶⁷ de tal cuerpo legal⁶⁸.

La buena fe constituye un principio general del Derecho⁶⁹ y, como tal, debe extender su alcance a las negociaciones contractuales –estando presente durante todo el *iter* contractual⁷⁰-. Como principio general que es, representa un concepto de contornos imprecisos, si bien es extraordinariamente rico en aplicaciones prácticas que el legislador chileno hace jugar como inspirador de numerosas instituciones civiles. En el fondo, está presente un tipo de conducta modélica, considerada como conveniente o apropiada por la sociedad de cada momento. Dicha conducta resulta jurídicamente exigible, premiándose, en este sentido, la actuación acorde con la misma, pero sancionándose la que sea contraria –mala fe-.

El modelo de conducta que la buena fe comporta, presenta, por un lado, un componente de lealtad⁷¹ hacia la consecución del fin propuesto y, por otro, la salvaguardia de la confianza depositada en el comportamiento de cada parte, ya que se considera que se tiene fe en la corrección, en la bondad, de las conductas recíprocas de los contratantes.

En las relaciones contractuales⁷², el principio de la buena fe se identifica con la confianza, la honorabilidad⁷³ y, en algunos casos, la ética⁷⁴. Las aplicaciones concretas

correctamente. En otras palabras, es la creencia que, por un error excusable, ostenta la persona de que su conducta no peca contra Derecho. En este sentido, véase LYON CAEN, G. “De l'évolution de la notion de bonne foi”, *Revista Trimestral de Derecho Civil* (1946), 44, pp. 75-112.

66 CORRAL TALCIANI, H. “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en: *Temas de contratos*. Santiago de Chile, (2006): Ediciones Universidad Diego Portales, p. 187.

67 Establece que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

68 Algunos autores, como CARVAJAL, P. “Artículo 706 del Código Civil chileno: crítico como pretendido núcleo textual del principio de la buena fe”, en PIZARRO WILSON, C. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago (2009): Legal Publishing, pp. 31-45, han descartado la posibilidad de fundarlo sobre el artículo 706 del Código Civil.

69 La doctrina, en efecto, expande la órbita de la buena fe objetiva hasta llegar a calificarla de principio general del Derecho. En este sentido, FUEYO LANERI, F. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago de Chile (1990): Editorial Jurídica de Chile, pp. 153-162; SAAVEDRA GALLEGUILLOS, J. “El principio general de la buena fe”, en: *Instituciones modernas de Derecho civil Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*. Santiago (1996): Editorial Cono Sur, pp. 357-373; LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los contratos*, cit., pp. 391 y 392.

70 A este respecto, la ya citada sentencia de la Corte Suprema Ofelia Alarcón Jiménez con LG Electronics Inc. Chile Limitada, de 20 de octubre de 2009 (número de referencia de Legal Publishing 42671).

71 Un sector de la doctrina francesa distingue un mayor grado de intensidad de la buena fe en situaciones de especial confianza en virtud de la noción de lealtad. En esta línea, MEKKI, M. y KLOEPER PELESE, M. “Good faith and fair dealing in the DCFR”, *European Review of Contract Law* (2008), 3, p. 346.

72 Sobre esta cuestión, en sentido amplio, puede verse BOETSCH GILLET, C. *La buena fe contractual*, Santiago de Chile (2011): Editorial Jurídica de Chile.

73 La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 9 de mayo de 2005, preceptúa que la buena fe ha sido entendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como “la rectitud de intención, la honorabilidad comercial y el deseo de actuar sin perjudicar al otro contratante”.

74 HESSELINK, M. *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*. Deventer (1999): Kluwer, p. 33; JALUZOT, B. *La bonne fide dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*. París (2001): Dalloz, pp. 38-39;

del principio de buena fe dentro del campo negocial⁷⁵ tendrán, sobre todo, lugar en aquellos actos que impliquen confianza recíproca⁷⁶.

La buena fe supone un deber de información de una parte respecto de la otra. En este sentido, cada una de ellas tiene el deber de informar⁷⁷ las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento –aquellas por las que la otra parte, si las hubiera conocido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones plenamente diversas–.

Asimismo, debe considerarse que la buena fe constituye una cláusula general conveniente y necesaria en los ordenamientos jurídicos. De hecho, la misma puede interpretarse como una válvula que regula la presión de las exigencias ético-sociales, evitando, de este modo, un ordenamiento jurídico impermeable a los cambios de carácter social⁷⁸. Aunque los instrumentos derivados de la autorregulación, se actualizan con cierta periodicidad, pues, entre otros factores, los trámites formales no resultan tan tediosos y largos como los de las normas legales, la presencia del principio de la buena fe en los mismos juega un papel similar:

La cuestión de imponer deberes precontractuales de información está muy relacionada con los intereses que se tratan de amparar⁷⁹. Entre los mismos, se encuentran la protección de la libertad contractual, entendida como libertad de decisión. Se trata de que el contrato represente las preferencias de las partes y, para el cumplimiento de este objetivo, es necesario un consentimiento de carácter libre y reflexivo. A este respecto, debe considerarse que los deberes precontractuales de

SEGURA RIVEIRO, F. "La buena fe, un aspecto de tensión entre los sistemas jurídicos", en *Estudios de Derecho civil*. Santiago de Chile (2010): Albeledo Perrot y Legal Publishing, p. 499-510.

- 75 LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los contratos*, cit., p. 399, se muestra a favor de reconocer manifestaciones del principio general de buena fe en los tratos preliminares -deber de información, deber de confidencialidad, retiro unilateral-, en la ejecución del contrato -carácter esencial del incumplimiento para efectos resolutorios, aceptación de la excesiva onerosidad sobrevenida, consagración de la doctrina de los propios actos- y en relaciones postcontractuales -deber de secreto o reserva-.
- 76 Además de la buena fe objetiva, existen otros estándares relevantes, en materia de obligaciones y contratos, como, entre otros, "buen padre de familia", "buenas costumbres", orden público e "información esencial". Sobre este último particular y el valor de la información esencial, en el ámbito del mercado de valores, véase el art. 9 de la Ley 18.045.
- 77 Informar supone dar noticia respecto a aspectos relevantes que el comprador deba conocer sobre la cosa o el servicio que pretende contratar –en nuestro caso de forma virtual-. Ahora bien, el criterio de relevancia debe entenderse como todo parámetro susceptible de incidir sobre la decisión del comprador. Nótese que el criterio apuntado no establece que la información afecta a la decisión del comprador, sino que sea simplemente posible que lo haga.
- 78 En este sentido, RUZ LARTIGA, G. *Explicaciones de Derecho civil: contratos y responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile (2011): Legal Publishing, p. 32.
- 79 Podría afirmarse que la buena fe, en cierta medida, presenta una función correctora. En este sentido, debe señalarse que el art. 16, en su letra g), de la Ley de Protección al Consumidor, desde su modificación, por parte de la Ley 19.955, establece que no producirán efecto, entre otras, las cláusulas que sean contrarias a las exigencias de la buena fe. Respecto a la intervención judicial, en materia de cláusulas abusivas, MOMBORG, R. "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho* (2013), I, pp. 9-27.

información pueden, en cierta medida, concebirse como dispositivos que favorecen tal consentimiento. También, en segundo lugar, se protege, como segundo interés digno de mención, la tutela del mercado. Existe, en este sentido, un elenco de reglas –como, por ejemplo, las de publicidad- que no están directamente enfocadas a la formación del consentimiento, sino a que la oferta de bienes y/o servicios en el mercado opere de manera competitiva. Para ello, se procura que los potenciales consumidores y/o usuarios tengan la información suficiente para discriminar entre los diversos oferentes del mercado. Otro interés digno de salvaguardar estaría vinculado con lo que podría considerarse una suerte de lealtad contractual que se les demandaría a las partes durante la celebración del contrato⁸⁰. A tenor de tal postulado, durante la celebración del contrato, cada una de las partes podrá confiar en que la otra se comportará con lealtad y honestidad⁸¹. El cuarto interés al que conviene referirse es aquél relativo a que las personas se comporten diligentemente en las negociaciones de los contratos en que participen. De este modo, los sujetos deben ser responsables de sus declaraciones, aunque no las deseen.

Si bien ha de imperar, en todo momento, del *iter* contractual, una clara presencia del principio de la buena fe, no debemos obviar que el consumidor y, más, si cabe, en materia de comercio electrónico, debe, igualmente, autoinformarse. El artículo 3 de la Ley 19.496, *in fine*, alude a esta cuestión cuando se refiere a los derechos y deberes básicos del consumidor y enumera el deber de informarse responsablemente de ellos⁸². No se trata de un deber, sino de una carga⁸³. Nótese que su infracción no conlleva responsabilidad⁸⁴. En realidad, quien ostenta un deber de informar es el proveedor. Si este último lo incumple habrá de indemnizar los daños que origine al consumidor y/o usuario. A pesar de todo, como venimos diciendo, este último debe informarse razonablemente⁸⁵, pues, en caso contrario,

-
- 80 La Corte de Talca, en la sentencia de 8 de noviembre de 1999, dispuso que la responsabilidad precontractual, bien sea la que se rija por las reglas de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, se basa en el respeto a la buena fe y a la lealtad que deben regir las relaciones habidas entre quienes acometen las relaciones dirigidas a la celebración de un determinado contrato.
- 81 PINOCHET OLAVE, R. “La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables”, *Gaceta Jurídica* (2005), 297, p. 31, postula la recepción de la categoría de las expectativas razonables para defender al contratante débil, teniendo en consideración la extensión de la regla de la buena fe.
- 82 Así, la jurisprudencia (Sernac con Viajes Falabella, Rol 1973-Dio-07, 3 JPL Santiago, 29.06.07, considerando 12, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago), ha señalado que se ha negado la indemnización de perjuicios solicitada, argumentándose que el art. 3 letra b), que informa todo el sistema chileno de protección al consumidor, no se limita a imponer al proveedor la obligación de proporcionar la información del servicio prestado o los términos del contrato, sino que además requiere que el consumidor se preocupe de revisar la información entregada.
- 83 Estaríamos ante una suerte de carga. PEÑAILILLO AREVALO, D. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago de Chile (2003): Editorial Jurídica de Chile, p. 80, dispone que es la necesidad de adoptar una cierta conducta si se quiere lograr un determinado resultado.
- 84 Determina BARROS BOURIE, E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile (2006): Editorial Jurídica de Chile, que, a diferencia del deber, la carga no impone a la víctima una conducta, sino establece un requisito, relativo a su propia conducta, como condición para que tenga derecho a ser indemnizada por todos sus daños.
- 85 Ahora bien, un sector de la doctrina (FERNÁNDEZ FREDES, F. “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión, Facultad de Ingeniería y Ciencias, de la Universidad de Chile* (1998), I (2), p. 115; PERRET, L. “Protección al consumidor: en Canadá y Estados Unidos: principales técnicas”, en: CORRAL TALCIANI, H. (Ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago (1999): Facultad

no alcanzará el resultado (es decir, la indemnización de daños y perjuicios debido a la falta de información). Entendemos que a ello coadyuva, de manera notable, los sistemas de autorregulación establecidos en materia de comercio electrónico en dos aspectos. En primer término, en cuanto a su articulado, como más adelante veremos, los documentos de buenas prácticas instauran una mejora de los derechos establecidos, con carácter mínimo, por parte del legislador respecto al consumidor y/o usuario. Estos beneficios son, entre otros aspectos, visibles en la información que ha de facilitar el proveedor a los potenciales consumidores y/o usuarios que deseen contratar con los mismos⁸⁶. En segundo término, los sistemas de autorregulación repercuten, de manera positiva, en este deber de autoinformación que, como se dijo, es predicable respecto al consumidor. De hecho, tales herramientas persiguen, entre otros objetivos, la educación⁸⁷ del contratante débil en materia de comercio electrónico.

III. LA AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio electrónico precisa un marco normativo regulador que tenga en consideración tanto su carácter global como sus particularidades definidoras. En efecto, es notorio que la contratación electrónica, a través de Internet, presenta especialidades propias del medio telemático que es objeto de utilización como canal para la prestación del consentimiento⁸⁸. Para, precisamente, tener en consideración las mismas, ideando un alentador complemento de la normativa legal⁸⁹, los agentes que interactúan en todo este ámbito han aprobado un sugerente elenco de

de Derecho, Universidad de Los Andes, p. 23), destaca, en este sentido, la actitud, diligente y responsable, que se espera por parte de los consumidores.

- 86 Tal apreciación enlaza con la afirmación efectuada por KRAUSZ BITRÁN, A. "La mano invisible del soft Law en la protección del consumidor", en: *Jornadas Chileno Uruguayas de Derecho Comercial*. Santiago de Chile (2011): Facultad de Derecho Universidad de Chile y Librotecnia, p. 247, de que el mercado de bienes y servicios resulta cada vez más competitivo con clientes más y mejor informados que exigen altos estándares de cumplimiento.
- 87 A tenor del art. 3 f) de la LPC, el consumidor ostenta el derecho a "la educación para un consumo responsable", que, asimismo, representa una manifestación de la garantía constitucional presente en el número 10 del art. 19. El primer sujeto pasivo que ostenta la obligación de educar es precisamente el Estado chileno que, por medio de su institucionalidad —el SERNAC— diseña, fomenta y efectúa políticas públicas dirigidas a elevar el nivel de la cultura del consumo nacional.
- 88 En relación a esta materia, véanse los trabajos de: PINOCHET OLAVE, R. "La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte I: La Oferta Electrónica", *Revista Ius et Praxis* (2004), 10 (2), pp. 267 - 320; PINOCHET OLAVE, R. "La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información: Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?", *Revista Ius et Praxis* (2005), 11 (1), pp. 55 - 92; PINOCHET OLAVE, R. "La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información. Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico", *Revista Ius et Praxis* (2005), 11 (2): pp. 273 - 302; PINOCHET OLAVE, R. "La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información: Parte IV: El lugar de formación del consentimiento electrónico", *Revista Ius et Praxis* (2006), 12 (1), pp. 215 - 231.
- 89 La herramienta que se aborda se erige en una estrategia de colaboración público privada para una mejor política regulatoria. Ahora bien, el recurso a la misma, podría plantear algunos recelos como el hecho de quedarse en la letra y en la forma, sin pasar a la acción. Algo similar a lo que ha tenido lugar a propósito de la responsabilidad social corporativa.

instrumentos derivados de la autorregulación⁹⁰. Seguidamente, analizaremos, de manera independiente, diversos aspectos relativos a esta última.

I. Concepto y caracteres

La autorregulación constituye un fenómeno que no es, en absoluto, reciente. Cualquier organización o sujeto, de una u otra forma, se autorregulan⁹¹. Tal hecho resulta jurídicamente relevante cuando esa autorregulación rebasa el marco privado, doméstico, de origen, proyectando sus efectos sobre un radio de acción notablemente más amplio –en ciertas ocasiones, será supranacional-, alcanzando, a su vez, a los poderes públicos. Son, precisamente, los efectos públicos de la autorregulación los que explican el creciente interés a favor de lo que podría denominarse el control público de la autorregulación privada (también denominada la regulación de la autorregulación).

Durante el siglo XX a las normas de conducta, como regla general, se les atribuyó una eficacia muy limitada, en cuanto a su capacidad para regular comportamientos sociales. En el escenario temporal que se examina, en efecto, existía la creencia generalizada de que, al no estar ante normas de carácter jurídico, sino ante meros postulados morales, el articulado de las normas éticas –contenidas, en numerosos supuestos, en códigos de conducta- apenas era cumplido. En la actualidad, el escenario que se plantea ha cambiado notablemente.

Que la autorregulación se desenvuelve entre la sociedad y el Estado, entre lo privado y lo público, es evidente y, simultáneamente, consustancial al concepto que se manejará, centrado en la autodisciplina que surge en la órbita privada, pero que alcanza relevancia pública. En base a que la autorregulación es una práctica más informal que la legislación y que carece de capacidad coactiva –entendida ésta en el sentido de una virtualidad y alcance cercano a la estatal-, la eficacia de la misma puede ser muy débil si no se da un entorno cultural favorable y la organización de todas las partes implicadas.

Hay que observar, asimismo, que la autorregulación no puede ser vista como una excusa que exima al poder legislativo de sus obligaciones, sino como complemento a una legislación que, inevitablemente, no puede dejar de tener un carácter muy general y ambiguo.

Debe reconocerse la posibilidad de que la consecución de los intereses generales se atribuya también a organizaciones y sujetos de origen y naturaleza

90 La materia que se analiza se encuentra vinculada con el *soft law*. Desde sus comienzos, tal término ha sido interpretado de manera diversa. La expresión, a juicio de algunos, trataba de poner de manifiesto enunciados normativos, formulados como principios abstractos que devenían operativos en virtud de su aplicación judicial.

91 CANNATA, J. y BONNICI, J.P. "Can Self-regulation Satisfy the Transnational Requisite of successful Internet Regulation", *International Review of Law Computers*, 17 (1), pp. 51-61.

privada y, asimismo, surge la necesidad de considerar a determinados instrumentos normativos privados elaborados por aquéllos como una importante herramienta que puede ser utilizada por la propia Administración para el cumplimiento de sus fines.

Desde esta perspectiva, la autorregulación puede ofrecer soluciones a determinadas cuestiones que se plantean más allá de lo que establecen las normas jurídicas. Estas últimas difícilmente pueden pronunciarse, con sus enunciados generales y abstractos, sobre lo que, en la mayoría de los casos, son situaciones muy particulares de un determinado colectivo o tipo de sujetos que tiene sus propios problemas específicos.

Puede, en este sentido, disponerse que la autorregulación se vincula a la articulación de nuevas estrategias reguladoras fomentadas por los poderes públicos. En virtud de estas últimas, se intenta mejorar la participación y la responsabilidad de los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos públicos, garantizando la eficacia, pero también la coherencia de la legislación. En realidad, se trata de mejorar la eficacia de la regulación estatal.

La autorregulación, en materia de comercio electrónico, es la ordenación efectuada por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, ejecución y difusión del comercio electrónico y la publicidad interactiva, para imponerse, a sí mismos, de manera voluntaria, un elenco de normas, en definitiva buenas prácticas, en el ámbito enunciado. Como podrá apreciarse, "autorregulación" es un vocablo que implica, por un lado, una elaboración normativa y, por otro, una capacidad volitiva interna de los sujetos que participan del sistema en cumplir las normas –materializados en diferentes documentos de buenas prácticas como es un código de conducta- redactadas por sí mismos. La autorregulación, asimismo, incluye una capacidad impositiva o de control de ejecución de los documentos derivados por parte de un miembro a otro. Y, también, implicará una capacidad sancionadora.

El fenómeno que comentamos, la autorregulación del comercio electrónico, en general, pero, en especial, del que presenta carácter transfronterizo, constituye una manifestación del creciente desarrollo de una normativa transnacional o extraestatal⁹² –diferenciada de la legislación estatal y de la normativa internacional (básicamente integrada en convenios de carácter internacional)- relevante no sólo

92 En este orden de cuestiones, debemos citar el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de febrero de 2014. Esta última –que fue formalmente establecida en junio de 2012- se erige en un instrumento de integración, económica y comercial, del que son parte Chile, Colombia, México y Perú. Especialmente interesante resulta, a nuestros efectos, el capítulo 13 del citado Protocolo que, precisamente, se encuentra dirigido al tratamiento del comercio electrónico. Los Estados Partes de la Alianza reconocen la gran relevancia de una serie de principios que deben ser considerados para regulaciones presentes y futuras. Entre los mismos, se menciona, de manera expresa, el siguiente: "alentar la autorregulación en el sector privado para promover la confianza en el comercio electrónico, teniendo en cuenta los intereses de los usuarios, a través de iniciativas tales como las directrices de la industria, modelos de contratos, códigos de conducta y sellos de confianza".

para la ordenación de las relaciones mercantiles, sino también para la tutela de los consumidores en un entorno de expansión de la contratación internacional de consumo⁹³.

Las ventajas que, en el ámbito que se somete a examen, pueden proporcionar la adopción de las distintas técnicas de autorregulación son diversas. Los instrumentos derivados de la autorregulación posibilitan una adaptación a los cambios de carácter tecnológico, económico y sociológico mayor y con más celeridad que la que, en este sentido, pueden ofrecer los canales convencionales de ordenación. Este extremo se erige en un dato notablemente significativo en un sector; tan dinámico y cambiante, como Internet. No nos encontramos ante un problema nuevo, ya que, tradicionalmente, la legislación ha resuelto problemas de aplicación de las tecnologías, aunque con cierto retraso, según éstas han ido suscitando nuevas dificultades al cuerpo doctrinal legislativo. Tal inconveniente, inherente al propio procedimiento de elaboración de las normas, podría eludirse o, al menos, relativizarse de acudirse a la figura de los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico, pues tales normas, de origen convencional, fruto de la autorregulación, tienen un período de elaboración notablemente más corto y menos formalista que las normas legales, siendo, dicho sea de paso, su capacidad de adaptación a los cambios tecnológicos notablemente mayor⁹⁴. Otras prerrogativas que deben destacarse de la autorregulación son: flexibilidad –por, entre otros motivos, estar ante un constante proceso de cambio tecnológico–; especialización; favorecer el desarrollo de estándares que garantizan elevados niveles de corrección; transparencia; prevención de infracciones, en el ámbito reglamentado, sobre todo si se dispone de mecanismos de valoración previa, por ejemplo, en nuestro caso, de la publicidad interactiva antes de su emisión o difusión (*copy advice*); bajo coste, en diferentes ámbitos, cual en los procedimientos por infracciones; el hecho de cubrir eventuales lagunas de carácter legal; y fácil acceso.

Asimismo, la vocación de integración y coordinación, a nivel supranacional, con la que suelen idearse estas técnicas, representa la vía perfecta para la superación de los problemas, así como de los límites que la globalidad y la ausencia de territorialidad de la Red pueden suscitar para los tribunales.

93 MERCOSUR, *Comércio Eletrônico: Estudos e Diagnósticos no Mercosul*. Rio de Janeiro (2013): Unidade de Gestão do Mercosul Digital, p. 64 se posiciona a favor de la autorregulación del comercio electrónico. Ahora bien, habida cuenta de la heterogeneidad de los sistemas de autorregulación en América Latina, considera plausible contar con un sistema propio del Mercosur. Este último opta, habida cuenta de sus prerrogativas, por el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (econfianza.org).

94 Una ventaja predicable de la autorregulación, sobre todo en el ámbito anglosajón, es su potencial para evitar la proliferación de iniciativas legales que, de alguna manera, tiendan a sobre regular cuestiones vinculadas con las TIC. Puede afirmarse que ninguna figura normativa, elaborada por el legislador, puede evolucionar a la misma velocidad que las nuevas tecnologías.

2. Presupuestos

A continuación, nos referiremos, de forma somera, a los elementos precisos que, con carácter necesario, deberá incluir el sistema de autorregulación para que el mismo sea completo y eficaz. La falta de alguno de los presupuestos preceptivos o el mal funcionamiento de los mismos determinará que el sistema, además de ineficaz, sea incompleto, pudiéndose considerar, de este modo, que no cumple con los requisitos necesarios para poder manifestar que nos encontramos ante un verdadero sistema ordenador del comercio electrónico. Consideramos que, para poder hablar de un verdadero instrumento efectivo de autorregulación, en materia de comercio electrónico, o, lo que es lo mismo, un sistema de autorregulación -que, naturalmente, convivirá con la normativa estatal-, deben concurrir ciertos elementos. Algunos de ellos presentarán carácter constitutivo, mientras que otros, por contra, son accesorios o complementarios. En primer término, enunciaremos cada uno de ellos, en atención a su carácter; para, posteriormente, pasar a su análisis.

Son requisitos constitutivos, los dos que, a continuación, se determinan. Por un lado, el código de conducta o documento regulador; entre otros aspectos, de la contratación y publicidad interactiva, siendo posible su consulta de manera electrónica, así como su constancia, con carácter mínimo, en las lenguas del lugar de establecimiento de las empresas adheridas a los mismos. Y, por otro, el organismo de control o mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, para, en su caso, solventar las controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción -publicidad interactiva- de los mismos. En otras palabras, el mecanismo extrajudicial de resolución de litigios se pronunciará sobre la existencia o inexistencia de una posible vulneración del código de conducta -en el que el mismo se integra- imponiendo, en su caso, la sanción que proceda según el articulado de este último.

En cuanto a los requisitos de carácter accesorio, pueden citarse, entre otros, los dos siguientes. En primer término, el acuerdo o predisposición previa de todos los agentes que, de forma directa o indirecta, interactúen en el sector de que se trate. En segundo lugar, el sello de calidad o logotipo de confianza representativo de que la empresa que lo ostenta ha superado, con éxito, las auditorías o controles, establecidos por la entidad responsable del sistema, para reconocer, de manera pública, ser merecedor de las garantías que la adhesión al sistema comporta. Aunque, insistimos, estos presupuestos no resultan preceptivos, su incorporación al sistema de autorregulación parece muy oportuna por dos razones. Por un lado, en el caso de que el código de conducta cuente con el beneplácito de todos los agentes potencialmente susceptibles de verse afectados por el mismo, logrando un texto de consenso, tenderá a considerarse como autoimpuesto, siendo el grado de

cumplimiento más elevado que en caso contrario, pues su confección responderá a los intereses de todos. Por otro lado, el sello de confianza es el signo gráfico que delimita el colectivo empresarial que cumple con las buenas prácticas recogidas en el articulado del código ético. Sería suficiente que el potencial consumidor y/o usuario viera y, consecuentemente, conociera su significado para que la presencia del logotipo pudiera desarrollar todo el potencial para el que, precisamente, ha sido concebido: acreditar la adhesión a un concreto sistema de autorregulación y, con ello, el elenco de mejoras que se ponen a disposición del potencial consumidor y/o usuario. En relación a este último extremo, cabe advertir que no todos los códigos reconocen al consumidor y/o usuario el mismo grado de mejoras legales.

A) Preceptivos

Seguidamente, nos referiremos, de manera individual, a los dos requisitos constitutivos antes enunciados. Son, por un lado, el código de conducta y, por otro, el organismo de control.

En primer lugar, uno de los elementos nucleares de los sistemas de autorregulación, en efecto, son los denominados códigos de conducta en materia de contratación electrónica. Los mismos representan, además de una importante novedad, pues desplaza al sector privado, si se nos permite la expresión, la tarea de la reglamentación de una determinada materia, un importante avance, ya que el sector público es consciente de las numerosas ventajas que la autorregulación, en el espacio de la contratación electrónica, supone.

Los códigos de conducta, en materia de comercio electrónico, pueden ser definidos como documentos, de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de principios, reglas o, en definitiva, buenas prácticas, certificables por una tercera parte independiente. Los mismos disciplinan materias relativas al procedimiento precontractual, contractual y postcontractual, por lo que a la contratación electrónica respecta, sin perjuicio de otras cuestiones conexas. Su finalidad es la instauración y consolidación de la confianza del potencial consumidor y usuario.

La aprobación de un código de conducta, con la posterior adhesión por parte de una determinada empresa que ofrezca sus servicios a través de medios de contratación electrónica, si se conociera su verdadero significado y alcance, representaría un elemento muy valorado por parte del público –consumidores y usuarios- al que tales instrumentos van dirigidos. El verdadero problema estriba en el desconocimiento que sobre los mismos existe. A fecha de hoy, en Chile imperan dos grandes códigos de conducta sobre el particular. Se trata, por un lado, del código de buenas prácticas para el comercio electrónico de la Cámara de Comercio de

Santiago⁹⁵, aprobado en junio de 2014⁹⁶, y, por otro lado, el código de conducta sobre publicidad interactiva de IAB Chile, aprobado en septiembre de 2012.

Los códigos de conducta constituyen, para el empresario adherente⁹⁷, un compromiso en firme del cumplimiento de sus normas, cuyo contenido garantiza, además del acatamiento de la legalidad imperante en toda la operativa de la contratación electrónica –y otros extremos como, entre otros muchos, son la publicidad, protección de menores y dignidad de la persona, protección de datos de carácter personal⁹⁸, propiedad intelectual e industrial, remisión de bienes o prestación de servicios no solicitados, etc.–, un plus adicional que, en ocasiones (lo deseable, sin embargo, es que lo fuera siempre), mejora la protección que, a nivel legal, se reconoce, con carácter mínimo, al consumidor y usuario que habrá de respetarse por parte de los empresarios que se adhieran a tales instrumentos. En el caso concreto de Chile, el código de conducta de la Cámara de Comercio de Santiago, disciplina, con carácter general, diversos apartados relativos al comercio electrónico⁹⁹, mientras que su homónimo de IAB Chile únicamente se centra en la publicidad on-line¹⁰⁰.

Naturalmente, tal práctica genera confianza para el consumidor y usuario, dado que, cuando entiende su significado, tiene la oportunidad de conocer, mediante la

-
- 95 Con la iniciativa de la Cámara de Comercio de Santiago se estableció la “Alianza por las Buenas Prácticas en Internet”. Se trata de una instancia en la que participan actores privados y públicos. Por lo que se refiere a los primeros, deben citarse: además de la Cámara de Comercio de Santiago, la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, la Asociación Chilena de Tecnologías de la Información, la Asociación de Proveedores de Internet y el Colegio de Abogados de Chile. Y, en cuanto a las instancias gubernamentales, podemos señalar: el Ministerio de Economía, el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia, y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.
 - 96 Tal documento de buenas prácticas tiene como antecedente a otro aprobado, por la misma institución, en 2005. El mismo fue ideado por la Cámara de Comercio de Santiago, en colaboración con BBBOnline, *Global Trust Alliance* y el Banco Interamericano de Desarrollo. La iniciativa en cuestión es valorada por DE LA MAZA GAZMURI, I. “Plataformas electrónicas y protección de los consumidores: el caso chileno”, en: *Consumidores*. Santiago de Chile (2012): Albeledo Perrot. Legalpublishing, Thomson Reuters, pp. 305-308.
 - 97 En el caso concreto de Chile, como se ha señalado, existen dos códigos de conducta vinculados con el comercio electrónico. En cuanto al primero de ellos, código de buenas prácticas para el comercio electrónico de la Cámara de Comercio de Santiago, cabe decir que la adhesión fue preceptiva y automática para los miembros del Comité de Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio de Santiago, mientras que ostentaba carácter voluntario para los externos a dicho órgano. Respecto al segundo de los códigos de conducta, denominado, por la entidad promotora, sistema de confianza IAB Chile, el mismo resultó obligatorio para todos los socios de IAB Chile.
 - 98 El consumidor y/o usuario, a tenor de la Ley 19.628, puede negarse a la utilización de sus datos con fines comerciales, de investigación de mercadeo o encuestas de opinión. Lo más adecuado es, en el momento de la inscripción, incluir una opción para permitir o denegar esta tipología de acciones.
 - 99 Tal documento ostenta, tras la Exposición de Motivos, siete grandes áreas, a saber: definiciones y ámbito de aplicación; publicidad; contratación electrónica; protección de datos personales; protección de menores; reglas especiales para sistemas de comunicación a distancia distintos de Internet; y validez y eficacia del código.
 - 100 El sistema de confianza IAB Chile se divide en tres grandes bloques. El primero, que versa sobre las materias reguladas en el código de conducta, tiene, a su vez, cinco títulos que son los siguientes: normas generales; marketing digital; tratamiento de datos personales; derechos de las personas; y gestión y tratamiento de las bases de datos que contengan datos personales. El segundo bloque es relativo al mecanismo alternativo de resolución de disputas. Por su parte, el tercer y último bloque se refiere al procedimiento de adhesión al sello de confianza (que, en realidad, es la acreditación visual de la formalización del compromiso con el código de conducta).

muestra del logotipo o sello de confianza en el sitio Web de la empresa adherida, que un empresario es signatario, con lo que ello representa, de un determinado código de buenas prácticas en materia de contratación electrónica. A pesar de que, indudablemente, generarán confianza, no será la misma en todos los supuestos. En efecto, el alcance de la misma dependerá de diversos factores como, entre otros muchos, el prestigio o importancia de la/s entidad/es autora/s o responsable/s del código de conducta o de la tipología de empresas adheridas. En el caso concreto de Chile, las herramientas de buenas prácticas, a las que nos venimos refiriendo, han sido auspiciadas por entidades representativas en el sector (Cámara de Comercio de Santiago¹⁰¹ e IAB Chile¹⁰²). Cabe reseñar que, en el pasado, existió un código de buenas prácticas relativo al comercio electrónico, que si bien no tuvo demasiada vigencia temporal, fue puesto en marcha, igualmente, por una Cámara de Comercio. Nos referimos a Confiare¹⁰³.

Podría plantearse el supuesto de que los códigos de conducta no otorgasen mejoras significativas de la normativa legal aprobada por el legislador, representando, de este modo, una simple recopilación sistemática de las normas aplicables a la contratación electrónica o la publicidad interactiva¹⁰⁴, sin añadir, por mínima que sea, ventaja tuitiva adicional (a las que el legislador reconoce) a favor del contratante débil¹⁰⁵. La última apreciación realizada no es, en modo alguno, baladí. En efecto, en el caso de que los mismos tratasen de convertirse en un reclamo publicitario, que hiciera nacer expectativas legítimas en los consumidores y/o usuarios, haciendo creer que conceden un plus adicional de lo que confiere la legislación imperante, no siendo cierto, podrían ser considerados desleales por engañosos (ex arts. 3 y 4 b) de la Ley 20.169 de competencia desleal y art. 28 de la LPC).

Además de los códigos de conducta que, en la actualidad, imperan en Chile, en el ámbito del comercio electrónico, debemos poner de manifiesto el elenco de buenas prácticas que, en la misma materia, enumera el SERNAC. En otros términos, este

101 La Cámara de Comercio de Santiago se erige en una asociación gremial sin fines de lucro. Fue fundada en 1919. Reúne a más de 2.000 empresas asociadas, dentro de las que se incluyen grandes, pequeñas y medianas, y todas ellas representativas de los más relevantes sectores económicos del país.

102 IAB Chile forma parte de la red mundial de afiliados de *Interactive Advertising Bureau* –IAB-. Esta última entidad goza de una reconocida trayectoria en el ámbito de la publicidad digital. Entre sus asociados, se encuentran los medios y agencias más importantes de Chile.

103 Esta iniciativa fue ideada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile. Representa una asociación gremial líder del comercio chileno desde hace más de 140 años.

104 Dicha afirmación debe discernirse de la labor educativa que este tipo de instrumentos conllevan. Del art. 8.b) de la Ley 19.496 se deduce que una de las funciones de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores es informar, orientar y educar a los mismos para el adecuado ejercicio de sus derechos y brindarles asesoría cuando la requiera. En relación al precepto anteriormente señalado, debe considerarse el contenido del art. 58 de la misma norma legal, cuando alude a las funciones del SERNAC.

105 En el caso concreto del código ideado por parte de la Cámara de Comercio de Santiago encontramos un sugerente código de conducta que efectúa una adaptación de la normativa legal, en base a principios generales, sin perjuicio de estar estructurado en preceptos, que podía haber ido más allá en las cuestiones que aborda, en el sentido de mejorar, en mayor medida, lo preceptuado por el legislador, con carácter mínimo, a favor del consumidor y/o usuario. Por su parte, el documento redactado por IAB Chile, para la publicidad interactiva, merece una valoración similar.

último organismo identifica una serie de apartados que, como decimos, se erigen en una suerte de buenas prácticas¹⁰⁶, en el espacio de la información, que deben estar presentes en los sitios Web de los proveedores¹⁰⁷. En este sentido, pueden listarse las siguientes materias: identidad de la empresa¹⁰⁸; información relativa a la transacción¹⁰⁹; políticas de privacidad¹¹⁰; y, finalmente, seguridad del sitio Web¹¹¹. El propio SERNAC ha monitoreado, en diversos estudios, la presencia de dichas prácticas¹¹².

En segundo lugar, cabe referirse al organismo de control. Las resoluciones de los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos instaurados en cada sistema de autorregulación se fundan en los códigos de conducta suscritos por los empresarios adheridos al sistema. Teniendo en consideración que no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético al que ineludiblemente deben obedecer los sistemas de autorregulación estriba en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas, en materia de comercio electrónico, a la legalidad vigente, solventando las diferencias que, en la práctica, puedan plantearse¹¹³.

106 Detalla el SERNAC, *Estudio descriptivo del E-commerce en Chile y análisis de reclamos ante SERNAC*. Santiago de Chile (2014): Departamento de Estudios e Inteligencia, p. 2, que han mostrado una mayor presencia de buenas prácticas los proveedores de Retail y los proveedores de descuentos.

107 El SERNAC, *Estudio sobre la información que proporcionan los proveedores de comercio electrónico en Chile desde la perspectiva de la protección del consumidor*. Cit., p. 13, ha realizado estudios para valorar la presencia de las mismas en los sitios Web. Los resultados de estas investigaciones, efectuadas entre 2012 a 2015, indican que se ha avanzado sustantivamente en la materia por lo que respecta a la presencia de la información mencionada. Sin embargo, todavía existen debilidades, principalmente sobre la facilidad, claridad y precisión de la información.

108 Se observa si se refleja, de manera accesible y expedita, un domicilio físico, teléfono y correo electrónico de contacto, así como si se hace constar el representante legal. A efectos de eventuales consultas o reclamos, se persigue que el proveedor señale canales permanentes de comunicación a disposición del consumidor y/o usuario. La información que, a este respecto, se indique debe ser clara, adecuada y suficiente.

109 Dentro de este apartado, esencialmente, se busca valorar si en el sitio Web se incluyen aspectos como, entre otros, son: términos y condiciones; descripción exhaustiva de los bienes y/o servicios; plataforma para solventar las eventuales dudas que, en su caso, se susciten; el precio total de los productos y/o servicios ofertados; y, finalmente, la eventualidad de poder ejercitar el derecho de retracto en los 10 días siguientes a la contratación.

110 Se trata, en definitiva, de considerar: si se especifica el uso y la finalidad de la información proporcionada; quiénes tendrán acceso a la información que, en su caso, se facilite; si existen políticas de privacidad explícitas; y si se especifica el consentimiento en el uso de los datos.

111 Las medidas de seguridad del sitio Web a las que, en este sentido, se presta atención son las siguientes: existencia de elementos técnicos para dar seguridad y confidencialidad a los datos, personales y financieros, que se han facilitado por parte de los consumidores; redireccionamiento a protocolos criptográficos "https"; concurrencia del símbolo de candado en la parte superior del sitio Web. Lo que se busca es evitar un mal uso de los datos personales y eventuales fraudes.

112 Las cifras de reclamos de los consumidores se incrementan de la misma manera de la que lo hacen las ventas en la Red. Resulta, según dispone el SERNAC, *Guía de alcance jurídico y de buenas prácticas comerciales en materia de comercio electrónico*. cit., p. 4, fundamental mejorar la confiabilidad del sistema y el cumplimiento de las expectativas de los consumidores a tenor de lo informado en la transacción. Los supuestos ingresados al sistema de atención de público, en 2013, según SERNAC, alcanzaron los 311.756 reclamos. Esto significa que el mercado del comercio electrónico registra el 3.7% del total de reclamos recibidos. En el ámbito del comercio electrónico, los reclamos, en 2013, se incrementaron un 16%.

113 A tenor del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico de febrero de 2014, al que nos hemos referido, con carácter previo, del que es parte Chile, debe valorarse, de forma positiva, la incorporación de mecanismos alternativos de solución de controversias transfronterizas, en las que sea parte el consumidor, que se desarrollen a través de medios electrónicos.

Ahora bien, para que nos encontremos ante un verdadero organismo de control entendemos que el mismo debe reunir las notas de independencia e imparcialidad. La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción. Cuando la decisión se adopte de manera individual, esta independencia estará confirmada por la concurrencia de las medidas siguientes: la persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función; la duración del mandato de la persona designada deberá ser suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado; y cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones. En el supuesto de que la decisión se adopte de forma colegial, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios antes enunciados.

En el caso de los sistemas de autorregulación vigentes en Chile, en el ámbito del comercio electrónico (tanto el ideado por la Cámara de Comercio de Santiago como el diseñado por IAB Chile), no existen en los códigos de conducta elementos de juicio suficientes que nos permitan garantizar la independencia e imparcialidad del organismo de control. De hecho, la regulación, en este sentido, por parte de ambos documentos reguladores, es realmente parca. Parece, sobre todo, que nos encontramos ante figuras que, en gran medida, realizan una labor de mediación¹¹⁴.

Los consumidores, como es sabido, requieren mecanismos rápidos, baratos –e, incluso, gratuitos, teniendo en consideración el exiguo valor económico del bien o servicio contratado–, y eficaces que posibiliten la solución de las controversias que pudieran surgir¹¹⁵, en materia de comercio electrónico, con los empresarios con los que acometan cualquier relación contractual¹¹⁶.

Otra característica presente en los sistemas de autorregulación es que la tramitación de reclamaciones es gratuita para los consumidores y/o usuarios, por lo que, obviamente, no incurrirán en coste alguno por la resolución del litigio, en

114 Para el código de conducta de la Cámara de Comercio de Santiago se creó el Comité de Comercio Electrónico, mientras que en el caso del IAB Chile, previa mediación del sujeto nombrado por la Oficina del Programa de Confianza, funciona el denominado Comité de Ética.

115 El SERNAC, *Estudio sobre la información que proporcionan los proveedores de comercio electrónico en Chile desde la perspectiva de la protección del consumidor*. Santiago de Chile (2015): Departamento de Estudios e Inteligencia, p. 7, dispone que el 44% de los reclamos recibidos, entre enero y junio de 2014, fueron debido al incumplimiento de las condiciones contratadas, seguido del 18% por motivos de retardo en la entrega de lo comprado y un 10% por servicios defectuosos.

116 KAUFMANN-KOHLER, G. y SCHULTZ, T. *ODR: Challenges for contemporary justice*. Holanda (2004): Kluwer Law International, Holanda; KATSH, E. "Bringing online dispute resolution to virtual worlds: creating processes through code", *New York Law School Law Review* (2004), 49, pp. 1101-1121.

virtud de los procedimientos creados por los órganos de autodisciplina, a diferencia de lo que acontecería si tuvieran que recurrir a los mecanismos judiciales, pues los mismos no sólo suponen elevados costes para los litigantes, sino que, la mayoría de las ocasiones, implican una larga espera hasta que la resolución del conflicto, por tribunales ordinarios integrados por jueces y magistrados, tiene lugar. Ponemos de manifiesto la composición de los tribunales para marcar la diferencia que existe con respecto a los sujetos que resolverán el litigio en el marco del procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos, ya que, como regla general, serán expertos en la materia, dando, de este modo, una solución ciertamente ajustada a la controversia planteada.

B) Accesorios

Retomando ideas que hemos apuntado, cabe recordar los dos presupuestos accesorios de los sistemas de autorregulación. Son, en primer término, el acuerdo previo de todos los agentes que interactúan. Y, en segundo término, el logotipo gráfico acreditativo de la adhesión o compromiso con el documento de buenas prácticas.

En cuanto al primero de los presupuestos, puede afirmarse que la solvencia de la autorregulación, en materia de comercio electrónico y en otros muchos, depende, en gran medida, de la participación, directa o indirecta –debiendo entenderse incluido, en este último término, la representación-, de todos los sujetos implicados. Con la colaboración de todos los agentes sociales, las manifestaciones de la autorregulación no sólo serán más acertadas y racionales, sino que, además, se pondrán las bases para prevenir y, en cierta medida, neutralizar los eventuales conflictos que entre los interesados pudieran acontecer:

Respecto a la tipología de sujetos que deberán formar parte del grupo que elaborará el documento que sirva de referencia al sistema de autorregulación, los códigos de conducta, han de existir representantes de todos los colectivos que, en materia de comercio electrónico, interactúan. Tal extremo posibilitará que se pueda alcanzar un texto de consenso que, en cierto sentido, garantizará la independencia e imparcialidad del código de conducta que, en su caso, se redacte. En el caso de Chile, no obstante, no existen elementos que nos permitan considerar que el contenido de los preceptos de los que se integra el articulado de los códigos de conducta, elaborados por la Cámara de Comercio de Santiago y de IAB Chile, fueron perfilados conjuntamente con todos los colectivos susceptibles de verse afectados. Parece, más bien, que dichos textos fueron confeccionados por comités específicos integrados en cada una de estas instituciones –y, por consiguiente, sin participación de otros colectivos-.

En segundo término, la presencia de una etiqueta de confianza en un sitio Web, representativa de la adhesión a un determinado sistema de autorregulación, supone que el empresario que lo ostenta se compromete a cumplir, en todas sus actividades, el articulado presente en el código de conducta al que el sello de confianza corresponde. Dicho en otros términos, el compromiso de los proveedores con cualquiera de los sistemas que comentamos, constituye un reconocimiento de la calidad de las empresas que los hayan suscrito que, dicho sea de paso, con la exhibición de los sellos de confianza, buscan un mejor posicionamiento en el mercado, lo que se traduce en una mayor competencia en el tráfico mercantil, beneficiándose, en cierto sentido, del prestigio que el sello supone.

La exhibición del distintivo que exponemos, además de infundir confianza en el público destinatario, surtirá una doble eficacia. Por un lado, publicitará, de manera directa, sin contraprestación alguna, el sistema de autodisciplina, en materia de comercio electrónico, al que el signo pertenezca, pues, mediante la pulsación en el sello en cuestión, se accederá electrónicamente, de manera completa, a aquél, por lo que podrá conocerse, de modo global, las condiciones del servicio. Por otro, de forma indirecta, mediante la exhibición del sello, las empresas adheridas contribuyen a otorgar un mayor prestigio o reconocimiento social de la herramienta de confianza suscrita, lo cual, naturalmente, da una mayor calidad, *goodwil* —o buena fama—, si cabe, al servicio que presta el sistema de autorregulación. En caso de que el empresario no actúe según el elenco de buenas prácticas incluidas en el código de conducta, además de poder estar ante un supuesto de publicidad engañosa, el organismo de control podría imponer la sanción que, en su caso, proceda que, según la gravedad, podría ser el mero apercibimiento, la suspensión de derechos, o la expulsión del sistema en sí, que, además, podría ser activamente publicitada. La sanción debe ser cumplida por el empresario adherido, autor del supuesto de hecho ilícito, con independencia de que, tras la comisión del hecho infractor, abandone el sistema de autorregulación. Tanto el código de la Cámara de Comercio de Santiago como el de IAB Chile contemplan la posibilidad de que se pierda el sello de confianza. Ahora bien, es el primero de ellos el que, con más detalle, alude a las causas por las que el logotipo puede perderse¹¹⁷. El segundo —es decir IAB Chile— se remite al contrato de licencia de uso que se formalice con el proveedor correspondiente. Consideramos que, a efectos de una mayor seguridad jurídica, hubiera sido más conveniente seguir la opción del código de conducta de la Cámara de Comercio de Santiago.

3. Naturaleza jurídica

Seguidamente, pondremos de relieve la naturaleza jurídica que, a nuestro entender, merecen los códigos de conducta en el comercio electrónico. Debemos señalar que,

¹¹⁷ Respecto a esta cuestión, véase el art. 34 del código de buenas prácticas para el comercio electrónico de la Cámara de Comercio de Santiago.

quizás, en parte, por la juventud de la figura que analizamos –que no potencial que, no obstante, parece ser muy elevado–, la doctrina que se ha pronunciado, sobre la naturaleza jurídica de la misma, es extraordinariamente limitada. A este respecto, procede efectuar una doble distinción.

A) Los códigos de conducta unilaterales sobre la materia (que no se integran en sistema de autorregulación alguno)

En algunos casos, podríamos entender que nos encontramos ante una declaración unilateral de voluntad¹¹⁸. Esta última, para la que se han acuñado diversas denominaciones¹¹⁹, puede definirse¹²⁰ como la fuente en virtud de la cual la manifestación de voluntad de un sujeto genera una obligación para él, sin necesidad de la voluntad de un correlativo acreedor. Aunque el Código de Bello no enuncia, de manera expresa y formal¹²¹, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, entendemos que, según una autorizada corriente doctrinal¹²², debe admitirse. Desde que un sujeto emite, es decir declara, una voluntad con contenido de trascendencia y con intención de obligarse, estimula o fomenta el interés, la actividad y la confianza de los demás, de forma que no procede tolerar que, posteriormente, el promitente –en nuestro caso la empresa o proveedor– pueda desvincularse, a su arbitrio, ante destinatarios eventuales –los consumidores y/o usuarios que contraten con el proveedor en cuestión–.

Tal planteamiento podría ser considerado en el evento de que, como la práctica, en muy pocos supuestos¹²³, pone de relieve –al menos en el ámbito del comercio electrónico–, el código de conducta fuera impuesto o aprobado, por parte del empresario, como declaración de buenas prácticas formulado por sí mismo –sin existir una entidad promotora detrás, ni un órgano de control encargado de su aplicación–, pero, asimismo, frente a sí.

118 En relación a dicha materia, pueden destacarse, entre otros, los estudios de PESCIO, V. *Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y de la teoría del contrato en el Derecho civil chileno y comparado*. Valparaíso (1961): Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso; PÉREZ, G. *La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones*. Santiago de Chile (1963): Editorial Universitaria.

119 Así, entre otras, promesa unilateral y voluntad unilateral.

120 PEÑAILILLO AREVALO, D. "La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (1999), 206, p. 7.

121 En este sentido, los arts. 578, 1437 y 2284 del Código civil chileno.

122 PEÑAILILLO AREVALO, D. "La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones", cit., pp. 19 y 22. Ahora bien, el autor establece la necesidad de que concurra un triple elenco de presupuestos que son los siguientes: que resulte indispensable para dar al caso una solución justa, considerando, en gran medida, el impacto que la declaración de voluntad provocó; previa demostración irrefragable de la emisión, clara y completa, de la voluntad, así como de la seria intención de obligarse; y, finalmente, que se acredite una causa aceptable en Derecho que justifique la existencia de la obligación unilateralmente creada.

123 Que no significa, en modo alguno, que no pueda o vaya a plantearse. En efecto, cabría la posibilidad de que cualquier proveedor que lo desee, que efectúe actividades susceptibles de ser consideradas de comercio electrónico, aprobase, por y para sí mismo, un código de conducta sobre la materia.

No obstante, no parece admisible en el caso de los denominados códigos de conducta reguladores del comercio electrónico –como los aprobados por la Cámara de Comercio de Santiago e IAB Chile-, pues no debe olvidarse que son objeto de redacción por parte de la entidad promotora del sistema de autorregulación, formalizando, posteriormente, su adhesión el proveedor (para ser aplicado a los contratos que este último celebre con los consumidores y/o usuarios que inicien relaciones contractuales con el mismo). Igualmente, para la vigencia del código de conducta, previamente debe celebrarse un acuerdo entre la entidad promotora y el proveedor. Cuando la promesa unilateral hubiera sido aceptada por su destinatario, es decir el receptor de la oferta la haya aceptado, ya no sería la voluntad unilateral, sino el concurso de voluntades el que determinaría el nacimiento de la obligación. De materializarse el incumplimiento de aquéllos, como se recordará, la eventual violación sería objeto de sanción –para restaurar la situación al punto de partida (en el que no concurría violación)- por el organismo de control establecido por el sistema de autorregulación. Repárese, en todo caso, que esta postura (la declaración unilateral de voluntad) sí podría ser admisible en los códigos de conducta redactados *per se* –aunque también podrán ser elaborados por un tercero- por la propia empresa que, asimismo, se compromete, de manera unilateral, a respetar. Normalmente, tales documentos incluyen, en su articulado, reglas deontológicas aplicables al funcionamiento cotidiano de la empresa en numerosos aspectos.

B) Los códigos de conducta que se integran en un sistema de autorregulación

En la materia que analizamos, cabe efectuar un inciso relevante y es que existen dos relaciones jurídicas contractuales diferenciables, aunque interrelacionadas. Por una parte, el contrato celebrado entre la entidad promotora de los sistemas de autodisciplina –que, en los casos enunciados, será la Cámara de Comercio de Santiago e IAB Chile- y los proveedores, mediante el que se formaliza la adhesión al instrumento de autorregulación, y, por otra parte, el contrato realizado entre el proveedor comprometido con el documento de buenas prácticas y el consumidor y/o usuario, en virtud del cual esté último contratará un bien y/o servicio, dando lugar a la relación jurídica que, entre otras normas, se regulará por el articulado del documento de buenas prácticas suscrito inicialmente por el empresario o proveedor¹²⁴. Aunque tales contratos pueden diferenciarse, están ciertamente interrelacionados, existiendo un nexo de unión importante entre los mismos en la que ocupará un lugar destacado la buena fe. A esta última tuvimos ocasión de referirnos con carácter previo.

124 En cualquier caso, cabe poner de manifiesto que recientemente se han planteado una demanda colectiva, por parte del SERNAC, frente a Falabella. Estamos frente a una empresa adherida al código de buenas prácticas, en materia de comercio electrónico, de la Cámara de Comercio de Santiago. El motivo de la demanda obedece a que la empresa en cuestión publicitó, en su respectivo sitio Web, la venta de una Tablet por 5.990 que fue comprado por unas 200 personas. Cuando gran parte de los mismos llegaron a retirarlo, se encontraron con la respuesta de que se trataba de un error. En la demanda colectiva se solicita la venta del producto, la multa por cada uno de los afectados y una indemnización.

Respecto a la naturaleza jurídica del código de conducta al que se adhiere el proveedor; a propósito de la primera relación jurídica, puede afirmarse que es de carácter atípico¹²⁵. A nuestro entender, adelantando la conclusión a la que, en este apartado, llegaremos, puede manifestarse que se trata de un contrato tipo en beneficio de tercero. A continuación, justificaremos nuestra argumentación.

El contrato tipo se erige en un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos. Al celebrar esta modalidad contractual, los contratantes adoptan un modelo dirigido a ser reproducido, sin alteraciones sustanciales o tal cual, en múltiples casos posteriores. De alguna manera, cada uno de ellos equivaldrá a un contrato prerredactado. A fecha de hoy, su utilidad queda fuera de toda duda¹²⁶. Ahora bien, la figura que analizamos no está exenta de problemas. En efecto, en el caso de los contratos tipo unilaterales las empresas pueden imponer cláusulas limitativas de derechos a los consumidores y/o usuarios que iniciarán relaciones contractuales con las mismas. El contrato tipo puede presentar dos grandes modalidades.

Es unilateral cuando quienes concluyen el contrato tipo dirigido a establecer las cláusulas –o, en su caso, condiciones generales del tráfico comercial– son grupos económicos o empresas con intereses convergentes¹²⁷. En este supuesto, las empresas no negocian, en modo alguno, con los futuros clientes. De esta manera, impera una relación estrecha entre contrato tipo y contrato por adhesión¹²⁸. Este último se ofrece cual una invitación a aceptar un contrato tipo. Habitualmente esta será la modalidad en el que la empresa promotora del sistema de autorregulación (Cámara de Comercio de Santiago e IAB Chile) elabore los códigos de buenas prácticas, sin contar, en su elaboración, con la participación de otros agentes –como representantes de los consumidores y/o usuarios–.

Cuando las partes que participan en la conclusión del contrato tipo presentan intereses divergentes el contrato tipo es de carácter bilateral. Este será el supuesto ante el que precisamente nos encontraremos cuando en la elaboración de su

125 Para el Derecho comunitario recurrimos a la figura del contrato normativo. En este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, D. "Aproximación a la posible naturaleza jurídica de los instrumentos derivados de la autorregulación en el ámbito digital", *Revista Jurídica del Notariado* (2012), 84, pp. 187-258.

126 La duración de la fase de las negociaciones contractuales se ha reducido de manera notable, lo que, a su vez, ha supuesto una simplificación relevante de las transacciones. Asimismo, frente a disposiciones legales inadaptadas a las nuevas circunstancias de la práctica o muy generales, los códigos tipo han coadyuvado en la instauración de ordenaciones más acabadas.

127 MALDONADO CALDERÓN, S. "Particularidades de los contratos de adhesión en la Ley 19.496", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1998), 19, p. 168.

128 Al fijar el concepto de contrato tipo no debe confundirse con una mera fórmula vacía que únicamente adquirirá relevancia jurídica en el momento de los contratos individuales que lo copian. El contrato tipo tiene eficacia jurídica desde que se celebra, creando para quienes concurren a su conclusión la obligación de observar sus cláusulas en los contratos individuales que se produzcan en el futuro.

clausulado han participado representantes de los destinatarios de los documentos de buenas prácticas¹²⁹.

Por otro lado, la figura que comentamos, como anticipamos, a nuestro juicio, se vincula, asimismo, con el contrato en beneficio de tercero o con estipulaciones en beneficio de tercero¹³⁰, reconocido en el art. 1449 del Código civil chileno, que puede ser definido como aquél pacto contractual por el que una parte –denominada promitente- se compromete con otra –estipulante- a realizar una prestación a favor de un tercero que no ha tenido participación, ni directa ni indirecta, en la celebración del negocio y que no queda, por consiguiente, obligado ni vinculado por este último. La característica propia de esta figura consiste en la atribución de un derecho directamente al tercero por efecto del contrato –en beneficio de tercero- o de la estipulación contenida.

En el contrato a favor de tercero existen tres sujetos: los dos contratantes que celebran el negocio y el tercero a quien beneficia, a los que se dan los nombres de estipulante, promitente y beneficiario. Estipulante –o promisario- es el contratante que propone y se hace prometer el cumplimiento de la prestación. Promitente es el contratante que se obliga a realizar la prestación a favor de tercero y, finalmente, el beneficiario –o tercero- es aquel a cuyo favor se realiza la prestación. Cabe analizar las particularidades de la misma en el ámbito de la autodisciplina del comercio electrónico. Se produce una oferta del estipulante –entidad promotora del código de conducta- aceptada por el promitente –proveedor o empresario- dirigida a desplegar todos sus efectos positivos frente al tercero –potencial consumidor y/o usuario- que, precisamente, tiene por fundamento el contrato anteriormente celebrado por el estipulante con el promitente.

Asimismo, debe considerarse que la prestación que en su favor percibirá el tercero no es un derecho de crédito, sino el reconocimiento de un marco tuitivo especialmente garantista con sus derechos como consumidor y/o usuario (más beneficioso que el establecido, con carácter mínimo, por el legislador) en el contrato electrónico que suscriba con el promitente –que actuará en calidad de proveedor-.

129 En el supuesto comunitario, pueden, entre otros, citarse los casos de Confianza Online y Anetcom.

130 Estipulación y contrato, ambos a favor de tercero, representan instituciones diferentes. La estipulación es una cláusula añadida a un contrato corriente, consignada, en principio, a desplegar únicamente su eficacia entre las partes, para que, además, origine en un tercero algún efecto favorable y beneficioso que puede consistir en la atribución de una ventaja de hecho o en un derecho. Frente a esta descripción, todo el contrato, por completo, a favor de un tercero está destinado a producir, en su totalidad, eficacia jurídica en lo favorable al tercero. Parece, por tanto, que ninguna de las partes obtiene del contrato una ventaja o beneficio, sino que sólo consiguen adquirir las obligaciones contractuales. En tal contrato, el beneficio atribuido al tercero no es de simple hecho, sino que consiste en entregarle un derecho.

4. Inobservancia de los instrumentos de buenas prácticas voluntariamente asumidos

Una vez que se ha celebrado el acto de consumo –en el caso que analizamos en materia de comercio electrónico-, teniendo en consideración los arts. 12 de la LPC¹³¹ y 1545 del Cc¹³², podemos afirmar que el mismo es obligatorio para las partes que intervienen, que, naturalmente, no pueden modificarlo de manera unilateral. Más allá del plano nacional, la OCDE ha reconocido la validez de la anterior manifestación, por cuanto las empresas deben cumplir con cualquier declaración que efectúen respecto a sus prácticas y políticas vinculadas con sus transacciones con consumidores¹³³. Dentro de ello debemos reputar incluido lo que conlleva la adhesión a un instrumento de buenas prácticas.

En efecto, uno de los interrogantes más significativos que los códigos de conducta plantean es, precisamente, cuál es su eficacia real, así como, en este sentido, qué acontece en caso de incumplimiento. La respuesta, al respecto, pasa- sin perjuicio de la posible actuación que, en su caso, proceda de los Tribunales¹³⁴-, por el poder sancionador que el organismo de control del sistema de autorregulación ostenta. Tal autoridad, de carácter coactivo, está supeditada al grado de compromiso que, en su caso, el empresario sancionado tenga.

Un supuesto especialmente controvertido vendría determinado por el hecho de qué consecuencias podría tener la exhibición del sello de confianza –acreditativo de la adhesión a un determinado código de conducta en materia de comercio electrónico- en el sitio *Web* y/o en diferentes instrumentos o canales publicitarios de la empresa y el posterior incumplimiento que las obligaciones inherentes a su muestra representa.

La publicidad integra el contenido del contrato. Todo aquello que la empresa ofrezca al potencial consumidor y/o usuario, debe ser satisfecho de forma plena. De acuerdo con el art. 1.4 de la LPC, y habida cuenta del principio de integración

131 El mismo determina que “todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

132 Dicho precepto establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

133 A tenor de la OCDE, estamos ante manifestación del principio de equidad en las prácticas empresariales, publicitarias y de mercadotecnia. En este sentido, la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico de 9 de diciembre de 1999.

134 Repárese, en cualquier caso, que la violación del código de conducta voluntariamente asumido puede conllevar transgresión del contenido del contrato suscrito entre las partes.

publicitaria del contrato, las condiciones objetivas¹³⁵ contenidas en la publicidad¹³⁶ hasta el momento de celebrar el contrato, se consideran incorporadas en éste, de la misma manera que si estuviesen redactadas en el mismo¹³⁷. En otros términos, es el empresario el que debe dar estricto cumplimiento tanto a lo pactado como a lo ofertado publicitariamente por diversos medios –incluyendo el digital-. Ello incluye la adhesión a instrumentos de autorregulación. Si se refiere tal estipulación al ámbito de los códigos de conducta del comercio electrónico, habrá de considerarse la plena vigencia de las obligaciones asumidas por el proveedor: Pudieron ser la concurrencia de las mismas –mediante la exhibición del respectivo logotipo de confianza- las que, precisamente, despertaron la intencionalidad de contratar en el potencial consumidor y/o usuario que, de buena fe, inició los trámites contractuales necesarios para adquirir, bajo las condiciones establecidas en el código de conducta, la actividad comercial publicitada¹³⁸. En consecuencia, como lo ofrecido no coincide con lo publicitado –aunque sea en el ámbito del régimen puramente jurídico o contractual del convenio-, existiría incumplimiento contractual, por parte del proveedor, cuya actitud defraudaría las iniciales expectativas del consumidor y/o usuario¹³⁹.

IV. CONCLUSIONES

El comercio electrónico, habida cuenta de sus prerrogativas, constituye uno de los pilares más característicos de la revolución tecnológica de la que somos protagonistas. Como consecuencia de la globalización de las operaciones de carácter comercial, tanto en el mundo físico como digital, se hace necesaria una regulación normativa que discipline los problemas que se suscitan en el ámbito de las actividades vinculadas a tal contratación.

Tal regulación no sólo procederá de los poderes públicos. En efecto, los distintos agentes que interactúan en el comercio electrónico disciplinan, de

- 135 Las condiciones objetivas, según la remisión que efectúa el art. 1.4 de la LPC, se enumeran en el art. 28 de dicha norma legal. A tenor de este último precepto, las mismas son: "a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren; b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; c) las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes; e) Las condiciones en que opera la garantía, y f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable."
- 136 Respecto a la diferencia entre publicidad e información básica comercial –contenida, entre otros, en el art. 32, primer párrafo, de la LPC-, nos remitimos a los estudios de PIZARRO, R.D. y VALLESPINOS, C.G. "Publicidad inductiva y engañosa", *Derecho del Consumidor* (1991), 1, p. 43; FERNÁNDEZ FREDES, F. "Nueva Ley del consumidor: innovaciones y limitaciones", *Perspectivas en Política, Economía y Gestión* (1998), 2, p. 116; FERNÁNDEZ FREDES, F. *Manual de Derecho chileno de protección al consumidor*. Santiago de Chile (2003): Editorial LexisNexis, p. 50.
- 137 Sobre esta cuestión, véase, ampliamente, VARAS BRAUN, J.A. y MOMBORG, R. "La oferta en Chile: Un ordenamiento, tres regímenes", en: *Temas de contratos*. Santiago de Chile (2006): Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 75 y 76.
- 138 Debe reseñarse que en el caso concreto de Chile, como pone de relieve IAB Chile, la inversión publicitaria digital experimentó un notable crecimiento en 2013, alcanzando los 65.331 millones de pesos, que significa un incremento de un 22% respecto de 2012.
- 139 CANCINO, M. "La relevancia contractual de las comunicaciones publicitarias. Un enfoque civilista", *Derecho y Humanidades* (1993), 4, p. 22.

manera consensuada, mediante la aprobación de instrumentos derivados de la autorregulación, diversas cuestiones vinculadas con el comercio electrónico. Este aspecto resulta posible en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

En cualquier caso, como hemos tenido ocasión de constatar, un sistema de autorregulación debe cumplir con una serie de presupuestos que son susceptibles de ser clasificados en dos grandes bloques: preceptivos y accesorios. Aunque los mismos han sido analizados, de manera individual, debe considerarse que también a propósito de los códigos de buenas prácticas vigentes en Chile.

Se trata de instrumentos que, en virtud de sus ventajas inherentes, se erigen en un sugerente complemento de la normativa legal susceptibles de incrementar, de manera sensible, la confianza que el consumidor y/o usuario exhibe en la Red.



EL DELITO DE INTRUSISMO INFORMÁTICO TRAS LA
REFORMA DEL CP ESPAÑOL DE 2015

*CYBERCRIME AFTER THE REFORM OF THE SPANISH CP
MARCH 2015*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 210-229



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 26 de agosto de 2015

RESUMEN: En el trabajo se realiza un análisis de las novedades y cuestiones más controvertidas de los delitos de intrusismo informático tras la reforma del CP español de marzo de 2015.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la intimidad, delitos contra la seguridad informática, delitos de intrusismo informático, hacking informático.

ABSTRACT: It is performed a study about the latest developments and most controversial issues of cybercrime after the reform of the Spanish CP March 2015.

KEY WORDS: Crimes against privacy, computer security crimes, crimes of computer intrusion, computer hacking.

SUMARIO.- I. Consideraciones previas.-II. El delito de intrusismo informático. Art. 197 bis.1- 1. Bien jurídico protegido.- 2. Conducta típica.- 3. Objeto material.- 4. Sujetos.- 5. Penalidad.- III. Interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos. Art. 197 bis.2.- IV. Producción o facilitación de instrumentos para la realización de los delitos. Art. 197 1, 2 y 197 bis. Art. 197 ter.- V. Disposiciones comunes.- 1. Agravación por actuar en el seno de una organización o grupo criminal. Art. 197 quater.- 2. Responsabilidad penal de la persona jurídica. Art. 197 quinquies.- 3. Responsabilidad del funcionario público. Art. 198.- 4. Delitos semipúblicos.-VI. Valoración final.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

No es aventurado afirmar que el siglo XXI es el del progreso informático. La informática, que se desarrolla en las postrimerías del siglo XX, ha alcanzado un avance vital en el momento presente constituyendo un elemento esencial de las modernas sociedades. La informática y todo lo que ella implica -sobre todo el desarrollo de internet y las redes sociales- ha revolucionado nuestra vida. La tecnología, que aparece como instrumento de ordenación de la información, con el complemento de internet y todo lo que la red supone, origina unas consecuencias importantísimas en el quehacer cotidiano de la ciudadanía. Desde el punto de vista de la tutela jurídica, el abuso de las tecnologías puede llevar a afectaciones relevantes de los derechos ciudadanos, como así ha sido recogido en los ordenamientos penales. El vigente CP español, desde su redacción original de 1995 y con las sucesivas reformas ha ido recogiendo y ampliando conductas, unidas por el denominador común de ser realizadas mediante las nuevas tecnologías, dando lugar a los llamados "ciberdelitos". Sin pretensiones de exhaustividad, pensemos en los ataques que mediante el uso de la red se puede infligir en la intimidad, la propiedad, la indemnidad sexual, etc.

Esta verdadera revolución informática y los efectos que la misma está procurando - también en el ámbito de la realidad criminal-, ha propiciado la preocupación por la aparición de una serie de conductas realizadas mediante la utilización de la informática y las redes sociales con las que se innova en las modalidades de ataque a bienes jurídicos tradicionales y también se erige, como hipotético nuevo interés digno de tutela penal, la propia seguridad en el uso de los sistemas informáticos. De esta manera la ciberdelincuencia surge como nueva modalidad de actuación criminal.

• Asunción Colás Turégano

Asunción Colás Turégano es Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural y derecho penal, violencia contra la mujer, delitos contra la intimidad y la propia imagen. Correo electrónico: asuncion.colas@uv.es.

Ante dicha perspectiva, los ordenamientos jurídicos han venido incorporando nuevas modalidades informáticas de ataque a los bienes jurídicos tradicionales, así como figuras específicas de tutela de la seguridad informática, siguiendo una estrategia preventiva de adelantamiento de la línea de defensa de los intereses penales.

En España se habían venido introduciendo algunas conductas caracterizadas por el uso de medios informáticos, como por ejemplo ocurrió con el delito de estafa ya desde la aprobación del CP de 1995. Sin embargo el número de figuras ha ido incrementándose destacando la reforma llevada a cabo en junio de 2010 que recoge de manera específica la figura del intrusismo informático y la recientemente aprobada en marzo de 2015 que ha entrado en vigor el 1 de julio de este mismo año que amplía el elenco de delitos cometidos por medios informáticos¹.

Sin embargo, si hay un ámbito en el que se demuestra la insuficiencia de la intervención aislada de los Estados es el de la criminalidad informática, espacio en el que resulta precisa la colaboración supranacional². Ello ha propiciado la aprobación de diversos convenios y resoluciones de organismos supranacionales de los que España forma parte. En cumplimiento de los mismos se introduce y, posteriormente se amplía la regulación de las conductas en nuestro CP.

Llama la atención la especial fidelidad del legislador español a dichos instrumentos internacionales, pues se realiza frecuentemente una trasposición, casi literal, de las figuras punitivas en ellos recogidas como indicaciones a los diferentes Estados. Circunstancia que abre un debate que no podemos abordar por exceder de las pretensiones de este trabajo y es el referente al respeto a las garantías penales cuando el legislador nacional, en cumplimiento de pretendidas exigencias supranacionales, incorpora al ordenamiento penal nuevos delitos. Como muy gráficamente ha afirmado Galán Muñoz³ el legislador se escuda en el cumplimiento de dichas exigencias internacionales para justificar el castigo de conductas alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico, aunque dichas conductas resulten difícilmente compatibles con los principios y garantías penales como los de intervención mínima, subsidiariedad y proporcionalidad.

En este contexto, la reforma del Código penal aprobada en junio de 2010 introduce en nuestro ordenamiento el delito de intrusismo informático, modificación

1 Relación de delitos recogidos en el CP español cometidos mediante la informática o en los que la difusión informática opera como agravante: art. 183 *ter* (*grooming*), art. 189 (pornografía infantil), art. 248 (estafa informática) art. 264 y ss. (daños informáticos), art. 197.3 (intrusismo informático), art. 270 (propiedad intelectual), art. 510 (provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos), art. 575 (delito de adiestramiento terrorista), art. 578 (enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo).

2 GALÁN MUÑOZ, A.: "La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales", *Revista Penal* (2009) n° 24, p. 90.

3 GALÁN MUÑOZ, A.: "La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales", *cit.*, p. 92.

que vino impuesta por los compromisos internacionales contraídos por España dirigidos a la tutela de la denominada “seguridad informática”. Así el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa⁴ (Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001), apela a la necesidad de “aplicar, una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia...”. Idea que fue concretada en la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información. En cumplimiento de la misma se introduce en nuestro CP, en el capítulo de los delitos contra la intimidad y la propia imagen una figura por la que se castigan las conductas de acceso y mantenimiento a los datos y programas alojados en un sistema informático (art. 197.3 CP).

La Decisión marco 2005/222/JAI fue sustituida en 2013 por la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información, que incorpora nuevas exigencias en materia de protección de los sistemas de información así como para la coordinación de las autoridades competentes. La reforma del CP de 2015 ha venido a ampliar la regulación del 2010 incorporando las nuevas exigencias derivadas de la Directiva, ha mantenido la regulación dentro del capítulo dedicado a la tutela de la intimidad, ampliándose con la introducción de nuevas figuras.

De esta manera, en primer lugar se vuelve a incluir dentro de los delitos contra la intimidad el llamado delito de intrusismo informático, con alguna pero importante modificación y se incorporan dos nuevos delitos: el delito de interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos. Art. 197 bis. 2 y el delito que castiga la producción o facilitación de instrumentos para la realización de los delitos 197 I, 2 y 197 bis. Art. 197 ter

Al análisis de las cuestiones más discutidas sobre las nuevas figuras se van a dedicar las páginas que siguen.

II. EL DELITO DE INTRUSISMO INFORMÁTICO. ART. 197.BIS I

La figura recoge la conducta de aquel sujeto que emplea su experiencia y conocimientos informáticos para quebrantar las medidas de seguridad de un sistema de información. Aunque estamos ante un delito común que, en principio, no exige ninguna condición especial desde un punto de vista formal, en la práctica la autoría se va a circunscribir a aquellas personas dotadas de unos conocimientos y habilidades especiales en el ámbito de la informática, el usuario medio difícilmente va a tener la habilidad precisa para llevar a cabo la conducta típica. Desde dicha perspectiva sí

4 Ratificado por instrumento de 20 de mayo de 2010 (BOE n° 226, de 17 de septiembre; corrección de errores en BOE n° 249, de 14 de octubre).

podemos afirmar que estamos ante un delito cuyo autor ha de ser un especialista informático. El llamado *hacking blanco*, la conducta del sujeto que para demostrar su habilidad informática o para descubrir fallos en un sistema accede sin autorización al mismo resultaba atípico hasta la reforma de 2010. Sí incriminaba el CP conductas de *hacking negro*, a los conocidos en el lenguaje especializado como *crackers*, quienes utilizando sus conocimientos informáticos realizaban conductas lesivas como causar daños en el propio sistema informático o en los datos o programas en él alojados, atacar la intimidad o el patrimonio, éste último mediante la llamada estafa informática... supuestos que ya eran sancionados.

Una de las cuestiones más controvertidas que plantea la nueva figura es la dificultad de determinar cuál es el valor que con la misma se quiere tutelar; más allá de la genérica referencia a la seguridad de los sistemas de información referido en la Directiva y recogido en la exposición de motivos de la ley de reforma. La complejidad en la determinación del valor tutelado y la parificación del castigo de conductas de mera complicidad muestran un claro adelantamiento de la tutela penal de tan poco preciso bien jurídico.

Es un ejemplo más de este nuevo derecho penal de la seguridad que persigue conjurar cualquier peligro que pueda proyectarse sobre los ciudadanos, mediante el instrumento penal aun a costa del sacrificio de los derechos más esenciales. En cualquier caso no parece que los riesgos fueran tan perentorios puesto que transcurridos cinco años desde la introducción de la figura en el CP, nuestros tribunales apenas han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto⁵.

I. Bien jurídico protegido

La introducción del llamado delito de intrusismo informático planteó en la doctrina la duda respecto al bien jurídico que se pretendía proteger con el mismo. La figura se incluyó, no en un capítulo nuevo, sino dentro del capítulo dedicado a la tutela de la intimidad lo que provocó que nos encontráramos con dos corrientes doctrinales a la hora de analizar el objeto de tutela, influenciadas por la ubicación elegida por el legislador:

Ciertamente la mayoría de los autores que analizaron la figura se inclinaron por considerar que con su introducción el legislador había pretendido dar *ex novo* una protección de la seguridad de los sistemas informáticos; no obstante la ubicación elegida, dentro de los delitos contra la intimidad, llevó a algún autor a considerar que

5 Son escasas las sentencias en las que se haya condenado por el anterior art. 197.3 (actual 197. bis). En la base de datos Aranzadi Westlaw se han encontrado dos sentencias: SAP Álava de 7 de marzo de 2013. JUR 2014\147603 (acceso no consentido a una cuenta ajena de Facebook) y SAP Murcia de 20 de febrero de 2015. JUR 2015\97040 (acceso no consentido correos electrónicos empleados empresa).

también se pretendía la tutela de dicho bien jurídico, por lo que nos encontramos con una cierta división en este aspecto.

De esta forma, mientras un sector minoritario de la doctrina apostó por considerar, a la vista de la ubicación elegida por el legislador para la nueva figura y por la evidencia de que en muchos casos la realización de la conducta supondrá una indudable afectación al bien jurídico intimidad, que éste era el valor que se pretendía proteger; si bien, la nueva regulación propiciaba un evidente adelantamiento en la protección de la intimidad que se podía ver potencialmente afectada con la realización de las conductas descritas. En apoyo de dicha interpretación, además de los motivos expuestos, jugaba la específica descripción de las conductas, paralelas a las recogidas en el delito de allanamiento de morada: Entrar y mantenerse, por lo que se afirmaba que en este caso se tutelaba aquella parcela de la privacidad ligada al domicilio informático. Desde dicha postura MORALES⁶ consideró que lo que se pretende tutelar es “la información vital que se sitúa en estos espacios...reserva de dicho espacio en términos de intimidad”. Postura que también mantuvo BOLEA BARDÓN⁷ al referir que el bien jurídico es la intimidad al afirmar que el “adelantamiento de las barreras de protección de la intimidad que parte de la consideración que la mera intromisión informática pone en peligro la privacidad del titular del sistema”.

Sin embargo, otro sector doctrinal optó por considerar que lo tutelado en este caso es la seguridad de los sistemas informáticos, apuntando las dificultades que la ubicación elegida por el legislador acarrea en la interpretación. En dicha dirección afirma TOMÁS- VALIENTE LANUZA⁸, que lo que se pretende proteger con la nueva figura es la seguridad de los sistemas informáticos por el importantísimo valor actual de la informática para la organización social, criticando la ubicación dentro de los delitos contra la intimidad a lo que se añade la complejidad de interpretar la figura como adelantamiento de la tutela de este último bien jurídico por los problemas de delimitación con el art. 197. Interpretación que, además, como señala la autora, dejaría fuera del ámbito típico el acceso a sistemas informáticos en los que no estuviera alojado ningún dato íntimo. Con base en ello y a la menor pena con la que está castigada esta conducta frente a las figuras básicas contra la intimidad, considera que “lo que se está protegiendo no es la intimidad en sentido estricto...sino un bien jurídico de carácter instrumental no necesariamente vinculado a ella”.

6 MORALES GARCÍA, O.: “Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (dir. G. QUINTERO OLIVARES). Cizur Menor (2010): Aranzadi, p. 185.

7 BOLEA BARDÓN, C.: *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010* (dir. M. CORCOY –BIDASOLO, S. MIR PUIG). Valencia (2011): Tirant lo Blanch, p. 468.

8 TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: *Comentarios al código penal* (dir.: M. Gómez Tomillo), 2ª ed. Valladolid (2011): Lex Nova, pp. 802-803

En parecidos términos se manifiesta CARRASCO ANDRINO⁹, al estimar que “el bien jurídico debe buscarse en el ámbito de la seguridad de las redes o sistemas de información... valores de primer orden en la actual sociedad de la información” por lo que afirma que la finalidad del legislador es “... preservar la seguridad en el tráfico informático y, en particular, la integridad y confidencialidad de los datos y programas informáticos como elementos de los sistemas informáticos”. También MORALES PRATS¹⁰ estima que el delito va dirigido a proteger la seguridad de los sistemas informáticos, si bien matiza que va dirigido como fin último a la tutela de la *privacy* informática de las personas. Finalmente, ANARTE/DOVAL¹¹ también mantienen que el bien jurídico es la seguridad de los sistemas informáticos, si bien subrayan como problema la falta de contenido del objeto protegido, por lo que sugieren conectarlo con la intimidad por lo que definen la figura como delito de peligro abstracto para la intimidad.

Así pues, en líneas generales la mayoría de la doctrina consideró que con la figura el legislador había introducido una figura de peligro abstracto para la seguridad de las redes informáticas, que podían hipotéticamente suponer un riesgo para la intimidad. Si bien algún autor¹² rechazó dicha interpretación ligada a la seguridad “por su difícil convivencia con el principio de lesividad”.

Esa cercanía al derecho a la intimidad y su postura crítica respecto a que se esté tutelando un bien jurídico colectivo lleva a GALÁN MUÑOZ¹³ a considerar que lo que se tutelaría es “el derecho a la inviolabilidad informática, entendiendo por tal a aquel derecho instrumental y puramente formal que permite o faculta a toda persona a mantener sus sistemas informáticos y, sobre todo, a los datos y a los programas contenidos en los mismos al margen de intromisiones ajenas no deseadas”.

En dichos parámetros se había posicionado la doctrina ante una figura compleja por la materia que regula y que implica nuevos retos al jurista en la tutela de nuevos intereses ligados al desarrollo de la informática y la importancia que la misma tiene en las sociedades contemporáneas. Con la nueva regulación nos volvemos a encontrar ante una figura de peligro, que se vuelve a ubicar entre los delitos contra la intimidad por lo que cabrá encajar la tutela de ambos bienes jurídicos: intimidad y seguridad de los sistemas informáticos.

9 CARRASCO ANDRINO, M.: “El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (dir. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC). Valencia (2010): Tirant lo Blanch, p. 250.

10 MORALES PRATS, F.: *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (dir. G. QUINTERO OLIVARES, coord. F. MORALES PRATS). Cizur Menor (2011): Aranzadi, p. 483.

11 ANARTE BORRALLO, E., DOVAL PAIS, A.: *Derecho penal. Parte especial. Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales* (dir. J. BOIX REIG). Madrid (2010): Iustel, pp. 455-456.

12 MORALES GARCÍA, O.: “Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas”, cit., p. 183.

13 GALÁN MUÑOZ, A.: “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, cit., p. 95.

Resulta evidente que en el momento actual, el generalizado uso de los ordenadores, lleva a convertir tales dispositivos en depositarios de buena parte de nuestra intimidad. No obstante dicha parcela de la privacidad ya estaba tutelada en el CP que castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 197.2) toda una serie de conductas que van desde el simple acceso al sistema informático en el que se encuentran alojados tales datos íntimos hasta su utilización o modificación. Es por ello que la nueva figura de acceso y mantenimiento en un sistema informático, debe implicar algo diferente a lo ya recogido.

La nueva redacción implica, además, un nuevo adelantamiento en la línea de defensa del bien jurídico al dejar de exigirse que el acceso o mantenimiento sea a los datos o programas informáticos alojados en el sistema informático, bastando que el sujeto activo acceda o se mantenga en un sistema de información.

Parece que lo que el legislador se ha propuesto es dar una tutela específica a la seguridad de los sistemas informáticos o de información por la importancia que los mismos tienen en las sociedades actuales, suponiendo dichas conductas un cierto peligro para la intimidad de los ciudadanos, y de entidades, en tanto en algunas ocasiones el acceso a tales equipos o sistemas puede suponer un riesgo evidente para determinados datos privados alojados en dichos equipos o sistemas, lo que justificaría su ubicación en el Código. No obstante de darse efectivamente y actuarse con dicha finalidad entrarán en aplicación las figuras específicas contra la intimidad (art. 197.2).

2. Conducta típica

Como se apuntaba al analizar el bien jurídico protegido, las conductas castigadas por el art. 197.3 antes de la reforma de marzo de 2015 eran coincidentes con las previstas en el delito de allanamiento de morada al castigarse a quien “por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantuviera dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tuviera el legítimo derecho a excluirlo...”. Lo que como se ha señalado propició interpretaciones del tipo en clave de afectación a la privacidad informática.

Así pues y como venía interpretando la doctrina, el acceso típico requería la vulneración de las medidas de seguridad fijadas para impedirlo, por lo que devenía atípico el acceso a sistemas no protegidos. Siendo también atípico el acceso autorizado por el titular del sistema. La mayor controversia doctrinal se generó respecto a la necesidad o no de acceso lícito inicial, en relación a la conducta consistente en mantenerse en el sistema. Si bien la mayoría de la doctrina considera, en atención

a la literalidad del precepto y aplicando la doctrina surgida en la interpretación del delito de allanamiento de morada -con el que el paralelismo es evidente-, que aquí se recogen los supuestos en que el acceso ha sido lícito, surgiendo la ilicitud cuando el sujeto es requerido para que abandone el sistema, negándose y manteniéndose en el mismo¹⁴.

La reforma de 2015 introduce una serie de cambios, unos de redacción y otros de mayor calado en el delito de intrusismo informático. La nueva redacción de la figura recogida en el actual art. 197.1 bis, establece:

“El que por cualquier medio o procedimiento vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y *sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso* al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años”.

En primer lugar, respecto a las conductas ya contempladas desde la reforma de 2010, se mantiene como límite de la tipicidad la exigencia de falta de autorización y de vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso. Se recogen las dos conductas ya conocidas: acceder y mantenerse, pero se incorpora como novedad la referencia explícita a un supuesto de colaboración, al tipificarse la conducta del que facilita a un tercero el acceso al conjunto o a una parte de un sistema de información.

Con relación a esta última modalidad, tendrán cabida dentro de la misma la conducta de todo aquel que haga posible o ayude al acceso de un tercero, produciéndose de esta forma una cierta y criticable ampliación del ámbito de lo punible, pues se eleva a la categoría de autoría lo que hasta el momento solo podía ser calificado como acto de participación, pudiendo abarcar desde supuestos de colaboración necesaria, hasta supuestos de mera complicidad, lo que resulta especialmente criticable por la desproporción punitiva a la que conduce, castigando con la misma pena supuestos de diferente lesividad.

En todo caso, para considerar consumada la conducta del facilitador, se ha de producir el efectivo acceso al sistema de información. No parece adecuado considerar suficiente para la consumación el simple facilitar el acceso, sin que éste se produzca en el caso concreto. Supondría una inadmisibles ampliación del ámbito punible, y además plantearía problemas de delimitación con las nuevas conductas de facilitación de instrumentos para acceder a un sistema informático, recogidas en el

14 MORALES GARCÍA, O.: “Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas”, cit., p.185; BOLEA BARDÓN, C.: *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, cit., p. 468; TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: *Comentarios al código penal*. cit., p. 803; CARRASCO ANDRINO, M.: “El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos” cit., p. 251-254.

nuevo art. 197 ter. La exigencia del efectivo acceso al sistema de información para el supuesto del facilitador permite delimitar los supuestos incluidos en una u otra figura. Con efectivo acceso en el 197 bis, sin necesidad de éste en el 197 ter.

Se mantiene la necesidad de vulneración de las medidas de seguridad, por lo que el acceso a sistemas de información o parte de ellos, no protegidos, no constituirá ilícito penal. Respecto a dicha exigencia, la doctrina¹⁵ había considerado que tales medidas de seguridad debían ser “las adecuadas al estado de la técnica, usos y costumbres de la comunidad, no más allá de lo razonable para un usuario medio”.

En cualquier caso nos encontramos ante un delito doloso por lo que el sujeto ha de actuar guiado por la finalidad de vulnerar la seguridad de los sistemas de información, por lo que si el acceso es producto de un descuido o negligencia sin la intencionalidad requerida por el tipo, el hecho será atípico.

3. Objeto material

Se modifica también el objeto de la acción dado que en la anterior redacción el acceso o el mantenimiento solo se convertía en típico cuando se proyectaba sobre *datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo*. Sin embargo, en la nueva redacción dada al precepto las conductas han de proyectarse sobre *el conjunto o una parte de un sistema de información*, sin requerirse el efectivo acceso a los datos o programas en él alojados, dándose un adelantamiento en la barrera de protección del bien jurídico que se pretende tutelar: la seguridad de los sistemas informáticos. Se castiga, por tanto, el simple acceso al sistema informático, sin necesidad de acceder a los datos o programas en él alojados.

De acuerdo con la definición recogida en la Directiva, un sistema de información es: “todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automatizado de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados o recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento”.

Distinguiendo el concepto del de datos informáticos: “toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función”.

Por tanto, desde una perspectiva conceptual, en la Directiva se distingue entre el sistema de información, referido al aparato o conjunto de aparatos en los que

15 MORALES GARCÍA, O.: “Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas”, cit., p. 187.

se alojan los programas y los datos informáticos, que son procesados mediante los programas informáticos.

Se acentúa de esta forma la especial dirección de la figura hacia la tutela de la seguridad alejándose, al propio tiempo, del otro bien jurídico que se pudiera ver afectado con las conductas descritas, la intimidad, al no precisarse que el acceso o mantenimiento lo sea a los datos o programas alojados en un sistema informático.

En la propia exposición de motivos se enfatiza esa dirección de la figura hacia la tutela de la propia seguridad de los sistemas informáticos frente a la tutela de la intimidad en cumplimiento de la Directiva pues, como se indica de manera expresa, "se introduce una separación nítida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. Por ello, se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos".

Sin embargo tal adelantamiento provoca serias dudas respecto al contenido de injusto de la figura, GALÁN MUÑOZ¹⁶ postula que estamos ante un bien jurídico individual concretado en el derecho a la inviolabilidad informática, considera que el acceso no autorizado a un sistema completamente vacío, sin datos ni programas debería ser una conducta totalmente atípica por ser completamente inocua para el bien jurídico.

4. Sujetos

Nos encontramos ante un delito común que puede ser realizado por cualquier persona, si bien por las particularidades de la conducta el hecho va a ser realizado por un experto en el uso de la informática. Sólo aquella persona con conocimientos informáticos avanzados va a poder, de manera intencionada, acceder en un sistema de información ajeno, es por ello que el círculo de posibles sujetos activos se circunscribe a los sujetos con dichas habilidades.

Respecto al sujeto pasivo, lo será todo aquel que sea titular de un sistema de información, pudiendo ser el titular tanto una persona física como jurídica, previsión que se contempla expresamente en el CP¹⁷.

16 GALÁN MUÑOZ, A.: "La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales", cit., pp. 95-96

17 Art. 200 CP: "lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código".

5. Penalidad

Finalmente, en cuanto a la penalidad, no hay ningún cambio, se mantiene la pena de prisión de seis meses a dos años, sensiblemente inferior a la prevista para los supuestos de acceso a la intimidad informática en el art. 197.2, castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

III. INTERCEPTACIÓN DE TRANSMISIONES NO PÚBLICAS DE DATOS INFORMÁTICOS.ART. 197 BIS. 2

Nos encontramos ante una figura nueva, impuesta por las exigencias de la Directiva 2013/40/UE, habiéndose limitado el legislador español a transcribir fielmente el contenido de la misma. La principal dificultad que plantea la figura va a ser la delimitación con la conducta de interceptación de telecomunicaciones ya recogida en el propio art 197.1, si bien referida ésta a la tutela de la intimidad.

Establece el nuevo precepto 197 bis 1: “El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses”.

Mediante esta nueva conducta, -copia casi literal del art. 6 de la Directiva 2013/40/UE- se penaliza la utilización de artificios o instrumentos técnicos para interceptar transmisiones “no públicas” de datos informáticos.

Para concretar el alcance de la figura es preciso establecer las diferencias con la modalidad de interceptación recogida en el ap. 1 del art. 197 donde, como sabemos, se castiga al que “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro... intercepta sus telecomunicaciones...” Respecto a la misma, se ha considerado equivalente a la “intromisión clandestina en una telecomunicación privada”¹⁸. Bien entendido que sólo van a tener relevancia penal aquellas conductas que interfieran para conocer una telecomunicación, por tanto, como establece el Diccionario de la RAE “un sistema de comunicación telefónica, telegráfica, radio telegráfica o demás análogos”, no el simple escuchar detrás v.gr. de un puerta o pared la conversación de terceros. Reprochables moralmente pero sin ninguna trascendencia penal.

Se exige por tanto la utilización de medios tecnológicos. Por la experiencia jurisprudencial se ha exigido una cierta tecnicidad de los mismos al no haberse

18 ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet”, *Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (2002), n° 2, pp. 137-138.

admitido como supuesto típico el escuchar una conversación ajena a través de un teléfono supletorio (AAP Huesca de 21 de septiembre de 2001, TOL 108.591). Exige, pues, la interceptación la utilización de medios técnicos, también en el caso comentado al exigir el tipo la utilización de “artificios o instrumentos técnicos”.

En el supuesto ahora incorporado al art. 197 bis. 2 se penaliza la interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos. Las diferencias básicas que encontramos con la interceptación de telecomunicaciones del art. 197.1, son:

1ª) El art 197 bis.2 no exige el elemento subjetivo de actuar “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad”, pues con la conducta que ahora se comenta no se pretende lesionar la intimidad de la persona; como se indica en el preámbulo de la ley, las conductas dirigidas a atacar la intimidad ya se encuentran recogidas en el ap. 1. En este caso, la conducta va dirigida a la tutela de otro bien jurídico, la seguridad de los sistemas informáticos. Así pues con la nueva conducta se recogen los supuestos en los que hay una intromisión ilegítima en una transmisión de datos informáticos, siempre que no se trate de una telecomunicación privada, y se haga con la finalidad de descubrir los secretos o intimidad de otro, en cuyo caso tendríamos que aplicar el art. 197.1.

2ª) Por otro lado el art. 197.1 exige que se intercepten las telecomunicaciones de otro en tanto el art. 197 bis.2 habla de interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos. Por tanto la conducta del art. 197.1 es más amplia al incluir todo tipo de telecomunicaciones: teléfono, fax, e-mail. En tanto el art. 197 bis.2 se ciñe a las transmisiones de datos informáticos.

3ª) Finalmente, la necesidad de que la interceptación se dirija a vulnerar la intimidad en el supuesto contemplado en el art. 197.1 lleva a limitar las telecomunicaciones intervenidas a las puramente privadas; en el otro supuesto se exige que se trate de “transmisiones no públicas”. Por lo tanto, si nos atenemos a la acepción gramatical del término hablaremos de transmisiones “Notorias, patentes, manifiestas, vistas o sabidas por todos” por contraposición a transmisiones reservadas. Transmisiones en las que no se contemplan datos íntimos, pues en dicho caso, siempre que el sujeto haya actuado con la intención de vulnerar la intimidad, tendríamos que calificar por la vía del art. 197.1, el margen de aplicación es, por tanto, bastante limitado. Quizás pueda arrojar algo de luz la lectura del preámbulo de la ley en el que se establece que con la nueva conducta se quiere contemplar la interceptación de “transmisiones automáticas —no personales— entre equipos”. Pues la interceptación de comunicaciones personales, ya hemos visto, estaba contemplada.

En cualquier caso habrá que estar al desarrollo jurisprudencial para ver la aplicación que se hace de la figura y su delimitación con la contemplada en el art. 197.1.

IV. PRODUCCIÓN O FACILITACIÓN DE INSTRUMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DELITOS. ART. 197 I, 2 Y 197 BIS. ART. 197 TER

Finalmente el nuevo art. 197 ter, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva 2013/40/UE, prevé el castigo de conductas relacionadas con la producción o facilitación a terceros de instrumentos para la realización de los delitos previstos en los dos primeros apartados del art. 197 (delitos contra la intimidad y contra el *habeas data*, así como los supuestos de intrusismo informático recogidos en el art. 197 bis 1º y de interceptación de transmisiones no públicas del art. 197 bis 2º). De esta forma establece el nuevo Art. 197 ter, que:

“Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o

b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”.

Supone un nuevo adelantamiento de la línea de defensa de los bienes jurídicos implicados, intimidad y seguridad de los sistemas informáticos. El delito es doloso por lo que sólo será punible en los supuestos en que se pueda demostrar que la facilitación de tales instrumentos está intencionalmente orientada a la actividad delictiva en concreto.

Una de las principales dificultades que plantea la figura es su delimitación con la también nueva conducta de facilitación del acceso ilegal a tercero recogida en el nuevo art. 197 bis, pues nos encontramos ante un inadecuado solapamiento de ambas figuras. Al analizar este último ya se han destacado los problemas de delimitación con la nueva conducta consistente en facilitar a tercero el acceso ilegal a un sistema de información. Una manera de trazar una línea de distinción entre ambos supuestos, podría ser como ya se ha señalado, exigir que en aquel supuesto se produzca un acceso efectivo al sistema de información por parte de aquel al que se le ha facilitado el acceso. Exigencia que no se requiere en la figura que ahora nos ocupa.

Llama en cualquier caso la atención la parificación punitiva entre ambos supuestos, al menos por lo que se refiere a la pena de prisión, en ambos casos de 6 meses a 2 años. Es cierto que en el delito que ahora analizamos se plantea como alternativa a

la pena de prisión la multa de tres a dieciocho meses, lo que permitirá atemperar la pena en los supuestos de menor lesividad.

V. DISPOSICIONES COMUNES

Para finalizar el análisis de la nueva configuración del intrusismo informático, es necesario referir la serie de disposiciones comunes contempladas en el capítulo

I. Agravación por actuar en el seno de una organización o grupo criminal. Art. 197 quater

Se corresponde el texto del nuevo art. 197 quater con el texto del antiguo artículo 197.8, respecto del que encontramos una ligera diferencia respecto a la aplicación del supuesto.

Establece el nuevo precepto: “Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

De acuerdo con la redacción del ahora derogado art. 197.8 la cualificación se proyectaba sobre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y sobre el intrusismo informático; con la nueva redacción será aplicable también a la figuras de quebranto del secreto laboral o profesional en el caso de que las conductas en ellas previstas se lleven a cabo en el marco de una organización criminal.

2. Responsabilidad penal de la persona jurídica. Art. 197 quinquies

El nuevo art. 197 quinquies reproduce el contenido del párrafo segundo del derogado art. 197.3, que contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cualquiera de los delitos comprendidos en el antiguo art. 197.

Establece el nuevo precepto: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

No supone ninguna variación respecto a la regulación anterior, más allá de la derivada de la introducción de nuevas figuras delictivas en el ámbito de los delitos contra la intimidad y la seguridad de los sistemas informáticos, a los que también les será de aplicación la cláusula de responsabilidad penal de los entes societarios.

3. Responsabilidad del funcionario público. Art. 198

Prevé el art. 198 una responsabilidad específica para el funcionario público que, “fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa por delito y prevaliéndose de su cargo...” realiza cualquiera de los delitos contra la intimidad o contra la seguridad de los sistemas informáticos.

En su caso se prevé la aplicación de la pena prevista en cada supuesto en su mitad superior y además inhabilitación absoluta de seis a doce años.

4. Delito semipúblico

De acuerdo con la previsión contemplada en el art. 201 para proceder por los delitos de intrusismo informático será precisa la denuncia de la persona afectada o de su representante legal de ser ésta menor de edad o discapacitada, en estos casos podrá también denunciar el Ministerio fiscal. Denuncia que no será necesaria si los hechos se atribuyen a un funcionario público de acuerdo con lo dispuesto en el art. 198 CP ni tampoco cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

En consecuencia con su carácter semipúblico, el perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal, salvo en relación al perdón otorgado por los representantes legales de un menor o discapacitado ya que en este caso el juez puede rechazar la eficacia del perdón, interviniendo el Ministerio fiscal en defensa de los intereses del menor o discapacitado (art. 130. I. 5°)

VI. VALORACIÓN FINAL

Señalábamos al comienzo de este trabajo los importantes retos que la revolución informática ha planteado a las sociedades actuales. Uno de los más preocupantes, sin duda, el desarrollo de la ciberdelincuencia. En las páginas anteriores hemos referido la nueva regulación de los delitos de intrusismo informático, quizás el núcleo de las figuras que tienen como modalidad comisiva los medios informáticos. Nos encontramos ante un grupo de delitos que tienen como punto de conexión el ser un claro ejemplo de lo que se ha denominado “moderno Derecho Penal del riesgo” propio de las actuales sociedades globalizadas. El legislador, aplicando el principio de precaución, pretende adelantarse a los ataques ampliando cada vez más la influencia del Derecho penal en el control de los nuevos riesgos, sin embargo, es una tarea extremadamente compleja y difícil de atajar mediante un derecho penal de muy pobres resultados. En dicha tendencia expansiva se busca la complicidad de la norma europea para justificar la dudosa necesidad de introducir el nuevo delito aun a costa de sacrificar los principios básicos del Derecho Penal. Cabría cuestionarse si es el Derecho penal la vía adecuada para hacer frente a cualquier amenaza en el ámbito

de la seguridad informática o bien, si no sería más oportuno reservar la amenaza penal para el fin que le es más propio, las ofensas más graves a los bienes jurídicos más importantes, relegando a otros sectores del ordenamiento jurídico la ofensas leves a dichos bienes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

ANARTE BORRALLA, E., DOVAL PAÍS, A.: *Derecho penal. Parte especial. Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales* (dir. J. BOIX REIG). Madrid (2010): Iustel.

BOLEA BARDÓN, C.: *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010* (dir. M. CORCOY –BIDASOLO, S. MIR PUIG). Valencia (2011): Tirant lo Blanch.

CARRASCO ANDRINO, M.: “El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (dir. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC). Valencia (2010): Tirant lo Blanch.

CARLOS TUREGANO, A.: “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (art. 197, 197 bis, 197 ter)” en *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Valencia (2015): Tirant Lo Blanch.

GALÁN MUÑOZ, A.: “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, *Revista Penal* (2009) n° 24.

MORALES GARCÍA, O.: “Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (dir. G. QUINTERO OLIVARES). Cizur Menor (2010): Aranzadi.

MORALES PRATS, F.: *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (dir. G. QUINTERO OLIVARES, coord. F. MORALES PRATS). Cizur Menor (2011): Aranzadi.

MORALES PRATS, F.: *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. G. QUINTERO OLIVARES). Cizur Menor (2015): Aranzadi.

RAGUÉS I VALLÉS, R., ROBLES PLANAS, R.: “La reforma de los delitos informáticos: incriminación de los ataques a los sistemas de información”, pp. 367 a 376. En *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (dir. J.M. Silva Sánchez, coord. N. Pastor Muñoz). Madrid (2012): La Ley.

ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet”, *Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (2002), n° 2.

TOMÁS VALIENTE LANUZA, C.: *Comentarios al código penal* (dir: M. Gómez Tomillo), 2ª ed. Valladolid (2011): Lex Nova.



CONFLICTOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES: ¿UN MAL
ENDÉMICO O UN MAL COMÚN?

*BANKING CONFLICTS WITH CONSUMERS: ENDEMIC OR
COMMON CONCERN?*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 230-253



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 22 de septiembre de 2015

RESUMEN: El presente artículo pone de relieve que los conflictos bancarios entre entidades de crédito y sus consumidores son comunes con independencia del sistema bancario. Ello por cuanto ya no cabe concebir al sistema bancario "localmente" sino que debemos hacerlo "globalmente". En la práctica esto queda reflejado en la problemática y conflictividad de algunas políticas de comercialización de las entidades, todas ellas de productos complejos y con graves repercusiones no solo en la economía sino en la sociedad en general. En este artículo se analizan tres grandes conflictos que han tenido lugar en tres sistemas bancarios distintos: España, Reino Unido y Australia. Por ello afirmamos que los conflictos bancarios son un problema, pero un problema común en el mundo globalizado en el que vivimos.

PALABRAS CLAVE: Conflictos bancarios; consumidores; cláusula suelo; payment protection insurance; asesoramiento financiero.

ABSTRACT: This paper highlights that banking conflicts with customers are common independently from the operating banking system and thus, not exclusive to Spain. We can no longer consider banking systems from a local viewpoint, but rather from a global one. In practice, this is reflected on the controversial commercial policies of complex products, with severe implications not only on the economy but also on the society in general. This paper analyses three relevant problems in three different banking systems: Spain, United Kingdom and Australia, which allows us to state that banking conflicts are indeed a concern, but a shared one within our globalised world.

KEY WORDS: Banking conflicts; customers; floor clause; payment protection insurance; financial planning.

SUMARIO.- I. Estado de la cuestión.- II. Conflictos derivados de la inclusión de cláusulas abusivas: el ejemplo de la “cláusula suelo”.- III. Conflictos derivados de la falta de información completa y suficiente: el caso de los denominados “Payment Protection Insurance”.- IV. Conflictos derivados del mal asesoramiento financiero: el caso del “Commonwealth Financial Planning Failure”.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Hablar de conflictos bancarios hoy en día es hablar de limitación de los derechos e intereses económicos de los consumidores, de la desprotección –en cierto modo premeditada y permitida por los poderes públicos– de los usuarios de servicios financieros. Es cierto que se originan conflictos a cualquier nivel y en cualquier sector de la sociedad, así como que no existe relación jurídica perfecta ni simetría informativa. Ello no sería sino alcanzar una utopía inviable en un sector imperfecto como el financiero.

Así es, en este escenario “imperfecto” encontramos discrepancias entre el modo de actuar real de una entidad de crédito con el que debiera ser en aras de garantizar la igualdad de las partes contratantes. Igualdad que, como sabemos, no es real en las relaciones jurídicas entre una entidad de crédito –que ostenta todo el poder y somete al consumidor a su voluntad– y los consumidores –parte débil a la que solo le queda la opción de adherirse al contrato, aceptando *de facto* su clausulado sin posibilidad alguna de negociar–.

Hay quien pudiera decir que conflictos han existido siempre, planteándose la razón por la cual hay mayor publicidad que antes de problemas que se resolvían sin tanta difusión. Pues bien, resulta obvio que todos los problemas son importantes, especialmente para aquellos que sufren sus consecuencias. Sin embargo, nunca habían tenido tanta trascendencia, bien porque se mantenían ocultos y se trataban de resolver rápidamente, bien porque afortunadamente la figura del consumidor está alcanzando el protagonismo que merece y, además, está más concienciado

• Ana Isabel Blanco García

Doctora internacional en Derecho Procesal (2015). Licenciada en Derecho (2010) y Administración y Dirección de Empresas (2010) por la Universitat de València, cursó estudios de Máster en Derecho de la Empresa (2012) en dicha universidad. Actualmente es becaria F.P.I. del Ministerio de Economía y Competitividad en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València y secretaria del Máster Universitario en Derecho, Empresa y Justicia. Ha publicado hasta la fecha diversos artículos científicos en revistas tanto de ámbito nacional como internacional. Asimismo, ha participado en varias obras colectivas y tiene una monografía sobre “La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del Ombudsman”, publicada en la editorial Tirant lo Blanch. Ha centrado sus líneas de investigación en las cláusulas abusivas, en las vías de tutela extrajurisdiccional de los consumidores, en especial, del cliente bancario, en los conflictos bancarios, así como en las ADR, siendo miembro del Grupo de Investigación MedArb de la Universitat de València. Correo electrónico: a.isabel.blanco@uv.es

de sus derechos y de las acciones legales disponibles en el ordenamiento para contraatacar las ofensivas de las entidades de crédito.

Desde 2007 hemos vivido un periodo convulso en el sector bancario, y no exclusivamente por la crisis del propio sector; sino también por las actuaciones cuanto menos controvertidas de las entidades bancarias, siendo los consumidores los grandes damnificados de los perjuicios causados.

Perjuicios o controversias que tienen distinto origen. A grandes rasgos, las causas que generan más conflictos varían desde los meros errores humanos, la falta de atención debida de los trabajadores de la entidad o el comportamiento y actitud de las entidades que incumple las expectativas del cliente, las deficiencias en el servicio o a la incorrecta aplicación de una política de comercialización. Por ejemplo, que el banco nos cobre unas comisiones cuando no estaban estipuladas por contrato o incluso cuando nos informaron de que no se nos cobraría coste alguno; cuando recibimos una tarjeta de crédito que no hemos pedido; cuando se abona un recibo que expresamente hemos indicado que se devuelva, etc. Todos ellos son problemas, importantes obviamente para los consumidores afectados, pero no me negarán que no tienen una gran trascendencia social.

Sin embargo, esta relativa normalidad se ha visto alterada por las erráticas políticas de actuación y comercialización que han desarrollado las entidades de crédito. Políticas que, de forma consciente, son vulneradoras de la normativa bancaria fundamental. Por un lado, de la regulación sobre contratación, de la forma que debe revestir el clausulado contractual, que debe ser claro y comprensible para un consumidor medio. Por otro lado, se infringe la normativa sobre transparencia¹ en lo que concierne a la obligación (y correlativo derecho del consumidor) de proveer información detallada y suficiente sobre el contenido del contrato, limitando con ello la posibilidad de que el cliente cuente con una información completa para comprender bien el contenido de la operación y poder así elegir la oferta más adecuada a sus necesidades y requerimientos.

Políticas controvertidas que han ocupado los titulares de los telediarios y periódicos durante largos periodos, por el impacto económico, social, pero también político. Porque hemos pasado de “conflictos menores” a “conflictos mayores”, donde la importancia e impacto es considerablemente mayor; especialmente si tenemos en cuenta el alcance de sus consecuencias.

¹ Téngase en cuenta que la normativa sobre transparencia aplicable a los contratos de depósito difiere en algunos aspectos según el tipo de depósito. En efecto, la regulación general de la transparencia de los depósitos o cuentas a la vista está recogida en la normativa de servicios de pago, en concreto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2009) y en la Orden sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Asimismo, en aquellas situaciones en las que se produzca un descubierto en cuenta corriente será de aplicación la LCC. Por su parte, los depósitos a plazo quedarán sujetos a la Orden de transparencia y protección de 2011 y a la Circular del Banco de España 5/2012, de servicios de pago.

Podemos decir que los conflictos han “traspasado fronteras”, pero no solo las figuradas entre los distintos planos o esferas de la realidad social, política, económica e incluso personal, por cuanto la comercialización en masa de los productos significa un incremento en la cantidad y calidad –en términos de complejidad y tecnicidad– de los productos bancarios, ofrecidos a los consumidores sin las explicaciones oportunas y necesarias para evitar la hecatombe del sistema financiero de un país.

Además, los conflictos bancarios actuales han traspasado las fronteras geográficas, los límites entre los distintos mercados domésticos o nacionales. Ello se entiende en un contexto como el actual, global e internacional, donde existe una libertad de circulación de capitales, de personas...que permiten y facilitan las relaciones comerciales pero que, por el contrario, también son fuente de conflicto. Ya no cabe pensar en términos “locales” porque esta concepción está ya desfasada. En un sector como el financiero donde las nuevas tecnologías permiten conectar los mercados bursátiles, facilitan las transacciones internacionales y ofrecen servicios a través de la Red, no cabe pensar en las entidades de crédito como en entes que operan localmente, porque estaríamos errando en nuestra interpretación.

El mundo globalizado se nos presenta como una oportunidad de mercado, de “abrir puertas” a las empresas y clientes individuales para expandir y agrandar su cuota de mercado y alcanzar a un mayor público objetivo. Las entidades de crédito se han internacionalizado, y con ellas los problemas. Así es, ahora existe el llamado “efecto contagio” o “efecto dominó” entre las entidades, mejor dicho entre sus fracasos, cuyos efectos sufrimos y padecemos los consumidores. En este sentido, no podemos pensar que los conflictos entre las entidades de crédito y sus clientes son un problema endémico de un único país, sino que se trata más bien de un problema común a todas las entidades de crédito de un sistema financiero globalizado. Ningún tipo de sistema legal se salva de disputas con los consumidores, ni siquiera los utópicos y envidiados mercados anglosajones, que también se han caracterizado los últimos años por los escándalos ofrecidos por algunas de sus más importantes instituciones financieras.

En este trabajo nos detendremos a analizar tres ejemplos de conflictos originados por distintas causas, que van desde el incumplimiento de la normativa de contratación hasta un ejemplo de mala práctica bancaria en lo que concierne a su política de comercialización. Precisamente, estudiaremos en primer lugar uno de los conflictos bancarios que más controversia ha generado en nuestro sector bancario: la inclusión de la cláusula abusiva denominada “cláusula suelo” en los contratos con garantía hipotecaria. En segundo lugar, trataremos el que ha sido el gran conflicto del sistema bancario inglés de la última década y que ha causado un gran revuelo entre los consumidores: la comercialización de los *Payment Protection Insurance*. En tercer y último lugar, analizaremos el conflicto más reciente –las primeras

informaciones fueron publicadas en julio de 2014–, nacido en el marco del sistema bancario australiano, sobre el fallo en la planificación financiera proporcionada por el *Commonwealth Bank of Australia* (en adelante, CBA) a sus clientes y cuyas repercusiones en términos de perjuicios económicos y demandas de consumidores no se han hecho esperar:

La existencia de similares conflictos en distintos países y distintos ordenamientos jurídicos –no solo sistemas continentales sino también del *common law*– demuestran que la naturaleza global del sector financiero también lo es a un nivel más operativo, donde los intereses particulares de las entidades de crédito priman por encima de los intereses de los consumidores e, incluso, del interés general del propio mercado, aun a riesgo de que las consecuencias del problema de una entidad provoquen un efecto dominó en las demás, aunque operen en otros países, como sucedió con la crisis de las hipotecas *subprime* de EE.UU.

Por otra parte, que las entidades tengan similares políticas de remuneración y de comercialización revela, por un lado, que estamos ante un mercado que no opera localmente, sino globalmente. Y, por otro lado, que debe establecerse un régimen internacional común –es cierto que contamos con los Acuerdos de Basilea, pero son insuficientes para dar salida a todos los problemas del sector– que mejore la capacidad y organización de las entidades de crédito y que sienta las bases de una reglamentación interna de buenas prácticas para cualquier entidad financiera, de forma que garanticen los intereses generales y se eviten fiascos con efectos devastadores para los consumidores. Ello además resultaría beneficioso para asegurar tanto la confianza de los consumidores en el buen funcionamiento del sector bancario como un adecuado nivel de protección de sus derechos e intereses.

II. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: EL EJEMPLO DE LA “CLÁUSULA SUELO”.

La existencia de cláusulas abusivas en cualquier contrato bancario –en su condición de contrato de adhesión– es el conflicto más recurrente que enfrenta a entidades de crédito y clientes. Es el “pan de cada día” de los consumidores, sean de la entidad que sean y tengan el contrato que tengan. La oscuridad, redacción ininteligible y el vocabulario complejo y técnico utilizado en el clausulado contractual de las entidades de crédito es el aspecto más discutido y debatido en los tribunales y en los Servicios de Atención al Cliente, y tan criticado por los propios consumidores y la sociedad en general.

En caso de que un contrato bancario incluyera una de estas cláusulas supone, *de facto*, la vulneración de la normativa sobre contratación contenida en la Ley 7/1998,

de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación² y de la regulación de transparencia bancaria recogida principalmente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*³, (en adelante, Orden de transparencia y protección de 2011).

A pesar de que contamos con incontables ejemplos de cláusulas abusivas en cualquier tipo de contrato bancario, sea de activo o de pasivo, hay una cláusula que, sin duda, ha conmocionado a la sociedad por sus impactantes repercusiones y por el alcance de sus negativos efectos al suponer una clara restricción y afectación de los intereses económicos de los clientes perjudicados. Hablamos de la cláusula suelo, generalizadamente utilizada por todas las entidades bancarias en los contratos de crédito con garantía hipotecaria, que ha causado un gran revuelo al impedir a los deudores hipotecarios beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés que, a buen seguro, hubieran dado un respiro a sus economías domésticas, ya flageladas por los embistes de la crisis económica y laboral.

Para comprender mejor el alcance y consecuencias del conflicto, es necesario explicar la función de la cláusula suelo en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, así como la *ratio decidendi* por la que ha sido considerada finalmente como cláusula abusiva y, por tanto, nula, de conformidad con criterio del Tribunal Supremo.

Las cláusulas suelo objeto de conflicto son aquellas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable referenciado⁴, determinado a partir de la aplicación de un valor, obtenido como resultado de aplicar un diferencial a un índice de referencia, en España, el Euribor. La inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos bancarios obedece a razones de seguridad económica⁵, pues aseguran a las entidades financieras un rendimiento mínimo de los créditos hipotecarios capaces de cubrir los gastos fijos estructurales de gestión no vinculados a la evolución de los índices de referencia⁶.

2 BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

3 BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

4 Aunque existen otros tipos de préstamos a interés variable –tipo de interés revisable y renegociable–, el tipo de interés referenciado es el más empleado por las entidades de crédito españolas en materia hipotecaria.

5 Para un análisis jurídico-económico del alcance de las cláusulas suelo, véase, por todos, GENTO MAHUENDA, P.: “El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014), núm. 10, pp. 20-28.

6 Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, p. 13. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 7 de mayo de 2010, núm. 457).

“La finalidad de estas cláusulas es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero”, GARCÍA MONTORO, L.: “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 5, p. 240. Ello por cuanto debe “asegurar un rendimiento mínimo del activo (el préstamo) que permita recuperar los costes de producción y mantenimiento en los que incurre el Banco en la financiación del cliente”. YANES YANES, P.: “El control de la «cláusula suelo»”, *El Notario del Siglo XXI: Revista on line del Colegio Notarial de Madrid* (2012), núm. 43.

Por tanto, se entiende como cláusula suelo aquella condición general –por venir predispuesta por la entidad de crédito– que fija unos límites a la variación del tipo de interés. En concreto, determina un tipo de interés mínimo; al contrario que la cláusula techo, que establece un tipo de interés máximo aplicable al préstamo. Básicamente, las cláusulas suelo protegen a las entidades de crédito al asegurarles una rentabilidad mínima en caso de que los tipos de interés descieran, mientras que las llamadas cláusulas techo protegen al cliente al garantizarle un coste máximo del préstamo en aquellos casos en que los tipos de interés se incrementen. Normalmente ambas cláusulas son insertadas en los contratos de préstamo hipotecario de forma conjunta, pasando a denominarse “cláusula suelo-techo”, ello no es óbice a la inclusión únicamente de la cláusula suelo o de la cláusula techo, a voluntad e interés de la propia entidad de crédito.

Ambas cláusulas han sido tradicionalmente incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario, no cuestionándose su abusividad hasta la llegada de la crisis económica⁷, donde el Euribor ha alcanzado mínimos históricos. De estas bajadas podría haberse beneficiado el consumidor al reducirse las cuotas o letras de la hipoteca, empero, la aplicación de cláusulas suelo ha aniquilado cualquier posibilidad de que los consumidores pudieran disfrutar de la reducción de las cuotas como consecuencia del descenso de los tipos de interés aplicables, eliminando esa vía de oxígeno que hubiera supuesto esta circunstancia en las economías domésticas.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la cláusula denominada como “suelo-techo” es, *a priori*, lícita⁸. Precisamente, la validez de este tipo de cláusulas ha quedado expresamente recogida en la normativa de transparencia, en concreto, en la Orden de transparencia y protección de 2011⁹ que impone a la entidad de crédito una serie de obligaciones relativas a la necesidad de proveer al consumidor con información previa sobre el contenido y efectos jurídicos y económicos de los contratos de préstamos hipotecarios en relación con las cláusulas suelo. A tal efecto, la entidad deberá proporcionar una Ficha de Información Precontractual

7 Sobre la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, véanse, por todos, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2013), núm. 27, pp. 223-252; PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario La Ley* (2013), núm. 8097 y GARCÍA CUETO, E.: “Las cláusulas suelo: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013”, *La notaria* (2013), núm. 2, pp. 94-96 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Nulidad de «cláusulas suelo» de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 30 septiembre 2010”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (2011), núm. 121, pp. 209-239.

8 GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, pp. 123-126.

9 Previamente a esta regulación, la cláusula suelo ya estaba legalmente establecida en el anexo II, cláusula 3 bis, de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre *transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios* (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994). En ella se exigía que estas cláusulas se incorporasen en las ofertas vinculantes que las entidades debían hacer entrega a los solicitantes de préstamos con garantía hipotecaria de un bien inmueble, en aquellos casos en los que el prestatario sea persona física, y siempre que la cuantía del préstamo sea igual o inferior a 150.253,03€.

(en adelante, FIPRE), que estará a disposición de los clientes de forma gratuita y tendrá mero carácter orientativo, con información clara y suficiente sobre los préstamos ofertados por la propia entidad. Así, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, la entidad de crédito pondrá a su disposición otra Ficha de Información Personalizada (en adelante, FIPER) –en el formato que aparece en el anexo II de la citada Orden– con el objetivo de ofrecerle el producto más adecuado a sus necesidades y circunstancias personales expuestas. Se exige, asimismo, que esta oferta esté disponible para el consumidor con una antelación suficiente que le permita comparar las condiciones de los diferentes préstamos disponibles en el mercado de crédito y pueda adoptar una decisión fundada.

Ahora bien, en el caso de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que incorporan acotaciones a las variaciones de los tipos de interés, esto es, que incluyan cláusulas suelo o techo, la Orden citada exige que deben recogerse, en un anexo a la FIPER, el tipo de interés mínimo y máximo que se ha de aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima (artículo 25), con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica. Asimismo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*¹⁰ (en adelante, Ley 1/2013, de 14 de mayo) también parte de la licitud de las cláusulas de limitación del interés al alza y a la baja, aunque es cierto que exige determinados deberes notariales en la verificación del cumplimiento de la obligación de información impuesta a la entidad de crédito para comprobar si el cliente contrata dicha hipoteca consciente de las posibles consecuencias del mismo, especialmente de las derivadas del incumplimiento de la obligación de pago de alguna(s) cuota(s).

Así las cosas, aunque las cláusulas suelo son en sí mismas válidas, pueden ser nulas si contravienen las debidas reglas de transparencia, considerándose en este caso abusivas. Téngase en cuenta que aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de una negociación individual¹¹ tendrán la consideración de abusivas, de

10 BOE núm. 116 de 15 de Mayo de 2013.

11 “La falta de negociación individual de las cláusulas financieras de las escrituras de préstamo hipotecario resulta no solo de la notoriedad general que exige a quien alega la circunstancia de la carga de su acreditación de conformidad con el artículo 251.4 de la LEC, sino de los propios términos en los que viene regulada dicha modalidad contractual en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 5 contempla la emisión por la entidad bancaria de una oferta vinculante, y cuyo artículo 7 concede al prestatario la facultad de examen durante tres días del proyecto de escritura, lo que revela sin lugar a dudas que la redacción de este recae sobre la entidad, sin posibilidad alguna de negociación de las cláusulas contenidas en el mismo”. Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, núm. 6/2011, de 11 de marzo (B.D.Westlaw, AC 2011\179). Sobre el debate jurisprudencial relativo a la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación, véase, por todos, PÉREZ CONESA, C.: “Capítulo 13. Nulidad de la «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva”, en AA.VV., *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, (dir. por L. F. J. CORTÉS DOMÍNGUEZ). Cizur Menor (Navarra) (2012): Aranzadi, pp. 251-253. De la misma autora, “Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal* (2013), vol. 2, núm. 4, pp. 39-47.

conformidad con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, “si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”¹².

Por su parte, las entidades de crédito han alegado la configuración de la cláusula suelo como objeto esencial del contrato, esto es, del precio del préstamo, de forma que quedarían excluidas del control de abusividad, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Ahora bien, existen pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹³ que posibilitan un control material del eventual carácter abusivo de las cláusulas que refieren al objeto del contrato, por cuanto tampoco son objeto de negociación individual¹⁴, siendo que la falta de transparencia sobre este aspecto puede conllevar un desequilibrio y consiguiente perjuicio para el consumidor, causado por la alteración del valor de la oferta tal y como había quedado estipulada en la información proporcionada por el empresario en el momento de celebrar el contrato¹⁵.

El Tribunal Supremo ha sido el encargado de conocer de los controles de incorporación y transparencia de la cláusula suelo en su Sentencia núm. 241/2013,

-
- 12 Continúa el artículo diciendo que una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente por el profesional y sobre la que el consumidor no ha podido influir acerca de su contenido, en especial en los casos en los que se inserten en contratos de adhesión.
- 13 La STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECR I-4785, concluye que no se opone a que una legislación nacional establezca, en aras de una mayor protección de los consumidores, el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aun cuando tales cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible. Sin embargo, el alcance competencial del TJUE queda limitado a “la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de estas disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso”. Sobre esta Sentencia, véase, CÁMARA LAPUENTE, S.: “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJE 3 Junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, encontrado en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/19.pdf>, consultado el día 28 de junio de 2015.
- 14 A favor, PALAU RAMÍREZ, F.: “Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), vol. 1, núm. 5, pp. 125-147.
- 15 MIQUEL GONZÁLEZ, M.: “Comentario al art. 82 TR-LGDCU”, en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, cit., p. 725; PAGADOR LÓPEZ, J.: “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV., *La defensa de los consumidores y usuarios*, (dir. por M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO), Madrid (2011): Iustel, pp. 1411-1413; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cláusulas abusivas”, en AA.VV., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Cizur Menor (Navarra) (2009): Aranzadi, pp. 973-978 y PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor (Navarra) (2004): Aranzadi, pp. 109-153.

de 9 de mayo de 2013¹⁶ (en adelante, STS núm. 241/2013), pronunciándose a favor de la consideración de estas cláusulas, en la forma y términos en que se hayan redactadas, como abusivas por la falta de transparencia.

Respecto de la Sentencia citada, aun cuando la parte actora alegaba como motivo para declarar la abusividad de la cláusula suelo la falta de reciprocidad respecto de la cláusula techo¹⁷, el Tribunal Supremo¹⁸ opta por apartarse de este criterio y fundamenta la falta de la transparencia de la cláusula en los siguientes aspectos, a saber:

a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) La creación de la apariencia de que la cláusula suelo debe insertarse conjuntamente en todo caso con la cláusula techo en calidad de contraprestación.

c) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) La falta de una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

En suma, el carácter abusivo de la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamo hipotecario deriva del incumplimiento del deber de transparencia impuesto a las entidades bancarias en la propia Orden de transparencia de 2011, pues los clientes afectados desconocían, con carácter previo a la conclusión del contrato, la existencia de dicha cláusula y, por ende, los efectos económicos que sobre el coste real del préstamo pudiera tener en caso de variaciones a la baja del índice de referencia empleado (Euribor).

16 STS núm. 241/2013, 9 mayo 2013 (B.D. Westlaw, RJ 2013\3088).

Sobre esta Sentencia, desde una perspectiva crítica por la inseguridad jurídica resultante así como por su incongruencia, véanse, CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca en la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 7, pp. 126-163 y CORDERO LOBATO, E., "Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, pp. 129-133.

17 Este criterio de abusividad encuentra su fundamento en el artículo 87 del TRLGDCU, que establece que serán abusivas aquellas cláusulas "que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario". En contra de aplicar este criterio para determinar la naturaleza abusiva de la cláusula suelo, PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: "Capítulo 12. Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", en AA.VV., *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, cit., p. 238 y CASTILLA CUBILLAS, M., "Sobre la abusividad de las cláusulas de "suelo" hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2011), núm. 1, pp. 178-179.

18 STS núm. 241/2013, FJ. 13º, & 225.

En consecuencia, las cláusulas suelo aquí enjuiciadas serían lícitas en caso de haber sido conocidas por el cliente en una etapa precontractual¹⁹, esto es, antes de la celebración del contrato, de forma que hubiera sido plenamente consciente de su existencia y de las consecuencias jurídico-económicas derivadas de una bajada de los tipos de interés. En efecto, estas cláusulas suelo o las cláusulas “suelo-techo” son válidas “siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos”²⁰. Ello por cuanto “el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes”²¹.

Por último, cabe señalar que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad total de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. En este sentido, se exige a las entidades de crédito que eliminen esta cláusula suelo en la forma y modo en la que se utiliza y a abstenerse de emplearlas en lo sucesivo. En consecuencia, los contratos seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos pero sin la cláusula declarada abusiva, pues ya no se permite al juez moderar las cláusulas, siendo que el contrato debe subsistir con la mera eliminación de la cláusula que haya sido declarada abusiva²².

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo analiza en su Sentencia 241/2013 el carácter retroactivo o irretroactivo de los efectos de la supresión de la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario, lo que conllevaría en la práctica la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por el banco a causa de la aplicación de una cláusula declarada nula. En este sentido, condena a las entidades de crédito a cesar en el uso de las cláusulas suelo en sus contratos, sin embargo, determina la irretroactividad del pronunciamiento, pues la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información proporcionada al cliente.

19 En el mismo sentido, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* (2013), núm. 3, p. 14.

20 STS núm. 241/2013, F.J. 15º, & 256.

21 STS núm. 241/2013, F.J. 7º, & 144b).

22 “Esta doctrina (sorprendente) está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera, ni se «reconduce» a lo justo, el empresario que utiliza cláusulas abusivas sufre un impacto *in terrorem* que de otra forma se ahorraría, perdiendo con ello incentivos para acomodar sus contratos a las exigencias de lo justo. Por tanto, el juez no puede «integrar» ni «moderar», como imponía el art. 83.2 del TR de la Ley de Consumidores”. CARRASCO PERERA, A.: “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reconducirlas, moderarlas, ni modificarlas”, *Centro de Estudios de Consumo*, sección: Trabajos (2012). Documento disponible en línea en: http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%C3%81S.pdf, consultado el día 28 de junio de 2015.

Este fallo ha provocado una ruptura en la doctrina jurisprudencial en este asunto, si bien la postura mayoritaria sigue la línea fijada por el Tribunal Supremo²³, que alega razones de orden público (económico)²⁴, debido a que la retroactividad de las conclusiones de esta Sentencia generaría trastornos en la economía nacional en caso de que se impusiera a las entidades de crédito implicadas la obligación de devolver todas las cantidades indebidamente cobradas con base en la aplicación de la cláusula suelo.

En la actualidad, la cláusula suelo, en su configuración inicial, ha dejado de incluirse en los contratos de préstamo hipotecario, medida que ha tenido un impacto positivo sobre la confianza de los consumidores en las entidades de crédito y en la mejora de la percepción del funcionamiento del mercado de crédito. Sin embargo, este es solo un ejemplo más de la desigualdad existente en la relación jurídica entre entidades de crédito y consumidores quienes, una vez más, quedaron desprotegidos desde el principio ante la falta de medios jurídicos para combatir los efectos negativos que la inclusión de cláusulas oscuras y abusivas acarrea.

Igualmente, este conflicto ha reflejado el agotamiento de un Poder Judicial sobresaturado de causas, pero también la ineficacia de las normas de protección de los consumidores ante los abusos de las entidades de crédito así como la deficiente respuesta de los poderes públicos para resolver el problema, que ha traspasado el plano económico. En consecuencia, es necesario seguir mejorando el panorama legislativo para erradicar cualquier posible abuso que cometan las entidades de crédito, e igualmente buscar mecanismos de tutela –judiciales o extrajudiciales– acordes con los tiempos actuales y con capacidad suficiente para adaptarse a las necesidades de protección de los consumidores bancarios.

III. CONFLICTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE INFORMACIÓN COMPLETA Y SUFICIENTE: EL CASO DE LOS DENOMINADOS “PAYMENT PROTECTION INSURANCE”

La falta de información completa y suficiente del contenido del contrato y del producto o servicio bancario en sí, es causa de grandes conflictos, como ha sido el caso de la cláusula suelo en el mercado español. Ahora bien, llama nuestra atención que las entidades de crédito tengan por costumbre, con independencia del país donde desarrollen su actividad, no cumplir debidamente con su obligación de informar al consumidor:

23 AGÜERO ORTIZ, A.: “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), núm. 6, pp. 291-299. La autora recoge una serie de Sentencias dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013, cuyas decisiones divergen en cuanto a la posible retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

24 GARCÍA DE PABLOS, J. F.: “La cláusula suelo de las hipotecas”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2013), núm. 3, p. 210.

Siempre hemos pensado y, de hecho es una creencia generalizada, que los sistemas bancarios anglosajones son modelos *quasi* perfectos, más rígidos y con códigos éticos y de conducta más férreos. Pues aunque esto pudiera ser así, esa supuesta “perfección” no es tal si observamos que la actuación de algunas entidades de crédito inglesas también ha quedado en entredicho. Así es, en Reino Unido, los últimos años han sido complicados para las propias entidades, no solo por la crisis del sector, sino también por los conflictos con sus consumidores, que han repercutido negativamente en el balance de las entidades pero también, y más importante, en la confianza de los consumidores. En efecto, los clientes de los bancos ingleses se han visto gravemente perjudicados por la indebida comercialización de uno de sus “productos estrella”, los denominados *Payment Protection Insurance* (PPI), también llamados *loan protection*.

Para poder comprender mejor las causas, el alcance y las negativas consecuencias de la comercialización de este producto es necesario establecer de qué clase de producto bancario se trata así como las condiciones y circunstancias en que ha sido puesto en circulación.

Los PPI constituyen una póliza de seguro, normalmente asociada a un préstamo –personal, con garantía hipotecaria o incluso para medios de pago (tarjetas)– con la finalidad de proteger al consumidor contra el riesgo de no poder sufragar las cuotas del préstamo, por ejemplo cuando contrae una enfermedad que le impide trabajar o la pérdida de su puesto de trabajo²⁵. Aunque generalmente este producto se oferta como complemento del préstamo principal, ello no es *conditio sine qua non*, siendo factible obtener dicho préstamo sin la necesaria contratación de esta póliza de seguro o, incluso, cabe la posibilidad de contratar la póliza como un producto bancario independiente.

Se distinguen, respecto de su comercialización, hasta tres problemas principales. Circunstancias que quedan constatadas en el volumen de reclamaciones y quejas presentadas por los clientes afectados, resueltos por diferentes órganos.

El primer problema refiere del rechazo de la póliza de seguro, esto es, cuando el cliente interpone una reclamación sobre la misma pero la compañía aseguradora rechaza efectuar ningún pago, generalmente por la inclusión de una cláusula (la conocida como “letra pequeña de los contratos”) que excluye la cobertura de determinados productos entre los que se incluye el PPI, dato que, sin embargo, no fue indicado a los consumidores contratantes.

25 La comercialización de este producto, sin embargo, no es reciente, pues comenzó en los años 70 como seguros asociados a los contratos con garantía hipotecaria, aunque su ámbito de aplicación fue alcanzando a más productos, entre ellos los préstamos personales y los contratos de medios de pago (tarjetas). Sobre el origen y expansión del mercado de los PPI en Reino Unido, véase, FERRAN, E.: “Regulatory lessons from the payment protection insurance mis-selling scandal in the UK”, *European Business Organization Law Review* (2012), vol. 13, núm. 2, pp. 251-253.

El segundo problema alude a las disputas relativas a la devolución de las primas, en concreto cuando en el contrato de PPI está estipulado el pago de una única prima inicial (de cuantía importante) pero el cliente cancela el préstamo con anterioridad al vencimiento estipulado. La controversia radica en que, en este caso, solamente le será reembolsado al cliente una pequeña parte de la prima pagada, ocasionando un agravio comparativo respecto de otros contratos PPI que estipulen varias primas a sufragar durante la vigencia del contrato.

El tercer problema, el más grave a nuestro juicio por implicar una mala *praxis* por parte de las entidades de crédito, es el relativo a la consideración de que la venta del PPI no ha sido realizada con todas las garantías y en cumplimiento del deber de información de las entidades.

A la vista de estos problemas, se establecieron diversos medios para solucionarlos y ofrecer una respuesta al cliente bancario perjudicado. Así pues, el consumidor afectado por los PPI dispone de diversas vías de reclamación en función del tipo de problema. En efecto, el conflicto relativo al rechazo de la póliza de seguro debe ser resuelto directamente con las compañías aseguradoras, mientras que las reclamaciones contra la política de devolución de primas, así como contra la venta indebida de los PPI son resueltas en sede judicial o por el Defensor del Cliente bancario –en primera instancia por el Servicio de Atención al Cliente de la propia entidad y, en segunda instancia, por el *Financial Ombudsman Services*–.

En lo que aquí interesa, centraremos el análisis en el tercer problema citado, puesto que los derechos e intereses económicos de una considerable colectividad de consumidores han sido menoscabados.

En este sentido, desde las asociaciones de consumidores y medios de comunicación se afirma con bastante rotundidad que todos los casos de PPI son consecuencia de una venta indebida y que, por ello, los afectados deben ser resarcidos; empero, desde instancias judiciales parece sugerirse lo contrario. Si bien los tribunales confirman que numerosos de los casos enjuiciados son consecuencia de una venta indebida, también se indica que, en otros casos, las entidades de crédito cumplieron con los estándares y requisitos para la comercialización de los PPI, por lo que las reclamaciones carecen de fundamento suficiente para condenar a la correspondiente entidad a restituir el importe del PPI y a pagar una indemnización por los perjuicios causados²⁶. No obstante, también es cierto que, en una gran proporción, los clientes afectados han optado por acudir a la vía extrajudicial

26 Véase como ejemplo la decisión del Honorable Juez Waksman QC en el asunto *Black Horse Limited v. Speak*. [2010] EWHC 1866 (QB). El contenido de la resolución puede consultarse en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1866.html>, consultado el día 23 de junio de 2015.

La conclusión que se infiere de la argumentación y fallo de esta sentencia es que aquella entidad de crédito (en su papel como prestamista), así como su personal, que haya actuado de conformidad con sus políticas internas, así como con los estándares del Organismo regulador, puede defenderse perfectamente contra la reclamación

del *Ombudsman* bancario —o Defensor del Cliente—, quien ha considerado que, salvo algunas excepciones, la comercialización y venta de los PPI no se ajustó a los estándares exigidos especialmente en lo que concierne a la transparencia e información proporcionada al cliente en fase precontractual²⁷, incumpliendo por ello los Códigos de Conducta de las entidades y demás instituciones bancarias.

En cualquier caso, debe atenderse a una serie de circunstancias para calificar la venta de este producto como “indebida”, “fraudulenta” o incluso “abusiva” (*mis-selling PPI*). Así pues, destacamos las siguientes causas, a saber:

1º) Presión de las entidades de crédito al cliente para la suscripción de la póliza de seguro.

2º) Provisión de información al cliente acerca de las características del producto PPI pero vinculando su contratación para la obtención del préstamo principal, sin señalar que realmente se trata de un producto opcional en todo caso.

3º) Venta del PPI sin el consentimiento expreso del consumidor o incluso con el rechazo de éste a dicha contratación.

4º) Venta directa y automática del PPI, integrando sus pagos en la cuota del préstamo principal, sin que el cliente sea plenamente consciente de estar contratando dos productos diferentes, esto es, con su desconocimiento sobre la contratación del PPI.

5º) Falta de información completa y exacta sobre los aspectos relevantes del PPI, sin entrega, por escrito, de la documentación con los requisitos y consecuencias jurídico-económicas.

6º) Falta de información completa y exacta sobre los PPI con una antelación suficiente para tomar una decisión fundada sobre su contratación.

Como se observa, este conflicto bancario que ha afectado a un gran colectivo de consumidores es el reflejo de la deficiente actuación de las entidades de crédito en la colocación de productos en el mercado de consumo, concretado en este caso en la falta de información a los usuarios bancarios de las características del producto

del cliente (prestatario) insatisfecho con el producto, pues los argumentos utilizados generalizadamente contra las entidades bancarias no son adecuados en este caso.

Sobre el contenido de esta sentencia, véanse, por todos, KELSALL, R.J.: “End of the road of PPI claims? Borrowers’ appeal withdrawn”, *Journal of International Banking and Financial Law* (2012), vol. 27, núm. 9, pp. 587-588 y OVEY, E.: “Loans and payment protection insurance: an optional policy win for the Black Horse”, *Journal of International Banking and Financial Law* (febrero 2011), vol. 26, núm. 2, pp. 72-74.

27 La venta masiva y sin las debidas garantías del producto PPI no es un caso aislado. En efecto, los denominados “*asset-backed investment products*” o valores garantizados por activos de las propias entidades para financiar los costes de los seguros de atención médica a largo plazo fueron vendidos a gente de avanzada edad, por lo que el banco que los comercializó (HSBC) fue multado con más de 10 millones de libras.

ofertado, de la inadecuación de las políticas de venta a las características del cliente en concreto y de la deficiencia en los controles de la evolución de estos productos.

Aunque los efectos negativos del conflicto, así como las reclamaciones de los consumidores continúan en el presente, se trata de un problema cuya duración excede de lo esperado, pues la *Financial Services Authority* (en adelante, FSA), cuyas competencias corresponden desde 2013 a la *Financial Conduct Authority*²⁸ (FCA) y a la *Prudential Regulation Authority*²⁹ (PRA), emitió ya en 2005 un comunicado de prensa³⁰ en el que instaba a las entidades de crédito supervisadas a tomar cuantas acciones fueran necesarias para garantizar que las políticas de venta de los PPI se ajustaran a la regulación reglamentaria vigente. Sin embargo, las políticas de las entidades de crédito al respecto continuaron sin cambios hasta que, en febrero de 2009, la FSA contactó con todas y cada una de las entidades supervisadas para exigirles que cesaran la venta y comercialización de estos productos, señalándoles además un plazo máximo para ello, el 29 de mayo de ese mismo año.

Esta exigencia viene encuadrada en un contexto en el que se apreció un considerable incremento de las quejas y reclamaciones interpuestas por los clientes bancarios, así como una importante presión ejercida desde las asociaciones de consumidores y medios de comunicación. Todo ello derivó en la modificación de la regulación de esta clase de productos bancarios³¹. En efecto, en agosto de 2010, a través de su Declaración de normas o *Policy Statement 10/12 "The assessment and redress of Payment Protection Insurance Complaints"*³², la FSA modificó un conjunto de

28 Véase su web oficial, <http://www.fca.org.uk/consumers>, consultada el día 25 de junio de 2015.

Esta institución tiene su origen en la crisis económica, momento en el cual se planteó en Reino Unido la posibilidad de crear una institución encargada de regular la protección de los consumidores y el mercado financiero, bajo el nombre de *Consumer Protection and Market Authority*. Sin embargo, finalmente se optó por escindir la Autoridad reguladora existente, la *Financial Services Authority*, en dos instituciones separadas e independientes: la *Financial Conduct Authority* y la *Prudential Regulation Authority* (integrada en la estructura del *Bank of England*), con el propósito de ofrecer una mejor regulación y supervisión en ambas materias. La FCA tiene objetivos más específicos que la institución a la que sucede, que incluyen la protección de los consumidores y el fomento de la competencia efectiva de los intereses de los consumidores. Asimismo, se le atribuye capacidad de intervención respecto de ciertos productos así como en casos de fraude en la promoción financiera.

29 Se trata de una entidad ubicada dentro de la estructura organizativa del Banco de Inglaterra, de forma que, aun cuando actúe con autonomía, la supervisión prudencial que realiza esta institución quede vinculada a la supervisión macroprudencial que realiza el propio Banco de Inglaterra. Esta Institución fue creada en la *Financial Services Act 2012*, que entró en vigor el 1 de abril de 2013. Véase su web oficial, <http://www.bankofengland.co.uk/pr/pages/about/default.aspx>, consultada el día 25 de junio de 2015.

30 Hasta 2005 la FSA carecía de competencias en materia de regulación de la intermediación de seguros.

31 Asimismo, el nuevo régimen más intrusivo y supervisado de protección de los consumidores por la FCA es consecuencia directa de esta mala experiencia en la contratación bancaria con consumidores.

32 Esta Declaración recoge un paquete de medidas entre las que se incluyen la modificación del *FSA Handbook* (actual *FCA Handbook*), una guía de actuación para la tramitación de las reclamaciones sobre PPI así como un análisis de las causas y un mecanismo por el cual clientes afectados que no hayan presentado reclamación puedan ser reparados. GRAY, J.: "Legality of payment protection insurance compensation agreements examine don judicial review", *Journal of Financial Regulation and Compliance* (2013), vol. 19, núm. 4, p. 397. El contenido del *Policy Statement 10/12* está disponible en línea: http://www.fsa.gov.uk/pubs/policy/ps10_12.pdf, consultado el día 26 de junio de 2015.

disposiciones contenidas en su *Handbook* desde una visión más *pro consumerista* o de protección a la clientela bancaria de los excesos de la banca.

Así las cosas, entre otras disposiciones, el nuevo marco regulador³³, queda integrado por los *Principles of Businesses*³⁴ (en adelante, PRIN), conjunto de normas o guías de actuación de las entidades relativas a la diligencia en la gestión de las propias entidades como instituciones o corporaciones, debiendo garantizar su integridad, cuidado y diligencia en la relación con la clientela, evitando así cualquier conflicto de interés. Igualmente, el *Insurance Conduct of Business Rules*, desde enero de 2008 denominado *Insurance Conduct of Business Source*³⁵ (en adelante, reglas ICOBS), cuyas disposiciones se centran en el mercado de PPI, especificando las condiciones bajo las cuales es posible –viable y sostenible– su contratación así como la información que las entidades deben entregar al consumidor en la fase precontractual.

Precisamente, dado que la cobertura del riesgo de este seguro puede ser por toda la vida del préstamo o solamente por un periodo determinado, se establece el derecho del cliente a disponer de toda la información relativa a este producto, en especial la referente a los importes o precios que serían exigibles³⁶ –cuestión relevante y normalmente determinante de la adhesión del cliente al contrato–, con antelación suficiente a la conclusión del contrato para decidir si efectivamente adquiere tal cobertura³⁷.

Por otra parte, estas reglas han supuesto la modificación de las normas relativas a los procedimientos extrajurisdiccionales de resolución de reclamaciones, contenidas en las “*DISP Dispute Resolution: Complaints*”³⁸ (en adelante, DISP rules). Precisamente, modificó los sistemas internos de resolución de quejas y reclamaciones de las propias entidades de crédito, pero también aquellas disposiciones relativas a las

33 Sobre el nuevo régimen regulador tras el conflicto PPI, véase, FERRAN, E., “Regulatory lessons”, *cit.*, pp. 257-260.

34 Documento disponible en línea: <http://www.fca.org.uk/static/documents/handbook-releases/high-level-standards136.pdf>, consultado el día 28 de junio de 2015.

A estas normas básicas hay que añadir el conjunto de reglas bajo la rúbrica “*Senior Management Arrangements, Systems and Controls*” y “*Training and Competence*” (en adelante, TC), que se encargan del régimen de responsabilidad de los directivos, así como de la formación y requisitos que deben reunir los empleados de la entidad para garantizar el cumplimiento de los PRIN.

35 El contenido de las disposiciones de esta norma está disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/COBS>, consultado el día 28 de junio de 2015.

36 ICOBS 6.4.8G: “Price information should be given in writing or another durable medium in good time before conclusion of the contract. This is in addition to any requirement or decision to provide the information orally. In the case of a distance contract concluded over the telephone, it may be provided in writing or another durable medium no later than immediately after conclusion”.

37 ICOBS 6.1.5R: “A firm must take reasonable steps to ensure a customer is given appropriate information about a policy in good time and in a comprehensible form so that the customer can make an informed decision about the arrangements proposed”.

38 El contenido de las disposiciones está disponible en: <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/DISP>, consultado el día 28 de junio de 2015.

Sobre estas reglas, véase, por todos, SAMUEL, A.: “The FSA complaint rules after the 2007/2008 changes: a critical view”, *Compliance Officer Bulletin* (2008), núm. 59, pp. 1-41. Del mismo autor, “Reforming the FSA complaint rules: a return to the battlefield”, *Compliance Officer Bulletin* (2005), núm. 24, pp. 1-33.

bases y fundamentos a tener en cuenta en la decisión, con la finalidad de garantizar la tramitación justa y equitativa de tales reclamaciones. De igual forma, establece la posibilidad de que, ante la recurrencia de problemas con una determinada política de ventas de una póliza de seguro que cubra medios de pago, la entidad determine el alcance y gravedad del perjuicio que ha podido sufrir el cliente (reclamante) y, cuando así lo estime oportuno, de forma proactiva contactar con aquellos clientes que, aun cuando no hayan presentado reclamación o queja alguna, se les ofrezca alguna medida reparatoria del daño o perjuicio que hayan podido sufrir³⁹. De esta regulación merece destacar, como aspecto a valorar positivamente, la asunción de competencias por la autoridad reguladora sobre los criterios de buenas prácticas que las entidades de crédito deben seguir:

En conclusión, este problema constituye un claro reflejo de los fallos existentes en el marco de la contratación bancaria referentes al incumplimiento por las entidades de crédito del deber de informar a los consumidores sobre el contenido de los productos, a las deficiencias de los análisis de las necesidades y características de los clientes para comprobar la adecuación de los distintos productos, y a la ineficacia de los controles previstos. Ello no conduce sino a reflexionar sobre las debilidades de la autorregulación del sistema bancario y financiero en lo relativo a la protección de los consumidores y a la satisfacción de sus necesidades y expectativas.

IV. CONFLICTOS DERIVADOS DEL MAL ASESORAMIENTO FINANCIERO: EL CASO DEL “COMMONWEALTH FINANCIAL PLANNING FAILURE”

El origen de los conflictos bancarios anteriormente analizados radica en la propia naturaleza de los contratos como contratos de adhesión así como en la vulneración del deber de transparencia de las entidades de crédito por la falta de una información completa y suficiente de los productos. Sin embargo, estas no son las únicas causas que provocan conflictos, pues las entidades de crédito también hacen las veces de asesores, aconsejando a sus clientes cómo invertir sus activos para obtener la máxima rentabilidad. Actividad que recibe el nombre de “asesoramiento financiero” o “gestión del patrimonio” (en inglés, “*financial planning*”⁴⁰), normalmente englobada en el concepto de “Banca privada”. El cliente, por su parte, que no tiene por qué

39 La DISP rule 3.4.3G) indica lo siguiente: “Where a firm identifies (from its complaints or otherwise) recurring or systemic problems in its sales practices for a particular type of payment protection contract, either for its sales in general or for those from a particular location or sales channel, it should (in accordance with Principle 6 (Customers’ interests) and to the extent that it applies), consider whether it ought to act with regard to the position of customers who may have suffered detriment from, or been potentially disadvantaged by such problems but who have not complained and, if so, take appropriate and proportionate measures to ensure that those customers are given appropriate redress or a proper opportunity to obtain it. In particular, the firm should: (1) ascertain the scope and severity of the consumer detriment that might have arisen; and (2) consider whether it is fair and reasonable for the firm to undertake *proactively* a redress or remediation exercise, which may include contacting customers who have not complained”.

40 Sobre esta actividad en Australia, véase, por todos, CULL, M.: “The rise of the financial planning industry”, *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, (2009), vol. 3, núm. 1, pp. 26-37. El autor analiza el contenido de la actividad, así como su evolución desde la civilización antigua hasta su profesionalización, existiendo en

ser experto en finanzas, deposita su confianza en la diligencia y responsabilidad de la entidad de crédito para gestionar sus recursos económicos de forma que le proporcionen beneficios y una mayor rentabilidad de la obtenida si ellos administrasen y gestionasen tales recursos directamente.

No obstante, cabe la posibilidad de que la entidad de crédito no actúe con la diligencia debida ni esperada, exponiendo los activos de los clientes y, por ende, a los propios clientes, a riesgos innecesarios por no llevar a cabo los análisis de adecuación de los perfiles de los clientes inversores (muy conservador, conservador, moderado, dinámico y arriesgado) a los productos contratados. Este es el caso de uno de los bancos más importantes —y el más grande— de Australia, el *Commonwealth Bank of Australia* (en adelante, CBA).

Precisamente, en julio de 2014 salió a la luz pública el escándalo de la planificación financiera (en los medios de comunicación aparece con los titulares "*Commonwealth Financial Planning failure*" o incluso "*multi-million-dollar financial planning scandal*"), cuyas causas son la desinformación y el inadecuado asesoramiento ofrecido por el Banco a sus clientes durante el periodo comprendido entre septiembre de 2003 y julio de 2012, lo que le ha supuesto —de momento— más de 60 millones de dólares en compensaciones e indemnizaciones por las pérdidas generadas a sus clientes a causa de la contratación de productos de alto riesgo, en numerosos casos sin el conocimiento de los propios clientes y, en otros, sin su expreso consentimiento.

Este servicio bancario de planificación financiera o gestión de activos es una actividad estandarizada y profesionalizada, ofrecida por la inmensa mayoría de las entidades de crédito, que cuentan con, al menos, una división o departamento dedicado en exclusiva al desarrollo de estas funciones, con total independencia de que su clientela sea persona física o jurídica. Concretamente, el CBA cuenta con dos divisiones, denominadas *Commonwealth Financial Planning Limited* (en adelante, CFP) y *Financial Wisdom Limited* (en adelante, FWL). Ambas han fallado en sus funciones, dejando a sus clientes en una situación de indefensión y, lo que es peor, de impotencia y desasosiego ante las consecuencias de un comportamiento de las entidades de crédito negligente e interesado.

Aun a pesar de que prácticamente la totalidad de los bancos importantes ofrecen el mismo servicio, la problemática con el CBA⁴¹ obedece a la política interna

Australia tres organismos profesionales predominantes dedicados a esta actividad: la *Financial Planning Association (FPA)*, *CPA Australia* y el *Institute of Chartered Accountants in Australia (ICAA)*.

Véase, también, *FINANCIAL PLANNING ASSOCIATION OF AUSTRALIA LIMITED*, "Face of remuneration set to change", *Financial Planning* (2008), vol. 20, núm. 10.

41 El escándalo del CBA ha traspasado incluso los lindes del ámbito estrictamente bancario, pues el CBA habría intervenido ilegalmente las conversaciones telefónicas de uno de sus clientes, el Sr. Michael Murphy, para "instigarle" por las negociaciones que estaban en curso con un programa de televisión ("*A Current Affair*"), donde explicaría su conflicto con el CBA por el escándalo de la planificación financiera, dado que de \$125.000 invertidos, solo dispone de \$9.000, habiendo perdido el resto en inversiones no autorizadas por él. Sobre esta

de remuneraciones de los trabajadores, que propició la mala *praxis* y subsiguiente menoscabo en los derechos e intereses de los clientes. Básicamente, los trabajadores de CFP y FWL, en lugar de atender a las características y necesidades de los clientes, seguramente pensando en los beneficios para la entidad y para ellos mismos, optaron por colocar los activos y recursos económicos de los clientes en productos de alto riesgo. Ahora bien, lo más grave de su actuación fue el *modus operandi* –generalizadamente aceptado– mediante el cual los trabajadores cambiaban los perfiles de algunos clientes para considerarlos como arriesgados e incluso algunos llegaron a falsificar las firmas de los clientes (para el consentimiento) en los contratos.

Por otra parte, este escándalo también es el reflejo del mal funcionamiento, en algunas ocasiones, de las autoridades reguladoras. En efecto, no estaríamos ante un problema de tales dimensiones si la *Australian Securities and Investment Commission*⁴² (en adelante, ASIC), hubiera actuado con rapidez y diligencia en el desarrollo de la investigación tras las denuncias de uno de los empleados de la división CFP, Jeff Morris, sobre los procedimientos, a nuestro juicio poco ortodoxos, empleados en las contrataciones de productos de alto riesgo durante el periodo comprendido entre 2006 y 2010. Por el contrario, la lentitud en su respuesta –tardó más de un año solamente en ordenar y organizar la investigación– solo ha servido para agravar aún más el conflicto, quedando afectados un mayor número de consumidores.

No obstante, esta actuación de la ASIC, como máximo responsable de la estructura y funcionamiento de las corporaciones financieras, ha sido investigada para determinar las causas y, sobre todo, depurar responsabilidades. En este sentido, el 20 de junio de 2013 el Senado solicitó a la Comisión Económica (*Senate Economics References Committee*) la apertura de una investigación que finalizó con la publicación de un Informe final, prevista para el 30 de mayo de 2013 pero que fue retrasada hasta el 26 de junio⁴³.

Hasta este momento el CBA había logrado mantener cierta discreción en lo referente a este asunto, resolviendo las reclamaciones de los clientes a través de sus procedimientos internos de resolución de conflictos. Sin embargo, las conclusiones reveladoras del Informe llevaron a que los medios de comunicación y asociaciones de consumidores se hicieran eco del conflicto y tomaran iniciativas contra la vulneración de los derechos e intereses económicos de los clientes.

noticia, véase, <http://www.news.com.au/finance/business/commonwealth-bank-secretly-recorded-phone-calls-to-michael-murphy-according-to-a-current-affair/story-fnkjdt-1226999902937>, consultado el día 15 de junio de 2015.

42 Véase su página web oficial: <http://www.asic.gov.au/>, consultada el día 15 de junio de 2015.

43 El contenido del Informe final está disponible en línea: http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/ASIC/Final_Report/index, consultado el día 15 de junio de 2015.

Las conclusiones más críticas versaron, por un lado, sobre la actuación del CBA, tanto en lo que concierne al incumplimiento de su régimen interno de actuación – publicando asimismo evidencias de fraude, falsificación y encubrimiento por parte de la dirección del CBA en este asunto– como del deficiente procedimiento interno de tramitación de reclamaciones al no ser aplicado a todos los consumidores afectados atendiendo a los mismos criterios. Y, por otro lado, sobre la investigación –calificada en el propio Informe como “autocomplaciente”– dirigida por la ASIC. Como respuesta a estas constataciones, se han adoptado una serie de medidas correctoras que buscan paliar los efectos negativos del conflicto y mejorar las garantías de un correcto funcionamiento de la actividad de planificación financiera.

Por un lado, como medida correctora –y represiva– de la conducta seguida por los trabajadores de la CFP y FWL, considerada como falta grave en los términos establecidos en sus reglamentos internos de conducta, el CBA aceptó, a principios de agosto de 2014, la modificación de las condiciones previstas en la licencia como servicio financiero (*Australian Financial Services licence conditions*) que han conllevado una reforma estructural, organizativa y en las políticas de dirección⁴⁴. Igualmente, estas nuevas condiciones han sido diseñadas para garantizar una compensación adecuada para aquellos consumidores que hubieran sido víctimas del fraudulento asesoramiento.

Por otro lado, aunque en íntima conexión con la medida anterior, el CBA ha quedado compelido a reabrir el procedimiento de compensación económica de los clientes afectados, debiendo contactar por ello con más de 4000 clientes con la finalidad de ofrecerles hasta \$5000 para sufragar un asesoramiento jurídico o financiero independiente que evalúe la adecuación de los consejos recibidos inicialmente por parte de FCP o de FWL.

Asimismo, estos clientes afectados quedan legitimados para instar al propio CBA la revisión de su caso mediante el denominado *Open Advice Review program*, accesible desde julio de 2014. Este programa proporciona una evaluación de la asesoría financiera, dando acceso a los afectados a un abogado independiente y a un panel de revisión independiente. En este sentido, cualquier cliente que haya recibido asesoramiento de los miembros del CFP o del FWL, en el periodo comprendido entre 2003 y 2012, resulta legitimado para ser parte en el procedimiento.

Así las cosas, un equipo especializado del propio Banco revisará la documentación aportada por ambas partes con la finalidad de determinar la existencia de irregularidades. Finalizada esta revisión, un defensor del cliente –aunque financiado por el CBA– enviará al cliente conjuntamente la valoración final y la oferta

44 Todo el equipo directivo del CBA, en especial de las divisiones del CFP y FWL, deben firmar una carta, dirigida a la ASIC, donde manifiesten su voluntad de obedecer y cumplir con lo establecido por las nuevas condiciones.

económica en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados. Ahora bien, si el cliente no queda satisfecho, bien con la valoración bien con la oferta de compensación, tiene derecho a solicitar una nueva revisión, conducida esta vez por un panel independiente que determinará la necesidad de dicha indemnización y, en su caso, la cuantía adecuada. La decisión del panel tendrá fuerza vinculante para el CBA, no así para cliente que, en caso de disconformidad, podrá dirigirse al *Ombudsman* bancario o acudir a los tribunales judiciales competentes.

Finalmente, en el plano legislativo también se van a adoptar medidas para imponer un mayor control a esta actividad de asesoramiento financiero a la par que garantizar una mayor protección de los consumidores, evitando así que esta situación pueda repetirse en el futuro. En este sentido, el día 2 de septiembre de 2014, Peter Whish-Wilson⁴⁵, Senador del Partido Político *The Greens*, adelantándose a las conclusiones derivadas de la Investigación del Sistema Financiero (en adelante, FSI por sus siglas en inglés, *Financial System Inquiry*) que se está llevando a cabo en Australia desde diciembre de 2013⁴⁶, se presentó ante el Senado un Proyecto de Ley con el objetivo de introducir enmiendas en la vigente Ley de Sociedades (*Corporations Act 2001*), bajo el nombre "*Corporations Amendment (Financial Advice) Bill 2014*". El 5 de marzo de 2015, el Senado remitió esta Ley a la Comisión de Legislación Económica (*Economics Legislation Committee*) para la investigación y posterior informe, previsto para el 11 de agosto de 2015.

Uno de los aspectos clave de esta Ley es la modificación de las definiciones básicas "general advice" por "general information". Nótese que la *Corporations Act 2001* distingue entre dos categorías de asesoramiento, la personal (*personal advice*)⁴⁷ y la general (*general advice*)⁴⁸. La razón de modificar esta última responde al objetivo de clarificar a los consumidores si tal asesoramiento refiere de sus circunstancias personales o se trata meramente de la información genérica sobre la variedad de productos ofertados por la entidad. De la misma forma, se considerará comportamiento ilegal o fraudulento cuando se asegure al cliente que se le está asesorando pero en realidad simplemente se le está proporcionando información general.

45 The Greens Senator for Consumer Affairs, Competition Policy and Small Business.

46 Esta (macro)investigación cumple con la misión de establecer la futura dirección del sistema financiero. Sin embargo, esta no es la primera investigación que se lleva a cabo en este sentido, pues las anteriores (1981 y 1997) dieron como resultado grandes reformas, tales como la creación de la APRA y de la ASIC. Asimismo, esta desregulación que caracteriza al sistema financiero es la causa de su resistencia y estabilidad frente a la crisis económica mundial actual.

Para una información completa y detallada de la FSI, véase la página web oficial: <http://fsi.gov.au/>, consultada el día 15 de junio de 2015.

47 COWEN, J., BLAIR, W. y TAYLOR, S.: "Personal financial planning education in Australian Universities", *Financial Services Review* (2006), vol. 15, pp. 43-57 y BLACK, K., CICCOTELLO, C. S. y SKIPPER, H. D.: "Issues in Comprehensive Personal Financial Planning", *Financial Services Review* (2002), vol. 11, núm. 1, pp. 1-9.

48 BEATTY, A., FORREST, K. Y GRADY, R.: "Chapter 4", *cit.*, p. 102.

Este conflicto demuestra, una vez más, la superioridad de las entidades de crédito respecto de los clientes, desamparados por una pésima regulación e incluso por una lenta e inadecuada respuesta de las autoridades reguladoras y supervisoras de los servicios financieros, lo que no hace sino agravar las consecuencias del conflicto. Desde instancias gubernamentales, así como desde las autoridades competentes en la regulación y supervisión del funcionamiento del sector bancario, se debería tratar de evitar esta clase de comportamientos negligentes o de mala *praxis*, no limitándose a corregirlos cuando una importante colectividad de consumidores haya sido víctima de estos abusos y haya sufrido, por añadidura, los graves perjuicios económicos y también personales.

**LA RESPONSABILIDAD SOCIAL MEDIOAMBIENTAL.
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE
RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL*: QUIEN CONTAMINA
PAGA. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL
EMPRESARIAL (RSE)**

**ENVIROMENTAL SOCIAL RESPONSIBILITY. LEGAL ANALYSIS OF
DIRECTIVE 2004/35/CE ON ENVIROMENTAL RESPONSABILITY:
THE POLLUTER PAYS. DIFFERENCES WITH CORPORATE SOCIAL
RESPONSIBILITY (CSR)**

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 254-273

* Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DO L 143 de 30.4.2004), modificada por la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (L 102 15, 11.4.2006), y por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (L 140 114, 5.6.2009)



Jesús
MARÍ
FARINÓS

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 30 de septiembre de 2015

RESUMEN: La responsabilidad medioambiental, tras la Directiva 2004/35/CE y la vigente Ley de Responsabilidad Medioambiental, así como el Reglamento que la desarrolla parcialmente, han provisto al ordenamiento jurídico español de un sólido soporte y de unas armas importantes para prevenir, anticipar y reparar las acciones que se producen, produzcan o pudieran producirse contra el medio ambiente. Algo que, quizás, en los otros ámbitos de la RSE no ha sucedido con tanta profundidad y exigencia, quedándose en ocasiones en meras proclamaciones de principios. De hecho, la responsabilidad medioambiental y su profusa regulación son, tanto a nivel europeo como español, el origen de la actual concepción moderna de la responsabilidad social empresarial y de la subsiguiente normativa dictada al respecto en esta última materia.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, medioambiental, social empresarial, social corporativa.

ABSTRACT: Environmental responsibility, after Directive 2004/35/EC and the current Law on Environmental Responsibility, as well as Regulation that partially developed it, have provided the Spanish legal system of a solid support and an important weapons to prevent, anticipate and repair actions that produce, occur or might occur against the environment. Something, perhaps, in other areas of RSE has not happened so deep and demanding, sometimes staying on mere proclamations of principle. In fact, environmental responsibility and its profuse regulation are, both at European and Spanish level, the origin of today's modern concept of corporate social responsibility and the subsequent regulations issued about this last matter.

KEY WORDS: Responsibility, environmental, social business, corporate social.

SUMARIO.- I. Análisis de la directiva 2004/35/CE sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.- 1. El ámbito de aplicación de la Directiva: los sistemas de determinación de la responsabilidad.- A) El ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad objetiva.- B) El ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad subjetiva.- II. La acción preventiva y la acción reparadora.- 1. La acción preventiva.- 2. La acción reparadora.- III. La postura de las Administraciones Públicas, los particulares y las organizaciones ecologistas en el nuevo sistema comunitario de Responsabilidad Ambiental.- IV. La Responsabilidad Medioambiental versus la Responsabilidad Social Empresarial (RSE).

I. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES.

La Directiva 2004/35/CE es una norma que tenía por objetivo establecer un marco común para la prevención y reparación de los daños medioambientales¹. Con esta finalidad, se preveía su aplicación a las actividades profesionales que presentasen un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, incluidas las especies y hábitats naturales protegidos.

Se supone que la Directiva no tendría que afectar a las acciones civiles que correspondan a los perjudicados por daños sufridos en su persona o en sus bienes, que deberán continuar demandándose por la vía de la acción civil directa o bien de la que acompañe en su caso a la penal². Es decir, las indemnizaciones por daños a bienes ambientales corresponden a la Administración y, aun acreditada la conducta contaminante del demandado, o si no resulta probado que la misma sea la causa del

-
- 1 LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho ambiental administrativo*. Madrid (2010): La Ley. Cabe comentar que la protección medioambiental debe plantearse como algo que va más allá de la reparación de daños por ocurrir que, de hecho, toda la naturaleza está ya intervenida por el hombre de manera que la protección del medio ambiente está ya estrechamente vinculada a la gestión de los ecosistemas.
 - 2 YORI TOLOSA, J. L.: "La responsabilidad por daños medioambientales", *DN* (2005), núm. 176, consultado en Base de Datos La Ley Digital.

• Jesús Marí Farinós

Es licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia en 1997 con premio extraordinario. En 1999 consigue la beca "Ernst&Young" a los tres mejores licenciados en Derecho de España, otorgada por el mencionado despacho de abogados, por el "IE Business School" y el diario "Cinco Días". En 2001 Realiza un máster en Asesoría Jurídica en el IE Business School. En 2003 consigue la I beca "profesor Manuel Broseta" de Derecho Mercantil Europeo en la Academy of European Business Law, Colegio de Europa, Brujas. Tras un periodo de dedicación profesional a diferentes responsabilidades políticas, en 2013 obtiene el Doctorado Cum Laude en la Universidad Europea de Madrid (grupo Laureate Universities) por su tesis doctoral "La Responsabilidad Social Corporativa. Una forma de colaborar en la protección del Medio Ambiente. El contrato de la sociedad civil y emprendedora con la sostenibilidad". Actualmente imparte docencia en EDEM centro universitario y es Asesor Jurídico de la Universitat Politècnica de València.

daño³. Ante un ilícito ambiental, la pretensión del particular está condicionada a la lesión de un derecho subjetivo individualizado⁴.

La Directiva 2004/35/CE prevé un sistema fundamentalmente basado en mecanismos de Derecho público, que fija unos criterios de mínimos pero no de máximos, con una amplia intervención de la llamada "autoridad competente", designada por cada Estado miembro y que será la encomendada con la tarea de cumplir con las obligaciones contempladas en la disposición comunitaria⁵.

La prevención y reparación de los daños medioambientales contribuye a la realización de los objetivos y principios de la política ambiental de la Unión Europea, y conforme al ordenamiento comunitario siempre debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio de "quien contamina paga", tal y como se establece en el propio Tratado de la Unión Europea⁶.

De acuerdo con el principio de quien contamina paga, el operador que degrada el medio ambiente es quien debe responder del daño y asumir el costo de su negligencia. Tras este principio subyace la convicción de que, en la medida que los operadores se vean obligados a asumir los costos de los daños ambientales que provoquen, se verán indirectamente incitados a adoptar las medidas que resulten necesarias para minimizar los riesgos medioambientales y, en consecuencia, reducir las eventuales responsabilidades financieras que pudieran derivarse.

Precisamente con la finalidad de dotar de la máxima eficacia a este principio, el nuevo marco de responsabilidad ambiental establecido por la Directiva 2004/35/CE distingue en su ámbito de aplicación dos sistemas de determinación de la responsabilidad: objetivo y subjetivo en función del tipo de actividad causante del daño y del medio natural receptor del mismo.

Asimismo, con el mismo propósito, se diferencian dos niveles diversos de actuación: la acción preventiva y la acción reparadora.

3 Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2001 y 150/2011.

4 CORDERO LOBATO, E.: "Daños a particulares y medio ambiente", en *Tratado de Derecho ambiental* (coord. por ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., ALONSO GARCÍA, M^a. C., DE VICENTE MARTÍNEZ, R.), Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 322.

5 MORENO TRUJILLO, E.: "De nuevo sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (pros y contras de la unificación europea del régimen jurídico de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente)", en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje a Mariano Alonso*, T. I, Madrid (2006): Consultado en base de datos La Ley Digital.

6 Para JANS, J. H. y VEDDER, H.B.B.: *European Environmental Law*. Groningen (2008): Europa Law Publishing. 3ª ed., entre otros autores, cabe señalar que existe una relación directa entre el principio de corrección de los atentados al medio ambiente en la fuente misma y la preferencia por estándares de emisión frente a estándares de calidad ambiental por parte de la Unión Europea.

I. El ámbito de aplicación de la Directiva: los sistemas de determinación de la responsabilidad.

De acuerdo con el tenor del art. 3 de la Directiva, ésta se aplicará:

a) a los daños medioambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades;

b) a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador.

El ámbito de aplicación del nuevo marco comunitario de responsabilidad ambiental queda así definido por la conjunción de dos elementos: el tipo de actividad profesional causante del daño medioambiental, y el medio natural receptor del mismo. La combinación de estos dos elementos condiciona asimismo el sistema que habrá de emplearse para la determinación de la responsabilidad, objetiva o subjetiva. Esta es, precisamente, una de las características esenciales del nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental: el establecimiento de dos sistemas de determinación de la responsabilidad diferentes, pero complementarios, dependiendo del tipo de actividad y del daño ambiental de que se trate.

Así de este modo, cuando se trate de una actividad especialmente peligrosa de entre las enunciadas en el Anexo III de la Directiva, el operador será responsable del daño causado independientemente de si actuó o no con la diligencia debida (responsabilidad objetiva). Por el contrario, los operadores de actividades diferentes a las contenidas en dicho anexo sólo responderán, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva, de aquellos daños causados al hábitat o especies naturales protegidos siempre y cuando medie culpa o negligencia (responsabilidad subjetiva).

La introducción de la responsabilidad objetiva en determinados supuestos de daños al medio ambiente facilitará a las autoridades públicas competentes a exigir a los operadores la reparación del daño ambiental, al no ser necesario probar la culpabilidad de su conducta. El operador resultará responsable si la Administración prueba la relación de causalidad y el alcance del daño.

En primer lugar, antes de analizar cada uno de estos supuestos, resulta necesario detenerse en precisar qué se debe entender por operador⁷ a los efectos del nuevo sistema comunitario de responsabilidad ambiental. Este concepto se define en el art.

7 Se trata por tanto de un concepto muy amplio, que engloba la práctica totalidad de agentes capaces de desempeñar actividades profesionales susceptibles de lesionar el medio ambiente.

2.6 como “cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad”.

Por otro lado, por actividades profesionales debemos entender, conforme al apartado 7 del citado artículo “cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos”.

A la vista de lo expuesto, podemos distinguir dentro del ámbito de aplicación de la Directiva dos regímenes de responsabilidad: el ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad objetivo y el subjetivo.

A) El ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad objetiva.

De conformidad con el apartado a) del art. 3 de la Directiva, el ámbito de aplicación del sistema de determinación de la responsabilidad objetiva viene determinado por la interacción de dos conceptos: “el daño medioambiental” causado por “alguna de las actividades profesionales del Anejo III de la Directiva”.

La norma comunitaria dota de contenido a estos dos conceptos, definiendo en su art. 2, apartado 1, el “daño medioambiental”, como aquel que afecta a:

Las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I. Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del art. 6 o el art. 16 de la Directiva 92/43/CEE o el art. 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.

A las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a

los que se aplica el apartado 7 del art. 4 de dicha Directiva;

Al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

A los efectos de la Directiva, se entienden por daños ambientales aquellos que hayan producido efectos adversos significativos a especies y hábitats naturales protegidos, a las aguas o el suelo. En los supuestos de daños a especies y hábitats naturales protegidos, el carácter significativo de los efectos adversos se evaluará teniendo en cuenta su estado básico de conservación y los criterios del Anexo I.

A los efectos de la seguridad jurídica y con la finalidad de garantizar una aplicación uniforme del nuevo marco de responsabilidad ambiental en todos los Estados miembros de la UE, la Directiva no se limita a enumerar los medios naturales receptores del daño, sino que acota con precisión qué debemos entender en concreto por "aguas" y por "especies y hábitat naturales protegidos" remitiéndose para ello a la normativa comunitaria.

En concreto, en relación con los daños medioambientales a las aguas, atendiendo a lo dispuesto en la Directiva 2000/60/CE, este concepto engloba los daños causados a las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas.

En lo que respecta a los daños a los hábitats y especies naturales protegidos, destacar que la Directiva afecta no solo a los hábitats y especies naturales definidos por referencia a la normativa comunitaria, sino también los así protegidos en cumplimiento de la legislación nacional vigente en materia de conservación de la naturaleza. No obstante, la Directiva no afectará a los daños producidos a los hábitats y especies naturales protegidos derivados de un acto previamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria y nacional.

Mención aparte merece el caso concreto en el que el suelo sea el medio natural receptor de la contaminación. En este caso, se vincula la existencia del daño medioambiental a la creación de un riesgo para la salud humana. Esto significa que, para determinar la existencia de daños al suelo, será necesario recurrir a procedimientos de evaluación del riesgo con el propósito de poder concluir en qué medida la actividad contaminante del operador sobre el suelo, ha generado un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos significativos para la salud humana.

En el Anexo III de la Directiva se distingue a un grupo de “actividades profesionales” que son las que determinan la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva⁸. Se trata en todos los casos de actividades que entrañan un riesgo potencial para la salud humana y el medio ambiente, razón por la que han sido ampliamente reguladas por la legislación comunitaria. Y es precisamente la especial peligrosidad de esta clase de actividades lo que viene a justificar la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva. En este caso, el principio de responsabilidad por culpa se reemplaza por el principio de responsabilidad por “asunción del riesgo”, conforme al cual los operadores de una actividad intrínsecamente peligrosa son los que deben asumir los riesgos financieros asociados a los posibles daños derivados del ejercicio de la misma, sin traspasar estos costes al conjunto de la sociedad, siempre y cuando las autoridades competentes prueben de forma adecuada el nexo causal entre la actividad del operador y el daño.

Volviendo a la enumeración contenida en el citado Anexo III no tiene carácter taxativo y puede, en consecuencia, ser ampliado a juicio de los Estados miembros que podrán añadir al mismo nuevas actividades profesionales.

Puede decirse que no llega a ser una responsabilidad puramente objetiva, ya que se prevén distintas causas de exoneración, como daños causados por actos derivados de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección, o fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable o irresistible, que son las habituales en la responsabilidad objetiva al provocar una ruptura del nexo causal⁹.

B) El ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad subjetiva.

De conformidad con el apartado b) del art. 3 de la Directiva, el ámbito de aplicación del sistema de determinación de la responsabilidad subjetiva se limita los daños causados a las especies y a los hábitats naturales protegidos por actividades distintas a las relacionadas en el citado Anexo III.

En este caso estamos ante recursos naturales especialmente protegidos y vulnerables, de gran importancia para la conservación de la biodiversidad, razón por la que la Directiva no limita su ámbito de aplicación a las actividades especialmente peligrosas del Anexo III, sino que lo amplía a cualquier otra actividad profesional,

8 Y que pueden ser sistematizadas en las siguientes categorías: a) instalaciones afectadas por la normativa Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación; b) actividades de gestión de residuos, incluidos los de extracción; c) vertidos de sustancias peligrosas en aguas superficiales y subterráneas; d) captación y represamiento de aguas; e) fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte de sustancias peligrosas, productos fitosanitarios y biocidas; f) transporte de mercancías peligrosas o contaminantes; g) instalaciones que emitan sustancias contaminantes a la atmósfera; h) utilización confinada, liberación intencional, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente; i) traslado transfronterizo de residuos.

9 MORENO TRUJILLO, E.: “De nuevo sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente...”, cit.

exigiendo no obstante que medie la culpa o negligencia del operador¹⁰. En ambos casos, si nos detenemos en el concepto de daño, observamos que éste se limita a la afección al medio natural -ya sea aguas, suelo o hábitats y especies naturales-, pero no se aplica a los daños infringidos a las personas o a las cosas. Surge entonces la pregunta de si el nuevo sistema comunitario de responsabilidad ambiental da cobertura o no a los Daños Tradicionales entendiendo por estos los daños personales y patrimoniales.

Con ánimo de zanjar esta cuestión, el art. 4.3 de la Directiva establece expresamente que: "Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos".

De ese artículo se deduce que si una actividad de las enumeradas en el Anexo III de la Directiva ocasiona un perjuicio a una persona o a sus bienes, ésta no estará legitimada para reclamar su reparación a través del sistema de responsabilidad previsto en la Directiva, sino que deberá acudir a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado miembro¹¹. No obstante, esta excepción no está exenta de críticas, ya que si el régimen comunitario se aplica únicamente a los daños ambientales y la responsabilidad por daños tradicionales se deja en manos de los Estados miembros, podrían producirse situaciones paradójicas en las que, por ejemplo, el operador de cualquiera de las citadas actividades deba asumir los costes asociados a la reparación de los daños ambientales ocasionados y nada por los infringidos por la misma acción a la salud o al patrimonio de un particular. En cualquier caso, la Directiva deja abierta a los Estados miembros, si así lo consideran oportuno, la posibilidad de conceder indemnizaciones a los particulares con motivo de daños medioambientales, lo que viene a ampliar la aplicación del marco comunitario de responsabilidad ambiental a la reparación de los daños tradicionales.

En este contexto, refiriéndose exclusivamente al concepto de daño medioambiental, ante un suceso concreto para determinar si resulta de aplicación el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental, y si la responsabilidad se exigirá a título de culpa o de acuerdo con el principio de asunción del riesgo creado, se ha de atender a la concurrencia de dos circunstancias concurrentes: el tipo de actividad profesional causante del daño y la clase de daño de que se trate.

Sin embargo, no todos los supuestos que a priori, teniendo en cuenta lo anterior, se verían afectados por la Directiva 2004/35/CE estarán cubiertos por el nuevo

10 Esto significa que los operadores de aquellas actividades, que no están directamente afectadas por la norma comunitaria, sólo serán responsables de los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos, en el caso en el que se pueda demostrar que no obró con la diligencia debida.

11 Es precisamente la existencia en todos los Estados miembros de un cauce adecuado para lograr la reparación de este tipo de daños, por ejemplo la acción de responsabilidad civil, lo que parece justificar la exclusión de los daños tradicionales del ámbito de aplicación de la Directiva.

régimen comunitario de responsabilidad ambiental, dado que la norma comunitaria recoge en su art. 4 una serie de excepciones al ámbito de aplicación de la misma:

La Directiva no se aplicará a los daños medioambientales o las amenazas inminentes de tales daños cuando estos hayan sido causados por: a) un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; b) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible (esta excepción sólo se aplica a los denominados riesgos inevitables y no a los riesgos normales asociados al desarrollo cotidiano de las actividades profesionales); c) las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, ni a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales; d) los riesgos nucleares, o cualquiera de las actividades contempladas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica o un incidente o actividad con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los instrumentos internacionales enumerados en el Anexo V¹²; y la contaminación de carácter difuso siempre y cuando no sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. En caso contrario, nos encontramos ante un caso de contaminación gradual, entendida esta como la causada por sustancias peligrosas o vertidos realizados por fuentes identificables.

La presente Directiva no se aplicará a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que surja de un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el Anexo IV¹³, Convenios que regulan la responsabilidad derivada del transporte marítimo de hidrocarburos y de sustancias peligrosas por barco, carretera o ferrocarril. La Directiva se aplicará sin perjuicio del derecho del operador a limitar su responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional que desarrolle el Convenio de 19 de noviembre de 1976 sobre Limitación de la Responsabilidad Nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo o el Convenio de Estrasburgo sobre Limitación de la Responsabilidad en la Navegación Interior, de 1988.

-
- 12 Convenio de París de 29 de Julio de 1960 acerca de la Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear y Convenio Complementario de Bruselas de 31 de enero de 1963. b) Convención de Viena de 21 de mayo de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares. c) Convención de 12 de septiembre de 1997 sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares. d) Protocolo Común de 21 de septiembre de 1988 relativo a la Aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París. e) Convenio de Bruselas de 17 de diciembre de 1971 relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera de Transporte Marítimo de Sustancias Nucleares.
- 13 Convenio internacional de 27 de noviembre de 1992 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos. b) Convenio C de 27 de noviembre de 1992 de Constitución de un Fondo de indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos. c) Convenio Internacional de 23 de marzo de 2001 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para Combustible de los Buques. d) Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996 sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, e) Convenio de 10 de octubre de 1989 sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados Durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera por Ferrocarril y por Vías Navegables.

A todo lo expuesto, hay que añadir un último elemento a fin de definir completamente el ámbito de aplicación del nuevo sistema comunitario de responsabilidad ambiental: el ámbito temporal de aplicación de la norma. En el art. 17 de la Directiva se consagra el principio de irretroactividad. De acuerdo con este principio, el régimen comunitario de responsabilidad ambiental no se aplicará a los daños producidos con anterioridad al 30 de abril de 2007, fecha límite de transposición, o cuando se deriven de una actividad concreta concluida antes de tal fecha. Asimismo se establece un plazo de prescripción de los daños de 30 años, transcurrido el cual el operador responsable del daño quedará exento de toda responsabilidad.

II. LA ACCIÓN PREVENTIVA Y LA ACCIÓN REPARADORA.

La Directiva 2004/35/CE establece con precisión cuáles son las obligaciones a las que de conformidad con el nuevo sistema de responsabilidad ambiental tienen que hacer frente los operadores afectados, no sólo de cara a la reparación de un eventual daño ambiental, sino también a su prevención. En los arts. 5 y 6, de la Directiva se distingue entre la “acción preventiva” y la “acción reparadora”.

I. La acción preventiva.

Tradicionalmente la responsabilidad por daños al medio ambiente surge como reacción a la producción efectiva de un daño ambiental por un operador concreto, obligando a este operador responsable a indemnizar y reparar el medio natural degradado. Sin embargo, la Directiva 2004/35/CE adelanta la responsabilidad a un momento anterior a la producción efectiva del daño medioambiental, exigiendo responsabilidades por la creación de una “amenaza inminente” del mismo¹⁴.

El concepto de amenaza inminente de daños se define en el art. 2 de la Directiva, como «la probabilidad suficiente, de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo». En aquellos casos en los que no se han materializado los daños medioambientales pero existe una amenaza inminente de que se produzcan, es donde se aplicará la “acción preventiva”, cuya finalidad es evitar la producción real del daño, en clara coherencia con uno de los objetivos de la norma comunitaria: dar mayor virtualidad al principio de prevención.

De acuerdo con la “acción preventiva”, cuando el operador de una actividad profesional cree una situación de riesgo¹⁵ para el medio ambiente, a pesar de que el daño medioambiental no se haya materializado, estará obligado a adoptar todas las

14 En otras palabras, de acuerdo con el sistema comunitario de responsabilidad ambiental, los operadores serán responsables no sólo por la efectiva producción de un daño medioambiental, sino también por generar una “amenaza inminente de daño medioambiental”.

15 Para un análisis de la idea de riesgo, puede verse LOWRANCE, W.W.: *Of Acceptable Risk: Science and the Determination of Safety*. Los Altos, California (1976): William Kaufmann Inc.

medidas necesarias para evitarlo y en el caso en que la amenaza no haya cesado, a informar a la autoridad competente de todos los aspectos relevantes de la situación de riesgo creada¹⁶. Para dotar de mayor efectividad a la acción preventiva, estas obligaciones de los particulares se completan con la facultad que se otorga a la autoridad competente de dar instrucciones al operador sobre las medidas preventivas que deberá adoptar; o incluso de adoptar dichas medidas subsidiariamente.

2. La acción reparadora.

La "acción reparadora" responde al patrón tradicional de la institución de la responsabilidad, dado que se aplica a partir del momento en el que el daño medioambiental se haya materializado. Ante esta situación, la Directiva establece una serie de obligaciones¹⁷ para el operador, que deberá en primer lugar, informar sin demora a la autoridad competente, a continuación, adoptar todas las medidas posibles para controlar, contener o eliminar la contaminación con objeto de impedir mayores daños y, por último, adoptar las medidas reparadoras que resulten adecuadas.

Con la finalidad de garantizar la reparación del medio ambiente degradado, la Directiva no deja al libre arbitrio de las partes la determinación de medidas reparadoras, bien al contrario, establece en su Anexo II el marco que habrán de seguir la autoridad competente y el operador para determinar las medidas más adecuadas que garanticen la correcta reparación del daño medioambiental.

La reparación de los daños medioambientales que afecten a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos se vincula al concepto de "estado básico", definido como aquel estado en el que se encontraban los recursos naturales en el momento de la producción del daño. Esto significa que las medidas reparadoras deben perseguir la reparación del medio dañado, no a su estado óptimo, sino al estado anterior a la producción del daño. En el caso concreto de la reparación de daños al suelo, las medidas deben ir encaminadas a garantizar que el suelo no suponga un riesgo para la salud humana, teniendo en cuenta su uso presente y futuro.

En la reparación a la hora de decidir el modo de reparar los daños siempre deben tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, las circunstancias locales, es

16 En este sentido, y respecto de la noción y cuantificación del riesgo, cabe acudir a KAPLAN, S. y JOHN GARRICK, B.: "On The Quantitative Definition of Risk", *Risk Analysis* (1981), Vol. I, No. 1. <http://josiah.berkeley.edu/2007Fall/NE275/CourseReader/3.pdf>. Se establece una clara distinción entre el concepto de riesgo y el de seguridad entendida como aquel nivel de riesgo que resulta aceptable en algún sentido, ofreciéndose un análisis matemático del concepto de riesgo y dos maneras de introducir esta noción.

17 Al igual que ocurría en relación con la acción preventiva, estas obligaciones se completan con la facultad que se otorga a la autoridad competente de prescribir al operador la adopción de medidas reparadoras concretas o de adoptarlas subsidiariamente.

decir, aplicar el principio de realidad y actuar según sean las características particulares de cada caso.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el citado Anexo, las medidas reparadoras son definidas por el operador, previa aprobación de la autoridad competente, la cual dará audiencia a interesados y a los propietarios de los terrenos en los que vayan a aplicarse dichas medidas para que presenten observaciones a las mismas. La Directiva también establece la posibilidad de que las medidas sean determinadas por la propia autoridad pública, con la colaboración del operador.

En aquellos casos en los que se hayan producido varios daños medioambientales de tal forma que a la autoridad competente le resulte imposible hacer que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten al mismo tiempo, la Directiva faculta a dicha autoridad para fijar cuáles han de ser las prioridades de cara a la reparación del daño, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza, alcance y gravedad de cada daño medioambiental, las posibilidades de recuperación natural, así como los eventuales riesgos que para la salud humana se deriven de la situación creada.

Dado que la piedra angular de la Directiva 2004/35 es la aplicación efectiva del principio de “quien contamina paga”, la obligación del operador de adoptar las acciones preventivas y reparadoras, que resulten necesarias en función de las circunstancias de cada caso, va lógicamente acompañada de la obligación de sufragar los costes ocasionados por las mismas. No obstante, la Directiva establece dos exenciones a esta obligación. El operador no estará obligado a asumir los costes de la prevención y reparación cuando pueda demostrar que los daños medioambientales o la amenaza inminente de que se produzcan fueron causados: a) por un tercero, a pesar de haberse adoptado las medidas de seguridad adecuadas; b) se produjeron en cumplimiento de una orden o instrucción de una autoridad pública, salvo las órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador¹⁸.

Junto con estas exenciones imperativas, la Directiva deja abierta a los Estados miembros la posibilidad de eximir a los operadores de la obligación de costear las medidas de prevención y reparación cuando éstos prueben que en su comportamiento no medió culpa o negligencia y que el hecho causante del daño: a) se realizó bajo el amparo de una autorización expresa, siempre y cuando esta hubiera sido concedida dentro de la más estricta legalidad, y el operador se ajusta plenamente al condicionado de la misma; b) la actividad o producto empleado no había sido considerado como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente

18 En estos casos, los Estados miembros deberán establecer los cauces adecuados para garantizar al operador la recuperación de los costes en que haya incurrido.

según los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de producirse el daño.

Tal y como anteriormente se expuso, el nuevo sistema de responsabilidad ambiental consagra por tanto el Principio de Ejecución Subsidiaria conforme al cual la autoridad competente adoptará las medidas reparadoras necesarias para la restauración del medio ambiente cuando el operador responsable así no lo hiciera, repitiendo posteriormente contra el operador correspondiente.

La acción de repetición deberá ejercitarse en el plazo máximo de cinco años desde la fecha en que terminen de aplicarse las acciones preventivas o reparadoras y, si fuera posterior, desde la fecha en que se identifique al responsable. No obstante esta obligación de recuperación de costes, no se hace extensiva a los supuestos de “daños huérfanos”, es decir, en aquellos casos en los que no pueda identificarse al operador responsable de la contaminación o cuando éste sea insolvente, supuestos en los que la Directiva faculta a las autoridades competentes a no recuperar los costes, si así lo estiman oportuno.

Precisamente la insolvencia del responsable es una de las cuestiones que puede poner en evidencia la efectividad del nuevo sistema de responsabilidad ambiental, dado que imposibilita la aplicación del principio de “quien contamina paga”. El alto coste económico de las medidas de restauración del medio ambiente provocará que muchas compañías se declaren insolventes, recayendo finalmente el coste de la reparación del daño en la generalidad de la sociedad, contravinando así la vigencia del citado principio¹⁹.

III. LA POSTURA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, LOS PARTICULARES Y LAS ORGANIZACIONES ECOLOGISTAS EN EL NUEVO SISTEMA COMUNITARIO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.

La Directiva 2004/35/CE concede a la autoridad competente un papel esencial en la prevención y reparación de los daños ambientales, al ser las encargadas de identificar al operador responsable de la contaminación y determinar cuáles son las medidas reparadoras o preventivas que debe adoptar, e incluso llegado el caso, requerirle la adopción de dichas medidas o adoptarlas por sí misma si así fuera necesario. Así, de este modo, las Administraciones Públicas que resulten competentes se convierten en garantes de la prevención y reparación del daño medioambiental, dado que controlan al operador responsable en el cumplimiento de sus obligaciones.

19 Es cierto, que una de las formas de solucionar este riesgo podría residir en la imposición a determinadas actividades profesionales del Anexo III de la constitución de garantías financieras, como por ejemplo un seguro. Sin embargo, la Directiva no se pronuncia en este sentido, limitándose a establecer la obligación de que los Estados Miembros fomenten su utilización. No obstante, el legislador comunitario es consciente de este extremo, razón por la cual la Directiva prevé que, antes del 30 de Abril de 2010, la Comisión elabore un informe sobre estas cuestiones, y realice propuestas relativas a un sistema de garantía obligatoria armonizada.

Asimismo, la Directiva prevé un segundo control encaminado a garantizar la adecuada reparación de los daños medioambientales, al legitimar a cualquier persona física o jurídica que ostente un "interés suficiente"²⁰, para solicitar a la autoridad competente que actúe en virtud de cualquiera de las obligaciones que la norma comunitaria le impone. Es lo que la Directiva denomina "solicitud de acción".

El ejercicio de la "solicitud de acción" permite a cualquier persona física o jurídica legitimada: a) solicitar a la autoridad competente que actúe de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva, b) presentar alegaciones a las medidas de reparación acordadas por la autoridad, debiendo ser siempre citadas y tenidas en cuenta sus opiniones a menos que la inminencia del daño justifique la omisión de este trámite, c) a presentar observaciones en casos de amenaza de daño ambiental, aunque aquí no existe la obligación de darles audiencia, d) e incluso a presentar un recurso ante un Tribunal o ante cualquier otro Órgano público independiente e imparcial sobre la legalidad, de los actos u omisiones de la Autoridad competente que vulneren lo contenido en la Directiva.

Sin embargo, los particulares no están legitimados para discutir las medidas reparadoras o preventivas decididas por la administración, salvo que éstas vulneren los criterios del Anexo II de la Directiva, ni para demandar directamente al operador responsable del daño. Esto es lógico puesto que la Directiva se basa en la premisa de que las autoridades públicas son las guardianas del medio ambiente, dado que el medio ambiente es un bien público, razón por la que la Directiva reconoce la posibilidad de que aquellos suficientemente interesados puedan exigir a la autoridad competente que actúe para proteger y conservar el medio ambiente, pero no les reconoce la posibilidad de demandar directamente a los operadores responsables.

IV. LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL VERSUS LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE).

La responsabilidad medioambiental, tras la Directiva 2004/35/CE y la vigente Ley de Responsabilidad Medioambiental, así como el Reglamento que la desarrolla parcialmente, han provisto al ordenamiento jurídico español de un sólido soporte y de unas armas importantes para prevenir, anticipar y reparar las acciones que se producen, produzcan o pudieran producirse contra el medio ambiente. Algo que, quizás, en los otros ámbitos de la RSE no ha sucedido con tanta profundidad y exigencia, quedándose en ocasiones en meras proclamaciones de principios. De hecho, la responsabilidad medioambiental y su profusa regulación son, tanto a nivel europeo como español, el origen de la actual concepción moderna de la

20 Se considera que ostentan un interés suficiente las personas físicas o jurídicas que puedan verse afectadas por el daño, aleguen la vulneración de un derecho reconocido por la legislación de un Estado miembro o tengan un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter ambiental, interés que se presume a las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente.

responsabilidad social empresarial y de la subsiguiente normativa dictada al respecto en esta última materia.

En el anterior sentido, son de destacar algunas cuestiones, que se enuncian a continuación.

En primer lugar, la responsabilidad social empresarial (RSE) debe ser entendida como un todo o conjunto armónico, donde todos los elementos que la integran han de ser, además, plenamente interiorizados por los miembros de la empresa. No parece correcto que una misma empresa sea rigurosa en el aspecto medioambiental –porque, seguramente, hay una normativa europea, estatal y autonómica que la obliga- y que, sin embargo, actúe con mayor laxitud en aspectos de igualdad, laborales, derechos humanos, etc.

En segundo lugar, la actual legislación en materia de RSE adolece de ser excesivamente programática, en su mayor parte dispositiva y escasamente imperativa, tal como se ha recogido en la breve exégesis del art. 39 de la Ley de Economía Sostenible que se ha realizado en este trabajo. Una responsabilidad, sea social, contractual, extracontractual o cualquiera que sea su naturaleza, ha de responder a una obligación previa preexistente, de cara o a favor de la sociedad, en los “stakeholders” o grupos de interés. No puede dejarse en manos de quien debe responder, la facultad o voluntad de hacerlo. Por ello, hemos de proponer un cambio legislativo que, aun cuando sea progresivamente, vaya introduciendo unas obligaciones relativas a la RSE: obligación de elaborar un informe anual para todas las sociedades cotizadas, obligación de su remisión a la CNMV y al Consejo Estatal de RSE; regulación del procedimiento de concesión, revisión y revocación del sello de empresa socialmente responsable, obligación de evaluar y cuantificar la RSE por las empresas, dando lugar a la contabilidad de RSE, etc.

Por otra parte, se ha de conseguir que la RSE no sólo se integre –programáticamente- en las empresas, sino que se realice el paso psicológico a la “interiorización”: la RSE es buena para la empresa y es buena para la sociedad, en definitiva es un negocio *win-win*. Pero se ha de pasar de la racionalización a la interiorización. Y para ello, sin duda, es necesaria la ayuda, el empujón, de los poderes públicos, con carácter normativo en sentido estricto, esto es: imperativo y obligacional, y, sobre todo, con claridad y seguridad jurídicas.

Además, hay que entender la RSE como la consecuencia de un nuevo contrato social empresa-sociedad, donde ésta exige a aquélla unos comportamientos extranegociales derivados, entre otros motivos, de lo que –reiterémoslo- decía HOWARD R. BOWEN, al señalar que las empresas eran y son “centros vitales de poder y de toma de decisiones cuyas acciones afectan a las vidas de los ciudadanos en muchos aspectos”. Por ello, deben responder sinalagmáticamente. La RSE debe

configurarse cada vez más como un conjunto de obligaciones-responsabilidades de cara a la sociedad, a los grupos sociales de interés que pretenden mejorar la calidad de vida en general y la medioambiental en concreto.

Es importante también señalar que dentro de la RSE, la responsabilidad medioambiental, tanto a nivel nominal, como conceptual y de aplicación práctica, ya forma parte de la cultura organizacional, tanto privada como pública, de las empresas e instituciones: de las personas. Y se integra a través de la más amplia responsabilidad social empresarial o corporativa, pero, a diferencia de ésta en su conjunto, su aplicación y exigencia es más estricta, previsiblemente por hallarse contenida en normas imperativas y porque la sociedad en su conjunto tiene una conciencia más clara, rigurosa y exigente en cuanto a su cumplimiento por las propias empresas.

Por último, la responsabilidad medioambiental se ha desarrollado para constituir un ordenamiento jurídico sólido y asentado –interiorizado se podría decir en este caso- gracias a una serie de “virtudes” de la normativa europea, estatal y autonómica mencionada en este trabajo, que ha cumplido –a veces con hiperregulación- con los criterios y requisitos de seguridad jurídica, imperatividad y cumplimiento de fines de interés general perseguidos, compensando así la “hiporregulación” de la RSE en su conjunto.

Dichas “virtudes” podemos resumirlas en los siguientes ítems:

La incorporación de la responsabilidad objetiva, junto a la subjetiva en la determinación, imputación, prevención y reparación del daño medioambiental, y, por lo tanto, la consideración del daño medioambiental como un mal que no necesita de reproche jurídico expreso, en el sentido de exigencia de dolo o culpa. Basta la concurrencia del hecho dañino y la relación de causalidad que lo vincule con un acto o una omisión de una persona, física o jurídica, para desplegar todos los efectos de responsabilidad.

La desvinculación o, mejor dicho, complementariedad de la responsabilidad medioambiental con la responsabilidad civil extracontractual, concediendo valor al medio ambiente *per se*, configurándolo como bien jurídico protegido. Insistamos que, con independencia de otros bienes jurídicos protegidos, como puedan ser la propiedad, la vida o la integridad física, de las personas a las que afecten los daños producidos.

Pero, por primera vez, el daño medioambiental exige una reparación, prevención o restitución por el mero hecho del daño y de que se haya producido a un bien jurídico medioambiental. Es lo que podríamos llamar la “subjetivación” o “personalización” del medio ambiente. Es decir, la naturaleza, el medio ambiente adquieren carta de

naturaleza como “personificación jurídica”, al menos como sujeto susceptible de ser dañado, por lo que adquiere el derecho propio a ser resarcido.

Tal es uno de los avances más significativos: el medio ambiente como sujeto de derechos, como valor y como bien jurídico protegido. Y, además, complementariamente, se mantiene la responsabilidad extracontractual por los daños producidos a las personas o propiedades de éstas.

La anterior dualidad configura un derecho medioambiental avanzado, donde la Administración, los poderes públicos, han de desempeñar un papel importante, pues se configuran como los representantes, la tutela o el “protectorado” del medio ambiente.

Junto a esos poderes públicos, la ciudadanía, los grupos de interés, son también el voluntariado medioambiental y se configuran como “coadyuvantes” de los poderes públicos, pero también de las propias empresas, en aras de prevenir o, en su caso, reparar, anticipar y evitar para el futuro, los posibles daños a ese medio ambiente que es sujeto de derechos.

Otro de los elementos “virtuosos” del nuevo ordenamiento jurídico medioambiental es que no se sitúa en un plano paliativo sino también en el preventivo. No sólo se regulan las acciones “post damnum”, sino que se pretende prevenir, anticipar y evitar que puedan siquiera suceder dichos daños.

Los deberes de información y reporte periódico, la obligatoriedad de adoptar medidas de carácter preventivo por parte de las empresas y organizaciones y, fundamentalmente, la obligación de disponer de una garantía financiera (materializada en póliza de seguros, aval bancario o reserva técnica mediante constitución de un fondo a tal fin) con una cobertura de 20 millones de euros, constituye uno de los avances principales de la nueva normativa medioambiental, que, además, es lógico corolario de la responsabilidad objetiva instaurada.

Para concluir, hemos de señalar y reiterar que la RSE es un conjunto y ha de ser tratado de manera holística, además de que parcialmente deba también desplegar sus particulares análisis y efectos.

La RSE y los instrumentos para hacerla efectiva por las empresas, forman parte de la cultura neocapitalista de las empresas, o, al menos, debería formar parte, porque constituye uno de los mejores acervos para poder avanzar de manera sostenida y solidaria y garantizar unos negocios y procesos pacíficos dentro y fuera de la empresa.

La RSE confluye y participa de otros elementos empresariales vinculados a los conceptos de la nueva gestión empresarial (NGE), como son la gestión del

conocimiento, la gestión de la calidad, la gestión de las ideas y de la innovación. Son los capitales intangibles o de la Economía y la Sociedad del Conocimiento, que pueden contribuir y contribuyen de hecho ya al progreso de las empresas y organizaciones, al perfeccionamiento y excelencia de sus recursos y de ellas mismas, y a la eficiencia.

Y el Conocimiento, la excelencia, la eficiencia, hoy día –ni nunca realmente- no pueden estar desvinculadas de la responsabilidad, individual, corporativa (de grupos) y social, porque difícilmente se podrá ser excelente, de calidad, si no se cuidan los aspectos propios que afectan a las personas, aun cuando no provengan de relaciones negociales de entrega de bienes o prestación de servicios. Porque no se puede ser eficiente si no se evitan los costes –ni se advierten- de no responder a las demandas sociales legítimas que contribuyen también a la mejora de procesos, procedimientos y productos. Y en la época de grave crisis en que vivimos, o nos destacamos por dichos aspectos diferenciales o difícilmente podremos subsistir, pervivir y progresar.

Porque el Conocimiento, en definitiva, se halla en todas partes, e igual que BALTASAR GRACIÁN señalaba que no había nadie de quien no pudiera aprender ni nadie a quien no pudiera enseñar algo, la empresa moderna, avanzada, sabe que de todo y todos ha de aprender, al menos escuchar, y siempre responder cuando le preguntan o se le exige. Eso es transparencia, y sólo quien algo tiene que ocultar se vuelve opaco.

La RSE ayuda a ser transparente, ayuda a ser empresa, a ser organización. De momento, la realidad parece que nos acerca más a un estado de translucidez –y la crisis precisamente no ha venido a ayudar, aunque debiera aprovecharse precisamente para impulsar estos aspectos-. Por ello, parece necesario que desde los poderes públicos deba impulsarse con carácter decidido la normativa imperativa que nos pase de esa translucidez a la transparencia, que de la racionalización nos lleve a la interiorización, que de la imposición hagamos cultura del cambio, cultura de la responsabilidad. Porque sólo si somos responsables podremos ser más exigentes, al menos, éticamente tendremos más argumentos para ser exigentes. Y con ello, generaremos confianza, la confianza que, en tantos terrenos, nos está haciendo falta y que siempre es la base de la acción social.

De hecho, la historia de la humanidad, en sentido moderno y universal, cabe definirla como el relato de las relaciones culturales y los avances científicos y tecnológicos de los seres humanos y de sus sociedades desde su origen hasta la actualidad²¹, en

21 En este sentido, la UNESCO ha puesto el énfasis en este aspecto intercultural y científico-técnico, como clave para el entendimiento y la evolución pacífica entre los pueblos y los seres humanos y para la comprensión armónica de la historia de la humanidad. Una contribución a ello fue la culminación en 2009 de la publicación de los 51 volúmenes de las colecciones de Historias generales y regionales de la UNESCO, un ingente trabajo que se ha prolongado por espacio de 57 años y ha contado con la participación de más de 1.800 historiadores y expertos del mundo. Las seis colecciones historiográficas de la UNESCO son: Historia de la Humanidad,

definitiva: Cultura y Ciencia, o, con el nombre que podemos englobar a ambas: el Conocimiento, y de ahí la "Knowledge Society" o "Sociedad del Conocimiento"²². Lo que hace avanzar al ser humano, y progresar –en sentido positivo- es precisamente el incremento de su Conocimiento, que, como tal, es aséptico y, por ende, sus efectos despliegan consecuencias positivas y negativas sobre aquellas relaciones humanas y sobre la propia evolución. Por ello, el aspecto ético pondera aquellos avances del Conocimiento de dos maneras: eliminando los aspectos perniciosos para el propio ser humano (principio de dignidad); y procurando que los efectos beneficiosos de los mismos lleguen a todos (principio de igualdad distributiva).

Pues bien, la responsabilidad social corporativa es ese tamiz ético que ha de impregnar a las entidades productivas para que en su quehacer diario de poner a disposición de las sociedades bienes y servicios, se respete la dignidad humana y se garantice un acceso en igualdad de oportunidades. Tal es la importancia y trascendencia de esta faceta empresarial y tal su contribución histórica al devenir de la humanidad desde la perspectiva ético-productiva.

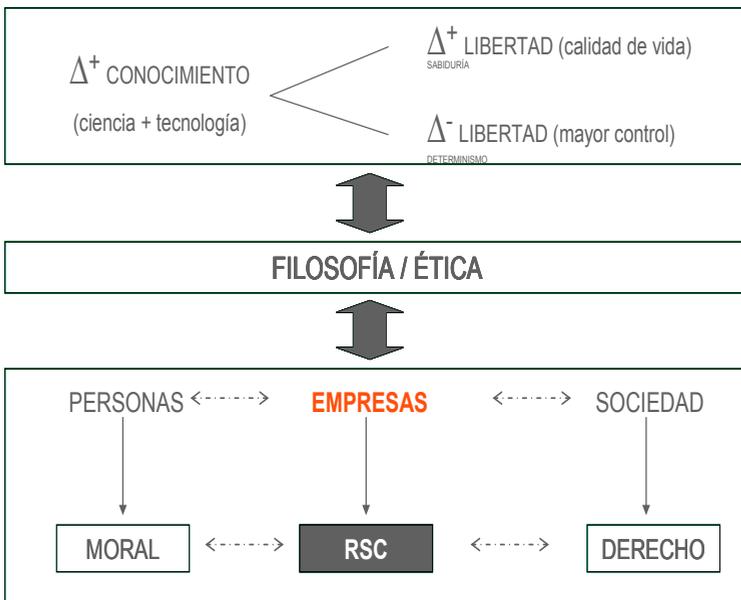
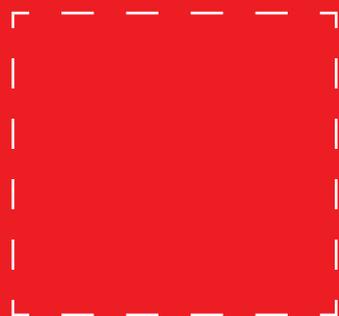


Figura 1. Esquema sucinto de dicha incardinación de la responsabilidad social corporativa.

Historia General de África, Historia General de América Latina, Historia General del Caribe, Historia de las Civilizaciones del Asia Central y Diferentes Aspectos de la Cultura Islámica. Puede consultarse: http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=11754&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

22 Lo que podría denominarse como la "triple C: Cultura + Ciencia = Conocimiento". La expresión "Knowledge Society" o "Sociedad del Conocimiento" hace referencia al uso extensivo e intensivo de las TIC, si bien estas se configuran como elemento instrumental o mediato, de lo esencialmente importante: la capacidad y la posibilidad de incrementar aquel conocimiento como nunca antes se llevó a cabo, gracias a las TIC, y ponerlo a disposición de la sociedad, también como nunca antes pudo hacerse.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS



“REBUS SIC STANTIBUS”: UNA CLÁUSULA NO TAN PELIGROSA. COMENTARIO A LA STS, NÚM. 591/2014, DE 15 DE OCTUBRE (RJ 2014, 6129)

“REBUS SIC STANTIBUS”: A CLAUSE NOT AS DANGEROUS. COMMENT ON SPANISH STS, N° 591/2014, OF OCTOBER 15 (RJ 2014, 6129)

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 276-293



Liliann
ORELLANA

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de julio de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 05 de agosto de 2015

RESUMEN: La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014 confirma la doctrina de la sentencia de 30 de junio de 2014, en torno a la aplicación normalizada de la cláusula rebus sic stantibus, al considerar la crisis económica como un riesgo imprevisible en un contrato de arrendamiento hotelero; profundizando, además, el estudio de la concreción funcional y aplicativa de la figura, en atención a sus presupuestos y requisitos necesarios.

PALABRAS CLAVE: Rebus sic stantibus, crisis económica, base económica del contrato, imprevisibilidad, riesgo contractual, excesiva onerosidad, alteración de las circunstancias.

ABSTRACT: The decision of the First Chamber of the Supreme Court, of October 15, 2014, confirms the doctrine of the decision of June 30, 2014, regarding the normalized application of the rebus sic stantibus doctrine, taking into account the economic crisis as an unforeseeable risk at a hotel lease contract; further deepening the study of functional and applicative concreteness of the doctrine, according to the requirements necessary for its application.

KEY WORDS: Rebus sic stantibus, economic crisis, economic basis of the contract, unforeseeability, contractual risks, hardship, change of circumstances.

SUMARIO.- I. La configuración tradicional de la cláusula rebus sic stantibus y su necesario cambio.- I. La cláusula rebus sic stantibus en la jurisprudencia.- 2. El necesario cambio de los presupuestos tradicionales de la cláusula rebus sic stantibus.- II.- La nueva doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus.- 1. Presupuestos de la doctrina y aplicación al supuesto enjuiciado.- 2. Efectos derivados de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus al supuesto enjuiciado. Algunas consideraciones sobre la renegociación del contrato.

SUPUESTO DE HECHO

Los hechos que sirven de base a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del pasado 15 de octubre, trascienden en función de un contrato de arrendamiento celebrado el 25 de febrero de 1999, entre ACCOR HOTELES ESPAÑA (en adelante, ACCOR) y RESIDENCIAL ADEMUZ S.L. (en adelante, ADEMUZ). En virtud del contrato, ADEMUZ se comprometía a comprar un solar y construir en él un edificio destinado a establecimiento hotelero compuesto por tres bloques de edificación, obligándose a ceder en arrendamiento a ACCOR dos de los bloques construidos, en los que se establecieron los Hoteles Ibis y Novotel. En cuanto al tercer bloque construido, éste quedaba fuera del objeto del contrato, pudiendo la entidad arrendadora ADEMUZ variar el destino previsto (aparta-hotel), siempre y cuando no se tratara de actividades insalubres, nocivas, peligrosas no permitidas o ilícitas.

El plazo de duración del contrato sería de veinticinco años, a contar desde la entrega de la posesión efectiva de los bloques de edificación arrendados (esto es, 24 de julio de 2004). Concluido dicho período el contrato se prorrogaría de forma automática cada cinco años, salvo que, con un año de anticipación, cualquiera de las partes manifestase a la otra su voluntad en sentido contrario. Asimismo, se estableció a favor de la entidad arrendataria ACCOR una facultad de desistimiento a partir del décimo año de duración del contrato, debiendo indemnizar a la arrendadora con el importe del 15% de las rentas que hubiera percibido en caso de cumplirse el contrato por el plazo de duración antes indicado.

En 2009, la crisis económica general que ha afectado gravemente al sector hostelero en la ciudad de Valencia, ocasionó que el rendimiento por habitación de hotel tuviese una caída de un 42,3%, así como también, el cierre de hoteles

• Liliann Orellana

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres (2008). Máster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid (2011). Máster en Derecho de la Empresa, Asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal por la Universidad de Valencia (2014). Actualmente es doctorando de la Universidad de Valencia. e-mail: lloca@alumni.uv.es

emblemáticos y renegociaciones de renta de contratos en vigor: Tal como el nuevo contrato celebrado, en el 2010, entre ADEMUZ y la empresa HOTUSA que arrendaba el tercer bloque construido para aparta-hotel, en el cual se estipuló una sustanciosa reducción del 50% de la renta respecto de la inicialmente pactada en el año 2000. Conviene destacar la negativa de la entidad arrendadora a las tres propuestas de modificación de la renta del contrato presentadas por ACCOR.

ACCOR formuló demanda contra ADEMUZ solicitando, a los efectos que para el presente comentario nos interesan, que se declarase que los contratos suscritos "deben entenderse modificados para restablecer el equilibrio de las recíprocas prestaciones quedando reducida las rentas anuales en los importes indicados en el dictamen pericial". La parte demandada formuló reconvencción en la que solicitaba, esencialmente, el cumplimiento del contrato en los propios términos establecidos por las partes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda principal y estimó la demanda reconvenccional, declarando la obligación de la actora del cumplimiento específico del contrato. Interpuesto el recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial de Valencia desestimó dicho recurso, declarando la inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en atención a su excepcionalidad y falta de concurrencia de los presupuestos necesarios [con fundamento en la STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023)]. Ante la sentencia de segunda instancia la demandante interpuso recurso de casación. En el motivo sexto se plantea la infracción del régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que a juicio del Tribunal Supremo la sentencia de apelación desarrolla desde una doctrina sumamente restrictiva, por lo que el motivo señalado debe ser estimado. En consecuencia, la estimación del motivo sexto conllevó la estimación parcial del recurso de casación, lo que supuso la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y, como consecuencia de esta figura, la modificación del contrato de arrendamiento en relación al Hotel Ibis, en el sentido de reducir la renta un 29% respecto de la renta vigente en el momento de interposición de la demanda. Reducción de la renta que se considera ajustada, puesto que "la renta resultante sería superior a un 20% de la renta de mercado que se negocia en la actualidad, y muy inferior a la rebaja del 50% de la renta que la propietaria negoció con la otra cadena hotelera"; y que deberá aplicarse desde la presentación de la demanda hasta el ejercicio del año 2015, con la consiguiente devolución del exceso de renta cobrada durante la tramitación de este procedimiento (ACCOR había desistido previamente de sus pretensiones en relación al Hotel Novotel).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A juicio de la Sala Primera, como en la anterior STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), se ha producido en la actualidad un cambio progresivo de la configuración y caracterización tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, referenciada en una

aplicación excepcional, basada en el carácter peligroso de su admisión y en la rigurosidad exigida para el cumplimiento de sus presupuestos.

En ese sentido, el Alto Tribunal considera que “en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación comercial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada”.

En cuanto a los efectos del régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, tanto en la doctrina tradicional de esta Sala, como en su reciente caracterización llevada cabo en la citada STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), es de aplicación preferente la modificación de los términos contractuales, a la extinción o resolución del contrato.

COMENTARIO

I. LA CONFIGURACIÓN TRADICIONAL DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS Y SU NECESARIO CAMBIO

I. La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia

En el ordenamiento jurídico español la cláusula *rebus* carece de reconocimiento legal, por lo que han sido los tribunales los encargados de configurar esta regla, así como sus requisitos y las consecuencias de su aplicación [v. en tal sentido STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023); STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 665); STS 21 marzo 2003 (RJ 2003, 2762); STS 22 abril 2004 (RJ 2004, 2673); STS 25 enero 2007 (RJ 2007, 592); entre otras]. En ese sentido, puede señalarse que de forma excepcional el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación de la cláusula *rebus*, tras el cumplimiento de unos presupuestos extremadamente rigurosos que han de concurrir de forma conjunta.

Estos requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia, son los siguientes: “a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la

sobrevenidas circunstancias radicalmente imprevisibles". A estos requisitos se añadió posteriormente un cuarto, según el cual debía carecerse de cualquier otro remedio para resolver el problema, pues el régimen de aplicación de la cláusula *rebus* es de carácter subsidiario [v. en ese sentido STS 20 noviembre 2009 (RJ 2009, 7296); STS 27 abril 2012 (RJ 2012, 4714); entre otras].

Por el contrario, la nueva corriente jurisprudencial [v. en ese sentido STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819); STS 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604); STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526); STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129)] se encuentra en consonancia con la legislación de otros países de nuestro entorno cultural, con los instrumentos europeos y las nuevas corrientes de modernización del Derecho español, como la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicada en enero de 2009, que plantea el reconocimiento expreso de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

En efecto, en el artículo 1213 de esta Propuesta de Anteproyecto, elaborada por la Comisión General de Codificación, se regula la posibilidad de solicitar la revisión, o incluso, la resolución del contrato cuando haya surgido un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que altere fundamentalmente el equilibrio económico de las prestaciones [sobre el particular, véase el estudio efectuado por SALVADOR CODERCH. P.: "Alteración de Circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2009), núm. 4º, pp. 1-60]. Parecidamente, en el artículo 416-2 de la Propuesta del Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se plantea la incorporación del supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida, aunque en este caso se reconoce expresamente a "la renegociación" del contrato entre las partes como el remedio de aplicación preferente, siendo en su defecto aplicable la adaptación o resolución del contrato a cargo del juez. Esto no es más que un primer reflejo del cambio progresivo de la concepción tradicional de la cláusula *rebus*, en el sentido de optar por un régimen de aplicación normalizado, al que nos referiremos a continuación.

2. El necesario cambio de los presupuestos tradicionales de la cláusula *rebus sic stantibus*

La excesiva onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de diversos tipos de contrato, ocasionada por la crisis económica que todavía atravesamos, ha sido uno de los principales argumentos para forzar -al amparo de la cláusula *rebus*- la modificación de las condiciones del contrato o su resolución. Pese a esta situación y siguiendo la jurisprudencia tradicional del carácter sumamente restrictivo o excepcional de aplicación de esta figura, como corresponde a una "cláusula peligrosa y de admisión

cautelosa" [STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023)], en un primer momento, el Tribunal Supremo declaró la inaplicación de la cláusula *rebus*.

Por ejemplo, en la STS 27 abril 2012 (RJ 2012, 4714), en relación a un contrato de arrendamiento de duración prolongada, la Sala declaró que "la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación".

Así también, en la STS 08 octubre 2012 (RJ 2012, 9027), respecto a un contrato de compraventa de dos viviendas adquiridas con el fin de revenderlas, el Tribunal concluyó que si bien la finalidad del contrato había quedado frustrada por la falta de financiación de los compradores a consecuencia de la crisis económica, ésta debió ser prevista por ellos, teniendo en cuenta que "las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra" (aunque en este caso no se alegó la aplicación de la cláusula *rebus* sino la nulidad del contrato o la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento).

No obstante, lo cierto es que los efectos profundos y prolongados del actual contexto de crisis económica, propició que el Tribunal Supremo revisase los criterios de aplicación de la cláusula *rebus* por criterios jurídicos más modernos, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social actual y al desenvolvimiento doctrinal consustancial del ámbito jurídico. De ese modo, la reciente doctrina jurisprudencial ha dado un cambio de paradigma en la configuración y caracterización tradicional de esta figura, hacia una aplicación plenamente normalizada de la misma.

En efecto, la STS 8 noviembre 2012 (RJ 2013, 2402) ha supuesto el primer punto de inflexión en el proceso de modernización de la regla *rebus*, al declarar que cabe la posibilidad de aplicar esta regla en el ámbito de los contratos de compraventa de viviendas afectadas por la crisis económica, aunque dicha aplicación no puede fundarse únicamente en las consecuencias de la crisis, sino que será necesario valorar el conjunto de circunstancias concurrentes y la propia configuración jurídica de la citada regla.

A su vez, en la STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819), pese a descartarse la aplicación de la regla en un contrato privado de compraventa de un inmueble, el Tribunal razonó que "una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, (...) una desproporción exorbitante y fuera de

todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes", por lo que sería posible aplicar la cláusula *rebus* a supuestos de imposibilidad de obtener financiación a causa de la actual crisis económica, siempre que concurran en cada caso concreto los presupuestos necesarios para su aplicación.

Esta aplicación normalizada se consolida en la STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), en la cual se establece con mayor detalle la fundamentación y caracterización técnica de la cláusula *rebus*, alejándose de la tradicional formulación derivada de los criterios subjetivos "de equidad y de justicia", que determinaron la ausencia de su regulación y su carácter sumamente restrictivo [ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus, Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Navarra (2013): Civitas, pp. 257-258]. Así, el Tribunal Supremo afirma que la aplicación de esta figura no supone una ruptura respecto del principio *pacta sunt servanda*, sino que por el contrario su aplicación se fundamenta en dos criterios que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, particularmente, en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en el principio de buena fe.

En ese contexto, la Sala Primera declara en la sentencia citada en el párrafo anterior que "(...) todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este "equilibrio básico", (...) resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*. En conexión con lo afirmado, el principio de buena fe en la economía de los contratos, (...) permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato (...)".

Además, esta razón de normalidad en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* tampoco puede desconocerse a tenor de la nueva regulación que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), la Propuesta de Reglamento sobre

Compraventa Europea (CESL) y el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), en los que queda claro, *prima facie*, el carácter vinculante del contrato, aunque teniendo en cuenta que el principio *pacta sunt servanda* no constituye un principio absoluto, se excluye su aplicación cuando surgen o se producen alteraciones que desequilibran fundamentalmente la base del contrato, esto es, ante una situación de excesiva onerosidad sobrevenida [v. en este sentido STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819) y la STS 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604), que resaltan la importancia de la configuración de la cláusula *rebus* en los textos internacionales citados].

II. LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

I. Presupuestos de la doctrina y aplicación al supuesto enjuiciado

En la STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129), objeto de comentario, se confirma la tendencia que existe hacia una aplicación más flexible y eficiente de la cláusula *rebus*, sin que ello implique generalizar su aplicación a cualquier supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias a consecuencia de la crisis económica. En efecto, aunque se haya reconocido la relevancia de la crisis como hecho determinante del cambio del contexto económico, la reciente doctrina jurisprudencial establece que deberá examinarse de un modo objetivado la incidencia real de la mutación en la relación contractual de que se trate.

En esta línea, frente a las críticas procedentes de cierto sector doctrinal que consideran que esta nueva doctrina podría significar una gran litigiosidad, con un incremento de las demandas tendentes a la revisión de los contratos, el Alto Tribunal exige para la aplicación de la cláusula *rebus*, el cumplimiento de unos requisitos que deberán quedar acreditados mediante la utilización de dos criterios delimitadores de la tipicidad contractual de esta figura.

El primer criterio lo constituye la doctrina de la base del negocio, con la que se contrasta el cambio o mutación respecto de la finalidad perseguida en el contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo, con el propósito de determinar si se ha producido la ruptura o desaparición de la base objetiva del negocio. Y, el segundo criterio es el denominado *aleas* o riesgo normal del contrato, relacionado con la no asunción del riesgo, unida a la exigencia de una imprevisibilidad razonable. Ello significa que para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* se requiere:

a) La ruptura de la base del negocio, ya sea a consecuencia de la frustración o la excesiva onerosidad del contrato; y

b) La imprevisibilidad razonable de la alteración sobrevenida de las circunstancias, es decir, que las partes no hayan previsto razonablemente ni asumido, implícita o

explícitamente, el cambio de las circunstancias que, configurado como riesgo, debe quedar excluido del riesgo inherente o derivado del negocio.

En base a lo expuesto, el Tribunal Supremo reprocha expresamente el razonamiento de la Audiencia Provincial de Valencia, ya que pese a reconocer la incidencia significativa de la crisis económica en el sector turístico y la actividad de hostelería, no entró sin embargo a analizar el alcance de la alteración de las circunstancias, justificando la inaplicación de la cláusula *rebus* en base a criterios restrictivos. Rechazando este planteamiento, añade la Sala, además, que la cuestión requiere profundizar en la concreción funcional y aplicativa de la figura en el concreto marco negocial celebrado, especialmente relacionado con: 1) la imprevisibilidad razonable del riesgo derivado en el momento de la celebración del contrato, y no una imprevisibilidad absoluta y abstracta como tradicionalmente se exigía; y 2) la excesiva onerosidad resultante, esto es, el desequilibrio fundamental del contrato que puede conllevar el cumplimiento de prestaciones más allá del límite de lo razonable.

Desde esta perspectiva, la Sala considera, en cuanto a la imprevisibilidad del riesgo, que con independencia de las expectativas de explotación del negocio (de claro riesgo asignado para la parte arrendataria), la base económica del contrato de arrendamiento celebrado entre ACCOR y ADEMUZ (período de 1999 a 2004), se formó en un contexto económico de crecimiento y relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles. Así pues, en dicho contexto económico, aunque la crisis económica pueda resultar previsible como circunstancia cíclica que habría que prever siempre (particularmente, en contratos de larga duración como en el presente caso), lo cierto es que la envergadura y duración que ha tenido lugar la actual recesión económica que todavía asola España y el mundo entero, no pudo ser razonablemente previsible en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato de arrendamiento celebrado, ni mucho menos puede considerarse como un riesgo normal del negocio que deba recaer sólo en la esfera de control de la entidad arrendataria. En efecto, la imprevisibilidad razonable de la crisis económica es lo que provoca que la entidad arrendataria no haya asumido tal riesgo, por lo tanto, no puede imputarse exclusivamente a ACCOR la falta de previsibilidad y crudeza de esta crisis, que aun cuando pueda entenderse como previsible, "ello dependerá de las peculiares características y el alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide".

Sin perjuicio de lo señalado, respecto de la valoración de la imprevisibilidad de la crisis económica, configurada como un riesgo derivado, llama la atención la contradicción que existe con la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal en el inicio de este cambio progresivo del régimen de aplicación de la cláusula *rebus*, ya que previamente se había declarado que la crisis económica no podía resultar

imprevisible para quien se dedique de manera “profesional” a una determinada actividad, incluso para aquellos particulares que actúan en el tráfico con ánimo especulativo, distinguiéndose a los contratantes que sean profesionales y los que no lo sean [v. en ese sentido STS 08 octubre 2012 (RJ 2012, 9027); STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819); entre otras]. Nótese que en el caso en cuestión, la entidad arrendataria, ACCOR, es un profesional del sector, como lo ha reconocido expresamente la Sala al señalar que se trata de “una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería”; de ahí que, hubiera podido el Tribunal Supremo considerar las crisis económica como un riesgo normal del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes.

En cuanto a la excesiva onerosidad, conforme a la doctrina sentada en la STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), cabe indicar que, entre las circunstancias a valorar para su determinación se encuentra la actividad económica del empresario que ha de efectuar la prestación comprometida. Asimismo, se advierte que la excesiva onerosidad deberá reflejarse en: 1) un substancial incremento del coste de la prestación; o 2) una disminución del valor de la contraprestación recibida; en cualquier caso, en ambos supuestos, “el resultado negativo deberá desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.”.

Así, en el caso en concreto, la Sala concluye que la desaparición de la base económica del negocio sobre la que se configuró el contrato de arrendamiento, ha supuesto la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones entre las partes. De modo que, ha provocado la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato, particularmente referenciada en la rentabilidad económica negativa resultante para ACCOR, que ha soportado pérdidas acumuladas de casi tres millones de euros en sus Hoteles Ibis y Novotel, durante el período 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora ADEMUZ, en torno a los setecientos cincuenta mil euros para el mismo período objeto de valoración.

Sobre la valoración de la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato, sin embargo puede surgir una duda de si efectivamente se produjo el quebrantamiento entre las prestaciones contractuales, de manera que no hubiese resultado contrario al principio de buena fe en la economía de los contratos, exigir el cumplimiento en los propios términos establecidos por las partes. En efecto, la sentencia no explica con detalle (es decir, con números), los beneficios y las pérdidas de los contratantes antes y después de la crisis. Esto es, los resultados del negocio a fin de determinar que la excesiva onerosidad sobrevenida afecta la base económica del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes. Por el contrario, el Tribunal Supremo

realiza una valoración económica más amplia, al comparar la substancial pérdida económica sufrida por ACCOR, durante el período 2005-2009, respecto al balance positivo global de ADEMUZ, sin tener en consideración, tan sólo, las pérdidas y beneficios que hayan podido sufrir ambas partes de la concreta relación económica que se deriva del contrato de arrendamiento; produciéndose, así, una posible contradicción con la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526), a la que la sentencia (objeto de comentario) se remite para establecer el cumplimiento del presupuesto de la excesiva onerosidad del contrato.

2. Efectos derivados de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al supuesto enjuiciado. Algunas consideraciones sobre la renegociación del contrato

A fin de remediar el cambio de las circunstancias que no ha quedado configurado, de forma previa, como un riesgo contractual expresamente aceptado, o que pueda interpretarse razonablemente como tal, de la naturaleza y distribución de los riesgos del negocio celebrado, parece existir dos posibles soluciones que son: 1) la modificación o adaptación de los términos pactados; o 2) la resolución contractual.

Dice la STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023), en cuanto a las consecuencias jurídicas de la aplicación de la cláusula *rebus* que "(...) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, se ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones", doctrina que se ha mantenido en posteriores resoluciones [v. en ese sentido STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 665); STS 21 marzo 2003 (RJ 2003, 2762); entre otras] y en la jurisprudencia más reciente [STS 27 abril 2012 (RJ 2012, 4714); STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526); STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129)].

En ese sentido, sin lugar a dudas, tanto la doctrina tradicional como la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, han considerado más adecuado otorgar efectos modificativos -encaminados a compensar el desequilibrio obligacional- antes que declarar la extinción o resolución del contrato.

El fundamento de esta modificación o adaptación judicial, podría encontrarse en lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil [STS 21 mayo 2009 (RJ 2009, 3187)], esto es, sobre la base de una interpretación integral del contenido del contrato, que implica tener en cuenta los términos en los que se pactaron las prestaciones, pero sobre todo las obligaciones derivadas del "principio de buena fe".

Desde esta perspectiva, en la STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526) el Alto Tribunal ha considerado "(...) que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al

principio de buena fe cabe esperar en este contexto, es que puedan ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado”.

Esta solución, también, podría encontrar justificación en el “principio de conservación del contrato”, criterio que ha sido elevado a principio informador del sistema jurídico español, más allá de su tradicional aplicación como un mero criterio hermenéutico [STS 15 enero 2013 (RJ 2013, 2276)]. En el Derecho contractual europeo, del mismo modo, tampoco puede desconocerse la tendencia que existe hacia el mantenimiento del contrato, a través del deber de las partes de renegociar el contenido contractual a fin de lograr su modificación o, en caso contrario, la potestad del juez para determinar la adaptación del contrato, conforme lo disponen los principales textos internacionales de armonización (artículos 6.2.2 y 6.2.3 Principios UNIDROIT, artículo 6:111 PECL y artículo 89 CESL), así como los Códigos europeos más modernos (como es el caso del Código Civil alemán o el Código Civil holandés), lo cual constituye la expresión más concreta del principio general de conservación de los contratos.

La adaptación judicial puede resultar una opción un tanto peligrosa, si se toma en consideración que la libre voluntad de las partes es cambiada por la voluntad del juez, que puede entenderse será siempre un resultado imprevisible para los contratantes; pese a tratarse de un poder limitado que no implica crear nuevas reglas contractuales sino tan sólo reequilibrar las ya pactadas originariamente en la celebración del contrato [BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Ah Alphen aan den Rijn (2009): Kluwer Law International, p. 501].

En la sentencia objeto de comentario, por ejemplo, el Tribunal Supremo declaró la modificación del contrato de arrendamiento, en el sentido de reducir la renta en un 29%, teniendo en cuenta fundamentalmente los “informes periciales” aportados en el procedimiento. A su criterio, esta solución resultaba ajustada al reequilibrio de la economía contractual que debe seguirse, considerando, además, que pese a dicha reducción la renta resultante sería superior a un 20% de la renta de mercado que se negocia en la actualidad e inferior a la renegociada con la otra cadena hotelera HOTUSA, rebajada en un 50%. No obstante, lo cierto es que las partes son las que mejor conocen sus expectativas comerciales y, por tanto, las que mejor pueden recuperar el equilibrio perdido de sus prestaciones. De ahí que, con el objetivo de que la voluntad de las partes no se vea sustituida por la discrecionalidad del juez, creemos que la “renegociación” del contrato podría llegar a constituir la vía o el remedio más adecuado para solventar el problema de la mutación de las circunstancias, que provoca la frustración de la finalidad del contrato o un cumplimiento contractual excesivamente gravoso.

En efecto, a diferencia de la adaptación judicial, la renegociación del contrato (aun cuando no se haya reconocido expresamente por el Tribunal Supremo, ni contemplado en el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos), es un remedio que está dirigido de un modo más claro al intento de reestructurar el contrato, partiendo de la idea de que el negocio sigue siendo útil. Así, se pretende que las partes vuelvan a negociar los términos contractuales a fin de eliminar los efectos negativos derivados de la nueva situación, intentando reubicar el punto de equilibrio patrimonial del contrato, siempre que sea posible [v. en ese sentido MADRID PARRA, A.: "Comentarios Sección 2: Excesiva onerosidad (Hardship)", en AA.VV. Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, 2ª ed. (coord. por D. MORÁN BOVIO). Navarra (2003): Aranzadi, pp. 318-319; ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración*, cit., p. 233].

Incluso aun cuando no exista expresamente una obligación de renegociar, dicha conducta puede exigirse a ambas partes en cumplimiento del principio general de buena fe (vigente en la *lex mercatoria*) y del principio de cooperación. Sin embargo, el cumplimiento de este deber no implica necesariamente que la renegociación tenga un resultado, es decir, que culmine en un acuerdo [sobre el particular véase el comentario efectuado por CASTIÑEIRA JEREZ, J.: ¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos?, en AA.VV. Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables (coord. por X. ABEL LLUCH). Barcelona (2014): Bosch, p. 823].

Por ello, en el caso de que una de las partes infrinja el deber de renegociar, en principio, no cabe imponer ningún tipo de sanción, al tratarse de una obligación de medios y no de resultado que no constituye un incumplimiento contractual (ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración*, cit., p. 235), salvo que las partes hayan contemplado expresamente en el contrato dicha obligación. El hecho que no se establezcan sanciones no significa que la infracción del deber de renegociar no tenga consecuencias, es decir, si se tiene en cuenta el estrecho vínculo que existe entre la fase de renegociación y el recurso de las partes de acudir a un tribunal a fin de conseguir la adaptación del contrato, las consecuencias de infringir dicho deber podrían estar relacionadas, por ejemplo, con la asignación de los costos del proceso legal que se ejecute (BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 483).

Lo que sí parece claro, es que este deber de renegociar "de buena fe" los términos originarios de un contrato que resulta excesivamente oneroso de cumplir, puede configurarse como un requisito previo para solicitar al juez la adaptación o resolución del contrato (v. en ese sentido, por ejemplo, el artículo 6:111 PECL,

aunque en este precepto además se establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a quien actúe de mala fe).

En ese contexto, consideramos que el cumplimiento del deber de renegociar (desde el requerimiento hasta la conclusión del proceso de renegociación), debería llevarse a cabo teniendo en cuenta: 1) las exigencias impuestas por la buena fe y la lealtad negocial, por lo cual la parte que solicita la renegociación no debe utilizar este remedio de forma estratégica para dilatar su cumplimiento, debiendo ser sus propuestas (así como las contrapropuestas) claras, serias, razonables y coherentes a fin de que no queden dudas en cuanto a su contenido y objetivo; y 2) el deber de cooperación mutuo entre las partes, lo que implica tomar en consideración no sólo los intereses particulares sino también los de la contraparte, evitando obstrucciones o retrasos abusivos en el proceso y otorgando toda la información que sea necesaria para procurar un acuerdo.

A modo de conclusión, no obstante, creemos que aunque la renegociación del contrato sea la opción más adecuada, se trata de una vía por explorar. En efecto, aun cuando los textos internacionales de armonización europeos, como los PECL o CESL, se refieran a la renegociación como primer remedio, no establecen ni el modo en el que la misma habría de tener lugar, ni los efectos (por ejemplo, si las partes logran llegar a un acuerdo para la modificación del contrato, puede dar lugar a una transacción o una novación del contrato), así como tampoco si es imputable o no a efectos indemnizatorios la ruptura injustificada de las negociaciones, ni cómo han de medirse los daños ocasionados. Todo ello no hace más que convertirla en una opción no tan deseable, dada la inseguridad jurídica que acarrea.

BIBLIOGRAFÍA

ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F./LUNA YERGA, A./XIOL BARDAJÍ, M.: "Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo?", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2013), núm. 3.

BUADES FELIU, J.: "Estando así las cosas: rebus sic stantibus", *Diario La Ley*, (2014).

BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Ah Alphen aan den Rijn (2009): Kluwer Law International.

CASTIÑEIRA JEREZ, J.: ¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos?, en AA.VV. Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables (coord. por X. Abel Lluch). Barcelona (2014): Bosch.

- "Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2014), núm. 4º.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "La adaptación de los contratos en el comercio internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2007), núm. 7º.

HORN, N.: "The Concepts of Adaptation and Renegotiation in the Law of Transnational Commercial Contracts", en AA.VV. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (coord. por N. HORN). Deventer, Antwerp, Boston, London, Frankfurt (1985): Kluwer.

LUNA YERGA, A./XIOL BARDAJÍ, M.: "Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2015), núm. 2.

MADRID PARRA, A.: "Comentarios Sección 2: Excesiva onerosidad (Hardship)", en AA.VV. Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, 2ª ed. (coord. por D. MORÁN BOVIO). Navarra (2003): Aranzadi.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: "Hacia una aplicación normalizada de la cláusula rebus sic stantibus en la jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo. Comentario a la STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526)", *Revista de derecho patrimonial* (2014), núm. 35.

- "Confirmación de la doctrina jurisprudencial de la sala 1ª del Tribunal Supremo en torno a la cláusula rebus sic stantibus", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2015), núm. 2.

MOMBERG URIBE, R.: "Compraventa internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", *Revista Chilena de Derecho Privado* (2012), núm. 18°.

ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus, Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Navarra (2013): Civitas.

RAVENTÓS SOLER, A./LUNA YERGA, A./XIOL BARDAJÍ, M.: "Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2015), núm. 3.

SALVADOR CODERCH, P.: "Alteración de Circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2009), núm. 4°.

SAN MIGUEL PRADERA, L.: "La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea", *Anuario de Derecho Civil* (2002), vol. 55, núm. 3°.



LÍMITES MATERIALES A LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL
CONVENIO DE EMPRESA: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA DE 30 DE
JULIO DE 2014

*MATERIAL LIMITS IN THE APPLICATIVE PRIORITY OF THE
ENTERPRISE COLLECTIVE AGREEMENT: COMMENT ON STSJ OF
NAVARRA 30 JULY 2014*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 294-305



Mercedes
LÓPEZ
BALAGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 21 de agosto de 2015

RESUMEN: Tras la importante reforma de 2012 en materia de negociación colectiva y la modificación de las reglas sobre concurrencia de convenios se cuestiona en la sentencia objeto de comentario el alcance de la preferencia aplicativa del convenio de empresa a partir de los límites materiales de la misma.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva; concurrencia de convenios colectivos; prioridad aplicativa del convenio de empresa.

ABSTRACT: After the major reform of 2012 on collective bargaining and changing the rules on concurrence of collective agreements the judgment under review analyses the scope of the applicative priority of the enterprise collective agreement..

KEY WORDS: Collective bargaining; concurrence of collective agreements; applicative priority enterprise collective agreement.

SUMARIO.- I. La prioridad aplicativa del convenio de empresa en el marco de la reforma de 2012: las dudas de constitucionalidad.- II. El deber de negociar y el art. 84.2 ET.- III. Los límites materiales a la prioridad aplicativa: la jornada de trabajo como materia excluida.- IV. El art. 84.2 ET como norma imperativa absoluta.- V. Valoración personal.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia objeto de comentario resuelve el recurso de suplicación presentado contra la resolución de instancia que declara que se desestima la demanda interpuesta por la Dirección General de Trabajo y PRL del Gobierno de Navarra. La cuestión debatida se centra en dilucidar si el art. 16.1 del Convenio Colectivo Sectorial del Comercio de Alimentación de Navarra vulnera o no la previsión del art. 84.2 ET en relación con la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa.

El precepto convencional en cuestión establece literalmente lo siguiente: “Con el fin de desarrollar la intención manifestada por las partes firmantes del presente convenio en el sentido de apostar por los convenios sectoriales como elemento generador de reglas colectivas que garanticen, tanto la igualdad oportunidades para sus trabajadores, como la transparencia e igualdad en los procesos de competencia entre empresas y al amparo del art. 84 apartado 2o párrafo C del vigente estatuto de los trabajadores, se establece la siguiente jornada laboral: Durante toda la vigencia del presente Convenio, la jornada laboral será de 1734 horas de trabajo efectivo. Para aquellas empresas que, incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio y que por aplicación de un convenio de distinto ámbito, abonen a sus trabajadores una retribución inferior a la establecida en las tablas salariales del presente convenio para el grupo V (el que más trabajadores agrupa en el sector), la jornada laboral será de 1540 horas de trabajo efectivo para toda la plantilla de la empresa. A estos efectos, se entiende que una empresa abona un salario inferior al grupo V del presente convenio, cuando la retribución total anual a jornada completa y por todos los conceptos salariales garantizados que establece su convenio de aplicación para un trabajador con una antigüedad de 10 años y cuya actividad profesional pueda encuadrarse en dicho grupo V, sea inferior a la retribución anual bruta que por todos

• Mercedes López Balaguer

La autora es Profesora Titular de Derecho del Trabajo y SS. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Valencia desde 1999. Actualmente desempeña su labor docente e investigadora en esa misma Universidad, siendo autora de diversas monografías y múltiples artículos y capítulos de libro en materia de Derecho laboral y de la Seguridad Social. Entre sus líneas de investigación principales destacan, entre otras: las empresas de trabajo temporal, la jubilación parcial, los derechos de conciliación en la empresa y la negociación colectiva. E-mail: mercedes.lopez@uv.es.

los conceptos garantizados establezca el citado grupo V, del presente convenio, para un trabajador a jornada completa con una antigüedad de 10 años”.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TSJ de Navarra en esta resolución considera que se ajusta a derecho la sentencia de instancia al concluir que el convenio sectorial no contraviene lo dispuesto por el art. 84.2 ET, dado que la condición regulada en el mismo no está incluida entre las enumeradas en el precepto y por tanto el convenio de sector puede regular la jornada sin que de ese modo altere las reglas de concurrencia de convenios. La argumentación aducida para sostener esta conclusión se centra en la aplicación de la literalidad del art. 84.2 ET, asumiendo que el art. 16.1 del Convenio Sectorial regula la jornada laboral de las empresas sujetas al mismo y contempla dos magnitudes máximas (1.734 horas frente a 1.540) como jornada laboral anual considerada en función de los niveles retributivos propios de las distintas empresas, que anteceden a esta determinación. Es decir, considera el Tribunal que con esta regulación convencional “se parte de esa realidad retributiva que no está disciplinando ni tratando de regular para, valorada aquella como premisa, establecer distintos cómputos máximos de jornada anual. El objeto de su regulación lo constituye propiamente la jornada, y no el salario: no se está imponiendo o estableciendo un nivel salarial determinado con pretendida prevalencia sobre lo que decidieran los Convenios de empresa en su caso, sino que se está partiendo de una determinación salarial autónoma correspondiente a las distintas empresas para atribuir a la misma unos efectos normativos convencionales en materia, estrictamente, de jornada”.

Asimismo, se aduce en la fundamentación jurídica que tampoco es admisible que la cláusula en cuestión regule de manera indirecta el salario, asumiendo que “la literalidad del artículo 84.2 del Estatuto y su significado no suponen que se consagre una reserva negociadora o normativa en los aspectos que esa norma contempla, sino un criterio aplicativo que, en el caso de coexistir regulaciones contradictorias en distintos instrumentos convencionales concurrentes, favorece la aplicación prevalente (y excluyente) de lo regulado en el de ámbito empresarial. Por lo tanto, un Convenio Sectorial sí puede contener disposiciones reguladoras en materia de salario o, por ejemplo, planificación de vacaciones anuales, debiendo no obstante ceder dicha regulación en favor de la que contuviera un Convenio de ámbito empresarial si esta existiere”.

COMENTARIO

El tema que de fondo ha de analizarse para entender el alcance de la resolución que nos ocupa es el de las nuevas reglas reguladoras de la concurrencia de convenios tras la reforma de 2012. En concreto, habrá de estudiarse la preferencia aplicativa del convenio de empresa y los límites materiales que a la misma impone el art.

84.2 ET. Asimismo desde luego será necesario reseñar, siquiera con brevedad, que este nuevo régimen jurídico de la concurrencia de convenios ha sido considerado perfectamente ajustado a la CE.

I. LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN EL MARCO DE LA REFORMA DE 2012: LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD.

Entre las modificaciones en materia de negociación colectiva llevadas a cabo con la aprobación del RDL 3/2012 y la posterior Ley 3/2012 sin duda una de las de mayor calado ha sido la referida al reconocimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a cualquier otro convenio de ámbito superior. En todo caso, para ser rigurosos habría que puntualizar que lo cierto es que la reforma de la negociación colectiva en este punto en concreto –y también en general- no se inicia, como es sabido, en 2012 con la aprobación de las mencionadas normas sino en los años anteriores con la aprobación de la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011. Concretamente este RDL ya modificaba la dicción literal del art. 84.2 ET reconociendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa, alterando así el régimen jurídico de concurrencia de convenios vigente desde la reforma de 1994, esto es, el régimen por el que se reconocía como excepción al principio de no concurrencia la posibilidad de aplicación preferente únicamente de los convenios sectoriales de ámbito inferior respecto de los de ámbito superior. No obstante, el legislador de 2011 optó por una reforma del precepto legal que no incidía en su naturaleza jurídica, dado que se mantenía el carácter dispositivo del mismo respecto de los convenios negociados de acuerdo con el art. 83.2.

En 2012 la reforma en materia de concurrencia de convenios colectivos se centra precisamente en la modificación de la naturaleza jurídica del precepto que pasa a ser una norma imperativa absoluta o de derecho necesario absoluto indisponible para la negociación colectiva. En este sentido, lo que el legislador de 2012 hace es dar un paso más en el objetivo perseguido desde 2011, esto es, garantizar, según argumenta en la Exposición de Motivos, “la descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores”. Con esta finalidad, la regla de la preferencia de aplicación del convenio de empresa se configura de manera absoluta y relativa a la vez. Absoluta por cuanto que, como se ha dicho, el art. 84.2 ET es una norma imperativa o de derecho necesario absoluto que implica que la prioridad se aplica en relación con cualquier convenio colectivo de ámbito superior. Y relativa por cuanto que esa prioridad queda limitada estrictamente a un conjunto de materias enumeradas en el precepto, tal y como veremos seguidamente.

Esta nueva regulación del principio de prohibición de concurrencia de convenios planteó pronto dudas de constitucionalidad tanto doctrinales como en el ámbito judicial. Esas dudas hoy por hoy han sido resueltas tanto por el TC (STC 119/2014,

de 16 de julio, RTC 2014, 119) como por el TS (STS 26 marzo 2014, Rec. 129/13) que, con argumentaciones muy semejantes, han venido a considerar que: 1º) No existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva sino que el art. 37.1 CE se limita a reconocer el derecho de negociación colectiva y a encomendar su garantía al legislador (mandato que ha llevado a cabo a través de la regulación contenida en el título III LET), a señalar quiénes son los titulares del derecho (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, por tanto, de un extenso margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva. 2º) En la disyuntiva negociación colectiva centralizada o descentralizada la Constitución no impone ni uno ni otro sistema, sino que remite al legislador la garantía de la negociación colectiva y de la fuerza vinculante del convenio colectivo, sin hacer distinciones al respecto. Por consiguiente, tan legítima resulta desde el punto de vista de su constitucionalidad, una política legislativa que se decante por la prioridad del convenio colectivo sectorial o supraempresarial, como aquella que opte por la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pues unos y otros son producto de la negociación colectiva entre sujetos legitimados para ello. 3º) La prioridad aplicativa que reconoce la norma impugnada a favor del convenio de empresa, ni imposibilita la negociación colectiva de ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad, ni resta de eficacia normativa al convenio colectivo sectorial ya existente; este seguirá siendo válido y surtiendo efectos en su ámbito de aplicación, incluidas las empresas que negocian su propio convenio estando vigente el convenio sectorial. Si vigente un convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, se negocia un convenio de empresa, lo que el art. 84.2 LET prevé es que, respecto de una serie de materias tasadas, será aplicable el convenio de empresa en lugar del convenio sectorial. 4º) Del Texto Fundamental no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores. No obstante, el art. 84.2 LET no impide, en sus respectivos ámbitos y conforme a las normas legales que rigen la materia, que los sindicatos con mayor representación negocien convenios sectoriales, ni tampoco que las secciones sindicales lo hagan en el ámbito de la empresa. Antes al contrario, los convenios de empresa cuya prioridad aplicativa declara la norma impugnada pueden negociarse tanto por los representantes unitarios (comité de empresa o delegados de personal) como por las secciones sindicales que tengan presencia en los citados órganos de representación unitaria y, sumando la mayoría de sus miembros, así lo acuerden, siendo, además, su intervención prioritaria a la de los restantes representantes unitarios. En todo caso, desde la perspectiva constitucional tampoco es reprochable que un convenio de empresa negociado por la representación unitaria en virtud del art. 37.1 CE entre en concurrencia y goce de preferencia aplicativa sobre un convenio sectorial negociado por los sindicatos, pues del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical

haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores.

En definitiva, entiende tanto la justicia ordinaria como extraordinaria que *"siendo incontestable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, la modificación introducida por el art. 14.3 de la Ley 3/2012 en el art. 84.2 LET, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE)"*.

II. EL DEBER DE NEGOCIAR Y EL ART. 84.2 ET.

Una cuestión clave a tratar en el análisis de la figura que nos ocupa es la relativa a si el nuevo régimen jurídico de la concurrencia de convenios ha venido a reordenar o no el procedimiento negocial en relación concretamente con el deber de negociar regulado por el art. 89 ET. La razón por la que creo que estamos ante una cuestión clave es porque la respuesta a esta pregunta sí creo que implicaría la reconfiguración desde la Ley de la estructura de la negociación, al menos en parte.

Pues bien, a mi juicio, en modo alguno cabe entender que la modificación del art. 84.2 ET haya supuesto un cambio en la regulación de este importante deber impuesto en el marco del procedimiento de negociación. Así, el inicio del proceso negociador desde el banco patronal podrá, en el supuesto concreto que plantea el art. 84.2 ET, esto es, vigente un convenio colectivo de ámbito superior; obtener como respuesta la negativa a negociar desde el banco social alegando precisamente una de las causas que legalmente se contemplan para ello. Entiendo que no es posible sostener la conclusión contraria porque con las modificaciones de 2012 no se ha alterado el procedimiento negociador sino que se ha modificado la excepción a la regla general de prohibición de concurrencia de convenios. Ni más, ni menos. Por ello, siendo cierto que con la reforma del art. 84 ET se pretende potenciar el ámbito de la empresa como marco de regulación de determinadas condiciones de trabajo, no lo es menos -y aquí creo que está la clave de la prioridad aplicativa del convenio de empresa- que se trata de un objetivo que pretende la regulación negociada de las condiciones laborales en este ámbito desde el inicio mismo del proceso negociador; esto es, si el banco social vista la plataforma empresarial decide no sentarse a negociar, podría decirse sin más que no se producirá la concurrencia conflictiva de convenios fundamental para que entre en juego la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

III. LOS LÍMITES MATERIALES A LA PRIORIDAD APLICATIVA: LA JORNADA DE TRABAJO COMO MATERIA EXCLUIDA.

Tal y como hemos visto ya anteriormente, la aplicación preferente del convenio de empresa se sujeta a los límites materiales del art. 84.2 ET, esto es, el legislador ha querido delimitar las condiciones en las que entra en juego esta excepción a la regla general de la prohibición referida a la negociación colectiva de ámbito empresarial.

Las condiciones enumeradas por el precepto son: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2.

De acuerdo con este listado cerrado y que necesariamente deberá ser aplicado de manera estricta, ha de destacarse que en algunas materias la aplicación preferente del convenio de empresa actúa como fuente de regulación de la condición laboral y en otras en cambio se hace referencia a la aplicación del convenio solo como adaptación de la misma a partir de la regulación prevista en el convenio sectorial o en la norma legal. Cabe apuntar no obstante que esta relación de condiciones del art. 84.2 ET no se corresponde con la que se establece en los arts. 41 y 82.3 ET respecto de la modificación sustancial de condiciones y la inaplicación del convenio. De este modo, aunque a mi entender esta diferencia no parece muy justificada si se tiene en cuenta que al fin y al cabo en el supuesto del art. 84.2 estamos siempre ante una negociación entre las partes y en ningún caso ante una decisión unilateral, lo cierto es que precisamente la jornada no aparece incluida en el listado de materias en las que se reconoce la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Así pues, no cabe duda de que de que la cláusula convencional cuestionada en la sentencia que comentamos no puede considerarse contraria al art. 84.2 ET desde la perspectiva material, esto es, es evidente que el convenio sectorial no se refiere sino a una condición sobre la que no reconoce preferencia aplicativa del convenio de empresa. Sobre esta cuestión volveré más adelante, pero antes de entrar en la misma sí creo interesante hacer un breve repaso sobre el alcance de la preferencia aplicativa de las condiciones incluidas en el listado del art. 84.2 ET.

En primer lugar, en relación con la cuantía del salario base y los complementos salariales, ha de puntualizarse, por un lado, que se trata de una condición que excluye cualquier concepto extrasalarial; y, por otro, que la falta de referencia en el precepto

a la estructura salarial ha de interpretarse en el sentido de que no es posible que el convenio de empresa modifique esa estructura eliminando absolutamente algún complemento o no valorándolo económicamente, dado que con ello se estaría modificando la estructura salarial y por lo tanto entrándose en concurrencia conflictiva que deberá resolverse mediante la aplicación del convenio superior (SAN de 22 de abril de 2014, Proc. 417/2013).

En segundo lugar, sobre el abono o compensación de las horas extraordinarias la referencia del art. 84.2 ET debe interpretarse lógicamente tanto en el sentido de que el convenio de empresa pueda modificar la opción compensatoria del convenio superior como que pueda modificar la cuantía de la compensación económica.

En tercer lugar, en relación con el tiempo de trabajo la norma deja en manos del convenio de empresa lo que podríamos denominar su gestión o su concreción en el ámbito de la empresa pero no hace referencia, como ya se ha dicho, a la jornada. Por lo tanto, si el convenio de empresa contiene alguna modificación de la jornada de trabajo ordinaria la misma no será de preferente aplicación respecto de la contenida en el convenio sectorial.

En cuarto lugar, respecto del sistema de clasificación profesional la referencia literal del art. 84.2.d) ET es a la adaptación del mismo. Con ello, la previsión ha de interpretarse en el sentido de que la preferencia del convenio de empresa no es en la aplicación del sistema que pueda pactarse sino que se delimita su autonomía negociada, dado que el sistema de clasificación será el negociado en el ámbito superior y el convenio de empresa, respetando éste, podrá adaptarlo a sus concretas características y necesidades; sin que sea posible, por ejemplo, establecer grupos profesionales nuevos o modificar los establecidos en el ámbito superior. De alguna manera, con una previsión de estas características se contempla la aplicación de ambos convenios al mismo tiempo, lo que, tal y como se ha dicho, es perfectamente posible.

También refiriéndose a la adaptación convencional se contempla en el precepto la aplicación preferente del convenio de empresa respecto de los aspectos de las modalidades de contratación que se dejan legalmente en manos de la negociación de empresa. Esta referencia por tanto ha de llevar a revisar la normativa en materia de contratación y las llamadas que en la misma se hacen al convenio de empresa en particular o al convenio colectivo en general. Así, el art. 11 ET, en materia de contratos formativos, sólo se hace referencia al convenio en general en relación con la duración del período de prueba del contrato en prácticas y a la duración del contrato para la formación y el aprendizaje; el resto de llamadas a la negociación colectiva son a la sectorial estatal o sectorial de ámbito inferior. El art.12 ET sin embargo, tras la reforma introducida por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, ha abandonado esta específica referencia al ámbito del convenio para aludir

exclusivamente a los convenios colectivos, con lo cual debe entenderse que en relación con el contrato a tiempo parcial, en las cuestiones que pueden pactarse convencionalmente, el convenio de empresa podrá ser fuente de regulación preferente (distribución de la jornada, interrupciones de la actividad, ampliaciones del porcentaje de horas complementarias tanto pactadas como voluntarias...). Por lo que hace a la contratación temporal, el art. 15 hace mención expresa del convenio de empresa como fuente de regulación de las tareas que puedan identificarse como obra o servicio y llama al convenio colectivo en general como fuente de regulación de las actividades que puedan ser eventuales y de los criterios para establecer la relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa; limitando al ámbito sectorial la regulación de la duración de los contratos.

Finalmente, el art. 84.2 ET hace referencia a la aplicación preferente del convenio de empresa respecto de las medidas que puedan establecerse para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Estas medidas pueden adoptarse teniendo en cuenta fundamentalmente lo previsto en los arts. 34 y 37 ET que se refieren al convenio colectivo como fuente de regulación del derecho a la distribución de la jornada para la conciliación o a la concreción de las posibilidades de reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar. En relación con ello, hay que tener en cuenta que el art. 37.6 ET alude expresamente al convenio como posible fuente de regulación de los criterios que deben regir a la hora de concretar el horario y el período de disfrute de la reducción de jornada atendiendo a los derechos de conciliación y a las necesidades de la empresa. Sin duda, en esta materia el convenio de empresa, que será de preferente aplicación, es la mejor herramienta para gestionar la organización del tiempo de trabajo.

IV. EL ART. 84.2 ET COMO NORMA IMPERATIVA ABSOLUTA.

La sentencia que se comenta aplica a mi entender de manera literal la referencia del art. 84.2 ET a los límites materiales de la prioridad aplicativa, puesto que sin duda en el convenio sectorial la condición negociada es la jornada de trabajo y ello es perfectamente ajustado a derecho, dado que se trata de una condición en la que no se ha previsto la aplicación de la excepción contemplada legalmente en materia de concurrencia de convenios. Ahora bien, entiendo también que esta aplicación literal de la nueva regulación de la concurrencia conflictiva de convenios se ha utilizado para resolver una cuestión que va más allá de la misma.

De este modo, el TSJ acierta a mi modo de ver en la primera de sus conclusiones porque el precepto convencional impugnado regula una condición que queda extramuros de las que el art. 84.2 ET establece como condiciones en las que entrará en juego la prioridad aplicativa y, por lo tanto, no puede entenderse en modo alguno que con ello se esté vulnerando la excepción a la regla general de prohibición de concurrencia de convenios que el precepto estatutario regula. El convenio de sector

puede desde luego regular la jornada; y, en el caso de que el convenio de empresa posteriormente negociado lo hiciese también, no cabría aducir que éste tendría preferente aplicación porque en materia de jornada la misma no se contempla. Por lo tanto, en este caso sería aplicable el convenio sectorial.

No obstante, el problema se plantea a mi entender respecto de la segunda parte de la argumentación jurídica que el Tribunal utiliza, esto es, respecto de la vinculación de la jornada al salario. En este punto creo que la valoración del alcance de la regulación convencional respecto de la aplicación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa no se ajusta al nuevo sistema de concurrencia conflictiva de convenios. Es evidente, y también en este punto la sentencia es impecable, que las reglas del art. 84 ET no impiden la negociación de convenios a cualquier nivel y en cualquier momento, sino la aplicación del convenio posterior en el tiempo en supuestos de concurrencia conflictiva. Ahora bien, no es menos evidente que la excepción del art. 84.2 ET aunque materialmente limitada es, como decíamos anteriormente, absoluta desde la perspectiva de su aplicación para resolver los conflictos de concurrencia, esto es, una excepción indisponible para la negociación colectiva. Sin embargo, en el caso en cuestión el convenio sectorial está precisamente disponiendo de esa regla.

En efecto, la cláusula del convenio sectorial vincula la negociación del salario en niveles convencionales inferiores con la obligatoria reducción de jornada y con ello está bloqueando precisamente la aplicación de la regla de la preferencia aplicativa del nivel de empresa prevista en el art. 84.2 ET porque está blindando el salario/hora en el ámbito sectorial, dado que “se consigue aumentar el salario/hora sin regular expresamente la cuantía salarial” [DEL REY GUANTER, S.: “La negociación colectiva a nivel de empresa”, en AA.VV.: *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid (2015): MEYSS, p. 80] impidiendo por tanto en su caso que la regulación de un convenio de empresa en la materia prevista en la letra a) del precepto estatutario se aplique de manera preferente a lo dispuesto en el convenio de sector. De alguna manera podríamos decir que la regla prevista en materia de jornada en el convenio de sector está impidiendo precisamente que la concurrencia conflictiva pueda producirse y por tanto que la excepción a la regla de prohibición de la misma pueda aplicarse. Es más creo que no cabe duda de ello si se tiene en cuenta la propia redacción del art. 16.1 del convenio sectorial porque aluce precisamente como fundamento de su regulación al art. 84.2.c) ET, esto es, al precepto que materialmente limita la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia de tiempo de trabajo al horario, distribución, régimen de turnos y planificación anual de las vacaciones. Desde mi punto de vista, la redacción del precepto convencional no deja dudas sobre la finalidad de la regulación de la jornada que establece y que no pretende sino apostar por el convenio sectorial “como elemento generador de reglas colectivas que garanticen, tanto la igualdad oportunidades para sus trabajadores, como la

transparencia e igualdad en los procesos de competencia entre empresas''; en otras palabras, apostar por el ámbito sectorial como ámbito de regulación del salario, si bien precisamente para salvar la aplicación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, negociando la jornada vinculada a la cuantía del salario, dado que aquélla es una condición no incluida en el listado del 84.2 ET y lo contrario ocurre con ésta.

V. VALORACIÓN PERSONAL.

A mi modo de ver la previsión en materia de jornada del convenio sectorial sí puede entenderse contraria al art. 84.2 ET no porque contravenga lo dispuesto en el mismo en relación con los límites materiales de la preferencia aplicativa sino en relación con la propia aplicación de la misma como norma de carácter imperativo absoluto indisponible para la negociación colectiva, dado que la finalidad perseguida mediante la regulación de una materia no sujeta a la prioridad aplicativa pero vinculando una materia que sí lo está, anula la posibilidad de que la concurrencia conflictiva pueda producirse, evitando así de manera directa la preferencia aplicativa del convenio de empresa. De este modo, creo que el Tribunal debió invalidar la cláusula convencional cuestionada por sobrepasar los límites legales del contenido de la negociación colectiva de acuerdo con la naturaleza jurídica imperativa absoluta del art. 84.2 ET.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPRESA POR
REPRESENTANTES DE BASE UNITARIA. EL PRINCIPIO DE
CORRESPONDENCIA COMO LÍMITE JURISPRUDENCIAL.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL
DE 9 DE MARZO DE 2015 (PROC. 2/2015)

*COLLECTIVE BARGAINING AND ELECTED REPRESENTATIVES.
CORRESPONDENCE PRINCIPLE AS JURISPRUDENCIAL LIMIT. COMENT
ON JUDGMENT OF NATIONAL COURT 9 MARCH 2015*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 306-315



Patricia
NIETO ROJAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 06 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 12 de agosto de 2015

RESUMEN: La Sentencia que ocupará las siguientes páginas aborda la legalidad de un convenio de empresa suscrito por un delegado de personal pero cuyo ámbito funcional pretende extenderse a la totalidad de la empresa. Impugnado el convenio por una Federación Sindical, la cual pretende que las condiciones de los trabajadores se sigan rigiendo por el convenio sectorial aplicable, la AN estima la pretensión de la parte actora, aplicando el principio de correspondencia.

PALABRAS CLAVE: Convenio colectivo, delegado de personal, principio de correspondencia, ilegalidad, nulidad.

ABSTRACT: The Court ruling that we are analyzing decides the legality of an enterprise agreement signed by an elected representative, but whose functional scope intended to extend to the entire company. Challenged the agreement by Federation of Trade Unions, which claims that the conditions of workers are governed by the applicable sector agreement, this claim is estimated by applying the correspondence principle.

KEY WORDS: Collective bargaining, elective representative, correspondence principle, illegality, nullity.

SUMARIO.- I. El principio de correspondencia como límite para la negociación con representaciones de base electiva.- II. La legitimación activa de la Federación Sindical para la impugnación del convenio.- III. Las consecuencias del incumplimiento.- IV. Conclusiones.

ANTECEDENTES DE HECHO

Una Federación Sindical impugna un convenio publicado en el BOE, entendiendo que la negociación ha vulnerado el principio de correspondencia porque ha sido negociado por un delegado de personal aunque su pretensión es el que su ámbito exceda al centro de trabajo hasta alcanzar a la totalidad de la empresa. La empresa demandada se opone a la demanda, alegando falta de legitimación del sindicato demandante entendiendo que el mismo carece de vinculación alguna con el ámbito subjetivo del convenio; pretensión que, como veremos, no es atendida por el Tribunal. Y en cuanto al fondo del asunto, sostiene que ha negociado el convenio con el único representante legal de los trabajadores que existía en el momento de constitución de la comisión negociadora pues en tal momento sólo contaba con el centro de trabajo de Madrid. Sin embargo, en la propia hoja estadística rellena por la empresa se hace constar que la empresa cuenta con dos centros de trabajo: uno en Madrid, con siete trabajadores, y otro en Barcelona con dos.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La sentencia que procederemos a comentar es un nuevo exponente de las disfunciones de la regulación vigente y mantiene la misma interpretación que el TS, insertándose como otra manifestación de la numerosísima jurisprudencia existente en torno al principio de correspondencia como límite en la actuación legal de las representaciones de base electiva y las disfunciones que genera esta interpretación.

En la articulación de los esquemas representativos, el legislador parte de una concepción muy simple de empresa lo que ni en el momento de aprobación del texto estatutario ni, mucho menos, en la actualidad supone la organización empresarial tipo, no siendo capaz de dar una respuesta satisfactoria a las empresas pluricelulares. Esta disfunción se agudiza por el hecho de que la única instancia representativa de base

• Patricia Nieto Rojas

Es profesora ayudante de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad Carlos III de Madrid. Es autora de múltiples artículos y capítulos de libro sobre la disciplina laboral en general, en especial sobre temas relacionados con la representación legal de los trabajadores. Galardonada por el comité científico del XV Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la comunicación "Soluciones legales a la ausencia de representaciones legales en el ámbito empresarial. La fórmula francesa como referente". Correo electrónico: patricia.nieto@uc3m.es

electiva a nivel de empresa (el comité intercentros –art. 63.3 ET-) se condicione a una previa regulación convencional; decisión que no sólo veda la posibilidad de constituir esta instancia en empresas regidas por convenios que no prevean su constitución sino también en aquellas otras en las que nos encontremos ante su primer convenio. Ahora bien, dada la naturaleza legal de la representación de base electiva, articulada en torno al centro de trabajo –STS 11.2.2015, Rº 2872/2013-, un representante de primer grado no está legitimado para asumir la representación de trabajadores de centros que no participaron en su elección. Abunda en esta conclusión el hecho de que cuando el legislador ha querido dar una respuesta unívoca a la ausencia de representantes unitarios en un concreto centro lo ha hecho, y así el art. 41.4 ET admite que los trabajadores mandaten a representantes de otros centros, en cuyo caso, se está irradiando la representatividad porque el propio precepto así lo permite, no pudiendo extender esta solución a la negociación colectiva ni ante a una hipotética intervención en sede judicial. En estos casos, la única solución es que asuman esta negociación las secciones sindicales representativas, esto es, las que obtengan la mayoría de representantes en la totalidad de la empresa, aunque en algunos centros no acrediten esta mayoría, pues, a diferencia de la representación de base electiva, las instancias sindicales no tienen legalmente predefinido su ámbito de actuación, siendo una decisión interna de los afiliados la opción por constituir la sección sindical a nivel de centro o de empresa. Esta última interpretación se ha visto reforzada con la STS 18.7.2014 (Rº 91/2013), la cual considera que es una decisión sindical la de optar por el centro o la empresa en lo que hace a la designación de delegados ex. art. 10 LOLS.

COMENTARIO

I. EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA COMO LÍMITE EN LA NEGOCIACIÓN CON REPRESENTACIONES DE BASE ELECTIVA.

El ámbito de constitución de las instancias electivas es el centro de trabajo, siendo este el espacio que fija el alcance de la representación. Esta opción legal está planteando abundantes cuestiones litigiosas, especialmente cuando se quiere negociar un convenio colectivo estatutario que afecte a la totalidad de la empresa si alguno de los centros no cuenta con representación legal de base estatutaria, pues, en tales casos, no puede extenderse la posibilidad prevista en el art. 41.4 ET, de modo que los representantes elegidos en un determinado centro de trabajo no pueden negociar un convenio que afecte a la totalidad de los centros y, por consiguiente, afecte a trabajadores que no participaron en su elección por cuanto la representatividad unitaria no se irradia desde un centro de trabajo a otro o a otros centros de trabajo en materia negocial.

Como es de sobra conocido, en el Título III ET no se ha extendido una preferencia incondicionada al comité intercentros como sí que hace el art. 41.4 b) ET para

las consultas cualificadas, de forma que, en nuestro ordenamiento, la legitimación negocial la ostentan, de manera alternativa, el comité intercentros o la totalidad de representaciones unitarias existentes, siendo el volumen de plantilla y el ámbito del convenio lo que finalmente determinará que la legitimación la ostente el delegado de personal, el conjunto de los delegados, el comité de empresa, el conjunto de los diferentes comités o el comité intercentros en función de la extensión del convenio: un único centro de trabajo, varios centros o toda la empresa.

Si la empresa tiene centros de trabajo con más de 50 trabajadores cada uno de ellos y, en consecuencia, con más de un comité de empresa, la legitimación la tiene el conjunto de comités de empresa pero si los centros de trabajo que conforman la empresa son, todos ellos, de menores dimensiones y no alcanzan a más de 49 trabajadores, teniendo cada centro un número de delegados de personal variable (uno o tres conforme a lo dispuesto en el art. 62.1 ET), la capacidad convencional para celebrar un convenio de empresa la tiene el conjunto de delegados de personal del conjunto de los centros de trabajo. Finalmente si el número de trabajadores en los distintos centros de trabajo varía, la legitimación la tienen el conjunto de comités de empresa y delegados de personal existentes. En todos los supuestos en los que la interlocución no sea asumida por el comité intercentros se hace imprescindible, eso sí, algún tipo de coordinación entre las instancias electivas de primer grado para determinar, conforme a lo preceptuado en el art. 88.2 ET, los integrantes que formarán parte de la comisión negociadora.

Como se ha anticipado, el problema se plantea cuando no todos los centros cuentan con representación estatutaria y no se ha constituido el comité intercentros -SSTS 7.3.2012 (R° 37/2011), 30.09.2008 (R° 90/2007)-, dado que un representante de primer grado sólo puede asumir la negociación de un convenio que afecte a dicho ámbito, no pudiendo negociar un convenio de empresa que afecte a otros centros de trabajo –entre otras muchas, SSAN 24.4.2013 (Proc. 79/2013), 17.7.2013 (Proc. 224/2013), 11.9.2013 (Proc. 219/2013), 16.9.2013 (Proc. 314/2013), 13.11.2013 (Proc. 424/2013), 29.1.2014 (Proc. 431/2013), 10.2.2014 (Proc. 449/2013), 17.2.2014 (Proc. 20/2014), 3.7.2014 (Proc. 58/2014), 28.3.2014 (Proc. 31/2014)-. O, dicho de otro modo, si hay varios centros de trabajo, los comités o delegados de personal estarán legitimados para negociar los convenios del centro o centro donde fueron elegidos pero no estarán legitimados para negociar convenios de empresa que vinculen a trabajadores de centros de trabajo que no participaron en su elección, conforme al principio de correspondencia.

Esta interpretación es asumida por la sentencia que aquí se comenta, la cual enjuicia la adecuación legal del convenio de una empresa, publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 4 de marzo de 2013, cuyo art. 2 regula su ámbito territorial de aplicación y establece lo siguiente:

“El presente Convenio, de naturaleza estatutaria, es de aplicación a todos los trabajadores de Doctor España, S.A.U. (en adelante, indistintamente la empresa o Doctus), ya sean contratados para prestar los servicios externos que se contemplan o puedan contemplar en su objeto social o los contratados para prestar servicios internos o estructurales de la empresa”. Y a su vez, el art. 3 indica “El presente Convenio es de aplicación en todo el territorio del Estado Español. Asimismo será de aplicación en el caso de servicios contratados a Doctus y cuya prestación efectiva se realice, total o parcialmente, fuera del territorio nacional”.

El problema es que la propia empresa en la información incorporada en la hoja estadística, presentada y cumplimentada ante la autoridad laboral en el trámite de depósito e inscripción administrativa del convenio colectivo impugnado, señalaba que “contaba con los siguientes centros de trabajo: Madrid: 7 trabajadores; Barcelona: 2 trabajadores”, al tiempo que hacía constar como negociador al delegado de personal del centro de Madrid; razón ésta que sustentó la demanda presentada por la Federación Sindical y que sirvió como base en la estimación de la demanda.

La sentencia anula el convenio negociado por vulneración del ya referido principio de correspondencia negocial, toda vez que el mismo fue negociado por un delegado de personal pero con la intención de que sus efectos se extendiesen con un alcance mayor que la representatividad legal que el delegado ostenta. Ahora bien, creemos que esta interpretación (que es, a nuestro juicio, la única que se colige de la Ley) no deja de ser “llamativa”, pues con la constitución del comité intercentros “quedaría liquidada la falta de legitimación para la negociación mancomunada del convenio de empresa por los representantes que estaban legitimados para elegir al comité intercentros” -SAN 26.4.2013 (Proc. 29/2013), tesis confirmada por la STS 22.9.2014 (Rº 305/2013)-, es decir, la suma de representantes unitarios de primer grado no podría negociar un convenio de empresa si alguno de los centros no cuenta con representación electiva, y, sin embargo, sí lo podría hacer un órgano de creación derivada que, conviene no olvidar, estará compuesto por estos representantes de primer grado. Y sea como fuere, esta solución no resuelve una controversia como la planteada en esta sentencia, habida cuenta que uno de los centros a los que se pretende extender el convenio cuenta sólo con dos trabajadores, de manera que no podrá contar, en ningún caso, con representantes de base electiva, conforme a lo dispuesto en el art. 62.1 ET.

II. LA LEGITIMACIÓN DE LA FEDERACIÓN SINDICAL PARA LA IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO DEBATIDO.

El segundo aspecto litigioso en esta sentencia pasa por determinar si la federación sindical que impugna el convenio goza de legitimación activa para ello, habida cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 165.1 LRJS, “la legitimación para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, por los trámites del proceso de

conflicto colectivo corresponde: a) si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, señalando el apartado segundo del citado precepto que “estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la Comisión o Mesa negociadora del Convenio”, siendo una de las cuestiones más recurrentes en sede judicial la determinación de los criterios que servirán para considerar a un sindicato “interesado” a los efectos de impugnar un convenio.

La jurisprudencia ha sostenido que deben calificarse como sindicatos interesados a aquellos “que cuenten con implantación en el seno del conflicto” (STS 5.7.2006, RJ 2006, 6556), entendiéndose que la implantación hace referencia al hecho de que el sindicato cuente con afiliados incluidos en el campo de aplicación del convenio y verse por este motivo afectadas las posibilidades de negociación colectiva que pueda el sindicato demandante llevar a cabo. La casuística que esta noción plantea ha sido objeto de una notable actividad judicial, debiendo insistir en que no cabe entender que la misma implique acreditar la representatividad exigida para asumir la interlocución negociadora aunque, dicho sea de paso, esta participación se ha considerado un indicio relevante para valorar la implantación de un sindicato en un concreto ámbito, -SSAN 1.4.2013 (Proc. 17/2013), 22.4.2013 (Proc. 82/2013), 12.6.2013 (Proc. 143/2013)-.

Como se ha referido, la empresa demandada alega falta de legitimación del sindicato demandante, tesis a la que se opone el Ministerio Fiscal y que finalmente no es acogida por la AN al sostener que “la mercantil demandada constituye lo que se conoce como empresa multiservicios. A su juicio, a este tipo de empresas, vinculadas a procesos de externalización donde opera abundante mano de obra ocupada en todo tipo de actividades y tareas, en tanto que carezcan de convenio propio, les resultan de aplicación y atendiendo a cada concreta actividad, el convenio de sector o territorial que regule cada una de tales actividades”, debiendo tener en cuenta la actividad preponderante de la empresa para fijar el convenio colectivo aplicable - STS 17.3.2015 (R° 1464/2004)-.

Pues bien, en la medida que el sindicato demandante tiene como ámbito de actuación varias de las actividades que conforman el objeto social de la demandada (conviene recordar que la demanda fue interpuesta por la Federación de Industria y Trabajadores Agrarios, integrada en la Unión General de Trabajadores, y a la que pertenecen los trabajadores afiliados de los siguientes sectores productivos: agrario, manipulado hortofrutícola, alimentación, bebidas y tabaco, energético, forestal, minero, químico, textil y piel), el mismo “presenta un interés cierto y real (no como mero guardián de una abstracta legalidad), de que los convenios colectivos por él suscritos y correspondientes a las diversas actividades productivas que abarcan su

ámbito funcional como sindicato, resulten de aplicación a los trabajadores de la mercantil demandada y tiene por tanto también interés en que no se les aplique un convenio de empresa en el que dicho sindicato no pudo intervenir por carecer de afiliación en ese concreto ámbito”.

A mayor abundamiento, “FITAG-UGT, integrada en UGT como confederación sindical, ostenta la cualidad de sindicato más representativo, hecho notorio, y como tal está legitimado para negociar convenios sectoriales en representación de todos los trabajadores, afiliados o no, art. 87.2 ET, por lo que ostenta un interés cierto y real de que su actividad negocial, plasmada en los diversos convenios sectoriales referidos a las actividades productivas de la empresa multiservicios, alcance el mayor efecto expansivo posible, por lo que está directamente interesado como tal sindicato en que no se lleven a cabo convenios de empresa que limiten el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios sectoriales por dicho sindicato negociados”.

III. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

De la propia configuración legal se desprende que los comités o delegados de personal están legitimados para negociar convenios estatutarios en los ámbitos en los que acreditan esta representación legal pero, en ningún caso, podrán negociar convenios que vinculen a trabajadores de centros de trabajo que no participaron en su elección, y esta conclusión no resulta alterada por el hecho de que algunos centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria, pues esta carencia no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo sin que la Ley así lo prevea, dado que la representación de los órganos de representación unitaria de los trabajadores no se irradia.

Ante esta circunstancia, es decir, ante la existencia de centros sin representación estatutaria, la única posibilidad para negociar un convenio de empresa es que se arrogue tal función al comité intercentros (siempre, claro está, que haya habido algún convenio previo en el que se haya pactado su creación lo que hace imposible esta vía si es el primer convenio de empresa) o que asuman esta función las secciones sindicales representativas, esto es, las que puedan acreditar la mayoría de los representantes electivos, pues las secciones, a diferencia de las instancias electivas, no tienen legalmente predefinido su ámbito de actuación, siendo una decisión interna de los afiliados la opción por constituir la sección sindical a nivel de centro o de empresa, observando, eso sí, lo preceptuado en los Estatutos Sindicales. De la anterior argumentación, cabe concluir que a falta de comité intercentros las únicas representaciones legitimadas para negociar un convenio en empresas que cuenten con centros sin representación serán las secciones sindicales representativas, esto es, las que tengan la mayoría de los miembros del comité o delegados de personal, que serán los únicos que podrán negociar un convenio de empresa en tales supuestos, es decir, en empresas pluricelulares sin que necesariamente esta presencia se dé

en todos los centros de trabajo o en alguno de ellos no se acredite la mayoría legalmente exigida.

En el supuesto de hecho no ha sido así, y aunque la empresa invoca el principio de conservación del negocio para validar lo pactado con el delegado de personal de Madrid, pretendiendo que el convenio se aplique sólo en dicho centro, dicha pretensión no es atendida por la AN que falla anulando el convenio en su integridad, reproduciendo a la postre el fallo de la STS 7.3.2012 (R° 37/2011). Y así, "atendidas las irregularidades señaladas debe entenderse que las mismas conculcan la legalidad vigente en materia de capacidad y legitimación para negociar y, derivadamente, sobre la composición de la comisión negociadora en los convenios de ámbito empresarial que pretendan tener ámbito territorial estatal, como el impugnado, y no siendo tales esenciales vicios por su naturaleza susceptibles de subsanación o de corrección, ni siquiera reduciendo su ámbito al centro de trabajo de Madrid al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó la comisión negociadora".

Sin embargo, cabría plantearse si podría haberse sostenido la nulidad parcial del convenio, esto es, anular solo la cláusula del mismo que fija su ámbito aplicativo sobre la totalidad de los centros, permitiendo que sólo tuviese vigencia en el centro del delegado de personal que lo negoció. Pues bien, esta tesis es también inadmitida por la jurisprudencia referida, justificando esta consecuencia jurídica como el resultado de nuestro modelo legal de negociación colectiva, pues aunque es obvio que no hubiese sido necesario establecer tales exigencias si los convenios estatutarios tan sólo vincularan a los firmantes y a los directamente representados por los signatarios en la medida que el art. 82.3 ET reconoce eficacia personal general al convenio estatutario, el mismo ha establecido rígidas reglas de delimitación de los sujetos legitimados.

IV. CONCLUSIONES.

Como se habrá tenido ocasión de apreciar a lo largo de esta breve disertación, la interpretación indubitada de la jurisprudencia de limitar el ámbito de actuación de las representaciones de base electiva al centro de trabajo en el que tuvo origen su elección supone una evidente disfunción para empresas pluricelulares que cuenten con centros de muy escasa dimensión, tal y como ocurría en el supuesto de hecho.

Ahora bien, y aun conscientes de esta consecuencia, compartimos con la sentencia comentada que "no puede admitirse la imposición de obligaciones en virtud de una norma como es el convenio colectivo más allá del ámbito estricto de representación de los sujetos firmantes del mismo. Por esta razón y en lo que constituye materia de orden público, no es posible componer la mesa negociadora de un convenio de empresa sólo con los representantes legales de los trabajadores de los centros donde sí existen comités de empresa o delegados de personal para

intentar vincular con ese convenio a los trabajadores de los centros donde no existe representación" sin que pueda admitirse, en ningún caso, un apoderamiento de los trabajadores de centros sin representación, utilizando técnicas propias del Derecho Privado sino que debiéramos proceder a un debate sereno y en profundidad sobre el modelo legal de representación, especialmente para que sea útil a una empresa sustancialmente distinta a la existente en el momento de promulgación del texto estatutario.

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS
TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UN SUPUESTO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR UN
ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA OCURRIDO
EN PORTUGAL. COMENTARIO A LA SAP DE PONTEVEDRA,
SECCIÓN 6^a, 293/2014 DE 16 DE MAYO, REC. 959/2012.

*APPLICATION OF FOREIGN LAW BY THE COURTS TO KNOW OF A
SPANISH COURSE OF TORT BY ACCIDENT OCCURRED IN ROAD TRAFFIC
PORTUGAL. COMMENT ON SAP PONTEVEDRA (6^o) 293/2014, OF 16
MAY, REC. 959/2012.*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 316-323

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 03 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 14 de septiembre de 2015

RESUMEN: El artículo 281.2º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) dispone que "serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero... El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". Por lo tanto, la prueba del Derecho extranjero no incumbe en el presente proceso a la parte demandante, sino a la parte demandada que invoca el Derecho extranjero e insta su aplicación al supuesto enjuiciado. Así resulta de reiterada doctrina reflejada en la STS Sala Iª, de 30 de abril de 2008 (RJ 2008, 2685), a cuyo tenor "la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6. II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero) no constituye una obligación". En igual sentido se pronuncia la STS Sala Iª, de 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9907), que se remite a la de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10245), cuando declara que "la prueba corresponde "a quien invoca el Derecho extranjero", y es lo que cabe leer en múltiples decisiones de esta Sala, como las que se contienen en las Sentencias de 4 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6855), 16 de julio de 1991 (RJ 1991, 5389), 9 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1054), hasta la de 4 de julio de 2006. Pues, de no haberse aportado la prueba de la existencia, contenido y vigencia del Derecho extranjero que se estima aplicable, se produce un vacío jurídico que los Tribunales han de llenar fallando de acuerdo con la ley española".

PALABRAS CLAVE: Derecho Extranjero, alegación y prueba, tribunales españoles.

ABSTRACT: Article 281.2º LEC (RCL 2000, 34, 962 and RCL 2001, 1892) provides that "will test object custom and foreign law ... The foreign law must be tested with regard to their content and validity, the Court may make use of any means of investigation deems necessary for its implementation". Therefore, the proof of foreign law does not concern in this process to the applicant, but the defendant invoking foreign law and urges its application to cases prosecuted. So is settled doctrine reflected in the STS Chamber 1st of April 30, 2008 (RJ 2008, 2685), which states that "the Court has declared that the party invoking foreign law must prove in court the existence of legislation requested, the duration thereof and its application to the contentious case, and the power granted to the judge in Article 12.6. II, final paragraph (text now repealed by Law 1/2000 of January 7) is not an obligation. "Likewise pronounce the STS Chamber 1st of December 27, 2006 (RJ 2006, 9907), which refers to that of December 31, 1994 (RJ 1994, 10245), when he states that "the proof is" a who invokes foreign law "and is what you would read in many decisions of this Court, as those contained in the statements of May 4, 1989, September 7, 1990 (RJ 1990, 6855), 16 July 1991 (RJ 1991, 5389), February 9, 1999 (RJ 1999, 1054), until 4 July 2006. Well, of not having proof of the existence, content and validity of foreign law provided that considers applicable, a legal vacuum that the courts have to fill failing according to Spanish law occurs.

KEY WORDS: Foreign Law, pleading and proof, Spanish courts.

SUSPUESTO DE HECHO

Los antecedentes del recurso de apelación resuelto por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra son los siguientes: Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Vigo, con fecha 13 de julio de 2012, se dictó sentencia estimando en parte la demanda promovida por la entidad aseguradora Axa, Dª Sagrario, D. Augusto y D. Ángel Jesús contra la entidad aseguradora Liberty Seguros Portugal, condenando a la misma a abonar a la primera la cantidad de 1.502,87 € más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la presente resolución, a Dª Sagrario la de 3.273,63 €, a D. Augusto la de 2.035,53 € y a D. Ángel Jesús la de 3.273,63 € más los intereses. Contra dicha Sentencia LIBERTY SEGUROS interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y se formuló oposición al mismo por la parte contraria. Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La prueba del Derecho extranjero no incumbe en el presente proceso a la parte demandante, sino a la parte demandada que invoca el Derecho extranjero e insta su aplicación al supuesto enjuiciado: dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal: aplicación de la Ley española.

COMENTARIO

La Audiencia Provincial de Pontevedra se pronuncia en esta sentencia sobre un problema de Derecho Internacional Privado habitual para los Tribunales españoles, y de especial interés para la doctrina: la aplicación del Derecho extranjero.

Los hechos que dan lugar a esta sentencia fueron los siguientes: accidente de tráfico acaecido en Portugal en 2010 en el que vieron implicados dos turismos matriculados y asegurados en España. No se discute ni la mecánica del accidente ni la responsabilidad imputable al conductor del vehículo asegurado en la compañía representada en España por la entidad demandada, sino que, en relación con la

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche y Subdirector Académico del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante. Vicedecano del Grado en Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Ha sido Director del Observatorio de Inmigración de la ciudad de Elche y Vocal del Observatorio Valenciano de la Inmigración. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Economist & Jurist. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Nacionalidad y la Extranjería, Derecho del Comercio Internacional, Contratación Internacional y Protección de datos de carácter personal, entre otras. Además, es autor de diferentes artículos, notas, reseñas y comentarios publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras, y ha participado, como coordinador y/o autor, en más de 65 libros, relacionados con dichas materias. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

reclamación planteada por las lesiones de los demandantes el debate se limita a la legislación aplicable. Tampoco se ha planteado declinatoria sobre la competencia territorial para conocer del proceso, por lo que se ha aceptado la competencia de los tribunales españoles para conocer del presente proceso. Respecto a la legislación sustantiva aplicable, la Audiencia entiende que es la de Portugal al haberse producido en dicho país el accidente de circulación. Al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, la Audiencia Provincial de Pontevedra falla de acuerdo con la ley española.

Con cierta desgana la Audiencia Provincial de Pontevedra se enfrenta al tema de la determinación de la ley aplicable. Hace una alusión al artículo 10.9 de nuestro Código Civil, al artículo 4.1 del Reglamento "Roma II", y al artículo 31 del RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que indica que a los siniestros a que se refiere este título (siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado) les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para llegar a la conclusión siguiente: la legislación sustantiva aplicable en el presente supuesto es la portuguesa.

Se equivoca la Audiencia Provincial de Pontevedra. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación por carretera no se rige, hoy día, en Derecho internacional privado español, ni por el Reglamento "Roma II" ni por el artículo 10.9 de nuestro Código Civil. En efecto, la Ley aplicable a la responsabilidad civil derivadas de accidentes de circulación por carretera se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 4 mayo de 1971 sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que desde el 21 noviembre 1987 se halla en vigor para España. Este convenio prevalece sobre el Reglamento "Roma II" (artículo 28.1). El Convenio determina la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la jurisdicción encargada de conocer el asunto (civil, penal, administrativa, etc.) y fija la Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera.

El Convenio de La Haya de 4 mayo de 1971 establece que la responsabilidad civil derivada del accidente se rige por la Ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (artículo 3). No obstante, cuando estuvieren implicados en el accidente varios vehículos matriculados en el mismo Estado, será aplicable dicha Ley (artículo 4.b). Por tanto, en el caso que nos ocupa la Audiencia de Provincial de Pontevedra, en aplicación del citado Convenio de La Haya de 4 mayo de 1971, debió entender que, al verse implicados en el accidente en Portugal dos turismos matriculados y asegurados en España, la legislación sustantiva aplicable no era la portuguesa sino la española.

Con respecto a la aplicación del Derecho extranjero por los Tribunales españoles, la Audiencia Provincial de Pontevedra reitera la que constituye la doctrina más tradicional sobre el valor puramente fáctico del Derecho extranjero, cuya alegación y prueba corresponde a quienes sostienen su existencia y vigencia. En el artículo 12.6º, párrafo segundo del Código Civil, derogado por la Disposición Derogatoria única, núm. 2.1º de la LEC, se establecía que “la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española”. La doctrina jurisprudencial considera la legislación extranjera como “cuestión de hecho” y como tal alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, constituyendo práctica reiterada la que determina que cuando a los Tribunales españoles no les sea posible fundamentar, con seguridad absoluta, la aplicación del derecho extranjero, hayan de juzgar y fallar según el derecho patrio. De ahí que, como señala el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de junio de 1962, de 7 de noviembre de 1971, de 13 de abril de 1992, de 23 de octubre de 1992 no basta para acreditar la norma extranjera la mera dicción literal de los preceptos que refiere, si no se acredita, como es necesario, la vigencia del derecho extranjero aplicable y la normal interpretación en el origen que del mismo se venga haciendo.

Con la regulación actual del tratamiento procesal del Derecho extranjero, esto es, con el mencionado artículo 281.2 LEC, se demuestra que “el legislador no ha querido tomar partido por un sistema definido de prueba del Derecho extranjero”, no ha instaurado un “sistema rígido” de prueba del Derecho extranjero sino, más bien, un “sistema de textura abierta”.

En Derecho Internacional Privado español, actualmente, la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000). Los artículos 281.2º y 282 de la LEC dan cuerpo, como hemos señalado, a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. De esta forma, “en el marco de lo que es el objeto y la necesidad de la prueba, el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente establece que la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso y que también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación” (F.J. 4º).

El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de prueba del Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero; y, segundo, probar el derecho extranjero. En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones: a) en la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (art. 429. I. II LEC); b) si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco debe probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes.

A decir verdad, la Audiencia Provincial de Pontevedra no añade nada digno de reseñar. Reitera la que constituye la doctrina más tradicional sobre el valor puramente fáctico del Derecho extranjero, cuya alegación y prueba corresponde a quienes sostienen su existencia y vigencia. La doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTs de 24 de junio de 2010, de 30 de abril de 2008, de 27 de diciembre de 2006, de 4 de mayo de 1989, de 7 de septiembre de 1990, de 16 de julio de 1991, de 9 de febrero de 1999, o de 4 de julio de 2006) considera la legislación extranjera como "cuestión de hecho" y como tal alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, constituyendo práctica reiterada la que determina que cuando a los Tribunales españoles no les sea posible fundamentar, con seguridad absoluta, la aplicación del derecho extranjero, hayan de juzgar y fallar según el derecho patrio.

Como señala el TS, en Sentencias de 30 de junio de 1962, de 7 de noviembre de 1971, de 13 de abril de 1992, de 23 de octubre de 1992, de 4 de mayo de 1995, no basta para acreditar la norma extranjera la mera dicción literal de los preceptos que refiere, si no se acredita, como es necesario, la vigencia del Derecho extranjero aplicable y la normal interpretación en el origen que del mismo se venga haciendo. La parte recurrente invoca la vigencia como legislación aplicable de la Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio do Ministério das Finanças e da Administração Pública e da Justiça de Portugal; sin embargo resulta constatable que la citada normativa ha sido objeto de rectificación, pues le consta a la propia Audiencia Provincial de Pontevedra que, al menos, se ha producido una primera modificación a través de la Portaria n.º 679/2009 de 25 de Junio de 2009, que afecta tanto a la normativa reguladora como a los anexos en los que se contemplan las cuantías indemnizatorias, ignorando si se han producido nuevas reformas o si la citada normativa reformada se encuentra

vigente y es aplicada por los tribunales portugueses. Por tanto, al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, la Audiencia Provincial de Pontevedra falla de acuerdo con la ley española, tal y como establece la doctrina jurisprudencial antes citada.

No es el momento de analizar cuál es la manera más óptima de resolver déficits probatorios de este tipo, ya que se trata de un debate muy delimitado, ya que en el caso que estamos comentando la Audiencia Provincial de Pontevedra debió aplicar la ley española, pero no por una falta de prueba de la ley portuguesa sino, como ya se ha señalado, por aplicación del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971.

En definitiva, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra es poco ejemplar por el desconocimiento de algunas fuentes de Derecho internacional privado español y la aplicación incorrecta de otras. Resulta muy poco gratificante su lectura pues pone de manifiesto hasta que punto algunos Tribunales españoles siguen sin estar familiarizados con las herramientas que proporciona el sistema de fuentes de Derecho internacional privado español y, sin darle la “normalización” que merecen conflictos privados internacionales como los que dan lugar a la sentencia objeto de este trabajo.



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿HACIA UN
NO POSITIVISMO INTERAMERICANO?

*THE CONVENTIONALITY CONTROL: TO AN INTERAMERICAN
NON-POSITIVISM?*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 326-339



Miriam Lorena
HENRÍQUEZ y
José Ignacio
NÚÑEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 05 de octubre de 2015

RESUMEN: El presente trabajo plantea que la doctrina del control de convencionalidad se enmarca dentro del no positivismo jurídico. En tal sentido, analiza críticamente las tensiones que genera con elementos centrales del funcionamiento de los sistemas jurídicos herederos del Derecho positivo-legislado.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad, control de convencionalidad interno, teoría del Derecho, no positivismo.

ABSTRACT: This paper presents that the doctrine of conventionality control is part of non legal positivism. In this sense, critically analyze the tensions generated by central elements of the functioning of the legal heirs of positive law systems - legislated.

KEY WORDS: Conventionality control, internal conventionality control, theory of Law, non positivism.

SUMARIO.- I. Presentación.- II. Una garantía metapositiva edificada por los jueces.- III. ¿Una teoría del todo? ¿Quién, cómo, qué y para qué? - IV. Reflexiones finales: ¿De todo lo pasado cuánto queda, cuánto sirve y para qué?

I. PRESENTACIÓN

Casi una década atrás se dictó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el primer fallo que instruyó abiertamente a los Estados la ejecución de una “especie” de control de convencionalidad. Se inauguró de esta forma el control interno de convencionalidad (en adelante también CDConv) que impone principalmente a los operadores de justicia estatales el deber de analizar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹. Transcurrido este tiempo emerge como cuestión necesaria una reflexión crítica de la biografía y perfiles del control interno de convencionalidad.

En tal sentido, en el presente trabajo planteamos como hipótesis una observación de segundo orden: el surgimiento y evolución del denominado control interno de convencionalidad se enlista en las filas del *No Positivismo*, sentando los cimientos de un “No Positivismo Interamericano”. Tal cuestión la analizaremos críticamente en las páginas siguientes, reflexionando en torno a la figura en estudio, planteándola como una garantía metapositiva edificada por los jueces, desarrollando una explicación de sus inclinaciones totalizantes, examinando el destinatario, objeto, parámetro y naturaleza del CDConv, para finalmente presentar nuestras conclusiones.

Para la consecución de lo anterior, emplearemos como insumos los conceptos protagonistas de la disputa entre el positivismo (teórico y metodológico) y el que se ha dado en llamar *No Positivismo*, nieto legítimo del lusnaturalismo, teoría que -

¹ Ver NASH, C.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago (2012): Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

• Miriam Lorena Henríquez Viñas

Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado. Email: mhenriqu@uahurtado.cl, miriamhenriquez@yahoo.es.

• José Ignacio Núñez Leiva

Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Investigador, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. (G.I.N.H) E- mail: jinunez@uc.cl, jinunez@uft.cl.

como se sabe -pretende desmarcarse de la teología para reportar los confines y naturaleza del fenómeno jurídico, pero que no renuncia a la derrotabilidad de las normas positivas por parte de preceptos superiores "accesibles por intermedio de la razón".

II. UNA GARANTÍA METAPOSITIVA EDIFICADA POR LOS JUECES

Uno de los aspectos que revela de mejor forma el alejamiento -en términos descriptivos, no valorativos- de las máximas del positivismo metodológico por parte de ciertos operadores jurídicos -especialmente jueces y académicos- se evidencia en la potente inclinación de un importante segmento de estos al recurso de valores, principios implícitos y preceptos de justicia "natural".

Lo anterior repercute en la existencia de un número significativo de jueces que aspiran a encarnar el modelo del juez no positivista. Un prototipo de sentenciador que pretende dominar el Derecho en su totalidad, integrando las coordenadas *tiempo - espacio - conocimiento*. Un juez que busca identificar los conflictos de relevancia jurídica de manera tal que expida resoluciones que no consideren únicamente el ordenamiento positivizado, sino también el Derecho implícito, los principios, además de toda materia prima que le permita aproximar su decisión al ideal de justicia, aunque con ello sobrepase las posibilidades prescriptivas dispensadas por los enunciados normativos vigentes.

Si se analiza la biografía del control de convencionalidad es sencillo concluir que sus artífices circulan en la órbita del que Zagrebelsky llamó el *Derecho Dúctil* y sus argonautas no son otros que los recursos propios de la concepción principialista del Derecho y su orientación no positivista. Rótulo que designa aquél conjunto de teorías afines a la idea de una conexión necesaria entre Derecho y Moral, pero que no ubican tal nexo en el ámbito teológico, sino que deambulan entre el iusnaturalismo racionalista y la influencia de la moral crítica en los ordenamientos positivos.

En efecto, y como se podrá confirmar más adelante, la génesis del control de convencionalidad obedece a un desdoblamiento del Derecho Positivo en aras de la - aspirada por todos - justicia material. Cuestión que acarrea cada una de las dificultades que históricamente ha tenido como lastre dicho propósito y que acude a herramientas similares -sino es que idénticas- a las difundidas por la Teoría de la Argumentación Jurídica elaborada al alero del Constitucionalismo Principialista, conocido también como Neoconstitucionalismo. Nos referimos al protagonismo judicial en la creación del Derecho, al empleo de la *sobreinterpretación* de enunciados normativos y a la identificación de normas que subyacerían tras preceptos explícitos contenidos en fuentes a las que se les atribuye una jerarquía especial. Combinación que construye la justificación, alcance, efectos y consecuencias del instituto. Todos estos asuntos los revisaremos sinóptica -pero no menos críticamente - a continuación.

III. ¿UNA TEORÍA DEL TODO? ¿QUIÉN, CÓMO, QUÉ Y PARA QUÉ?

La figura del CDCConv interno tiene afanes totalizantes: pretende la integración completa del Derecho (interno e internacional), al mismo tiempo que aspira a configurar una regla de reconocimiento transnacional. En un sentido estricto, dispone que los tribunales nacionales, y en general todos los órganos públicos, deben realizar una verificación de no contradicción o compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse a un caso concreto, por un lado, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el otro.

Desde 2003 el concepto de control de convencionalidad se ha ido construyendo de manera progresiva por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Corte Interamericana), cuestión que puede constatare al reconocer sus primeras alusiones en el voto concurrente razonado del juez García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala², para luego ocupar un lugar central en las sentencias de la Corte, desde del fallo Almonacid Arellano y otros vs. Chile de 2006³ (fallo o caso Almonacid).

Afirman los cultores del CDCConv que su fundamento se halla en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, artículos 1, 2, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también la Convención), por cuanto la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y estos deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto, protección y promoción de aquellos. Además tendría fundamento en los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, que en conjunto

- 2 La primera referencia al CDCConv tuvo lugar en el voto concurrente razonado en el caso Myrna Mack Chang, en que el juez García Ramírez afirmó: "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "CDCConv" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional". CIDH. Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 27. Serie C N° 101 (25 de noviembre de 2003). Luego, el mismo magistrado reiteró su postura en los casos Tibi vs. Ecuador. Serie C N° 114 (7 de septiembre de 2004); Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Serie C N° 129 (15 de septiembre de 2005); y López Álvarez vs. Honduras. Serie C N° 138 (1 de febrero de 2006).
- 3 CIDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 124. Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006). El citado considerando 124 expresa: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de CDCConv entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."

impedirían a los Estados invocar disposiciones de Derecho interno como razón para dejar de cumplir dichos compromisos.

Así, la noción del CDCConv se ha ido construyendo paulatinamente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Lo anterior se demuestra en una primera y cauta referencia a una “especie” de CDCConv para luego de 2006 aludir directamente al CDCConv, de forma que se han ido configurando progresivamente sus elementos y características centrales. Asimismo, la gradualidad de la noción se advierte en la extensión de los órganos encargados de realizarlo, de su procedimiento y objeto⁴. Tal situación, a juicio de algunos, provoca inconsistencias, avances o retrocesos, y genera dudas y un entendimiento inacabado de su objetivo⁵. Sin embargo, otros estiman que la jurisprudencia y desarrollo del CDCConv ha sido uniforme y sin mayores variantes⁶, que se ha mantenido firme con ciertos matices⁷, con un sólido desarrollo⁸, al haber reiterado siempre la Corte su criterio⁹.

Los anunciados afanes totalizantes se extienden al sujeto destinatario del CDCConv - ¿Quién? - a su forma o procedimiento - ¿Cómo? - al parámetro y al objeto -¿Qué - y a su naturaleza y efectos - ¿Para qué?

¿Quién? Respecto al sujeto destinatario del control, en una primera fase la Corte Interamericana expresó el deber de los jueces domésticos de ejercer el CDCConv interno, por oposición al control externo que sólo corresponde realizarlo a la propia Corte. En la sentencia del caso Almonacid se expresó que tal obligación corresponde a “sus jueces, como parte del aparato del Estado” y en definitiva “al Poder Judicial”¹⁰. Fue en 2010, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, que la Corte

4 HENRÍQUEZ VIÑAS, M: “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista Internacional Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2014), núm. 24, pp. 113 – 141.

5 CASTILLA JUÁREZ, K: “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2013), núm. XIII, pp. 51-97.

6 NOGUEIRA ALCALÁ, H: “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 279 – 351.

7 FERRER MAC GREGOR, E: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Revista Estudios Constitucionales* (2011), núm. 9(2), pp. 531-622.

8 GARCÍA RAMÍREZ, S: “El control interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2011), núm.V(28), pp. 123 – 159.

9 JINESTA, E: “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en AA.VV. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (coord. por E. Ferrer Mac Gregor). México (2012): Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, pp. 269-288.

10 CIDH. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 124. Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006). Tal criterio se reiteró en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* que afirmó el deber “de los órganos del Poder Judicial” de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad. CIDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 128. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006). En el mismo sentido, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, la Corte precisó que el CDCConv correspondía realizarlo a “los tribunales de Barbados, incluso el Comité Judicial del Consejo Privado y ahora la Corte de Justicia del Caribe”. CIDH. *Boyce y otros vs. Barbados*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 78. Serie C N° 169 (20 de noviembre de 2007).

incluyó entre los sujetos encargados de ejercer el CDConv no solo a los jueces sino también “a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹¹. Finalmente en 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte completó la ampliación del sujeto destinatario expandiéndolo a toda autoridad pública.

La evolución brevemente relatada da cuenta cómo la Corte Interamericana extendió de manera gradual la obligación de realizar el control interno de convencionalidad desde los jueces del Poder Judicial a toda autoridad pública, convirtiéndole en un verdadero control difuso de convencionalidad, asunto que ha generado dudas o cuestionamientos en aquellos sistemas de control concentrado de constitucionalidad.

¿Cómo? En relación con la forma en que corresponde realizar el CDConv, la Corte ha precisado en algunas de sus sentencias¹² que los jueces deben realizar tal control *ex officio*, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales, sin embargo, tal referencia no está presente uniformemente en toda su jurisprudencia. Por otro lado, es posible detectar sentencias en que al mismo tiempo que refieren que el control procede *ex officio* señalan que “no implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”¹³

¿Qué? El parámetro y el objeto del CDConv también se han ido delineando de modo progresivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En una primera etapa, iniciada en 2006 a partir del fallo *Almonacid*, el parámetro de control fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que de esta efectúa la Corte, es decir, su jurisprudencia. En sentencias posteriores al fallo *Almonacid*, la Corte amplió el parámetro de CDConv desde la Convención Americana a los demás tratados que son de su competencia material¹⁴. Algunos

11 CIDH. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, pár. 225. Serie C N° 220 (26 de noviembre de 2010).

Alguna doctrina ha señalado que, luego de este último caso, el alcance del control se extendió a todos los jueces nacionales cualquiera sea su jerarquía, grado, cuantía, materia de especialización o competencia (local o federal). En tal sentido, Nogueira Alcalá afirma que el CDConv debe ser ejercido por todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que comprendería a los tribunales constitucionales, a los órganos que ejercen jurisdicción electoral, todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias. NOGUEIRA ALCALÁ, H: “Los desafíos”, cit., pp. 279 – 351.

12 Primeramente en el caso CIDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 128. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006). Luego en CIDH. *Radilla Pacheco vs México*. Sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 209, pár. 339 (23 de noviembre de 2009). Reiterado en CIDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, pár. 281 y 282. Serie C N° 239 (24 de febrero de 2012).

13 CIDH. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, pár. 128. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006).

14 Así fue afirmado en 2010 en la sentencia del caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cuyo párrafo 199 dice: “El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”. CIDH. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia*. Serie C N° 217 (1 de septiembre de 2010). De este modo extiende el parámetro desde la Convención al Protocolo de San Salvador, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre

autores proclives al CDConv lo desarrollan incluso más afirmando que son parte del parámetro de control aquellos tratados que no son de competencia material de la Corte, tales como la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, las Convenciones de Ginebra de 1949 y otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos¹⁵.

A su vez, también formaría parte del parámetro de control la exégesis que de la Convención ha hecho la Corte Interamericana, asunto que plantea una serie de cuestiones, entre ellas la indefinición de lo que se entiende por jurisprudencia interamericana, si esta comprende tanto las interpretaciones vertidas en sentencias de casos contenciosos como las opiniones consultivas¹⁶, y si tiene carácter de precedente vinculante o valor de pauta interpretativa con efectos *erga omnes* a todos los Estados que reconocieron su competencia jurisdiccional¹⁷.

En relación con el objeto del control, en un inicio el control interno de convencionalidad alcanzaba a las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención para luego ampliarse a las "normas contrarias a su objeto y fin", e incluso también a las "normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos"¹⁸. De esta manera, puede apreciarse cómo la Corte Interamericana ha aumentado el alcance del objeto del control interno de convencionalidad desde la ley a las normas internas, lo que incluye decretos o reglamentos e incluso a las Constituciones estatales, para llegar a abarcar las propias prácticas internas, tales como las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas¹⁹.

¿Para qué? La doctrina constitucional e internacional comenzó a ocuparse sistemáticamente del CDConv a partir de la sentencia que condenó al Estado de Chile a no aplicar el decreto ley de amnistía N° 2.191 por contravenir la Convención y su jurisprudencia, es decir a partir de septiembre de 2006. La discusión que se ha

Desaparición Forzada de Personas, y a los demás tratados que sobre la materia puedan quedar comprendidos dentro de las atribuciones de la Corte Interamericana."

- 15 Gonzalo Aguilar califica como "mirada reduccionista" del control aquella que considera como parámetro sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación de la Corte. AGUILAR CAVALLO, G.: "El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012", *Revista Estudios Constitucionales* (2012), núm. 10(2), pp. 717-750.
- 16 ZÚÑIGA URBINA, F.: "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica", en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 387-446.
- 17 Respecto del efecto general o *erga omnes*, Néstor Sagüés cuestiona cómo esta situación plantea una interpretación mutativa por adición, pues la Corte ha agregado algo al contenido inicial del Pacto aunque el texto literal de este no ha variado. SAGÜÉS, N.: "Obligaciones internacionales", cit., pp. 117-131.
- 18 CIDH. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 180. Serie C N° 186 (12 de agosto de 2008).
- 19 AGUILAR CAVALLO, G. (2012); "El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos" en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 449-506.

dado sobre el CDCConv ha girado principalmente en torno a: a) la naturaleza del CDCConv, b) el criterio que permite decidir la norma aplicable cuando no existe coincidencia entre la normativa constitucional, legal o reglamentaria, por un lado; y la normativa y la jurisprudencia interamericana, por el otro; y c) los efectos del CDCConv.

Desde estas perspectivas se observan al menos dos posturas contrapuestas. De un lado, quienes son afines al control de convencionalidad estiman que el mismo se encuadra en el llamado *ius Commune Latinoamericano*²⁰, toda vez que aquél contribuye a configurarlo y expandirlo. Esto, por cuanto a partir del CDCConv se genera el diálogo entre los tribunales de justicia nacionales, los tribunales o cortes de justicia constitucionales y la Corte Interamericana. Más precisamente estiman que el control de convencionalidad es un proceso de ajuste a la Convención, que da origen al fenómeno que denominan interamericanización, caracterizado por la expansión de los estándares de la Corte Interamericana en los respectivos órdenes domésticos²¹. Los términos que definen a esta postura son diálogo interjudicial²²,

20 También llamado “constitucionalismo regional”, PROVESAN, F.: “Direitos humanos e dialogo entre juridicos”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (2011), núm. 19; “constitucionalismo interamericano”, CONTESSÉ, J.: “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internacionalización de los derechos humanos” en AA.VV. *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (coord. Rodríguez Garavito). Buenos Aires (2011); o “*acquis conventionnel*”, NOGUEIRA ALCALÁ, H y GALDAMEZ, L.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago (2014): Librotecnia, pp. 13-83.

El *ius Commune Latinoamericano* se inspiraría en tres pilares: el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. Para dar cumplimiento a esos pilares el *ius commune* parte de la premisa de la insuficiencia del espacio estatal. De esta forma, las garantías y desarrollo de los mencionados pilares requieren de un Estado abierto e instituciones internacionales fuertes. VON BOGDANDY, A.: “*ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en AA.VV. *ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina* (coord. Von Bogdandy, Morales, Ferrer Mac-Gregor). México (2013): Porrúa, pp. 1 – 47.

21 MORALES, M.: “El Estado abierto como objetivo del *ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV. *ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos (coord. por Von Bogdandy, Fix Fierro, Morales). México (2014): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265-269.

22 El diálogo se refiere a que la decisión de una corte nacional de un país latinoamericano - aunque se trate del máximo tribunal - puede ser controlada por la Corte Interamericana. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte Interamericana puede ser rechazada por una corte nacional. El diálogo, a juicio de Humberto Nogueira, induce tanto a la oposición y contradicción, como al acuerdo y la concordia, pero la última palabra la tiene la Corte Interamericana. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (coord. por H. Nogueira). Santiago (2013): Librotecnia, pp. 13 – 54.

pluralismo jurídico²³, estatalidad abierta²⁴ y sistema integrado²⁵.

Algunas de las conclusiones compartidas por estos autores consisten en: a) entender la naturaleza del CDConv como un ejercicio interpretativo²⁶; b) considerar que la regla básica es la interpretación conforme al principio *pro homine*²⁷, al que se le han atribuido distintos significados, negando lugar a la aplicación del criterio de jerárquico²⁸; c) rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo

- 23 El pluralismo jurídico da cuenta del entrecruzamiento de principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal; y busca superar las construcciones del dualismo y el monismo por considerarlas insatisfactorias para responder a las preguntas jurídicas relevantes actuales. Las propuestas conceptuales que se han planteado para abordar tal pluralismo jurídico son los siguientes conceptos: "multinivel", AGUILAR CAVALLO, G.: "El diálogo judicial multinivel", en AA.VV. Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad (coord. por H. Nogueira). Santiago (2013): Librotecnia, pp. 55 – 101; "redes horizontales de colaboración", PAMPILLO, J.: "The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new *ius commune*", *ILSA Journal of International & Comparative Law* (2010), núm. 17(3), pp. 517-553; "transconstitucionalismo", NEVES, M.: *Transconstitucionalismo*. Sao Paulo (2009): Martins Fontes.
- 24 Según Mariela Morales, el *ius commune* se fue gestando a base de la salvaguarda de la vida digna como elemento del núcleo intangible de la democracia y se nota la convergencia en tres categorías comunes: el rango constitucional atribuido a los tratados de derechos humanos, la interpretación *pro homine* y la interpretación conforme, así como la cláusula de los derechos no enumerados. MORALES, M.: "El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*" en AA.VV. *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina* (coord. por Von Bogdandy, Morales, Ferrer Mac-Gregor). México (2013): Porrúa, pp. 65-144.
- 25 Sistema integrado, definido entre otros por Ferrer Mac Gregor, sería un nuevo entendimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al concebirse como un sistema en que se involucran las instancias interamericanas (Comisión y Corte) y autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José de Costa Rica, quienes están forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune* Americano. Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana, de 20 de marzo de 2013. Caso Gelman vs Uruguay.
- 26 Claudio Nash explicita categóricamente: "Este CDConv es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad con la CADH y su jurisprudencia, de las normas y prácticas nacionales y que se traduce básicamente en un ejercicio hermenéutico, es decir interpretar las normas incompatibles con la CADH (o en algunos casos expulsarlas del ordenamiento jurídico) de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado. Siendo la base del CDConv un ejercicio de interpretación, es fundamental la aplicación del principio *pro homine*." NASH, C.: "El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV. Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad (coord. por H. Nogueira). Santiago (2013): Librotecnia, pp. 155-199.
En el mismo sentido los profesores Nogueira, Bazán y Nash. Para una completa revisión ver NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Los desafíos", cit., pp. 279 – 351; BAZÁN, V.: "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en AA.VV. Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011 (coord. por V. Bazán y C. Nash). Colombia (2012): Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 17 – 55; NASH, C.: "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV. Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos (coord. por H. Nogueira). Santiago (2012): Librotecnia, pp. 359-382.
- 27 En términos de Humberto Nogueira: "El juez nacional podrá aplicar preferentemente el derecho asegurado convencionalmente cuando la ley interna establezca un estándar más bajo que el que exige el derecho convencional, aplicando siempre la norma interna o convencional que mejor proteja el derecho fundamental en juego o aquella que lo limite o restrinja menos de acuerdo al principio favor persona o *pro homine* (...)". NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Diálogo interjurisdiccional", cit., pp. 13 – 54. Por su parte, Néstor Sagüés afirma que este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencias de interpretaciones. SAGÜÉS, N.: "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada", en AA.VV. La Protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (coord. por H. Nogueira). Santiago (2014): Librotecnia, pp. 15-58.
- 28 Humberto Nogueira expresa: "Así los jueces nacionales deben aplicar preferentemente los atributos y garantías asegurados por el derecho internacional de derechos humanos que emanan de las fuentes del derecho internacional válido y vigente, frente a las normas jurídicas infraconstitucionales que lo contravienen, aplicando

que define la relación entre los ordenamientos interno e internacional; d) valorar que la Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio en la cúspide de la pirámide normativa otras disposiciones, por ejemplo con los tratados internacionales²⁹; e) considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del orden supranacional o del derecho estatal como parte de un ordenamiento jurídico unitario; f) atribuir, como consecuencia del no acatamiento por un tribunal nacional de la norma internacional, la responsabilidad internacional del Estado.

Por otro lado, una perspectiva más crítica y restrictiva que la anterior, concibe el CDCConv como un control normativo entre las disposiciones jurídicas internas - ya sean constitucionales, legales o reglamentarias - y la normativa y jurisprudencia interamericana³⁰.

Para esta tesis, el CDCConv invitaría a recurrir a la jerarquía normativa para resolver un conflicto entre la normativa interna y la normativa interamericana, reconociendo la Corte Interamericana, por vía pretoriana, jerarquía supraconstitucional a los tratados de derechos humanos y valor de fuente formal del derecho a la jurisprudencia interamericana. La aplicación del criterio jerárquico implicaría, a juicio de esta posición, la invalidez-inaplicabilidad de la norma constitucional, legal o reglamentaria inconventional. Sobre este último asunto, los autores deducen la aplicación del criterio jerárquico del efecto que la propia Corte Interamericana, en el caso *Almonacid*, le otorga al supuesto de contradicción entre la normativa interna y la normativa interamericana, cuando señala que "desde un inicio la norma inconventional carece de efectos jurídicos". Así la norma interna sería inválida por

los postulados favor persona, de efecto útil, de progresividad y de conformidad con la Convención. Esta es una tarea de aplicación preferente y no de jerarquía normativa." NOGUEIRA ALCALÁ, H y GALDÁMEZ, L.: "El uso", cit., pp. 13-83.

- 29 Algunos autores como Flavia Piovesan acuden a la figura del trapecio para explicar el fenómeno del achatamiento de la pirámide. La autora señala gráficamente que el control de convencionalidad es el reflejo de un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina hoy: "de la hermética pirámide centrada en el State approach, se ha pasado a la permeabilidad del trapecio centrado en el human rights approach". PIOVESAN, F.: "Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos" en AA.VV. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos México* (coord. por Von Bogdandy, Fix Fierro y Morales). México (2014): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 61 y ss. Otros como Von Bogdandy hacen mención a la necesidad de reconfigurar la relación entre derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento. VON BOGDANDY, A.: *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. México (2011): UNAM-IJ.
- 30 En tal sentido, los profesores Zúñiga, Henríquez, Iníiguez y Sagüés, Hitters, entre otros. Ver ZÚÑIGA URBINA, F.: "Control de convencionalidad", cit., pp. 387-446; HENRÍQUEZ VIÑAS, M.: "Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1989-2011)", en AA.VV. *Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (coord. por H. Nogueira). Santiago (2012): Librotecnia, pp. 249-259; INÍGUEZ MANSO, A.: "El control de convencionalidad en la CADH y los tribunales chilenos: una tesis de aplicación restrictiva", en AA.VV. *La Protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (coord. por H. Nogueira). Santiago (2014): Librotecnia, pp. 381-392; SAGÜÉS, N.: "Obligaciones internacionales", cit., pp. 117-131; HITTERS, J.: "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Revista Estudios Constitucionales* (2009), núm. 7(2), pp. 109-128.

contradecir a la Convención o a la jurisprudencia interamericana, siendo la invalidez el efecto propio de la aplicación del criterio jerárquico. Estos autores cuestionan el hecho que la Corte, por vía meramente jurisprudencial, asigne a los tratados rango supraconstitucional y atribuya a la jurisprudencia el valor de fuente formal del Derecho, por estimar que ambas son decisiones que deben adoptar las Constituciones de cada Estado³¹. En una posición más extrema ciertos autores expresan que tal control de convencionalidad no tiene siquiera fuente en la Convención Americana³².

IV. REFLEXIONES FINALES: ¿DE TODO LO PASADO CUÁNTO QUEDA, CUÁNTO SIRVE Y PARA QUÉ?

Sería infructuoso el intento de reconstrucción de una biografía del control interno de convencionalidad desde una perspectiva *No Positivista*. El origen de la justificación de la invalidez de las normas positivas con recurso a preceptos metajurídicos de justicia es tan anciano como - paradójicamente - los sistemas jurídicos.

La germinación conjunta del Constitucionalismo y del Estado de Derecho no tuvo un propósito distinto que liberar al ser humano voluntad de castas privilegiadas (en razón de sus capitales culturales, sociales, económicos o simbólicos). La filosofía de la ilustración impulsó la autonomía individual. Sin negar la existencia de potenciales verdades supranormativas negó que aquéllas fuesen cognoscibles monopólicamente por sujetos especiales. Lo que se reprochaba era únicamente esto último. Si todos somos iguales, rezaba el ideario ilustrado, no existen personas más lejanas o cercanas a la verdad. Por lo tanto, nadie la representa ante sus pares y las decisiones que a todos atañen han de ser adoptadas en base a procedimientos específicos, tributarios de la soberanía popular y deudores de la libertad individual. Cuestión incompatible con aquélla confianza en la especial virtud de sujetos que desempeñan la noble función jurisdiccional, pero a quienes no está encomendada explícitamente la función de crear el Derecho. He aquí la justificación moral de la separación de funciones.

De lo anterior derivan la mayoría de las objeciones predicables al control de convencionalidad.

31 Opinan en tal línea los profesores Castilla, Zúñiga, Henríquez, entre otros. Para una completa revisión ver CASTILLA JUÁREZ, K.: "¿Control interno", cit., pp. 51-97; ZÚÑIGA URBINA, F.: "Control de convencionalidad", cit., pp. 387-446; HENRÍQUEZ VIÑAS, M.: "Análisis de la", cit., pp. 249-259; HENRÍQUEZ VIÑAS, M.: "La polisemia", cit., pp. 113 - 141.

32 Ximena Fuentes señala a propósito del considerando 124 del fallo Almonacid: "Es imposible no abrir los ojos con sorpresa al leer esta disposición. Una cosa es que el estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces chilenos tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile. Una decisión de esta naturaleza implica exigir una obligación de que los estados hagan autoejecutables las cláusulas de los tratados y de que le den el poder al juez de declarar sin efectos jurídicos las leyes contrarias a los tratados, incluso de oficio, en virtud de su obligación de ejercer ese llamado "control de convencionalidad". ¿Dónde se encuentra tal obligación en la Convención Americana? En ninguna parte. ¿Dónde se encuentra esa obligación en el derecho internacional general? En ninguna parte, por ahora." FUENTES TORRIJO, X.: "International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (2008), núm. 77, pp. 483-505.

Si bien en un sistema de Derecho positivo no sería lógico predicar esencialismos, las fronteras del sistema admiten o repudian conductas, elementos o institutos. Y en un modelo que deposita en la soberanía popular la potestad normativa, la amplitud de ciertas normas - habitualmente abiertas o con talante de principios - no puede ser jamás empleada para eludir el fundamento de su obligatoriedad: la soberanía popular; menos aún so pretexto de eslabones de una pretendida justicia identificada endémicamente por magistrados y no por los ciudadanos ni por los órganos de Estado con legitimación democrática directa. Esta es la primera aporía del control de convencionalidad, su recurso a los valores del constitucionalismo, justamente para evadirlo.

Problemática que se amplifica en sistemas que no tienen resuelta - normativamente, ni a nivel de cultura jurídica - la capital cuestión referida a la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, pues constituye un evidente sinsentido que aplicadores de normas eventualmente infraconstitucionales erijan una norma de reconocimiento elaborada a partir de preceptos subordinados al Derecho interno. Cuestión que ha intentado ser eludida por los más acérrimos militantes del control de convencionalidad -que inclusive resultan más entusiastas que sus artífices- acudiendo al retóricamente resonante recurso de la justicia material por sobre la formal (proporcionada por el Derecho Positivo), pero que en la práctica es tan endeble como demagógica, puesto que la invocación de la justicia material como argumento para eludir el Derecho vigente es un arma de múltiples filos que ha sido esgrimida tanto por virtuosos estandartes, como por las más crueles tiranías. De allí la importancia de reconocer en la certeza jurídica un pilar del Estado de Derecho. Asunto cuya importancia autoevidente no hace necesarias mayores divagaciones.

Seguidamente, el anclaje normativo a partir del cual se pretende justificar tanto la competencia para instaurarlo como las razones para requerir el control de convencionalidad, es sobreinterpretado de forma preocupante.

A los principios de *pacta sunt servanda*, *bona fide* y a la regla de la inexcusabilidad en base a normas internas, se les confiere un sentido atributivo de competencias y generativo de fuentes formales del Derecho que dudosamente ostentan. Ni del deber de cumplir con los compromisos adquiridos o del imperativo de la buena fe se puede extraer -al menos no sin desconocer los confines del Derecho positivo- la potestad para expedir por vía pretoriana criterios de validez o eficacia de otras normas.

Por su parte la regla que dispone la imposibilidad invocar disposiciones de Derecho interno para incumplir las obligaciones emanadas de la Convención Americana, prescribe lo que evidentemente expresa: la exclusión de excepciones de Derecho nacional para violar compromisos internacionales, más de ninguna manera se aproxima a construir un estándar de validez o aplicabilidad de las normas estatales.

Menos aún se acerca a una norma de competencia que admita la alteración de las estructuras normativas nacionales. Idéntica situación acontece con el mentado deber de adecuación de la normativa interna al derecho convencional, imperativo que no sobrepasa en caso alguno las competencias de los órganos estatales y que tiene como sujetos normativos a las fuentes de producción de cada Estado parte, y de ninguna forma fundamenta un ímpetu institutivo de sistemas normativos multinivel, ni el imperativo para los órganos de Estado locales para desatender las normas que en base al principio de jurisdicción fundan sus competencias. Mucho menos en aquéllos llamados a todos los órganos de Estado a efectuar el particular control de marras.

Empero -además- es un factor que no se puede preterir es el carácter subsidiario y no supranacional del sistema interamericano de derechos humanos. Elemento de contraste con la institucionalidad europea, supranacional no subsidiaria, que elocuentemente ha elaborado la doctrina del margen de apreciación interno en lugar del exacerbado alcance al que aspira la Corte Interamericana.

Mención especial merece la curiosa posición de la Corte acerca de los efectos del control de convencionalidad en su faceta "no interpretativa". Anular, invalidar e inaplicar son efectos jurídicos que obedecen a circunstancias completamente disímiles que revelan clases diversas de anomalías normativas o distintos regímenes de invalidación. Problema crítico, pues un control normativo ha de generar certeza en la depuración que efectúe sobre sus prescripciones subordinadas, no ambivalencia conceptual ni fáctica.

Finalmente - sin que esto agote nuestro escepticismo respecto del objeto de análisis -merece cierto recelo la hipertrofia que la doctrina ha propiciado respecto del parámetro de contraste del control de convencionalidad. En efecto, algunos abiertos militantes han sugerido que el fundamento de validez de las normas internas -en empleo de este instituto- no puede circunscribirse a los instrumentos de competencia material de la Corte, sino que debe expandirse a otros instrumentos de derechos humanos, en un notorio fanatismo metanormativo supraestatal. Cuestión legítima desde la perspectiva de las ideas, pero conflictiva si se la observa a partir de la lógica que cimentó los derechos humanos. La fórmula "We the people" no resulta baladí. Es el pueblo, en democracia y en un Estado de Derecho, quien separa aguas entre lo justo y lo que no, sin subyugarse a jerarquías culturales ni académicas, sino que definiendo el norte de su propia brújula.

En síntesis, en base a lo anteriormente expuesto, damos por confirmada la hipótesis del presente trabajo, afirmando que el surgimiento y evolución del denominado control interno de convencionalidad se enlista en las filas del *No Positivismo*, sentando las bases de un *No Positivismo Interamericano* no exento de conflictos y tensiones.

LA NUEVA LEX MERCATORIA

THE NEW LEX MERCATORIA

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 340-351



Gerardo
RUIZ
CASTELLANOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de julio de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 07 de agosto de 2015

RESUMEN: El presente trabajo, ilustra el surgimiento de una nueva lex mercatoria a nivel global, semejante al derecho de los comerciantes en la Edad Media, diseñada para regular las relaciones empresariales transnacionales, superando la discontinuidad jurídica provocada por las codificaciones de los estados nacionales.

PALABRAS CLAVE: Nueva lex mercatoria, pluralismo jurídico, contratación transnacional, modelos contractuales atípicos, justicia arbitral internacional, derecho mercantil, revolución industrial, globalización.

ABSTRACT: This work illustrates the emergence of a new lex mercatoria at global level, similar to the merchant law of the Middle Ages, designed to regulate the transnational entrepreneurial relationships, overcoming the legal discontinuity caused by the codifications of the national estates.

KEY WORDS: New lex mercatoria, legal pluralism, transnational contracting, international arbitration, business law, industrial revolution, globalization.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Origen del Derecho mercantil.- III. El Derecho mercantil como derecho de Estado.- IV. Revolución Industrial y contratación masiva.- V. La nueva *lex mercatoria*.- I. Codificación no vinculante de principios generales de contratación transnacional.- 2. Difusión planetaria de modelos contractuales atípicos.- 3. Desarrollo de un sistema privado de justicia arbitral internacional.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Propulsada por la Globalización, la comunidad empresarial, desarrolla operaciones en todos los continentes, enfrentando la disparidad jurídica provocada por las codificaciones nacionales.

Las tentativas de unificación materializadas en tratados internacionales, arriesgan a menudo quedar sin aplicación, por lo que se multiplican las voces a favor de medios no legislativos de armonización.

En las últimas décadas de nuestro tiempo, para adecuar el derecho a la dimensión global de los mercados, se empezó a construir un nuevo orden social sin la intervención del poder estatal, recibiendo el nombre de “nueva *lex mercatoria*” por presentar un atrayente paralelismo con el derecho desarrollado por los comerciantes en la Edad Media.

El presente trabajo ilustra el surgimiento de esta nueva *lex mercatoria* a nivel global, realizando una explicación acerca del origen del Derecho mercantil y su posterior evolución en el marco del estado nacional.

II. ORIGEN DEL DERECHO MERCANTIL.

El origen del Derecho mercantil, está relacionado con la historia del comercio desarrollado durante los siglos que sucedieron a la caída del Imperio Romano de Occidente¹. En aquellos tiempos, las invasiones bárbaras, abatieron Europa, ocasionando el colapso de los intercambios durante un periodo extenso.

1 MITCHELL, W.: *An essay on the early history of the Law Merchant*. New Jersey (2010): The Lawbook Exchange, p. 22.

• Gerardo Ruiz Castellanos

Abogado de profesión, graduado por excelencia de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, con la valoración “Distinguido con Honor”. Magíster en Derecho Empresario Económico y Diplomado en Derecho del Petróleo y Gas Natural. Reconocido con Diplomas al mérito universitario por eminentes servicios prestados a la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Director del Estudio Jurídico CASTELLANOS & RUIZ CASTELLANOS, Profesor Invitado de Derecho de las Obligaciones y Profesor Titular de Derecho de la Empresa en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.

Alrededor del siglo XI, en la época de las Cruzadas, el comercio, comenzó su recuperación, especialmente, en las ciudades del Norte de Italia y los Países Bajos. Se trata del surgimiento del capitalismo comercial, caracterizado por el predominio del comercio sobre la producción: "El artesano y el labrador, si bien eran propietarios de los medios de producción, se hallaban a merced del comerciante; no producían para el mercado, sino para el comerciante, quien hacía los pedidos imponiendo precios y cualquier otra condición de la producción"².

El comerciante, era una persona que buscaba la oportunidad de comprar bienes para revenderlos, con ánimo de lucro, en algún otro lugar. Para materializar su ganancia, debía realizar una serie de actividades enfrentando tres problemas fundamentales:

- a) obtención de capital para la adquisición de mercaderías;
- b) actuación en mercados distantes;
- c) protección del crédito otorgado a sus clientes³.

El derecho común de aquella época, fue incapaz de regular adecuadamente los problemas relativos a la actividad comercial. Consiguientemente, los comerciantes, sucesivamente, generaron una serie de prácticas profesionales, destinadas a satisfacer las necesidades del comercio, que llegaron a difundirse por toda Europa. Estas normas consuetudinarias, inicialmente, se aplicaron en las ferias y mercados medievales para resolver las disputas derivadas de la actividad comercial que allí se concentraba.

El comerciante, no desarrollaba sus actividades aisladamente, se asociaba con sus camaradas para la prestación de asistencia recíproca. La forma típica de organización comercial en las ciudades medievales, fue la gilda mercantil. Estas asociaciones de comerciantes, negociaban privilegios económicos con los gobernantes, ejecutaban forzosamente obligaciones incumplidas entre sus miembros, concedían garantías a sus afiliados, informaban acerca de las condiciones de mercado, proveían infraestructura para el comercio y cumplían otras funciones que favorecían el desarrollo de los negocios⁴.

Las gildas mercantiles, a partir del siglo XII, realizaron una labor de compilación de las normas consuetudinarias relativas al comercio, que se plasmó en unos documentos conocidos como estatutos mercantiles, dando nacimiento al Derecho mercantil de nuestros días. En este sentido, "como fuentes originales (...) del

2 GALGANO, F.: *Derecho comercial*. Bogotá (1999): Temis S.A., Tomo I, p. 12.

3 KOHN, M.: "Commerce in pre-industrial Europe: An introduction" (July, 2003), p. 4, available at Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=427742>.

4 Cfr. KOHN M.: "Merchant associations in pre-industrial Europe" (July, 2003), available at Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=427763>.

Derecho mercantil, los estatutos comerciales italianos son de un valor incalculable, pues, ellos arrojan un torrente de luz sobre el origen y desarrollo de las normas comerciales que, en aquel momento, fundaron el camino de las leyes mercantiles europeas”⁵.

Los comerciantes, paulatinamente, se sintieron desatendidos por los jueces ordinarios, acostumbrados a tratar asuntos civiles. Por ello, voluntariamente, sometieron sus disputas comerciales a conocimiento de una jurisdicción especial, capaz de resolver los asuntos de manera rápida y equitativa⁶. La justicia comercial diferenciada, fue administrada por los *consules mercatorum*, miembros directivos de las gildas, quienes aplicaron los estatutos mercantiles para solucionar los conflictos de su competencia, acudiendo al derecho común, únicamente, a falta de norma comercial expresa.

El Derecho mercantil primigenio, conocido como *lex mercatoria*, fue creado y aplicado directamente por los comerciantes en toda Europa, emergiendo como un derecho universal de clase, enlazado armónicamente con el sistema económico medieval, pues, sobre la figura central del comerciante, se construyeron los cimientos de ambas estructuras.

III. EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DE ESTADO.

El descubrimiento de América, en 1492, originó grandes transformaciones en todos los campos de la actividad humana, poniendo fin al Medioevo. En el campo económico, la circulación de enormes cantidades de metales preciosos extraídos del Nuevo Mundo, desató un proceso inflacionario, conocido como revolución de los precios, que generó el empobrecimiento de la nobleza, propietaria de la tierra, favoreciendo a la clase de los comerciantes.

En el campo político, se elabora la doctrina del absolutismo, caracterizada por propugnar la concentración de todo el poder en manos del monarca, no reconociendo a los súbditos más que el deber de obedecer⁷. Por ello, el poder de autorregulación, asociado a los comerciantes, se consideró contrario al régimen. A partir de ese momento, la burguesía, dejaría de ser artífice de su propio derecho, el Derecho mercantil, estaría a cargo exclusivo del poder monárquico.

5 MITCHELL, W.: *An essay on the early history of the Law Merchant*, cit., p. 30.

6 Los comerciantes de aquella época, debían completar sus transacciones en una determinada feria o mercado e, inmediatamente, desplazarse al próximo lugar. Una disputa, tenía que resolverse rápidamente para minimizar los efectos derivados de la interrupción de los negocios (BENSON, B. L.: “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal* (1989), Vol. 55, Iss. 3, p. 650).

7 Cfr. TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Madrid (2001): Tecnos, pp. 200 y ss.

Con la suscripción de la Paz de Westfalia, en 1648, nace el Estado absolutista, dividiendo el territorio europeo en diversas partes, cada una de las cuales siguió, desde entonces, su propio camino legislativo.

Con la Revolución Francesa de 1789, desaparece el Rey como sujeto de derecho, sin producirse grandes variantes en nuestro campo, pues, el Estado secular, heredaría todas las prerrogativas de la soberanía real. "El universo jurídico, anteriormente bastante complejo, repentinamente, fue simplificado: en lo sucesivo, sería habitado, únicamente, por el individuo y el bloque estatal"⁸. En adelante, todo el derecho será de producción estatal, las variaciones introducidas a las tradiciones jurídicas universales, no sólo serán aceptadas sino valoradas como evidencia de la cultura e ideales nacionales.

Así, el Derecho mercantil, experimenta una doble transformación: era derecho de clase y se convierte en derecho de Estado, era derecho universal y muta a derecho nacional.

IV. REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y CONTRATACIÓN MASIVA.

En la segunda mitad del siglo XVIII, la industria de la lana, era la columna de la prosperidad inglesa. En todas las casas de la aldea, se encontraba una rueca y, en todas las aldeas, había un telar. Este método de fabricación, se conoce como el sistema doméstico de producción.

La introducción de la máquina de vapor al proceso productivo, desbarató este viejo mundo y construyó uno nuevo. A partir de este invento, los pueblos, se convirtieron en ciudades y, las industrias, se mudaron de los tranquilos hogares a las fábricas. Esta transformación es lo que llamamos Revolución Industrial.

En la era del capitalismo industrial, los grandes capitales comerciales, formados en la época anterior, fueron convertidos en capital industrial, es decir, se emplearon en la adquisición de nuevos y costosos medios de producción. Al mismo tiempo, se generó una gradual proletarización de los artesanos y agricultores, quienes afluyeron en grandes masas a las fábricas, separados de la propiedad de los medios de producción, para ponerse al servicio de las máquinas.

El advenimiento de esta nueva fase del capitalismo, provoca la desincronización entre la economía y el derecho. El sujeto activo del sistema económico, generador del desarrollo, ya no es el comerciante, sino el fabricante. No obstante, el Derecho mercantil, permanece como un conjunto de normas que regulan la circulación de la riqueza, es decir, el comercio. La etapa relevante de la economía, la industria

8 MERRYMAN, J. H.: *The Civil Law Tradition*. California (2007): Stanford University Press, p. 18.

o creación de nueva riqueza, ahora se desenvuelve dentro de un espacio vacío de derecho. Este hecho no provoca escándalo, pues, en aquellos tiempos, estaba en boga la teoría de espontánea autorregulación de los mercados, descrita, metafóricamente, por la “mano invisible” de ADAM SMITH. Por estas razones, se abre una contradicción creciente entre la economía, que se expande cada vez más en ámbitos internacionales, y el derecho que, en modo opuesto, se contrae y fragmenta al interior de las unidades estatales individuales⁹.

La población, se aglomera en las grandes ciudades, incrementando las necesidades de consumo. Ante la imposibilidad de negociar contratos individuales con cada uno de sus clientes, los empresarios, comenzaron a imponer cláusulas predispuestas donde los consumidores se limitaban, simplemente, a aceptar o rechazar el acuerdo. Surge entonces, el fenómeno de la contratación masiva, inspirado en la brevedad para regular las relaciones de intercambio económico¹⁰.

En éste periodo, se generaron un número considerable de inventos, dirigidos a mejorar las máquinas. Asimismo, las relaciones de intercambio, se despersonalizaron, ocasionando la necesidad de identificar los productos ofertados en el mercado. Por estas razones, se desarrolló el moderno Derecho de la propiedad industrial.

La producción industrial masiva, requiere cada vez mayores inversiones de capitales. La sociedad anónima, se convierte en el instrumento para atraer el ahorro masivo, permitiendo el financiamiento de grandes empresas. Sus innovadoras características, incentivan al ahorrista: la responsabilidad limitada, impide perder más allá del valor aportado y; la libre transferibilidad de las acciones, permite desinvertir, en cualquier momento, los recursos colocados. Así, la sociedad anónima, se convierte en la forma típica de organización jurídica del capitalismo moderno.

Para el Derecho mercantil, este fue el periodo de las grandes codificaciones, desde la francesa de 1807 a la alemana de 1900. A su vez, estos dos modelos, se combinaron de distintas formas en otros múltiples códigos nacionales. Así, la *lex mercatoria*, perdió su universalidad originaria, retrocediendo a la condición de una pluralidad de dialectos jurídicos, una Babel de derechos nacionales.

V. LA NUEVA LEX MERCATORIA.

La globalización de los mercados, es una novedad propia de la economía contemporánea, cuya esencia radica en la expansión planetaria de la empresa. En la

9 Cfr. GALGANO, F.: *La Globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fe (2005): Rubinzal–Culzoni, p. 55.

10 Las primeras en desarrollar, sistemáticamente, sus propias normas contractuales, fueron las empresas de seguros y transporte. A comienzos del siglo XIX, estas dos industrias, organizaron la *contratación masiva* con sus clientes, mediante el uso de *formularios contractuales* [RÖDER, T. J.: “The Roots of the New Law Merchant: How the international standardization of contracts and clauses changed business law”, *Forum historiae iuris magazine* (2006), article 4, paragraph 6].

era industrial, la producción, era siempre nacional; internacionales eran los mercados de materias primas y la colocación de productos terminados. En la economía global, no sólo las mercaderías circulan más allá de los confines nacionales, también la misma organización productiva deambula internacionalmente, buscando ventajosos mercados de capitales, mano de obra competitiva y sistemas fiscales benignos.

Los empresarios transnacionales, se relacionan económicamente en todos los continentes, requiriendo hacerlo en condiciones uniformes. Sin embargo, contrariamente, el mercado global, está compuesto por una diversidad de estados con derechos nacionales dispares.

La presencia de elementos extranjeros en una relación jurídica, genera un dilema sobre la legislación aplicable, cuya solución es suministrada por las normas indirectas del Derecho Internacional Privado. No obstante, los remedios provistos, son insatisfactorios, pues, imponen costos ineficientes a las partes. Bajo el esquema del Estado westfaliano, "litigar significa aguardar en la fila por un juez y, luego, sufrir las demoras impuestas por el procedimiento, mientras que el ambiente de los negocios puede cambiar en cuestión de semanas o inclusive horas"¹¹. Por ello, la globalización de los mercados, reclama una regulación uniforme de los tráficos internacionales, solicitando una nueva universalidad del derecho.

La pregunta sobre cómo realizarla, divide la cultura jurídica contemporánea. Para los fieles al dogma positivista de la estatalidad del derecho, no hay más que un modo: los tratados internacionales. Desde hace más de un siglo, los estados, buscan elaborar un derecho uniforme a través de iniciativas interestatales, sin embargo, los resultados, han sido frustrantes. Numerosas convenciones, encontraron resistencia al momento de ser ratificadas, debido al temor que genera la idea de erosionar la soberanía nacional. Un primer intento fallido, se remonta a la CONVENCIÓN DE LA UNIÓN DE PARÍS de 1883, dirigida a la protección ultra nacional de la propiedad industrial.

Afortunadamente, los tratados internacionales, no son el único camino para adecuar el derecho a la dimensión global de los mercados. Hace algunas décadas, la comunidad económica internacional, comenzó la construcción de un nuevo orden social, sin la intervención del poder estatal, avanzando por tres frentes relacionados entre sí:

I. Codificación no vinculante de principios generales de contratación transnacional.

Se trata de sistemas normativos blandos, elaborados por organizaciones independientes, sin fuerza vinculante general, pues, precisamente, no cuentan con sanción estatal. No obstante, gozan de amplia adopción voluntaria entre la comunidad

¹¹ SWEET, A. S.: "The new *Lex Mercatoria* and transnational governance", *Journal of Public Policy* (2006), Vol. 13, p. 632.

empresarial, gracias a su calidad técnica que permite acompañar la práctica mercantil con el desarrollo económico y tecnológico, pudiendo señalarse como ejemplos paradigmáticos:

- a) Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales;
- b) INCOTERMS o Términos Internacionales de Comercio.

2. Difusión planetaria de modelos contractuales atípicos.

En la era postindustrial, el sistema económico, cambia incesantemente requiriendo al derecho instrumentos versátiles capaces de adaptarse a nuevas exigencias. Las regulaciones estatales, no satisfacen esta necesidad a raíz de su conocida rigidez.

La circulación global de modelos contractuales uniformes, representa el principal instrumento de innovación jurídica de nuestro tiempo: "se trata de contratos atípicos, creados no por legisladores sino por departamentos legales de grandes multinacionales o asesores jurídicos de diversas asociaciones internacionales de empresarios"¹².

Sus denominaciones, casi siempre en idioma inglés, testimonian el origen estadounidense de estos modelos difundidos en el planeta entero: *leasing*, *factoring*, *franchising*, *joint venture*, *underwriting*, entre otros.

Un juez, aplicando el derecho nacional, difícilmente podrá considerar inválido un modelo contractual practicado en todas partes, salvo que quisiera ubicar a su país en una situación de aislamiento respecto del contexto internacional al cual pertenece.

3. Desarrollo de un sistema privado de justicia arbitral internacional.

Por diferentes razones de conveniencia, usualmente, los contratantes transnacionales, insertan en sus acuerdos cláusulas arbitrales donde se estipula que cualquier conflicto entre las partes, será sometido ante un tribunal arbitral internacional. La *ratio decidendi*, adoptada para resolver una disputa presentada, adquiere el valor de precedente que otros árbitros siguen. Los centros de arbitraje internacional más reconocidos son:

- 1) ICC International Court of Arbitration;
- 2) American Arbitration Association;
- 3) London Court of International Arbitration;

¹² GALGANO, F.: "The new Lex Mercatoria", *Annual Survey for International & Comparative Law* (1995), Vol. 2, Iss. 1, article 7, p. 105.

- 4) Hong Kong International Arbitration Center;
- 5) Stockholm Chamber of Commerce;
- 6) Venice Chamber of International Arbitration.

No obstante, estas resoluciones, carecen de órganos propios encargados de su aplicación compulsiva. Por ello, se requiere del poder coercitivo de los estados para ejecutar las decisiones contenidas en los laudos arbitrales. En este sentido, la "NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS" de 1958, ratificada por Bolivia el 28 de abril de 1995, es uno de los instrumentos más notables para lograr el reconocimiento y ejecución de las obligaciones impuestas a las partes dentro de los procesos arbitrales internacionales.

VI. CONCLUSIONES.

El desarrollo efectuado precedentemente, nos permite formular las siguientes conclusiones:

Más allá del poder de los estados, esta en curso, la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por los tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de nueva *lex mercatoria*.

Esta expresión quiere aludir al renacimiento de un derecho semejante al ordenamiento desarrollado por los comerciantes medievales. Al igual que la primera *lex mercatoria*, se trata de normas universales, creadas por la clase empresarial sin intervención estatal.

La nueva *lex mercatoria*, se empeña en superar la discontinuidad jurídica provocada por los estados, disolviendo los particularismos introducidos por las codificaciones.

Así, la globalización de los mercados, conduce al ocaso del monopolio jurídico estatal; siendo la nueva *lex mercatoria*, el mejor ejemplo de pluralismo jurídico, fundamento del Estado Plurinacional de Bolivia, conforme el art. I de su Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

BENSON, B. L.: "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* (1989), Vol. 55, Iss. 3, p. 644.

GALGANO, F.:

- *Derecho comercial*. Bogotá (1999): Temis S.A., Tomo I.

- *La Globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fe (2005): Rubinzal-Culzoni.

- "The new Lex Mercatoria", *Annual Survey for International & Comparative Law* (1995), Vol. 2, Iss. 1, article 7.

KOHN, M.:

- "Commerce in pre-industrial Europe: An introduction" (July, 2003), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=427742>.

- "Merchant associations in pre-industrial Europe" (July, 2003), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=427763>.

MERRYMAN, J. H.: *The Civil Law Tradition*. California (2007): Stanford University Press.

MITCHELL, W.: *An essay on the early history of the Law Merchant*. New Jersey (2010): The Lawbook Exchange Ltd.

RÖDER, T. J.: "The Roots of the New Law Merchant: How the international standardization of contracts and clauses changed business law", *Forum historiae iuris magazine* (2006), article 4.

SWEET, A. S.: "The new *Lex Mercatoria* and transnational governance", *Journal of Public Policy* (2006), Vol. 13, pp. 627-646.

TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Madrid (2001): Tecnos.



SOBRE LA CIUDADANÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL
¿LA ILUSIÓN EUROPEA?

CITIZENSHIP IN INTERNATIONAL LAW. THE EUROPEAN ILLUSION?

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 352-373



Antonio
MUÑOZ
AUNIÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 25 de agosto de 2015

RESUMEN: De la inepción de la ciudadanía europea, del Tratado de Maastricht, a la fecha, ha pasado de ser un símbolo del federalismo europeo ad exterior; a un verdadero vector generador de derechos para los ciudadanos de cada uno de los Estados miembros. Nos encontramos ante una formulación en progreso, que permite trazar una ciudadanía cívica más allá de la propia nacionalidad, y puede servir como ejemplo para otras Organizaciones regional.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía cívica, iniciativa ciudadana, directivas, Tribunal de Justicia, Carta Europea de Derechos Fundamentales, derechos de residencia, turismo social.

ABSTRACT: From inception of European citizenship in the Maastricht Treaty to date, has gone from being a symbol of European federalism to a real vector generating rights for citizens of each of the Member States. We are witnessing a formulation in progress, which allows drawing a civic citizenry beyond one's nationality, and can serve as an example for other regional organizations.

KEY WORDS: Civic citizenship, citizen initiative, directives, Court of Justice, European Charter of Fundamental Rights, residence rights, social tourism.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Conceptualización.- III. El modelo de la Unión Europea.- IV. La participación política a través de la iniciativa popular, en el camino hacia la consolidación de la ciudadanía.- V. Dos pasos adelante y uno hacia atrás. El modelo Etternacht claros y oscuros.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La Historia de la Ciudadanía¹ muestra la naturaleza mutable de este término bajo dos elementos centrales; el primero se refiere a la participación política de los individuos en una acción política, este elemento está directamente relacionado con el tema de la legitimidad de la adopción de decisiones. El segundo elemento es el de la realidad social de las personas y la identidad, que conforman dicha política. El interés de separar el nexo entre nacionalidad² y ciudadanía se origina, frecuentemente, por la necesidad de una mayor legitimidad en el proceso de adopción de decisiones donde cada individuo quede asociado a medidas legislativas que afecten su futuro. Este primer elemento central de la Ciudadanía es un factor desencadenante para la reconsideración de aquéllos que deben ser considerados cómo ciudadanos.

El segundo elemento, la realidad social, y la identidad de la política, también van a determinar quién califica como ciudadano de una determinada comunidad política, siendo este elemento de la Ciudadanía el que surge en toda discusión sobre la conceptualización de qué categoría de ciudadanos, cuando la toma de decisiones ya no puede justificarse exclusivamente en función a los individuos a los que las

1 La ciudadanía es la base fundamental de una estructura democrática, infiere derechos y deberes que se derivan de su pertenencia a ella, abre la puerta a la participación política y provee con un sentimiento de pertenencia a una comunidad política. En mayor detalle, JIMENEZ LOBERA, P. C.: "EU Citizenship and political identity: The demos and telos problems", *European Law Journal* (2012), vol. 18, num.4, pp. 504-517.

2 Según el Informe sobre la nacionalidad presentado por el Relator especial HUDSON a la CDI en 1952, la nacionalidad es "el estatuto de una persona física que se halla ligada a un Estado por el vínculo de fidelidad". Más detalles en Comisión de Derecho internacional, 41 sesión, *Report on Nationality, A/CN.4/50*, p. 11; y en el célebre asunto *НОТТОВОИМ* de 1955, el T.I.J., apuntó: "la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene por base un hecho social de arraigo, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes (...)". En mayor detalle, Corte Internacional de Justicia. Asunto *НОТТОВОИМ* (1955). Liechtenstein contra Guatemala, fallo de 6 de abril de 1955.

• Antonio Muñoz Aunión

Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Maestría en Derecho Europeo. Maestría en Relaciones Internacionales. Doctorado en Derecho Internacional Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor visitante en la Universidad Autónoma de Tamaulipas, México. Miembro del Consejo Científico de la Revista británica *British Journal of American Legal Studies*. Miembro de la organización *Global Water Project* dedicada a la gobernanza del agua. Subdirector de la Red académica internacional contra la pena de muerte. Experto en política de asilo de la Unión Europea, política migratoria de la Unión Europea; tráfico de seres humanos y asistencia a la inmigración irregular; derecho internacional, políticas migratorias, fronteras, acuerdos comerciales, cooperación militar europea y derechos humanos. Académico e investigador de Jornada Completa de la Universidad Autónoma de Chile, Chile. antonio.munoz@uaautonoma.cl.

decisiones adoptadas se dirigen, y es donde aparecen las cuestiones discriminatorias tanto positivas como negativas. A esto se añade, que cuando la realidad social y el entorno no acompañan, el concepto de ciudadanía pierde todo su poder de amalgama como demuestra la decadencia de la ciudadanía soviética, yugoslava y “europea”.

Por tanto, el discurso sobre la ciudadanía no es baladí y debe ser analizado con rigor ya que forma parte de la “maquinaria” y regímenes representativos que articula, legitima y por tanto construye los límites de una comunidad por cuanto a la inclusión y exclusión³, viene a ser el derecho de los todos los derechos. Según PÉREZ ROYO, la utilización del término “ciudadanía” implica una clara intención política de igualdad entre individuos⁴.

II. CONCEPTUALIZACIÓN.

Quién se clasifica como ciudadano de una Comunidad política se determina por los criterios que se utilicen para determinar quién pertenece a dicha comunidad a diferencia del sentimiento de “pertenencia” en un Estado- nación que se encuentra enraizado en el concepto de nacionalidad.

La cohesión en los Estados democráticos puede atribuirse a la voluntad de la población de convertirse en nación y en el respeto de las normas fijadas por las Instituciones del Estado-nación que los representan en la Comunidad política. A cambio del cumplimiento de estas normas, el Estado nación tiene que proteger a sus sujetos frente a amenazas. Si bien, la existencia de Estados multinacionales, Suiza, Canadá, y Bélgica prueban que una nacionalidad compartida no es sine qua non para la existencia de una Comunidad política.

El paso a tomar para construir la Ciudadanía más allá del Estado-nación es la separación de la Nacionalidad y de la Ciudadanía y la sustitución (o la adicción) del requisito de la nacionalidad con un denominador distinto. La búsqueda de este otro denominador debe basarse en la convicción de que la Ciudadanía faculta a los individuos para participar en la Comunidad política de una empresa común. En esta línea de razonamiento, se debe realizar un especial énfasis en la voluntad de los individuos de vivir juntos bajo el gobierno elegido por ellos, no obstante, como en toda sociedad que promueva la igualdad, resulta problemático establecer el límite del derecho a participar en el debate político a “ciudadanos exclusivamente”. Cuando esta clase de ciudadanos deja de representar a la realidad social del pueblo

3 HALL, S.: “New ethnicities” en MERCER, K. (ed.). *Black Film British*. Londres (1988): BFI/ICA, p. 27.

4 AGUDO ZAMORA, M.: “La Ciudadanía de la Unión Europea Del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo 1- 8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, en MARC CARRILLO, M. & LÓPEZ BOFILL, H. (coords.): *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*. Barcelona (2006): Tirant lo Blanch, pp. 201-222.

se incrementa la dificultad de justificar la autoridad y legitimidad del proceso de adopción de decisiones, ya que las decisiones dejan de representar la voluntad de todo individuo que está afectado por dichas decisiones.

El proceso europeo debería servir para superar el estándar mínimo que aparece en la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 sobre el derecho a la nacionalidad y empezar a utilizar competencias supranacionales⁵ para garantizar un espacio de mayor seguridad humana frente a la globalización y servir como paradigma para una ciudadanía cosmopolita⁶, la adquisición de una dimensión sustantiva y efectiva de esta Ciudadanía europea se puede concebir como un paso necesario para crear un nuevo orden mundial compuesto por una serie de instituciones políticas centralizadas-descentralizadas en múltiples niveles⁷, el antecedente inmediato lo encontramos en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables a todas las personas con independencia de su nacionalidad que modifico la naturaleza de la ciudadanía⁸.

III. EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA.

El entramado institucional supranacional se tejió para dar cumplimiento a los objetivos de la Unión de ahí que exista una racionalidad teleológica en el corazón de esta construcción, así lo manifestó el juez PESCATORE cuatro décadas atrás⁹, esta difícil cohabitación institucional motiva que desde las Instituciones se perciba la cuestión de la ciudadanía y tantas otras, con distinta intensidad y de forma contradictoria. Inopinadamente, la misma población en la Unión Europea que se ha visto empujada al desempleo, marginación social y pobreza, de manera simultánea con este proceso, se le ha enviado el mensaje de que debe sentirse orgullosa de su recién obtenido status de "ciudadano europeo" a pesar de la paralización de los trabajos tendentes a un método constitucional único en torno al denominado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹⁰. En cualquier caso, lo que es una realidad es que se trae al debate jurídico la idea de un espacio de ciudadanía común¹¹.

5 Cfr. ROSAS, A.: "Nationality and citizenship in a changing European and world order", en SUKSI, M. (ed.): *Law under exogenous influences*. Turku (1994): Turku Law School, p. 33.

6 ANDRÉS SANTOS, F.J.: *Ciudadanía europea y ciudadanía cosmopolita: convergencias y divergencias* [en línea]. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf>.

7 GARCÍA SÁEZ, J. A.: "Las aspiraciones cosmopolitas de la ciudadanía europea a la luz del Tratado de Lisboa", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* (2009), núm. 19, pp. 25-43.

8 Algunos observadores han calificado este desarrollo como el de la creación de una personalidad aplicable con independencia de las fronteras nacionales. Cfr. TURNER, B.: "Personhood and Citizenship", *Theory, culture and society* (1986), vol. 3, pp. 1-16; SOYSAL, Y. N.: *The limits of citizenship: Migrants and post national membership in Europe*. Chicago (1994): University of Chicago Press.

9 ----: *Miscellanea WJ. Ganshof van der Meersch. Studia in honorem egregii professoris edita*, vol 2. Bruxelles (1972): Établissement Émile Bruylant, p. 325.

10 NUÑEZ ENCABO, M.: *Constitución europea y derecho de ciudadanía*. Madrid (2005): Universidad Complutense de Madrid.

11 Si bien los Estados miembros hacen bien poco por asegurar que la experiencia de la ciudadanía sea un elemento positivo bien para sus ciudadanos que se encuentran desplazados a otro Estado miembro, o para aquellos ciudadanos de otros países que residen en su territorio. Cfr. SHAW, J.: "Testing the bonds of solidarity in

Cuando se evoca la Ciudadanía europea, pensamos en una ciudadanía de superposición sin consentimiento por parte de los mismos¹², que concedería un papel predominante al elemento de la residencia, cubriéndose varios objetivos políticos al distinguir a los ciudadanos de los Estados miembros de los de países terceros¹³. No obstante, a esta clase de ciudadanía se la ha calificado de paradoja constitucional, y algunos críticos la han descrito como un ejercicio cínico de relaciones públicas de parte de los Estados miembros¹⁴, y se debe a que son los Estados los que deciden quiénes son sus nacionales controlando el acceso a la Ciudadanía de la Unión¹⁵, a lo que se añade la ignorancia de los propios administrados sobre su condición jurídica como ciudadano de la Unión¹⁶.

De conformidad con el principio de no discriminación¹⁷ o las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales¹⁸, las en ellas consagradas beneficiarían al conjunto de los residentes comunitarios; por contra, los derechos políticos van a depender del sentimiento de cohesión de un pueblo europeo. En consecuencia, en el marco de la revisión de los Tratados constitutivos, se sugirió que se incluyera la frase "o que haya residido legalmente en el territorio de un Estado miembro durante cinco años"¹⁹ en la definición de Ciudadanía de la Unión del art. 17 (antiguo art. 8)

Europe's common citizenship area", *EUI Working Papers* (2012), núm. 32, pp. 15-16. Cabe reseñar que el índice de participación de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro del que no son nacionales es bastante bajo. El número de candidatos presentados es también muy bajo, a esto se añade que el interés de la ciudadanía de la Unión por las elecciones europeas ha sido siempre decreciente. En más detalle, MANGAS MARTÍN, A. (ed.): *La Carta de los Derechos fundamentales, artículo por artículo*. Bilbao (2008): Fundación BBVA.

- 12 Esta visión es consistente con la ambición declarada de la Unión de promover "una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa" frente a la idea de crear un "pueblo europeo". POMOELL, J.: *European Union Citizenship in focus: The legal position of the individual in EC law*. Helsinki (2000): University of Helsinki, p. 20.
- 13 A los primeros se les denominaría como nacionales de países segundos. El Comité Addonino que fue a quien le correspondió elaborar el concepto de ciudadanía de la Unión declaró que el objetivo de la misma era "reforzar y promover la identidad de la Unión y su imagen tanto para sus ciudadanos como para el resto del mundo". *Boletín de las Comunidades Europeas*. Comisión de las Comunidades Europeas. 1984, núm. 6. Bruselas: Secretariado General de la Comisión CE. ISSN 0378-3677, p. 11.
- 14 WEILER, H. H. J.: "European Citizenship and human rights", en WINTER, J. A., CURTIN, D. M., KELLERMANN, A. E., DE WITTE, B. (eds.): *Reforming the treaty on European Union. The legal debate*. The Hague (1996): Kluwer Law International, p. 65.
- 15 Como mantuviera el Abogado General en el Asunto MICHELETTI, "en el estado actual de desarrollo del derecho comunitario no existe una definición independiente de nacionalidad comunitaria (de la Unión)". Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso MICHELETTI y OTROS contra Delegación del Gobierno de Cantabria (C-369/90). Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesaro presentadas el 30 de enero de 1992. Recopilación de la Jurisprudencia 1992 I-04239, p. 4254.
- 16 Cfr. Informe Gallup sobre la Ciudadanía de la Unión. *European Union Citizenship: Analytical Report, Flash Eurobarometer*. The Gallup Organization. 2008, núm. 213. Hungary: The Gallup Organization.
- 17 Más la normativa derivada, p. ej.: Unión Europea. Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L180*, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26; y Unión Europea. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L303*, de 02 de diciembre de 2000, pp. 16-22
- 18 Por ejemplo, su art. 20 que establece la igualdad jurídica, y los artículos propiamente de la ciudadanía que se encuentran en el capítulo V y otros derechos sociales y económicos cuya extensión concreta debe determinar el Tribunal.
- 19 STAPLES, H.: *The legal status of third country nationals resident in the European Union*. The Hague (1999): Kluwer Law International, p. 335. Siguiendo el modelo de ciudadanía cívica cuya extensión describió la Comisión como: "un concepto que garantiza ciertos derechos y obligaciones básicas a los inmigrantes que adquirirían gradualmente

TCE, esto debido a que las implicaciones de la inmigración sobre el desarrollo de la ciudadanía europea no pueden ser minusvaloradas²⁰, configurando una categoría híbrida de ciudadanía cívica²¹.

Según DE LUCAS, el por qué no se plantea en el debate de la Ciudadanía en el plano europeo la cuestión migratoria se explica por la visión instrumental y temporal de la inmigración, a modo de “gastarbeiter”, que refuerza la dualidad excluyente entre el Nosotros y los Otros²². Como se infiere de la reticencia de los Estados miembros en otorgar la ciudadanía a los residentes de larga duración en sus territorios²³. El que, lo apuntado, se haga realidad y cuándo, los nacionales de terceros Estados²⁴ se verán reconocidos como miembros con plenos derechos en la Unión Europea, dependerá de la voluntad política de los Estados miembros de incluirlos en la escena política europea, y de la fuerza de las Instituciones comunitarias, pero en caso de no hacerlo con prontitud seremos testigos de una contradicción más en el proceso de construcción europea, al luchar contra el racismo y la xenofobia como uno de

durante un período de cinco años para terminar siendo tratados de la misma forma que los nacionales del Estado de recepción, incluso si no se naturalizan; Cfr. Unión Europea. Comisión De Las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre una política comunitaria de migración (COM 2000, 757 final), p. 19, véase, infra. Siguiendo el modelo del Convenio sobre la admisión de terceros países presentado conocido como propuesta Gradin, por su impulsora, la Comisaria de Asuntos de Justicia e Interior de la Unión Europea, en 1997: Puede concederse estatuto de residentes de larga duración a las personas que hayan residido legalmente en un Estado miembro durante al menos cinco años y dispongan de una autorización de residencia por un período lo suficientemente largo como para garantizar una estancia de diez años a partir de la fecha de la primera admisión. Los residentes de larga duración tendrán derecho a residir en cualquier lugar del territorio del Estado miembro. Estarán mejor protegidos contra la expulsión y gozarán de los mismos derechos que los ciudadanos de la Unión en materia de empleo, derechos sindicales y derecho de asociación. Asimismo, gozarán del mismo acceso a la vivienda y a la educación que los demás ciudadanos. Las personas a las que se haya concedido el estatuto de residentes de larga duración en un Estado miembro podrán solicitar empleo o seguir estudios en otro Estado miembro. Tras dos años de residencia en el nuevo Estado miembro, éste les reconocerá el estatuto de residentes de larga duración. Unión Europea. Convenio sobre la admisión de nacionales de terceros países, firmada en Bruselas, con fecha 30 de julio de 1997 (Doc. IP/97/719).

- 20 O'LEARY sostuvo “al excluir a los nacionales de terceros países haciendo más difícil en consecuencia su integración en los Estados miembros de la Unión, los Estados y las instituciones comunitarias han contradicho y minado los «objetivos» de la Comunidad y las declaraciones de principios respecto a la integración de tales grupos”. O'LEARY, S.: “The Options for the reform of European Union Citizenship”, en O'LEARY, S. & TILLIKAINEN, T. (eds.): *Citizenship and Nationality status in the new Europe*. London (1998): Institute for public policy research; en la doctrina española, DE LUCAS, J., afirma que “la realidad de los flujos migratorios nos enfrenta a la necesidad de transformar la condición de ciudadanía para que deje de constituir un instrumento de exclusión”. DE LUCAS, J.: “Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes”, *Revista Cidob D Afers Internacionals* (2001), núm 53, pp.52-75.
- 21 El Parlamento Europeo iba aún más lejos que considera necesario crear una noción autónoma de ‘ciudadanía europea’ al margen de la nacionalidad de los Estados miembros.
- 22 DE LUCAS, J.: “Hacia una ciudadanía europea inclusiva”, cit., p. 69.
- 23 Finalmente, la Convención europea sobre nacionalidad, (véase, infra) fija un máximo de diez años el período de residencia legal y habitual en el territorio de un Estado participante exigible para la naturalización (art. 6.3) lo que en cierta manera acerca esta posibilidad a muchos residentes de larga duración Unión Europea. Convención Europea sobre Nacionalidad, firmada en Estrasburgo, con fecha 6 de noviembre de 1997 (STE 166).
- 24 La expresión “nacional de tercer país” cubre a todas las personas que no son ciudadanos de la Unión en el sentido del art. 17, párrafo 1 del Tratado CE, esto es aquellos que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea. Unión Europea. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea C 326*, pp. 47-390; Esto implica que personas con derechos de ciudadanía disminuidos o *apátridas de facto*, también entran dentro del ámbito de aplicación de la directiva. Un problema humano añadido es la cuestión de las generaciones de segunda y tercera generación de nacionales de terceros países, menores y adolescentes que han nacido y/ se han educado en un Estado miembro, para quienes no está prevista o es prácticamente imposible, obtener la nacionalidad de este país.

los objetivos de la Unión pero al mismo tiempo negando el acercamiento a los residentes de larga duración al escenario de la toma de decisiones²⁵. La apertura de una Ciudadanía de la Unión a los residentes de larga duración nacionales de terceros Estados les ofrecería iguales oportunidades para ser parte de la Comunidad política europea²⁶, mientras esto no ocurra su integración se verá mermada y la crisis económica los marginara sin que tengan posibilidad de participar en el debate político²⁷. Otro sector de la doctrina mantiene que debe existir un orden de prelación y que por ejemplo, los derechos políticos se deberían primero instaurar para los ciudadanos europeos permitiéndoles votar en las elecciones nacionales²⁸. Inclusive, es un tema sobre el que existe una Iniciativa ciudadana (véase, infra).

De cualquier forma, la prognosis no es alentadora dado que la actual tendencia a la securitización de las fronteras en razón de la guerra contra el Terror, el miedo al diferente y la percepción de la migración como un mal, repercute en la situación jurídica de los migrantes en Europa. Inclusive, como se encuentra articulada la ciudadanía se encuentra lejos de ser una panacea, sólo permite que disfruten de sus plenos derechos, una minoría selecta de ciudadanos nacionales quienes viven y trabajan en otro Estado miembro que representa al 1% de la población total de la Unión²⁹. Todo parece indicar, véase infra, que la Ciudadanía parece mal concebida para europeos en precario.

Si la nacionalidad de un Estado miembro deja de ser la llave que de paso a la Ciudadanía de la Unión se aliviará la carga que ahora mismo, los gobiernos nacionales soportan para facilitar la naturalización y reconocer la doble nacionalidad, lo cual además se percibe como un peligro para la propia Unión Europea, y puede complicar las relaciones bilaterales en su seno³⁰. El Tribunal de Justicia no ha precisado

25 RUZZA, C.: "Anti-Racism and EU Institutions", *Journal of European Integration* (2000), núm. 2, pp. 145-172. La Red antirracismo por la igualdad en Europa solicitó la ciudadanía para "toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y para cada persona que resida en el territorio de la Unión Europea".

26 Entre 1989 y 1998, importantes flujos migratorios llegaron a Europa, para muchos países europeos este aumento durante la década de los noventa les causo un verdadero shock. Según un estudio del diario económico *The Economist* "El beneficio económico potencial de la liberalización de la migración empuja el efecto de desmontar las barreras comerciales, los inmigrantes a diferencia de los nacionales, se mueven con mayor rapidez a aquellas áreas en las que el trabajo tiene poca oferta, desahogado los embotellamientos". Survey of Migration: A Modest Contribution. *The Economist*, Londres, 2-8 de noviembre de 2002, p. 11.

27 En el mismo sentido la Comunicación de la Comisión 757 de 22 de noviembre de 2000 preocupada por la instauración gradualmente de una ciudadanía cívica. Unión Europea. Comisión De Las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre una política comunitaria de migración (COM 2000, 757 final).

28 Distintas posiciones pueden confrontarse en; *EUI Working Papers* (2012), núm. 32. ISSN 1028-3625.

29 Cfr, DUBIEL, H.: "The future of citizenship in Europe", *Constellation* (1998), vol. 4, núm. 3, pp. 368-373. Según datos de la Comisión Europea el número de ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad es aproximadamente de 12 millones incluyendo menores de edad, de un total de 500 millones.

30 Cfr, DE GROOT, G. R.: "Latin- American Europeans citizens: some consequences of the autonomy of the Member States of the European Union in nationality matters", *Maastricht journal of European and comparative law* (2002), vol. 9, núm. 2, pp. 115-120. Se pone en riesgo la solidaridad europea y la lógica del mercado interior.

cuáles serían los límites que el Derecho comunitario fijaría respecto de la autonomía de los Estados miembros en relación a sus legislaciones sobre nacionalidad³¹.

Los nacionales de terceros Estados tendrán acceso a los beneficios de los derechos de la Ciudadanía, en particular, el derecho de libre circulación, sin tener que adoptar la nacionalidad de un Estado miembro. También, les permitirá participar en la política europea, y así, contribuirán hacia el establecimiento de una Unión Europea de Pueblos como apunta el Preámbulo del Tratado de Lisboa³².

Gradualmente, somos testigos a través de las sentencias del Tribunal de Justicia de la aparición de derechos supranacionales que emanan directamente de la Ciudadanía Europea para el disfrute de sus ciudadanos con independencia de la normativa de los países de su nacionalidad. Como se ha apuntado por la doctrina, “en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, los acontecimientos se han producido al revés: la garantía jurisdiccional ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de derechos fundamentales y el TJUE ha llevado a cabo durante cuarenta años una protección paradigmática de los derechos al no contar con un instrumento específico de reconocimiento”³³.

Si bien, aún nos encontramos lejos de una verdadera ciudadanía equiparable a la de los Estados-nación, ya que la propia Unión Europea es una organización *sui generis*, el debate sobre la naturaleza convencional o constitucional de la Unión que tanto gusta a los juristas no debe ocultar a aquel que preocupa directamente a los ciudadanos sobre la orientación de las políticas de la Unión³⁴.

Nos encontramos lejos aún de una federación de Estados, y por tanto no se comparten valores de solidaridad e igualdad, así: “la Comunidad Europea no ha cruzado aún el umbral de una verdadera Unión social, en el que los pueblos de (...) los Estados miembros sean considerados una comunidad única, con una solidaridad mutua creciente, en donde los ingresos y obligaciones financieras se compartan indiferentemente de las fronteras nacionales”³⁵. De ahí que se haya hablado de que estos derechos han impulsado un turismo por prestaciones sociales, médicas, laborales o educativas hacia la Europa septentrional.

31 DE GROOT sostiene que un posible límite sería el principio de lealtad comunitaria y de solidaridad. DE GROOT, “Latin- American Europeans citizens”.

32 “(...) Resueltos a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea”. Sobre las distintas definiciones del concepto de “pueblos” en los Estados miembros, véase, Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *EMAN & SEVINGER* (C-300/04). Sentencia de 12 septiembre 2006. Recopilación de la Jurisprudencia I – 8055, p. 44.

33 GÓMEZ DE LIAÑO, M.: “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* (2008), núm. 15, pp. 211-231.

34 JACQUÉ, J. P.: “Traité ou Constitution? A propos d’un debat recurrent”, *Annuaire de Droit Européen* 2008 (2011), vol. 7, p.17.

35 WEILER, H. H. J.: “European Citizenship and human rights”, cit., p. 68.

En esta nueva situación, cabe destacar, la sentencia *AVELLO c. ESTADO BELGA*³⁶ que supone un avance coperniquiano desde el punto de vista del Derecho internacional privado, el asunto se refería a un ciudadano español, Carlos García Avello y a una ciudadana belga, Isabelle Weber quienes residían en Bélgica, y a sus dos hijos fruto del matrimonio. Según la tradición española los padres querían registrar a sus hijos con dos apellidos, tanto de la madre como del padre. Sin embargo, las autoridades belgas negaron esta posibilidad ya que no se encontraba prevista por el derecho belga. Los demandantes sostenían que dicha negativa conculcaba los derechos previstos en los arts. 12 y 17 del Tratado CE³⁷.

La conclusión del Abogado general después de examinar la práctica de los distintos estados miembros, el derecho comunitario y la regulación en el Derecho internacional concluyó que se había producido una violación de derechos de los ciudadanos europeos. La sentencia sigue estos argumentos y concluye:

“Los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro”.

Razonamientos que sin mucha dificultad pueden extrapolarse a cuestiones matrimoniales.

Si bien, el Tribunal nunca ha ido tan lejos en cuestiones de concesión o mantenimiento de la ciudadanía, como se infiere de su timorato planteamiento en el asunto *MICHELETTI*³⁸, propio del contexto, también en esta esfera se ha avanzado con su posicionamiento en el asunto *KAUR*³⁹ que podía haber dejado sin contestación, con la tajante respuesta de que las cuestiones de nacionalidad sobrepasaban su competencia, sin embargo respondió aceptando el argumento del Reino Unido de la existencia de distintos grados de Ciudadanía en los territorios bajo soberanía británica⁴⁰, y en materia de retirada, donde el Tribunal ha afirmado que los Estados

36 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto *GARCÍA AVELLO* contra *ESTADO BELGA* (C-148/02). Sentencia de 2 de octubre de 2003. Recopilación de Jurisprudencia 2003 I-11613.

37 Sobre el primero de ellos, véase, *EPINEY, A.*: “The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship”, *European Law Journal* (2007), vol. 13, núm. 5, pp. 611-622.

38 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *MICHELETTI Y OTROS* contra *DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE CANTABRIA* (C-369/90). Sentencia de 7 de julio de 1992. Recopilación de la Jurisprudencia 1992 I-04239.

39 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto *THE QUEEN* contra *SECRETARIO DE ESTADO PARA EL DEPARTAMENTO INTERIOR EX PARTE KAUR* (C-192/99). Sentencia de 20 de febrero de 2001. Recopilación de Jurisprudencia I-1237.

40 Situación que ya se anunciaba a principios del siglo XX, cuando *DICEY* anunciaba “los acontecimientos sugieren que va a resultar difícil por no decir imposible, establecer en toda la extensión del Imperio Británico la igualdad en la ciudadanía de todos los súbditos británicos que existe en el Reino Unido y que los ingleses a mediados

miembros deben tomar en consideración la normativa europea cuando una decisión de retirada de nacionalidad implica la pérdida de la ciudadanía de la Unión⁴¹ esto es lo que se conoce como la inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión⁴².

Paradójicamente, podemos encontrar supuestos de “discriminación indirecta”, el Tribunal ha afirmado que el Tribunal no aplica a “situaciones básicamente internas” en consecuencia los Estados miembros son libres de tratar a sus propios ciudadanos de manera menos favorable que de lo que estén obligados a hacer con ciudadanos de otros Estados miembros, la Unión se construye de tal forma que impide que los Estados puedan mejorar la vida de sus ciudadanos a expensas de los que se encuentran dentro de las fronteras comunitarias; segundo, respecto de las situaciones internas, el Tribunal ha entendido que el hecho de que el ciudadano no haya ejercido su libertad comunitaria de circulación no implica que este sea un motivo para que la situación sea básicamente interna⁴³.

A nivel normativo, también es de destacar la existencia de otros artículos fundamentales, primero, a modo de cláusula de imprevisión, art. 25 TFUE, que faculta a la Comisión para proponer derechos adicionales de ciudadanía, si bien con la importante limitación de que estos deben ser aprobados por unanimidad en el Consejo y refrendados por todos los Estados miembros⁴⁴, algo en este punto impensable; segundo, el art. 18 TFUE que prohíbe la discriminación sobre la base de la nacionalidad que ha suprimido en gran medida la cuestión de los nacionalismos en los Estados miembros desde el punto de vista de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

En este momento, no se puede prever cual será la evolución de esta Ciudadanía cuyo porvenir está en gran medida entre las manos de los mismos ciudadanos de la Unión, que tienen la posibilidad de influenciar los destinos de una Europa que,

del siglo XIX esperaban ver establecida a la largo y ancho del Imperio”. DICEY A.V.: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianápolis (1982): Liberty Fund.

- 41 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto ROTTMANN contra BAYERN (C-135/08). Sentencia de 02 de marzo de 2010. Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-01449; en mayor detalle, véase, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: “El ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas a examen. El asunto Rottmann y la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión Europea”, *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González* (2012), vol. 2, pp. 1405-1418.
- 42 JUÁREZ PÉREZ, P.: “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto Ruiz Zambrano” [en línea], *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), vol. 3, núm. 2, p.249. En el mismo sentido, KOCHENOV, D.: “The present and the future of EU Citizenship: A bird’s eye view of the legal debate”, *NYU School of Law, The Jean Monnet Working Paper Series* (2012), núm. 2. Disponible en <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/12/1202.html> [Consulta: 30 de mayo de 2015].
- 43 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto MCCARTHY contra SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT (C- 434/09). Sentencia de 5 de mayo de 2011. Recopilación de Jurisprudencia 2011 I-03375; y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto SCHEPP contra FINANZAMT MÜNCHEN (C-403/03). Sentencia de 12 julio de 2005. Recopilación de Jurisprudencia 2005 I-06421.
- 44 EDWARD, D.: “European citizenship – myth, hope or reality?”, en *Problèmes d’interprétation’ – À la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Athens/Brussels (2004), pp. 123-134; JANER TORRENS, J. D.: “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), vol. 7, núm. 14, p. 308.

para progresar, debe asumir el hecho de —como decía el ex— Presidente de la Comisión, JACQUES DELORS, “la economía se hace para el progreso de la sociedad y no a la inversa” y ya es tiempo para acabar con la noción de ciudadano en tanto que sujeto activo y pasivo del mercado interior pre-Maastricht⁴⁵ y Ámsterdam⁴⁶.

Por el contrario, el panorama después de las recientes ampliaciones no es halagüeño, se perdió una gran oportunidad para afianzar la Ciudadanía europea, y la oposición de ciertos países europeos a extender ciertos derechos de ciudadanía a nuevos estados miembros ha ocasionado una grave disfuncionalidad en la gobernanza de la Unión y a esto se añade la situación interna de algunos países donde coexisten diversas minorías junto a la población principal y patrones de discriminación racial en la creación de políticas públicas⁴⁷.

Lo apuntado *supra*, muestra que existe una dinámica a dos décadas de la creación de la Ciudadanía europea que tiende a su emancipación y a un tratamiento diferenciado⁴⁸.

45 Según WEILER, J., “Las normas del TUE de Maastricht sobre la Ciudadanía plantean en primer lugar, la cuestión de la necesidad. En términos materiales, no son necesarias, ya que todos los derechos que el TUE reconoce a los ciudadanos de la UE, en tanto que tales, podrían reconocerse sobre la base de la nacionalidad de un Estado miembro”. “Human Rights and Citizenship under the European Parliament’s Draft Constitution Some reflections”, en *A Constitution for the European Union? Proceedings of a Conference, 12-13 May 1994*. Fiesole (1995): Robert Schuman Center: European University Institute, pp. 76-77

46 Este último emplazaba el empleo y los derechos de ciudadanía en el núcleo duro de la Unión a través de la promoción de un alto nivel de empleo y de protección social. Consejo de la Unión Europea. Tratado de Amsterdam, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas C340*, 10 de noviembre de 1997; y se añaden nuevos derechos a la ciudadanía, el derecho de acceso a los documentos de las instituciones políticas y órganos, y el derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos y a ser respondido en las lenguas previstas en el Tratado. Unión Europea. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea C 326*, pp. 47-390, art. 255 TCE.

47 Las negociaciones de adhesión no se dirigieron a alcanzar un acuerdo entre la Unión y los nuevos socios, como es la regla de las negociaciones internacionales, sino a regular la forma en que un país candidato se desempeñará como miembro. CAMERON, F.: “The Commission perspective, the challenge of Enlargement: The view from Brussels”, en GOWE, J. & REDMOND, J.; (eds) *Enlarging the EU: The way forward*. Dartmouth (2000): Ashgate, pp. 13-26; Países como Hungría, Letonia, Estonia, o Lituania los cuales han sido amonestados en base a su política discriminatoria hacia otras nacionalidades, tanto por la Consejo de Derechos Humanos, el Consejo de Europa, el Alto Comisionado de la OSCE y especialmente por la Unión Europea.

48 JUÁREZ PÉREZ, P.: “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2010), vol. 2, núm. 2, pp. 261-289; IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala) Janko Rottman c. Freistaat Bayern, Asunto C-135/08 ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2010), núm. 37, pp. 933-950.

IV. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DE LA INICIATIVA POPULAR, EN EL CAMINO HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CIUDADANÍA.

Esta previsión en el Tratado de Lisboa, art. 11.4⁴⁹, que ya se adelanta en el texto del artículo 8 B⁵⁰, significa un importante avance por cuanto a la democracia directa⁵¹, reduce el denominado déficit democrático⁵², y representa el establecimiento de un derecho popular integrado en un sistema indirecto de adopción de decisiones con la participación del Parlamento y del Consejo Europeo y permite la elaboración de programas políticos transnacionales a voluntad de los ciudadanos⁵³ y está claro que existen ciertas esperanzas de las personas sobre el destino de su “estatuto europeo”. En cierta manera lo que se pretende es una mayor confianza en el proceso de integración haciendo partícipes a los ciudadanos, por ejemplo, su adhesión a la vida democrática mediante la formación de partidos a escala europea⁵⁴, la elección de un Presidente de la Comisión, la interacción con las instituciones, y la creación de foros de diálogo con la sociedad civil.

No obstante, no todos comparten estas expectativas, así LIÑÁN NOGUERAS, es escéptico al respecto cuando afirma: “toda la retórica que acompaña al Tratado de Lisboa en materia de ciudadanía no es más que un esfuerzo, bastante vano por demás a tenor del escaso aprecio de la U.E. por la ciudadanía, por tapar una

- 49 “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados...”, y su regulación secundaria a través del Reglamento (UE) y del Consejo DOCE, Unión Europea. Reglamento (UE) No. 211/2011 del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 65, 11 de marzo de 2011, pp. 1-22. Si bien puede parecer un número muy pequeño de habitantes de la Unión Europea, en comparación con procedimientos nacionales del mismo tenor que exigen una cantidad similar; a este simple requisito se le añade un segundo que complica en exceso el proceso y que a nuestro modo de ver, es innecesario, a saber, toda iniciativa requiere de un comité ciudadano compuesto por al menos 7 ciudadanos de la Unión que residan en al menos 7 Estados miembros diferentes de la Unión, los miembros del Parlamento Europeo quedan excluidos de estos comités.
- 50 Unión Europea. Constitución de la Unión Europea. Título VI: De la Vida Democrática de la Unión, Art. 1-47, Principio de democracia participativa: “Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión”.
- 51 A diferencia del federalismo estadounidense donde el Tribunal Supremo Federal ha afirmado la constitucionalidad de las consultas directas (referéndum) a la población en el marco de los Estados, no en el ámbito federal; *Court Of Appeals of The United States. PACIFIC STATES TELEPHONE & TELEGRAPH CO contra OREGON*, 223 U.S. 118 (1912); En el ámbito federal se ha impuesto la democracia representativa.
- 52 DEWEY ha apuntado que la democracia es mucho más que una forma de gobierno, es principalmente una forma de vida en comunidad, una experiencia conjunta de comunicación, en DEWEY, J.: *Democracy and Education*. New York (1916): Macmillan, p. 87.
- 53 Todos los Estados Miembros establecen en sus respectivas regulaciones que los iniciadores deben ser ciudadanos con derecho a voto en las elecciones al Parlamento. El trasfondo de este requisito es la necesidad de asegurar una cierta coherencia legislativa, estando los iniciadores legislativos habituales, Gobierno y Parlamento, legitimados democráticamente a través del voto de los ciudadanos. Esos mismos ciudadanos, que eligen sus representantes en el Parlamento y de forma indirecta también el Gobierno, están autorizados en algunos casos a «recuperar» su voluntad política en la forma del derecho de iniciativa legislativa.
- 54 Se reconoce la importancia de los partidos políticos en el art. 11 del Tratado de Lisboa, como mecanismo que contribuye a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión. Unión Europea. Tratado de Lisboa, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 306, 17 de diciembre de 2007, pp. 1-229.

reforma hecha a espaldas de los ciudadanos que acababan de mostrarse contrarios al proyecto constitucional"⁵⁵.

Mediante la iniciativa se mejoran las limitaciones del propio derecho de petición al Parlamento Europeo incluido por el Tratado de Maastricht, que requería las siguientes condiciones; que la cuestión versara sobre alguno de los "ámbitos de actuación de la Comunidad" y que el peticionario tuviera "interés directo" además de cumplir con los requisitos formales previstos en el art. 174 del Reglamento interno del Parlamento Europeo⁵⁶.

Sin embargo, la aprobación de las iniciativas corresponde a los parlamentarios europeos, y el ámbito de aplicación queda limitado a las competencias propias de la Comisión Europea, si bien esta solo tendrá que verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y no que no exista conflicto con normativa europea⁵⁷, con cierta maniobra para modificarla en base a su experiencia como detentadora del monopolio de iniciación⁵⁸. Con una finalidad de mejor gestión existe un registro específico para archivar las mismas⁵⁹. En caso de que el Parlamento y el Consejo decidan no actuar no cabe posibilidad alguna para la realización de un referéndum popular para la aprobación de esta iniciativa quedando la misma paralizada, situación que si se produce en otros ordenamientos del Derecho constitucional comparado (i.e., modelo de los Landers alemanes).

Finalmente, la experiencia de la primera Iniciativa ciudadana nos han dejado un resultado sorprendente ya que han sido los ciudadanos de la República Federal alemana los que en una amplísima proporción hicieron uso de esta competencia quizá fruto de una mayor experiencia con el modelo y una sociedad civil más concienciada⁶⁰. Esta inclinación de la balanza hacia una incipiente gobernanza desde Alemania implicará aún más desconfianza en el resto de socios comunitarios, de ahí

55 LIÑÁN NOGUERAS, D.: "La ciudadanía europea: una cuestión abierta", *Teoría y realidad constitucional* (2013), núm. 32, pp. 357-372 (p. 369).

56 En mayor detalle, véase, CHUECA SANCHO, A.: "Derecho de petición al Parlamento Europeo y déficit democrático de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea* (1996), año XII, núm. 137, pp. 9 y ss.

57 EFLER, M.: "European citizens initiative, legal options for implementation below the constitutional level", en *Democracy International, December 2006* [en línea]. Disponible en: <http://www.democracyinternational.org/fileadmin/di/pdf/papers/2006-12-eci-study.pdf>; Entendemos que la respuesta de la Comisión a que una iniciativa se encuentra fuera de las competencias comunitarias debe ser motivada y objeto de control por parte del Tribunal. En mayor detalle, KAEYCZYNSKI, P.: *The European Citizens Initiative: A proper response from the Commission. CEPS Commentaries* (2010). Disponible en http://aei.pitt.edu/14522/1/Commentary_Citizens_initiative_PMK.pdf.

58 Es de destacar la respuesta positiva de la Comisión respecto de la iniciativa de más de 1.6 millones de ciudadanos que tenía por objeto que los ciudadanos europeos tuvieran asegurado el derecho al agua y al saneamiento excluyendo los recursos hídricos y su gestión de las reglas del mercado interior y de la liberalización, incrementando los esfuerzos para alcanzar un acceso universal al agua y saneamiento en el mundo.

59 Ver, Comisión Europea, *Iniciativa Ciudadana Europea* [en línea]. Disponible en <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/finalised/answered>. Actualizado con fecha 11 de mayo de 2015.

60 Cfr. Unión Europea. Comisión De Las Comunidades Europeas. *Communication from the Commission on the European citizens' initiative "Water and sanitation are a human right! Water is a public good, not a commodity!"*. Brussels (2014), con fecha 19 de marzo de 2014. COM 2014, 177 final. Anexo. p.16.

que sea conveniente una mayor publicidad, información y formación de la sociedad civil sobre el funcionamiento de este pilar de la democracia directa⁶¹, convirtiendo a la ciudadanía en un factor esencial en la legitimación del poder político en Europa hasta la fecha solo expresada en las elecciones al Parlamento Europeo o en las elecciones nacionales, por cuanto a la formación del Consejo.

V. DOS PASOS ADELANTE Y UNO HACIA ATRÁS. EL MODELO ETTERNACHT CLAROS Y OSCUROS.

I. La directiva ciudadanía 2004/38⁶².

La directiva adoptada conjuntamente por el Consejo y el Parlamento, trato de ofrecer una respuesta frente a una jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo altamente fragmentada⁶³ y anular tanto disposiciones como normativas desfasadas, producto de cuarenta años de interacción entre libertades comunitarias y etapas en el camino hacia la ciudadanía europea, esta armonización si bien ordena en un único texto el fragmentado estatuto de la ciudadanía, no ha supuesto el sustrato para un cuerpo jurídico de Ciudadanía inclusiva en Europa⁶⁴. La directiva garantiza a los Estados miembros la selección económica de los flujos migratorios dentro de las fronteras internas de la UE. Perviven las mismas limitaciones y condiciones que en el pasado, por cuanto al orden público, seguridad pública, o salud pública, y la noción de recursos suficientes⁶⁵, en cierta forma recoge todos los fragmentos en torno a la cuestión de la ciudadanía, y las coloca en un único mosaico dejando intacto el capítulo de las limitaciones a las que están sujetos sus destinatarios. De ahí que será

- 61 Una situación similar se puede producir con la iniciativa ciudadana orientada a garantizar derechos de sufragio a las elecciones nacionales por parte de ciudadanos de la Unión, cuyo contenido tiene que ser redactado de tal forma que evite resentimientos nacionalistas o antieuropeos sobre la base del temor a perder el control político en el ámbito de las políticas domésticas, realzando la importancia de esta propuesta para el futuro de la Unión Europea al mismo tiempo que se enfatice su impacto marginal en la política nacional.
- 62 Unión Europea. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L158*, de 30 de abril de 2004, p. 77
- 63 Sobre en qué medida las disposiciones de la Directiva se corresponden con la jurisprudencia del TJCE y a qué consecuencias en materia de derecho de residencia y de Derecho de la Seguridad Social pueden conducir, véase SCHREIBER, F., "Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV für Grundsicherungsleistungen (SGB II und SGB XII)", *Zesar* (2006), pp. 423-431. Cfr. también HAILBRONNER, K.: "Union citizenship and social rights", en CARLIER, J.Y. & GUILD, E. (eds.): *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*. Bruselas (2006): Bruylant, pp. 75 y ss., y, del mismo autor, "Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen", *JuristenZeitung* (2005), vol. 60, núm. 2, pp. 1138-1144 (p. 1143).
- 64 Se modifican el Reglamento núm. 1612/68, y se derogan las Directivas 64/221, 68/370/, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364/, 90/365, 93/96, en ellas el número de limitaciones y condiciones conjura el temor al denominado "turismo social" o "welfare shopping", véase, MEULMAN, J., & DE WAELE, H.: "Funding the Life of Brian: Jobseekers, Welfare Shopping and the Frontiers of European Citizenship", *Legal issues of economic integration* (2004), vol. 31, núm. 4, p. 287.
- 65 Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto COMISIÓN contra BÉLGICA (C-83/06); y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto ZHU contra CHEN (C-200/02). Sentencia de 19 de octubre de 2004 Recopilación de Jurisprudencia 2004 I-09925; Más detalles en, Lafuente, S., "La libre circulación no es apta para europeos precarios", *Periódico Diagonal* (2014), con fecha 20 de enero de 2014 [en línea]. Disponible en <https://www.diagonalperiodico.net/blogs/laconquistadelderecho/la-libre-circulacion-no-es-apta-para-europeos-precarios.html>.

el activismo judicial respondiendo a las demandas del propio demos europeo en el transcurso de su vivencia con esta Ciudadanía será fundamental para fijar los límites de esta⁶⁶. Recordemos las sentencias del Tribunal en los asuntos MARTÍNEZ SALA⁶⁷ y GRZELCZYK⁶⁸.

La directiva condiciona el derecho de libre circulación de los ciudadanos comunitarios a algunas restricciones y requisitos, desde los tres meses de estancia hasta los cinco años de residencia legal, momento a partir del cual se alcanza la residencia permanente, que no puede ser retirada. Así, su art. 14 se refiere a un permiso de residencia durante tres meses mientras que no se conviertan en una carga irrazonable para el sistema de Seguridad social del Estado de residencia⁶⁹.

Tras estos primeros meses, hace depender el mantenimiento de los derechos de residencia del cumplimiento de las condiciones de los arts. 7, 12, y 13, pero una vez, esto no significa que la residencia deba concluir si ciudadanos no activos económicamente de la Unión dejan de cumplir el primero de ellos y la expulsión no puede ser una consecuencia inmediata⁷⁰. En relación con la expulsión, los Estados no suelen prever su ejecución forzosa, ni tampoco el internamiento en Centros de Internamiento y Expulsión (se han dado casos), pero la Directiva tampoco prohíbe expresamente estas medidas⁷¹. En realidad, no serían demasiado útiles: el control en

66 En cualquier caso, a través de la cuestión prejudicial entendemos se procederá a una interpretación actualizada de estas cuestiones, pero quedará a discreción del Tribunal recuperar su vocación pretoriana de creación del Derecho europeo o quedar impasible frente a una conceptualización neoliberal de la ciudadanía.

67 En este asunto al igual que en el asunto WIJSENBECK (C-378/97). Sentencia de 21 de septiembre 1998., el Tribunal optó por resolver ambos mediante la libre circulación de personas prescindiendo de la cobertura que otorgaba el derecho de ciudadanía. Cfr. LUÑÁN NOGUERAS, D.: "La Ciudadanía Europea: Una cuestión abierta", *Teoría y Realidad Constitucional* (2013), núm. 32, p. 361.

68 Refiriéndose en ambas a que la condición de ciudadano comunitario residente legal en otro Estado miembro es suficiente para permitir al solicitante de una prestación confiar en la garantía de igualdad de trato dentro del ámbito material de aplicación «ratione materiae» del TCE contenida en su art. 12: "la vocación de dicho estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquéllos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación «ratione materiae» del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico"; Cfr., Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto GRZELCZYK contra CENTRE PUBLIC D'AIDE SOCIALE D'OTTIGNIES- LOUVAIN LA NEUVE (C-184/99). Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Recopilación de Jurisprudencia 2001 I-6193.

69 Sobre este concepto difuso poco ayuda el texto de la directiva, por ejemplo, su preámbulo, afirma que corresponderá a los Estados miembros decidir si prestan asistencia social, lo cual es algo lógico dado el pasado común de bienestar social, a lo que se une el hecho de la dificultad de demostrar esta carga excesiva que sólo se produciría con desplazamientos masivos y nunca con un carácter individual. Habrá que esperar de nuevo a la jurisprudencia evolutiva del TJCE y su interpretación mediante la cuestión prejudicial.

70 Mismo razonamiento se aplica en el caso de los estudiantes de otros Estados miembros que se vean obligados a acudir a la protección social, cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto TERHOEVE contra INSPECTEUR VAN DE BELASTINGDIENST PARTICULIEREN / ONDERNEMINGEN BUITENLAND (C-18/95). Sentencia de 26 de enero de 1999. Recopilación de Jurisprudencia 1999 I-00345.

71 El Estado miembro debe examinar las dificultades temporales a las que se enfrenta el ciudadano, tomar en consideración la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cantidad desembolsada por las agencias sociales para calificar una situación determinada como carga excesiva. Además, cuando nos encontramos ante una sanción penal, el Tribunal ha considerado en el asunto CALFA contra GRECIA que la ciudadanía de la Unión no queda afectada por la previsión de los arts. 3 y 4 del Protocolo adicional núm. Cuarto; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto CALFA contra GRECIA (C-348/96). Sentencia de 19 de enero de 1999. Conclusiones presentadas el 17 de febrero de 1998. Recopilación de Jurisprudencia 1999 I-0001 I. As., se declara que un Estado no tiene base jurídica para ejecutar una medida de expulsión por su carácter discriminatorio,

frontera de los movimientos de ciudadanos comunitarios es impracticable dentro de la UE.

En su art. 24 se reitera que todos los ciudadanos que se beneficien de los derechos de esta norma lo harán en igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro "según lo dispuesto en el Tratado" y a pesar de esta fórmula o cláusula de estilo que se toma del derecho originario, art. 12 TCE lo que se viene a confirmar es la jurisprudencia del Tribunal por cuanto la vía de acceso a los beneficios sociales, en sentido amplio, debe cumplir con el principio de no discriminación. Sin embargo, cae en el reiterado error de distinguir entre ciudadanos económicamente activos de los que no lo son, respecto de los últimos, se permite su registro dependiendo de sus ingresos y de un seguro médico. A los que carecen de ellos, se permite a las autoridades, la negativa a su registro en el país de acogida lo que supone de por sí la muerte civil y el ostracismo, pues se inhabilita al ciudadano para tener una vida normal en este nuevo país de residencia, cerrándosele el acceso al disfrute de derechos tan básicos como la vivienda, salud, o educación⁷².

Por último, en el haber positivo, cabe destacar una característica común a todo ciudadano de la U.E. a que su vida y su integridad física queda amparada en razón de que el territorio de la Unión Europea es un espacio libre de pena capital y se respeta el principio de *non-refoulement*. Con el ánimo de dar mayor credibilidad a este espacio, el recientemente creado Servicio Europeo de Acción Exterior al servicio de la Unión protege a los ciudadanos a través de la protección diplomática y la adopción de posiciones comunes en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común.

2. Nuevos derechos de ciudadanía y su irremediable consecuencia. Las nuevas obligaciones.

La cooperación judicial europea, otro sector clave en la integración de la Unión Europea, utiliza la figura de la ciudadanía de la Unión como argumento para explicar que los nacionales de los Estados miembros dejan de estar protegidos frente a la extradición solicitada por otro Estado miembro mediante el instrumento de la Orden de Detención y Entrega Europea sobre la base de una lista definida de crímenes. Para algunos Estados miembros de la U.E., el derecho a no ser extraditado a una jurisdicción extranjera, se considera un importante elemento de la nacionalidad, de

"dado que está prohibida para nacionales y el concepto de peligrosidad no debe ser determinado de modo unilateral por cada Estado miembro, sin el control de las Instituciones de la Comunidad". En las conclusiones del Abogado General, La Pégola, se utiliza el argumento de la prestación de servicios y no se alude a la Ciudadanía Europea.

72 Esta limitación se aparta de la jurisprudencia reciente del Tribunal, además en los primeros tres meses de residencia, los ciudadanos de la Unión quedan excluidos de la asistencia social, los solicitantes de empleo aún por un período de tiempo más largo, y los estudiantes no pueden solicitar ayudas para realizar sus estudios hasta que adquieren un derecho permanente de residencia.

ahí que hubiera que modificar normas constitucionales⁷³. Ciertamente como apunta HAILBRONNER, “la extradición de nacionales de un Estado miembro (...) muestra que la percepción de que la Ciudadanía de la Unión es una mejora de los derechos de los ciudadanos no es del todo así”.

Esto también se extiende a una política de asilo común europea que impide la concesión de asilo a los nacionales de la Unión en lo que se conoció como el Protocolo anti-asilo⁷⁴. En palabras de MUÑOZ AUNIÓN, “este texto jurídico privaba a los ciudadanos europeos de una norma de derecho internacional *hard law* y resulta contradictorio con la preocupación constante que mantenían los negociadores del Tratado de Ámsterdam de acercar Europa a sus ciudadanos”⁷⁵.

3. Una armonización de mínimos. El convenio europeo sobre nacionalidad. Su repercusión en la ciudadanía europea.

El Comité de Expertos sobre la pluralidad de nacionalidades inició sus trabajos el 3 de febrero de 1994, y se aprobó por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 14 de mayo de 1997, entrando en vigor el 1 de marzo de 2000, el texto del Tratado puede considerarse un verdadero Código europeo sobre nacionalidad, por sus potenciales efectos en la Unión Europea sería deseable que el primer paso en la unificación de normas comunitarias se produjera en este sector con la obligatoriedad de ratificar el Convenio como requisito de Adhesión, parte sustancial del acervo comunitario.

VI. CONCLUSIONES.

Este estudio obvia por falta de espacio a un actor, indirecto pero relevante en la protección de la ciudadanía, a nivel de la Unión Europea, y los derechos de las minorías nacionales en el Este de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como se muestra en su sentencia del asunto Matthews, donde estimó que privar a una ciudadana gibraltareña de su derecho de voto en las elecciones europeas⁷⁶ implicaba

73 El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 18 de julio de 2005 infririó del concepto de la nacionalidad alemana un derecho de protección frente a la extradición basado en la propia Decisión Marco que establece la orden de detención y entrega, pero reconoció que este derecho no era ilimitado los cambios que se venían produciendo en el derecho internacional público y derecho europeo, especialmente por cuanto al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia. La Corte añadió que el legislador alemán en su implementación no había tomado en consideración la gran relevancia del derecho de protección como un elemento inherente de la nacionalidad. En resumen, la Corte señaló que el legislador debería haber empleado el umbral de discrecionalidad que dejaba la propia Decisión por cuanto a las reservas, y limitar la extradición, p. ej. si la actividad delictiva se cometió en su totalidad o parcialmente en Alemania; Tribunal Constitucional alemán. Asunto 2 BVR 2236/04, con fecha 18 de julio de 2005.

74 JULEN-LAFERRIERE, F.: “Un protocole anti-asile au Traité d’Amsterdam”, *La lettre d’information de France Terre d’Asile* (1997), núm. 101, pp.12-13.

75 MUÑOZ AUNIÓN, A.: *La política común europea del Derecho de Asilo*. Madrid (2006): Editorial Tirant lo Blanch.

76 Ya el Parlamento Europeo había mostrado especial interés en garantizar el derecho de sufragio activo en las elecciones europeas a quienes residieran en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, proyecto Seitlinger, de 10 de marzo de 1982 que no logro el suficiente apoyo; una cuestión sensible para países con altos niveles de inmigración intraeuropea, por ejemplo Luxemburgo o para territorios con un estatuto especial

una violación del art. 3 del Protocolo No.1 adicional al Convenio, vinculante para todos los Estados miembros que establece el derecho de sufragio⁷⁷, indirectamente protegiendo derechos de ciudadanos de la Unión Europea que carecen de ciudadanía plena de un Estado miembro sin que esto sea un engendro jurídico, la ciudadana afectada obtuvo el amparo de su derecho fundamental de manera probablemente compatible con el Derecho comunitario⁷⁸. Si bien la modificación que se vio el Reino Unido a realizar puede contrariar a otros Estados miembros dado que permite el voto en las elecciones a todos los ciudadanos cualificados de la Commonwealth sean nacionales de la Unión o de terceros Estados.

La misma adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, una cuestión recurrente desde décadas⁷⁹, serviría de espaldarazo al concepto jurídico de la ciudadanía de la Unión, permitiendo al ciudadano solicitar un remedio en una o ambas Jurisdicciones y que, en el terreno político, se establezca que la Unión Europea tiene el deber de actuar para garantizar que se cumplan las condiciones para que se asegure la libre expresión de la voluntad del pueblo en la elección de sus legisladores, de ahí que los derechos previstos en los arts. 39 y 40 de la Carta de Derechos Fundamentales quedaran lejos de las necesidades del cuerpo electoral.

Si se quiere alcanzar una ciudadanía con peso tanto en el interior de las fronteras de la Unión como de cara al exterior⁸⁰, será necesario trabajar en la configuración etno-cultural de la ciudadanía desde parámetros eurocéntricos pero inclusivos y

dentro de la Comunidad Europea. Situación que se reguló tras el Tratado de Maastricht, como señalase, PÉREZ VERA, "aunque las elecciones seguirán organizándose según las distintas normativas de los Estados miembros, los nuevos eurodiputados elegidos en cada uno de los Estados miembros pueden no tener su nacionalidad y habrán podido ser elegidos con el voto de ciudadanos europeos de distinta nacionalidad residentes en el mismo". PÉREZ VERA, E. (coord.): "La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht", en PÉREZ GONZÁLEZ, M.: *Hacia un Nuevo Orden internacional y europeo: Homenaje al Profesor Díez de Velasco*. Madrid (1993): Tecnos, pp. 1123-1148.

- 77 Art. 3 Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en París, con fecha de 20 de marzo de 1952. Derecho a elecciones libres. "Las altas partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".
- 78 RUIZ JARABO, P.: "Por una interpretación pacífica de Matthews contra Reino Unido: Colonialismo y Derechos fundamentales en Gibraltar", *Anuario Español de Derecho Internacional* (2002), vol. XVIII, p. 24. En sentido contrario, GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: "Las secuelas del asunto Matthews y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento Europeo: lo que mal comienza, mal termina (...)", *Revista Española de Derecho Internacional* (2002), vol. 2, pp. 987-991.
- 79 Sobre la situación de impasse actual, véase el reciente número de la *German Law Journal* con un especial monográfico sobre la Opinión 2/13 relativo a las relaciones entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos; *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*, *German Law Journal* (2015), vol. 16, núm. 1, pp. 105-222.
- 80 No siendo suficiente que el estatuto jurídico del ciudadano europeo incluya el derecho a acogerse en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional a la protección diplomática y consular en los mismos términos que los nacionales de este último, dado que esta protección solo será oponible frente a aquellos Estados que reconozcan esta condición a falta de una aplicabilidad erga omnes como queda de manifiesto respecto de nacionales europeos presos en cárceles de terceros países.

coherentes con la situación demográfica y migratoria contemporánea en Europa, p. ej., la presencia del Islam⁸¹, evitando el mal llamado “choque de civilizaciones”⁸².

Sin embargo, como muestra la ralentización del proceso de armonización del Derecho internacional privado con base jurídica desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1998 y el propio texto de los arts. 17 y 63 TCE hacen que la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de naturalización y la adopción de estándares mínimos haya dejado de ser un elemento prioritario para los responsables políticos en Bruselas. A lo que se añade las ofertas de ventas de ciudadanía europea que han realizado algunos países de la Unión con objeto de atraer a inversores y fomentar el empleo como vía para aliviar los efectos de la crisis económica que paradójicamente recuerda la situación de regularización de inmigrantes irregulares durante el boom económico y que era criticada por quebrar la solidaridad europea y por ocasionar distorsiones en el mercado laboral europeo. Ambas situaciones ponen en entredicho la voluntad común europea para enfrentar la cuestión migratoria y el propio destino de su Ciudadanía y demuestra la debilidad actual de la Comisión Europea⁸³ y del Tribunal de Justicia, de este último se ha llegado a decir en este último lustro “es evidente que el trabajo conjunto de juristas de ordenamientos jurídicos muy diversos y de procedencias muy diferentes no favorece precisamente una práctica decisoria racional y comprensible”⁸⁴.

Esta reflexión *lege ferenda* sobre armonización de competencias nacionales por parte de la Unión Europea respecto de la adquisición y pérdida de nacionalidad de uno de los Estados miembros ya fue adelantada por autores y representantes de la Comisión que fueron los que mencionaron el concepto de ciudadanía cívica en la década pasada⁸⁵. Sin embargo, como avanzamos esta posibilidad parece remota, incluso el mismo Tratado no permite una lectura en este sentido, así el art. 6.3

81 HANSEN, P.: “European Citizenship or where neoliberalism meets ethno-culturalism. Analysing the European Union’s citizenship discourse, *European Societies: The official Journal of the European Sociological Association* (2000), vol. 2, núm. 2, p. 155.

82 HUNTINGTON, S.: “The clash of civilizations?”, *Foreign Affairs* (1993) [en línea]. Disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/1993-06-01/clash-civilizations>; ---.: “The West unique, not universal” *Foreign Affairs* (1996) [en línea]. Disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/1996-11-01/west-unique-not-universal>.

83 Como muestra la respuesta de la Vicepresidenta de la Comisión, “la Comisión manifiesta que la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos no extenderá las competencias de la Unión Europea como estas se encuentran definidas en los Tratados, en particular, la adhesión al Primer protocolo del Convenio ni extenderá el derecho de voto a los ciudadanos de la Unión que residan fuera del territorio de su Estado de nacionalidad a participar en las elecciones parlamentarias nacionales, ni tampoco permitirá que la Comisión adopte medidas contra las violaciones de los Estados miembros del artículo 3 de este Protocolo”; Comisión Europea en respuesta a *Written Question* por Duff (E-009269/2011), con fecha de 2 de febrero 2011. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-009269&language=ES>.

84 Más extensa la crítica, HAILBRONNER, K.: “Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2004), vol. 57, núm. 31, p. 2189.

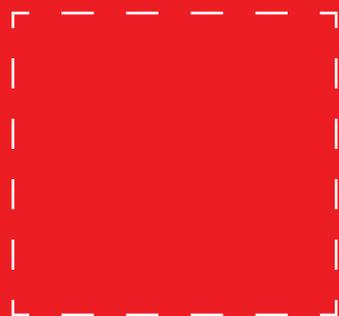
85 Cfr. GROOT, G. R.: “Towards a European nationality law”, *Electronic Journal of Comparative Law* (2004), vol. 8, núm. 3 [en línea]. Disponible en <http://www.ejcl.org/83/art83-4.PDF>; KOTALAKIDIS, N.: *Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionbürgerschaft. Die Person und das Gemeinwesen*. Berlín (2000): Nomos Verlagsgesellschaft; VITORINO, A.: *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament on a Community Immigration policy*, COM(2000) 757 final, p. 62.

del Tratado obliga a la Unión a respetar las identidades nacionales de los Estados miembros, y para D ´OLIVEIRA, si se pierde la competencia para definir cuál es la población de un Estado se carece de independencia⁸⁶. GROOT afirma que si bien no existe indicación alguna de un derecho de nacionalidad europea, lo que sí está emergiendo es un derecho europeo sobre nacionalidad.

86 ULRICH, H.: "Nationality and the European Union after Amsterdam", en O ´KEEFFE, D. & TWOMEY, P. (eds.): *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*. Oxford (1999): Hart, p. 41 I; en realidad, "la cesión de soberanía de los Estados miembros de la Comunidad Europea para regular los principios inspiradores del derecho de la nacionalidad aún es una meta que aparece todavía lejos de lograrse"; ALVAREZ RODRIGUEZ, A.: "Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de reforma", *Cursos de derechos humanos de Donostia* (2000), vol. 2, pp. 107-178.



COMENTARIOS NORMATIVOS



LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO COMO
PRINCIPIO DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN LAS COOPERATIVAS
CANARIAS

*THE PROMOTION OF GENDER EQUALITY AS A PRINCIPLE OF SOCIAL
ECONOMY IN THE CANARY COOPERATIVES*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 376-395



María del Pino
DOMÍNGUEZ
CABRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 21 de septiembre de 2015

RESUMEN: La situación económica actual dificulta las medidas garantistas de sectores sociales especialmente vulnerables; la igualdad de trato de la mujer en el trabajo no se priva de esto. Ahora bien, ello conforma la necesidad imperiosa de insistir en la aplicación de las normas que nuestro legislador ha adoptado. La Ley de Economía Social de 2011, la Ley Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombre de 2010 y el Proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias de 2014, se manifiestan como instrumentos normativos que agrandan un marco jurídico de garantía ya existente y que persisten en uno de los objetivos de la Economía Social que es la primacía de la persona y del objeto social sobre el capital, en particular la promoción de políticas de integración de género.

PALABRAS CLAVE: Economía social, cooperativa y socios, igualdad de género, ley de economía social, ley de igualdad canaria, promoción a la igualdad de género.

ABSTRACT:The current economic situation makes the warranty measures vulnerable social sectors, equal treatment of women in the work does not deprive this. However, this forms the imperative to insist on the application of standards that our legislature has adopted. The Social Economy Act 2011, the Act Canary Equality between Women and Men 2010 and Bill Canary Cooperative Societies 2014 manifest as policy instruments that enlarge a legal framework existing warranty and persist in one of the objectives of the social economy is the primacy of the individual and the social objective over capital, including the promotion of gender mainstreaming policies.

KEY WORDS: Social economy and cooperative partners, gender equality, social economy law, equality law canary, promotion of gender equality.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La ONU y las políticas de igualdad de acceso de la mujer al pleno empleo y a un trabajo decente.- III. La ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres.- IV. Relación de la ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres y la ley de economía social.- V. La futura ley de sociedades de cooperativas de canarias y la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Tiene por objeto Ley Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. La eliminación de las desigualdades y discriminaciones que han afectado históricamente a las mujeres y niñas, se encuentra en un proceso avanzado de superación, si bien es cierto que el ritmo y los riesgos de vuelta atrás son ciertos y obligan a las diferentes administraciones a tomar las riendas para que la igualdad sea una realidad.

Desde la segunda mitad del siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se han impulsado cambios importantes que han afectado sobre todo a la Igualdad en el empleo y en el salario de las mujeres con los hombres; ha sido fundamental el cambio operado en nuestro Estatuto de los Trabajadores relativo a «trabajo de igual valor; igual salario».

Ahora bien, dichos objetivos cuya implementación tienen su origen en el proceso de descentralización, que a partir del texto constitucional conduce al Estado autonómico, conlleva que sean diversos los poderes públicos que tienen que proyectar y desarrollar políticas de promoción de la igualdad de oportunidades.

Es el caso de Canarias y de su Comunidad Autónoma, que recoge en su Estatuto de Autonomía, dentro del título preliminar, en el art. 5 sobre Derechos y Deberes, de forma expresa en su punto 2.a) que los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principios rectores de su política:

a. La promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran.

• María del Pino Domínguez Cabrera

Doctora en Derecho y profesora de Derecho mercantil de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Especialmente estudiosa en ámbitos marítimos y concursales, es autora de diversos artículos de investigación de naturaleza mercantil, colaboradora de obras colectivas y autora de varios libros científico-jurídicos, entre ellos El Registro de Buques, Embarcaciones y Artefactos Navales. Correo electrónico: mariadelpino.dominguez@ulpgc.es.

b. Así mismo, el art. 30 del Estatuto de Autonomía, recoge en el punto 2, dentro de las competencias exclusivas, "régimen de sus organismos autónomos, de acuerdo con la legislación básica del Estado"; así en la creación del Instituto Canario de la Mujer se da cumplimiento a toda la materia de igualdad recogida como mandato en la Constitución española y en todos los tratados internacionales de los que participe España.

Así, la vinculación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias es directa, en relación a todo lo establecido en los diferentes tratados y normas constitucionales y estatutarias relacionadas con la igualdad, para su respeto y promoción para todas las mujeres en su relación con los hombres.

El Gobierno de Canarias tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para promover la igualdad de derechos de las mujeres y de los hombres. Para ello debe formular y desarrollar políticas integrales de protección de los derechos de las mujeres. Tiene que incluir en esas políticas integrales de género, la consideración de los derechos de las mujeres como derechos humanos, dignos por tanto, de la máxima protección. Todos los esfuerzos deben ir encaminados a la consecución de la igualdad de forma real y efectiva, concienciando y conminando a todos los poderes públicos con competencias en Canarias y a toda la sociedad, de forma general e individual, para que hagan el esfuerzo necesario con resultados eficaces de protección, impulso y consolidación de la igualdad como principio fundamental en el desarrollo integral de cada persona y también de las mujeres. Todo esto dentro del marco jurídico que nos determina dentro de un Estado social y democrático de derecho.

La Comunidad Autónoma de Canarias, desde su aprobación y dentro de sus responsabilidades, con la creación del Instituto Canario de la Mujer sobre todo, ha venido desarrollando una importante labor para promover el papel de las mujeres en los distintos ámbitos de la vida familiar, educativa, social, asociativa, cultural, laboral, económica, religiosa y política, con el fin de favorecer e impulsar la igualdad y el pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía.

Ahora bien, la situación económica actual ha revelado lo escaso de cualquier política legislativa integradora, como dice el poeta García Montero "La crisis acentúa la desigualdad. Sin amparos públicos, sin ayudas sociales, sin políticas de igualdad, la economía es otra forma de violencia para las mujeres que intentan trabajar, criar a los hijos y cuidar a los mayores"¹.

1 GARCÍA MONTERO, L.: "Drama de mujeres", *Infolibre*, 9 marzo 2014, dirección URL: http://www.infolibre.es/noticias/opinion/2014/03/09/drama_mujeres_14358_1023.html.

II. LA ONU Y LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD DE ACCESO DE LA MUJER AL PLENO EMPLEO Y A UN TRABAJO DECENTE.

La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer² mantiene sus políticas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los Protocolos Facultativos correspondientes, así como otros convenios, convenciones y tratados, como los instrumentos pertinentes de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, constituyen un marco jurídico y un conjunto amplio de medidas para promover la igualdad entre los géneros en la educación y el empleo. Es de resaltar como mantiene la necesidad de promocionar el acceso y la participación plenos y equitativos de las mujeres y las niñas en la educación, la capacitación y la ciencia y la tecnología. La educación es un derecho humano, y que el acceso en condiciones de igualdad a la educación, la capacitación y la ciencia y la tecnología empodera a las mujeres y las niñas en un contexto de cambios económicos y tecnológicos a nivel mundial, y promueve el desarrollo, todos los derechos humanos, la educación en la esfera de los derechos humanos y el aprendizaje a todos los niveles, así como la igualdad entre los géneros, la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas, y la erradicación de la pobreza.

Es más, observar que la educación de calidad y el acceso y la participación plenos y en condiciones de igualdad en la ciencia y la tecnología para las mujeres de todas las edades son imprescindibles para lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer; son además una necesidad económica y dotan a la mujer de conocimientos, capacidades, aptitudes y recursos técnicos, además de los valores éticos y la comprensión necesarios para que pueda aprender, obtener empleo y mejorar su salud física y mental durante toda la vida.

Como no puede ser de otra manera, se expresa su constante preocupación por los efectos negativos de las crisis mundiales como la crisis financiera y económica, la crisis alimentaria y la inseguridad alimentaria continua y la crisis energética, así como los problemas que plantean la pobreza, los desastres naturales y el cambio climático para el empoderamiento de las mujeres y las niñas, incluso en su acceso y participación en la educación, la capacitación, la ciencia y la tecnología.

2 La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es el principal órgano internacional intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Se trata de una comisión orgánica dependiente del Consejo Económico y Social, creado en virtud de la resolución 11 (II) del Consejo, de 21 de junio de 1946. La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer desempeña una labor crucial en la promoción de los derechos de la mujer documentando la realidad que viven las mujeres en todo el mundo, elaborando normas internacionales en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres. Dirección URL: <http://www.unwomen.org/es/csw>.

Ciertamente se insiste en que los persistentes obstáculos que entorpecen todavía el adelanto de la mujer y socavan aún más su participación en la adopción de decisiones, en particular la persistente feminización de la pobreza, la falta de acceso a los servicios de salud, educación, capacitación y al empleo, en condiciones de igualdad, así como los conflictos armados, la falta de seguridad y los desastres naturales. Los hombres y las mujeres siguen haciendo frente a estereotipos de género, así como a desafíos y obstáculos a cambiantes actitudes discriminatorias, y destaca que persisten dificultades y problemas en la aplicación de las normas y directrices internacionales para eliminar la desigualdad entre los hombres y las mujeres.

Como consecuencia de lo anterior, se insta a los gobiernos, en todas sus instancias, entre ellas las autoridades locales y los mecanismos nacionales para el adelanto de la mujer o, cuando proceda, las entidades competentes del sistema de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales e internacionales, dentro de sus respectivos mandatos y teniendo presente las prioridades nacionales, e invita a las instituciones nacionales de derechos humanos, donde existan, y a la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, los medios académicos, las instituciones de enseñanza, las instituciones de investigación y financiación en el campo científico, el sector privado, las organizaciones de empleadores, los sindicatos, las asociaciones de profesionales, los medios de comunicación y otros agentes competentes, a la adopción de medidas que fortalezcan las leyes, las políticas y los programas nacionales que permitan entre otros:

i) Incorporar una perspectiva de género en la legislación, las políticas y los programas de todos los sectores del gobierno, incluidos la educación, la capacitación, la ciencia y la tecnología, los medios académicos, las instituciones de investigación y los organismos de financiación de investigaciones, a fin de eliminar la desigualdad de acceso y participación de las mujeres en la educación, la capacitación y la ciencia y la tecnología, en particular para promover la igualdad de acceso de la mujer al pleno empleo y al trabajo decente;

ii) Fortalecer las capacidades para asegurar que las políticas y los planes de estudio en el campo de la ciencia respondan a las necesidades de las mujeres, de manera que los adelantos científicos y tecnológicos puedan beneficiarlas directamente;

iii) Mejorar y sistematizar la reunión, el análisis y la divulgación de datos desglosados por sexo, edad, y discapacidad; mejorar el desarrollo de la capacidad a este respecto; y crear los indicadores pertinentes que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la formulación de leyes y la adopción de decisiones normativas en materia de educación, capacitación y ciencia y tecnología;

iv) Alentar la prestación de apoyo institucional y financiero a los estudios académicos que puedan generar conocimientos concretos en materia de género y servir de base a la totalidad de políticas y programas de educación, capacitación e investigación, y apoyar asimismo la investigación, incluso la investigación longitudinal en el ámbito normativo, a fin de determinar las deficiencias específicas en la educación y las carreras profesionales, de manera de promover la retención de las mujeres en diversos campos de la ciencia y la tecnología, y en otras disciplinas pertinentes;

v) Fortalecer la supervisión y evaluación y, cuando proceda, la revisión, de las políticas y los programas existentes para promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer en la educación, la capacitación, la ciencia y la tecnología, y el acceso al pleno empleo y el trabajo decente, a fin de evaluar su eficacia y sus repercusiones, asegurar una perspectiva de género en la totalidad de políticas y programas e imponer una mayor rendición de cuentas;

vi) Alentar y, cuando proceda, aumentar las inversiones públicas y privadas en la educación y la capacitación a fin de ampliar el acceso de las mujeres a la educación y la capacitación de calidad en todo su ciclo de vida, entre otras cosas mediante el otorgamiento de becas de estudio en ciencia y tecnología en instituciones de enseñanza secundaria y universitaria, y asegurar que la investigación y el desarrollo en el campo de la ciencia y la tecnología arrojen beneficios directos para las mujeres;

vii) Incorporar sistemáticamente una perspectiva de género en las políticas presupuestarias a todos los niveles para asegurar que los recursos públicos destinados a la educación, la capacitación, la ciencia, la tecnología y la investigación beneficien de igual manera a las mujeres y los hombres, las niñas y los niños, y contribuyan al empoderamiento de las mujeres;

viii) Instar a los países desarrollados que aún no lo hayan hecho a que, de conformidad con los compromisos que han contraído, hagan esfuerzos concretos para cumplir la meta de destinar el 0,7% del producto nacional bruto a la asistencia oficial para el desarrollo de los países en desarrollo, y la meta de destinar entre el 0,15% y el 0,20% del producto nacional bruto a la asistencia oficial para el desarrollo de los países menos adelantados, y alentar a los países en desarrollo a consolidar los avances logrados en asegurar que la asistencia oficial para el desarrollo se utilice eficazmente para contribuir a alcanzar las metas y los objetivos en materia de desarrollo y para ayudarlos, entre otras cosas a lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer;

ix) Fortalecer la cooperación internacional en lo que respecta al acceso y a la participación de las mujeres en la educación, la capacitación, la ciencia y la tecnología, incluso para promover la igualdad de acceso de la mujer al pleno empleo y al trabajo decente y promover la participación de la mujer en el intercambio de conocimientos

científicos, y acoger con agrado y alentar a este respecto la cooperación Sur-Sur, Norte-Sur y triangular, y reconocer que el compromiso de buscar oportunidades de profundizar la cooperación Sur-Sur supone no buscar una forma de sustituir sino de complementar la cooperación Norte-Sur;

x) Priorizar y alentar iniciativas más efectivas de desarrollo de la capacidad y de financiación dirigidas a satisfacer las necesidades de educación y capacitación de las niñas y las mujeres en los programas de asistencia para el desarrollo;

xi) Continuar fortaleciendo las políticas que pueden favorecer el empoderamiento económico de la mujer y están orientadas a eliminar la desigualdad que afecta a las mujeres y las niñas, en el acceso y la obtención de logros en la educación en todos los niveles, incluso en la ciencia y la tecnología, en particular para eliminar las desigualdades relacionadas con la edad, la pobreza, la ubicación geográfica, el idioma, el origen étnico, la discapacidad y la raza, o porque son integrantes de pueblos indígenas;

xii) Redoblar los esfuerzos nacionales, incluso recurriendo a la cooperación internacional, a fin de satisfacer los derechos y las necesidades de las mujeres afectadas por desastres naturales, los conflictos armados, otras emergencias humanitarias complejas, la trata de personas y el terrorismo, en el contexto del acceso y la participación de las mujeres y las niñas en la educación, la capacitación y la ciencia y la tecnología, en particular para promover la igualdad del acceso de la mujer al pleno empleo y al trabajo decente. Subrayar, además, la necesidad de adoptar medidas concertadas de conformidad con el derecho internacional para eliminar los obstáculos a la plena realización de los derechos de las mujeres que viven bajo ocupación extranjera, a fin de asegurar el logro de los objetivos mencionados;

xiii) Condenar todas las formas de violencia contra las mujeres y proceder según corresponda para fortalecer y poner en práctica las medidas jurídicas, normativas, administrativas y de otra índole destinadas a prevenir y eliminar todas las formas de discriminación y violencia a fin de, entre otras cosas, asegurar el acceso y la participación en la educación, la capacitación, el pleno empleo y el trabajo decente;

xiv) Adoptar políticas y mecanismos para reconocer el aprendizaje previo y los conocimientos de gestión de las mujeres, incluso los obtenidos con su trabajo en el sector no estructurado o no remunerado, o en ambos casos, especialmente cuando se trate de las mujeres que han abandonado sus estudios o dejado su empleo por varias razones, de manera de facilitar su acceso a la educación, la capacitación y las oportunidades de empleo;

xv) Mejorar el acceso a servicios de asesoramiento sobre perspectivas de carrera que tengan en cuenta las cuestiones de género y a servicios de apoyo a

la búsqueda de empleo e incluir la preparación para el empleo y las técnicas de búsqueda de empleo en los planes de estudio de enseñanza secundaria y superior y en la formación profesional, a fin de facilitar la transición de la escuela al trabajo y el reingreso al mercado de trabajo para las mujeres de todas las edades;

xvi) Adoptar medidas para eliminar la segregación por sectores y ocupaciones y las diferencias salariales por motivos de género reconociendo el valor de los sectores en que trabajan grandes cantidades de mujeres, como el sector de prestación de cuidados y otros servicios, mejorando las oportunidades de carrera y las condiciones de trabajo, y creando, evaluando y, de ser necesario, revisando leyes, políticas y programas, campañas de concienciación del público en general y otras medidas, como la gestión de carreras, a fin de promover el ingreso de la mujer en sectores no tradicionales;

xvii) Promover la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares para las mujeres y los hombres, así como la distribución equitativa de las responsabilidades de empleo y familiares entre las mujeres y los hombres, en particular: redactando, aplicando y promoviendo leyes, políticas y servicios propicios a las familias, como por ejemplo servicios de atención de los hijos y otras personas a cargo que sean asequibles, accesibles y de calidad; planes de licencia para padres y de otra índole; emprendiendo campañas para concienciar a la opinión pública y a otros actores pertinentes respecto de estas cuestiones; y promoviendo medidas para conciliar la atención de la familia y la vida profesional haciendo hincapié en la igualdad de responsabilidades del hombre respecto del trabajo en el hogar;

xviii) Alentar a los empleadores y los organismos que financian actividades de investigación a que establezcan políticas y disposiciones de trabajo flexibles y no discriminatorias tanto para las mujeres como para los hombres, como la concesión de prórrogas de los subsidios de investigación para investigadoras embarazadas, planes de licencia, servicios de atención de calidad, y políticas de protección social, a fin de aumentar la retención y el adelanto de la mujer en el campo de la ciencia y la tecnología;

xix) Alentar entornos laborales y prácticas institucionales que valoren a todos sus miembros y les ofrezcan las mismas oportunidades para alcanzar su pleno potencial, asegurando que la igualdad entre los géneros y la incorporación de la perspectiva de género sean consideradas una dimensión necesaria de la gestión de los recursos humanos, en particular para la modernización de las organizaciones e instituciones científicas y tecnológicas, tanto en el sector público como en el privado;

xx) Alentar el uso de criterios claros y transparentes en la contratación, el otorgamiento de ascensos y el reconocimiento en el campo de la ciencia y la tecnología, tanto en el sector público como en el privado, y promover en todo ello

el logro del equilibrio de género; capacitar y concienciar a los funcionarios superiores y al personal, en todos los niveles, en la incorporación de la perspectiva de género y las cuestiones de igualdad entre los géneros y prevenir la discriminación directa e indirecta contra las mujeres; y apoyar el desarrollo de la capacidad de liderazgo en las mujeres;

Luego, se reconoce la necesidad de compilar y compartir los ejemplos de buenas prácticas y la experiencia adquirida en la incorporación de una perspectiva de género en las políticas y los programas relacionados con la ciencia, la tecnología y las innovaciones, con miras a repetir y ampliar el alcance de las experiencias exitosas, y a este respecto aguarda con interés cualquier medida o disposición que puedan adoptar los órganos competentes de las Naciones Unidas, especialmente la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo.

III. LA LEY 1/2010, DE 26 DE FEBRERO, CANARIA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

La igualdad de derechos entre mujeres y hombres es un derecho fundamental en una sociedad democrática moderna que, desde todos los niveles normativos, se intenta conseguir a través de diversas medidas plasmadas en los tratados internacionales, en la normativa comunitaria, en nuestra Constitución y en la normativa legal y reglamentaria interna.

Como no debe ser de otra manera, la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante CAC) se ha comprometido en esta lucha, incluyendo la Igualdad en el Estatuto de Autonomía³, y desarrollándola en la Ley de creación del Instituto Canario de la Mujer⁴ y en otras normativas sectoriales.

Es fundamental destacar que el principio de igualdad ha ido evolucionando hacia exigencias de igualdad de oportunidades reales en todos los ámbitos de la vida, haciendo necesaria la implantación de un enfoque más integral y general de la igualdad de género, lo que comporta que el concepto de igualdad haya sido matizado de tal manera que se haga una diferenciación entre i.-la igualdad de oportunidades y ii.-la igualdad de resultados que es la que permite en última instancia exigir la responsabilidad de las administraciones en garantizar la efectividad en las políticas

3 Es el caso de Canarias y de su Comunidad Autónoma, que recoge en su Estatuto de Autonomía, dentro del título preliminar, en el art. 5 sobre Derechos y Deberes, de forma expresa en su punto 2.a), que «Los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principios rectores de su política: a) La promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran». Así mismo, el art. 30 del Estatuto de Autonomía, recoge en el punto 2, dentro de las competencias exclusivas, «régimen de sus organismos autónomos, de acuerdo con la legislación básica del Estado»; así en la creación del Instituto Canario de la Mujer se da cumplimiento a toda la materia de igualdad recogida como mandato en la Constitución española y en todos los tratados internacionales de los que participa España.

4 El Instituto Canario de la Mujer que con la LCIMH pasó a denominarse Instituto Canario de la Igualdad (en adelante ICI) es el organismo encargado de impulsar las políticas de igualdad de oportunidades del Gobierno

que se diseñan para conseguir que la igualdad sea real y efectiva. La igualdad es un concepto que afecta a toda la vida de las personas y, por ende, también de las mujeres, aunque para conseguirla se debe aplicar teniendo en cuenta las diferencias individuales, ya que, de otra manera, el resultado no sería la igualdad real y efectiva. De ahí que a la igualdad de oportunidades se le añade la igualdad de resultados de esas oportunidades como sistema de mayor justicia.

La LCIMH tiene como objetivo la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, así se puede diferenciar:

1º) En el ámbito internacional, figura de forma expresa y contundente, con los pronunciamientos para la eliminación de todas las formas de discriminación hacia las mujeres⁵.

Para Europa ha sido fundamental, partiendo de la influencia de todas las actuaciones en el seno de la ONU, el trabajo realizado desde la creación de la entonces llamada Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, relacionadas temporalmente con los efectos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En este ámbito de la Unión Europea han sido numerosas las directivas, recomendaciones,

de Canarias, con el objeto de promover las condiciones que hagan real y efectiva la igualdad de las mujeres y los hombres en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.

Con esta finalidad reequilibradora y al objeto de impulsar medidas de acción positiva ante situaciones de discriminación específica por razón de sexo, en el ámbito de la CAC, se crea el organismo de igualdad, mediante Ley 1/1994, de 13 de enero, sobre creación del Instituto Canario de la Mujer, norma que se desarrolla en el Decreto 1/1995, de 13 de enero.

En su ley de creación se le atribuyen, entre otras, las siguientes funciones:

Elaborar directrices e impulsar programas y actuaciones destinadas a conseguir la igualdad real y efectiva del hombre y la mujer en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social de Canarias e impulsar su aplicación por los distintos poderes públicos canarios.

Realizar campañas de sensibilización, promoción y difusión, a fin de informar a los ciudadanos sobre la problemática de la mujer

Realizar y fomentar estudios, así como recopilar información y documentación sobre la situación de la mujer en la Comunidad Autónoma orientados a servir de base a la elaboración y adopción de las medidas concretas

Realizar el seguimiento de la legislación vigente y su aplicación, así como elaborar las propuestas de reforma legislativa encaminadas a eliminar las trabas que dificulten o impidan la igualdad real y efectiva entre ambos sexos. Al mismo tiempo que estudiar y difundir aquellas disposiciones legales que puedan contribuir al desarrollo efectivo de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las mujeres.

Fomentar la participación de la mujer en el ámbito laboral, promoviendo la formación y promoción profesional en condiciones que contrarresten la desigualdad con los trabajadores varones.

Promover medidas que contribuyan a procurar un tratamiento de la mujer en los medios de comunicación acomodado a los principios constitucionales.

Recibir y encauzar denuncias formuladas por mujeres en casos concretos de discriminación por razón de sexo. Fomentar la prestación de servicios a favor de la mujer y, en particular, los dirigidos a aquellas que tengan una especial necesidad de ayuda.

Establecer relaciones y cauces de participación con asociaciones, fundaciones y otros entes y organismos que, en razón de sus fines o funciones, contribuyan a la consecución de los objetivos del Instituto, así como con instituciones y organismos análogos de otras Comunidades Autónomas, del Estado y de la Comunidad Internacional.

- 5 En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, que viene conformado por la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la Mujer de 1967, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979 y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que tiene como función vigilar la aplicación de la Convención por los Estados que la han suscrito; entre ellos, España. En la Convención se declara que la discriminación contra las mujeres vulnera los principios de igualdad de derechos y de respeto a la dignidad humana, dificultando la plena participación de las mujeres en la vida política, social, económica y cultural.

resoluciones y decisiones relativas a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, habiéndose desarrollado igualmente diversos programas de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades⁶.

2º) En el ámbito nacional la CE, proclama en sus arts. 1 y 14, como valor superior del ordenamiento jurídico, la igualdad de toda la ciudadanía ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, el art. 9.2 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, siendo básico la inclusión en este artículo, no solo de la obligación de promover, sino también la de "remover los obstáculos". A estos preceptos constitucionales hay que unir la cláusula de apertura a las normas internacionales sobre derechos y libertades contenida en el art. 10.2, las previsiones del art. 96, integrando en el ordenamiento interno los tratados internacionales publicados oficialmente en España; y el art. 93, autorizando las transferencias de competencias constitucionales a las organizaciones supranacionales mediante la aprobación de una Ley Orgánica.

Es de resaltar como mecanismo e instrumento renovador e impulsor de la igualdad de oportunidades y de resultado entre mujeres y hombres, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, constituyendo el marco de desarrollo del principio de igualdad de trato, ya que incorpora sustanciales modificaciones legislativas para avanzar en la igualdad real entre mujeres y hombres y en el ejercicio pleno de los derechos, e implementa medidas transversales que inciden en todos los órdenes de la vida política, jurídica y social, a fin de erradicar las discriminaciones contra las mujeres, y que comporta, sin género de dudas, una obligación para que las administraciones asuman de una vez la protección, acompañamiento e impulso de las mujeres en todos sus ámbitos de desarrollo, en todas las relaciones y en todas las etapas de su vida.

6 El Tratado de Ámsterdam, aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam el 16 y 17 de junio de 1997, en sus modificaciones al Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea, incluye en su art. 2 una referencia específica a la igualdad entre el hombre y la mujer como misión de la Comunidad. Igualmente, en el apartado 2 del art. 3 se incorpora el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, que deberá inspirar todas las acciones y políticas comunitarias. También hay que destacar que los arts. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecen tanto el principio de igualdad ante la ley como la prohibición de discriminación. Además, la Carta contiene un artículo específico, el 23, dedicado a la igualdad entre mujeres y hombres y a las acciones positivas como medidas compatibles con la igualdad de trato. Asimismo, se han aprobado normas comunitarias específicas, como la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación.

3º) En el ámbito autonómico y gracias al proceso de descentralización, conlleva que sean diversos los poderes públicos que tienen que proyectar y desarrollar políticas de promoción de la igualdad de oportunidades⁷.

Luego, dicha obligación de adopción de medidas necesarias para promover la igualdad de derechos de las mujeres y de los hombres, deben ser *formuladas y desarrolladas* por medio de políticas integrales de protección de los derechos de las mujeres. Tiene que incluir en esas políticas integrales de género, la consideración de los derechos de las mujeres como derechos humanos, dignos por tanto, de la máxima protección. Todos los esfuerzos deben ir encaminados a la consecución de la igualdad de forma real y efectiva, concienciando y conminando a todos los poderes públicos con competencias en Canarias y a toda la sociedad, de forma general e individual, para que hagan el esfuerzo necesario con resultados eficaces de protección, impulso y consolidación de la igualdad como principio fundamental en el desarrollo integral de cada persona y también de las mujeres. Todo esto dentro del marco jurídico que nos determina dentro de un Estado social y democrático de derecho.

IV. RELACIÓN DE LA LEY 1/2010, DE 26 DE FEBRERO, CANARIA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL.

El objetivo básico de la Ley de Economía Social⁸ tal y como se establece en su Preámbulo “es configurar un marco jurídico que, sin pretender sustituir la normativa vigente de cada una de las entidades que conforma el sector; suponga el reconocimiento y mejor visibilidad de la economía social, otorgándole una mayor seguridad jurídica por medio de las actuaciones de definición de la economía social, estableciendo los principios que deben contemplar las distintas entidades que la forman. Partiendo de estos principios se recoge el conjunto de las diversas entidades y empresas que contempla la economía social. Asimismo, se reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas. Además, se contempla la importancia de la interlocución de los poderes públicos con las organizaciones que representan a las distintas entidades que componen la economía social, propias por su figura

7 Es el caso de Canarias y de su Comunidad Autónoma, que recoge en su Estatuto de Autonomía, dentro del título preliminar, en el art. 5 sobre Derechos y Deberes, de forma expresa en su punto 2.a, que Los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principios rectores de su política: a. La promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran. Así mismo, el art. 30 del Estatuto de Autonomía, recoge en el punto 2, dentro de las competencias exclusivas, régimen de sus organismos autónomos, de acuerdo con la legislación básica del Estado; así en la creación del Instituto Canario de la Mujer se da cumplimiento a toda la materia de igualdad recogida como mandato en la Constitución española y en todos los tratados internacionales de los que participe España. De esta forma, la vinculación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias es directa, en relación a todo lo establecido en los diferentes tratados y normas constitucionales y estatutarias relacionadas con la igualdad, para su respeto y promoción para todas las mujeres en su relación con los hombres.

8 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

jurídica y actividad, subrayando el papel a desempeñar por las confederaciones intersectoriales de ámbito estatal representativas del sector y restaurando con el encaje jurídico más acertado, el Consejo para el Fomento de la Economía Social como órgano asesor y consultivo vinculado al Ministerio de Trabajo e Inmigración, vinculándolo al sector mediante esta Ley, ya que anteriormente estaba incardinado en la legislación estatal de sociedades *cooperativas*⁹.

Aunque la LCIMH es anterior a la Ley de Economía Social, no es obstáculo que permita reseñar las medidas que la norma canaria adopta como mecanismo que fomenta la participación en grado de igualdad de la mujer en la diversidad de los tipos sociales integrantes de dicha normal¹⁰.

Así, las administraciones públicas canarias vienen obligadas¹¹ a aplicar el criterio, principio de actuación o directriz de *mainstreaming* de género, transversalidad y perspectiva de género en todas sus actuaciones, disposiciones normativas, políticas generales y sectoriales, organización, estructura y funcionamiento de sus órganos, servicios y actos administrativos, con la finalidad de eliminar las discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo.

Esta aplicación de la transversalidad de género se debe tener en cuenta lo siguiente: i.- el fomento de la colaboración de todas las administraciones implicadas, de ámbito internacional, comunitario, estatal, autonómico, insular y local, en las políticas de igualdad e igualdad de oportunidades; así como los partidos políticos, sindicatos de trabajadoras y trabajadores, asociaciones empresariales, colegios profesionales y cualquier otra asociación; ii.-la consecución de la igualdad de oportunidades en la política económica, laboral y social, sin que se permitan diferencias salariales por razón de sexo.

Ello, en tanto en cuanto, el objetivo de la LCIMH es la de garantizar la vinculación de los poderes públicos en todos los ámbitos, en el cumplimiento de la transversalidad como instrumento imprescindible para el ejercicio de las competencias autonómicas en clave de género.

9 Preámbulo III Ley de Economía Social

10 Señala el art. 5 Ley de Economía Social; "1. Forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior.

2. Asimismo, podrán formar parte de la economía social aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior, y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el art. 6 de esta Ley.

3. En todo caso, las entidades de la economía social se regularán por sus normas sustantivas específicas".

11 Vid. art. 5 LCIMH.

Y con este objetivo y en relación directa con los tipos de entidades de economía social en la contratación pública, en las ayudas y subvenciones¹² y en la promoción empresarial¹³ en el sector privado, por parte del Gobierno de Canarias, la promoción de la igualdad de género, queda configurada por medio de sus características:

1º) Carácter especial de las medidas que se adopten en la ejecución de un contrato, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, siempre dentro del marco proporcionado por la normativa vigente.

2º) Carácter potestativo en tanto en cuanto, a través de sus órganos de contratación, se podrá establecer esas condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos que celebren, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.

3º) Carácter gratificador condicionado puesto que los órganos de contratación de la Administración autonómica canaria señalarán, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia de la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan la Marca de Excelencia Canaria de Igualdad¹⁴ o desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, siempre que a.-dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas, desde el punto de vista de criterios objetivos, que sirvan de base para la adjudicación, y b.-las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

4º) Carácter sine qua non puesto que para las ayudas y subvenciones, la Administración canaria incorporará en las normas reguladoras indicadores para la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad de género por parte de las entidades solicitantes, salvo en aquellos casos en que, por el origen y

12 Vid. arts. 13 y 14 LCIMH.

13 Vid. art. 28 LCIMH en el sector privado.

14 Establece el art. 39 LCIMH: "1. El Gobierno de Canarias establecerá un reconocimiento para distinguir a aquellas entidades comprometidas con la igualdad entre mujeres y hombres, con la finalidad de incentivar las iniciativas empresariales que implanten medidas para la promoción de la igualdad en la gestión de los recursos humanos, así como mejoras en la calidad del empleo de las mujeres. A estos efectos, se valorará:

- a. La equilibrada representación de mujeres y hombres en los grupos y categorías profesionales, y la adopción de medidas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional en los niveles en los que las mujeres estén subrepresentadas.
- b. Las garantías de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.
- c. Las medidas concretas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.
- d. La implantación de medidas adecuadas de prevención y sanción contra la violencia de género, acoso sexual y por razón de sexo, así como de acoso moral.
- e. La publicidad no sexista.
- f. La implantación de un Plan de Igualdad en la Empresa.
- g. La implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad de oportunidades.

2. Los criterios para la obtención, el control de la ejecución y la renovación de la marca de excelencia serán establecidos reglamentariamente".

objetivo que motiva la petición de la subvención o por la naturaleza de las entidades solicitantes, esté justificada su no incorporación.

5º) Carácter penalizador en tanto en cuanto, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias no formalizará contratos cuyo objeto sean ayudas y subvenciones públicas con aquellas empresas sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente.

Ciertamente, ello permite hacer las siguientes puntualizaciones:

- a) el elemento subjetivo afecta a cualquier tipo de empresa;
- b) el elemento objetivo está referido a la obtención de ayudas o subvenciones públicas;
- c) el elemento temporal de penalización se corresponde al momento inicial previo a la formalización del contrato;
- d) concurrencia de una sanción o condena *previa* a la formalización del contrato con la empresa objeto de ayuda o subvención, no necesariamente a la presentación de la solicitud;
- e) su ámbito jurisdiccional puede ser tanto administrativo como judicial;
- f) deben corresponderse a resoluciones o sentencias que hayan obtenido firmeza;
- g) que la sanción o condena tenga causa en la conducta empresarial que ha alentado o tolerado prácticas laborales discriminatorias;
- h) carácter excluyente beneficioso, en tanto en cuanto, los poderes públicos de Canarias, en el marco de sus políticas de fomento empresarial, deben contemplar ayudas específicas a mujeres para la creación de empresas o ayudas al autoempleo.
- i) carácter protector, pues la Administración canaria, debe establecer medidas de formación, asesoramiento y seguimiento que permitan la consolidación de sus proyectos empresariales.

En definitiva, la LCIHM, queda configurada, en lo referente a la promoción de la igualdad de género, como mecanismo complementario de aplicación por las entidades objeto de la Ley de Economía Social, garantizándose como un plus añadido la determinación de los planes de igualdad que deben ser adoptadas por las empresas, tanto públicas o privadas, y dirigidas: 1º) a promover condiciones y

relaciones laborales de igualdad entre mujeres y hombres; 2º) deben contemplar actuaciones integrales en relación con el conjunto de desigualdades de género puestas de manifiesto por un diagnóstico sistemático en el seno de la empresa, (condiciones de acceso al empleo; contratación; estabilidad laboral; promoción; formación ocupacional y profesional; formación en igualdad de género; igualdad de retribución por trabajo de igual valor; eliminación de la segregación vertical y horizontal; adecuada clasificación ocupacional y profesional de puestos de trabajo de mujeres y hombres; conciliación de la vida familiar y laboral; relaciones laborales no discriminatorias; protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo; representación equilibrada de mujeres y hombres; representación y protección sindical frente a condiciones de vulnerabilidad laboral; participación equilibrada de ambos sexos en la negociación colectiva y en la elaboración de los convenios colectivos; creación de la figura de la promotora, promotor o agente de igualdad de género en la empresa; aplicación de criterios de lenguaje, comunicación y publicidad no sexistas; criterios y mecanismos de actuación, seguimiento y evaluación de impacto de género; seguridad y salud laboral, con especial protección de los derechos de las mujeres embarazadas, puérperas y lactantes, reconociendo el derecho a la acumulación de los períodos de lactancia en el horario laboral).

V. LA FUTURA LEY DE SOCIEDADES DE COOPERATIVAS DE CANARIAS Y LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

El cooperativismo ha resultado ser el más claro exponente de la economía social. El modelo cooperativo tiene una importante función económica, fundamentalmente como factor de progreso de las zonas rurales, ya que es creador de riqueza y empleo, determinando el mantenimiento de los modos de vida y cultura locales, al tiempo que constituye un tipo de sociedad de especial relevancia social que se caracteriza por la solidaridad y la participación de los socios en la toma de decisiones.

Es conocido que el tratamiento de las cooperativas en la legislación española, parte de su reconocimiento en la Constitución de 1978 (art. 129.2) que establece como los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas.

Junto a dicha máxima, la Comunidad Autónoma Canaria¹⁵, tiene atribuida la competencia en materia de cooperativas. Con el objeto de fomentar la creación de sociedades cooperativas en Canarias, se encuentra en fase de tramitación parlamentaria el proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias¹⁶.

15 Vid. el art. 30.24 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de estatuto de autonomía de canarias, modificada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.

16 Dirección URL: <https://sede.gobcan.es>.

Ciertamente, es con la Ley de Economía Social 5/2011 que se marca un punto de inflexión para las políticas de fomento de cooperativas y de la economía social en España y en Europa en dos ámbitos claves: i.- con el reconocimiento de este sector socioeconómico como un interlocutor social en los procesos de elaboración de las políticas públicas, y ii.- en la concepción de toda una batería de políticas de fomento de la economía social.

La fórmula societaria más representativa de la economía social es la sociedad cooperativa, que estadísticamente, desempeña un importante papel como instrumento de desarrollo social equilibrado que aprovecha al máximo los potenciales recursos locales, y con presencia en la práctica totalidad de los ámbitos de actividad humana.

Pero sin duda, las estadísticas así lo conforman, las cooperativas también se han convertido en el medio adecuado, para garantizar la exigencia necesaria del mayor grado de igualdad entre mujeres y hombre en el plano estrictamente económico. Ciertamente, las cooperativas canarias no recogen en su legislación esta máxima en sentido expreso, pero sí en sentido presunto. El legislador canario es consciente de que el cooperativismo ha conocido de profundas transformaciones, que no deben provocar un distanciamiento respecto de los valores y principios cooperativos tradicionalmente considerados, como consecuencia y exigencia de eficacia en la gestión mediante criterios empresariales, lo que, unido a la incorporación de España a la Unión Europea, exige un importante cambio normativo que permita afrontar la nueva situación del mercado europeo. El reto es el mantenimiento de los principios cooperativos, a la vez que se mejora la eficacia en la gestión de las cooperativas.

Es de resaltar que el mejor mecanismo para garantizar el trato igualitario entre mujeres y hombres, es atender a las peculiaridades de nuestra comunidad autónoma. Es así, que el legislador canario, partiendo de dicha premisa, atiende a los mecanismos necesarios que garanticen, con un plus, las medidas tendentes a convertir el plano de igualdad en el ejercicio del cooperativismo.

El modelo de gestión, representativo de las cooperativas, asentado en la democracia, la participación y la igualdad, permite a este modelo de empresa social corregir las desviaciones salariales. En este sentido, es fundamental el hecho de que en las cooperativas se cumplan los convenios colectivos, de vital importancia haber apostado por crear medidas y modificaciones legales, tantas como sean necesarias, que permitan lograr la igualdad salarial como preámbulo de la igualdad real entre mujeres y hombres, el compromiso prioritario radica en garantizar el trabajo de las mujeres empresarias y empoderar a las cooperativas, al ser el arquetipo empresarial que mejor integra la apuesta por la igualdad de oportunidades.

VI. CONCLUSIONES.

El marco normativo nacional e internacional en materia protectora de la igualdad de género en las empresas es amplio. Ciertamente, en las sociedades cooperativas por sus características, dicha máxima igualitaria siempre ha sido ejemplo de tratamiento puntero.

El tratamiento comunitario incide sin duda en la necesidad de no bajar la guardia en el empeño y la búsqueda de la igualdad de género en las empresas. Nuestro marco normativo interno se ha hecho eco de esa búsqueda, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ahora bien, el legislador canario consciente de que prestar especial atención a las especificidades de nuestra tierra, permiten conformar una defensa más amplia, se ha mostrado particularmente sensible con la igualdad, por medio de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre mujeres y hombres y el Proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias de 2014.

La legislación existente y la canaria en particular, entiende que fórmulas promotoras del cooperativismo son mecanismos que potencian la igualdad, en atención a sus valores básicos y en sus estructuras democráticas, en la propia idiosincrasia cooperativa, ayudando a mejorar las condiciones sociales y económicas en muchos lugares del mundo y aún tienen un rol importante que jugar en ese sentido. La promoción de la igualdad de género parte de reconocimiento de que existen una serie de barreras con las que se encuentran las mujeres, por el simple hecho de ser mujer, en el desarrollo de su carrera profesional. Así, la futura Ley de Cooperativas de Canarias, pretende garantizar la igualdad de oportunidades en los órganos de dirección. Su aplicación práctica nos dirá el grado de efectividad.



SEMBLANZAS



EL LEGADO DE PABLO DERMIZAKY Y SU APORTE AL
CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO (HOMENAJE PÓSTUMO)

*PABLO DERMIZAKY'S LEGACY AND HIS CONTRIBUTION TO THE
BOLIVIAN CONSTITUTIONALISM (POSTHUMOUS HONORING)*

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 398-421



Alan E.
VARGAS LIMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 31 de agosto de 2015

RESUMEN: El presente estudio bio-bibliográfico, pretende realizar un bosquejo general acerca de la vida, obra y pensamiento del eminente constitucionalista boliviano Dr. Pablo Dermizaky Peredo(†), describiendo algunos de sus rasgos biográficos más importantes, y desarrollando a su vez, una revisión bibliográfica de sus principales obras, con la finalidad de destacar: su loable labor académica de enseñanza del Derecho Constitucional, su indispensable contribución en la consolidación del primer Tribunal Constitucional en Bolivia, y su extraordinario aporte al desarrollo del constitucionalismo boliviano.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo, derecho constitucional, derechos humanos, Tribunal Constitucional, pedagogía constitucional, reforma constitucional.

ABSTRACT: The present bio-bibliographical study, it tries to realize a general sketch brings over of the life, work and thought of the eminent Bolivian constitutionalist Dr. Pablo Dermizaky Peredo, describing some of his more important biographical features, and developing in turn, a bibliographical review of his principal works, with the purpose of standing out: his coomendable academic labor of education of the Constitutional law, his indispensable contribution in the consolidation of the first Constitutional Court in Bolivia, and his extraordinary contribution to the development of the Bolivian constitutionalism.

KEY WORDS: Administrative law, constitutional law, human rights, Constitutional Court, constitutional pedagogy, constitutional reform.

SUMARIO.- I. Nota introductoria.- II. Trayectoria pública y académica de Pablo Dermizaky.- III. Aporte bibliográfico al Derecho Administrativo.- IV. Enseñanza del Derecho Constitucional.- V. Estudio de la Constitución Política del Estado.-VI. Consolidación del primer Tribunal Constitucional en Bolivia.- VII. Labor de Pedagogía Constitucional.- VIII. Aporte a la Reforma Constitucional.- IX. Epílogo.

I. NOTA INTRODUCTORIA.

Marzo, se distingue principalmente porque el día 19 se celebra el Día del Padre; sin embargo, este año nos embarga la tristeza de una lamentable noticia, dado que ese mismo día se produjo la inevitable partida, en un viaje sin retorno, de quien fue eminente ensayista, diplomático boliviano, abogado constitucionalista, impulsor y primer Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky Peredo, nacido en la ciudad de Trinidad (Beni) el 24 de marzo de 1923; habiendo cursado sus estudios profesionales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba), donde fue uno de los alumnos más destacados de su promoción.

Asimismo, en el ejercicio profesional, desempeñó cargos con reconocida solvencia en el ámbito público y privado, habiendo dedicado gran parte de su vida a la cátedra universitaria, dejando una vasta producción bibliográfica de obligada consulta en varias universidades bolivianas y latinoamericanas. Por otro lado, su vida cotidiana, disciplinada, discreta y sin ostentaciones, estuvo llena de valores éticos y morales, destacándose como un hombre muy respetuoso de las personas, sus derechos y libertades, en apego a las reglas y normas preestablecidas para nuestra convivencia pacífica, convirtiéndose así en un digno ejemplo a seguir.

II. TRAYECTORIA PÚBLICA Y ACADÉMICA DE PABLO DERMIZAKY.

La trayectoria de este ilustre profesor es bastante conocida a nivel nacional e internacional, dado que en forma paralela a su excepcional carrera docente, ejerció igualmente algunas funciones públicas y privadas, además de sus constantes actividades académicas, sobre lo cual se puede mencionar lo siguiente:

• Alan E. Vargas Lima

Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Fue Docente de la Universidad Privada Franz Tamayo y del Centro de Capacitación Municipal. Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Columnista de opinión en el Suplemento "La Gaceta Jurídica", y en el Periódico Digital "Oxígeno". Es miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), y es miembro fundador de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Asesor Legal de la Dirección Jurídica del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>). Correo electrónico: alanvargas84@hotmail.com.

1º) En el ámbito público desempeñó funciones diplomáticas como Secretario de la Delegación de Bolivia a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en los años 1947, 1948 y 1951; Delegado a la Asamblea General de las Naciones Unidas (1969 y 1970); Primer Secretario de la Embajada de Bolivia en Francia y Encargado de Negocios a.i. (1950 a 1952); Cónsul General de Bolivia en Nueva York (1969 a 1971) Embajador de Bolivia en Bélgica y ante la Comunidad Económica Europea (1979–1980); Delegado de Bolivia a Conferencias Internacionales de la OIT, de la OEA y de la Cuenca de la Plata; Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia (1983–1989). Miembro del Consejo Consultivo Permanente del Ministerio de Relaciones Exteriores (1993 a 1997); funciones importantes que las desempeñó con absoluta solvencia, responsabilidad e idoneidad.

2º) En el ámbito privado ha desempeñado el cargo de Asesor Jurídico y Gerente de Relaciones Industriales en la Empresa Manufacturera Boliviana S.A. (MANACO) entre los años 1957-1969; Gerente de la Fábrica de Textiles de Capinota TEXTICA (1971–1972); Gerente General de la Cervecería TAQUIÑA S.A. (1972–1977); Presidente del Directorio de la Empresa Manufactura Boliviana S.A. MANACO (1976–1992).

3º) El Dr. Pablo Dermizaky Peredo fue designado Magistrado Alterno del Tribunal Andino de Justicia (1983–1989); Presidente del Tribunal de Honor del Colegio Departamental de Abogados de Cochabamba (1995–1997); Conjuuez de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba (1997–1998).

Como estudioso y publicista del Derecho Constitucional, impulsó de manera decisiva el control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad en Bolivia. Desde la cátedra universitaria, y en sus libros, ensayos y artículos (publicados en Revistas Especializadas de España, Francia, Chile y Bolivia), conferencias, seminarios o talleres en los que tuvo ocasión de participar; siempre fundamentó la necesidad de crear un Tribunal Constitucional como el máximo intérprete de la Constitución. En este sentido, participó activamente en el proceso de discusión académica del Proyecto de Ley del Tribunal Constitucional y contribuyó con valiosas ideas, iniciativas y sugerencias¹.

Como no podía ser de otra manera, el 24 de julio de 1998, previa calificación de méritos, fue designado, por el Congreso Nacional como Magistrado Titular del Tribunal Constitucional. Una vez tomado posesión del cargo, fue elegido por unanimidad, como Presidente del Tribunal Constitucional, cargo que asumió el 4 de enero de 1999 y lo desempeñó hasta el 15 de febrero de 2001, fecha en la que, por

¹ Los comentarios y observaciones del autor, al entonces Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional, pueden consultarse en: DERMIZAKY PEREDO, P.: *Constitución, Democracia y Derechos Humanos*. Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial. pp. 61-68.

problemas de salud, renunció al cargo de Presidente y Magistrado, privándose al país de uno de los profesionales, juristas y magistrados más probos.

La contribución del Dr. Pablo Dermizaky Peredo en la consolidación del Tribunal Constitucional de Bolivia fue importante, pues junto a sus colegas magistrados trabajó incansablemente en su organización interna, la designación del personal de apoyo, así como en la elaboración y aprobación de sus reglamentos, elaboración del presupuesto y otras actividades. En el ejercicio de la Presidencia del Tribunal, demostró sus cualidades de hombre probo, líder de equipo, inculcando la mística de trabajo, dentro de los márgenes de seriedad y responsabilidad.

4º) En el ámbito académico, fue Catedrático de las materias de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, entre los años 1972 a 1988. También desempeñó el cargo de profesor de Sociología en la Escuela de Comando y Estado Mayor del Ejército (1975–1978); y profesor de la materia de Geopolítica de la misma institución (1988–1990–1993). La labor docente la desempeñó de manera activa, combinándola con la investigación y la difusión del pensamiento constitucional, a través de conferencias y disertaciones en mesas redondas y talleres, en diversas unidades académicas del país.

En el ejercicio de la docencia volcó a favor de los estudiantes, sin mezquindad alguna, la gama completa de sus conocimientos adquiridos con años y años de estudio; es que el Dr. Pablo Dermizaky Peredo fue uno de los pocos constitucionalistas bolivianos que no cultivó la disciplina a mitad de camino, al contrario, hizo del estudio de esta disciplina una de sus grandes pasiones. Fruto de su entrega al estudio y enseñanza del Derecho Constitucional y Administrativo, fue distinguido como Profesor Honorario de la Universidad Boliviana “General José Ballivián” de Trinidad–Beni; Profesor Honorario de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, y Profesor Honorario de la UPSA de Santa Cruz; además de haber sido declarado Ciudadano Meritorio de Cochabamba, distinción otorgada por el Gobierno Municipal de Cochabamba; recibiendo la Medalla de Oro al Mérito Profesional, por parte del Colegio de Abogados de Cochabamba. Años más tarde, fue incorporado como Miembro Honorario de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC), y también fue miembro correspondiente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC–México)².

2 Los rasgos biográficos del profesor Pablo Dermizaky, se encuentran detallados en las páginas preliminares del Libro colectivo: *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*, que fue editado hace más de diez años atrás, en homenaje a este destacado constitucionalista boliviano, por parte de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (2002). Una breve justificación de este homenaje, ahora puede consultarse en el siguiente sitio web: <http://www.abec.org.bo/index.php/publicaciones/item/21-analisis-de-la-reforma-a-la-constitucion-boliviana>. Asimismo, los materiales bibliográficos disponibles en la red internet, correspondientes a algunas de las publicaciones más importantes del profesor Pablo Dermizaky (en el período 1993-2012), pueden consultarse en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=531357>. Por otro lado, algunos datos sobre la obra literaria de este autor boliviano, se encuentran descritas en el Diccionario Cultural

Sin embargo, en esta oportunidad me interesa rescatar su notable faceta académica, reseñando algunas de sus obras más importantes, para poner de relieve la lucidez de su pensamiento y su indudable trascendencia en el desarrollo y evolución del constitucionalismo boliviano.

III. APORTE BIBLIOGRÁFICO AL DERECHO ADMINISTRATIVO.

En este sentido, debemos comenzar señalando que la producción bibliográfica del profesor Pablo Dermizaky, empieza en el año 1985, cuando publica la primera edición de su libro sobre “*Derecho Administrativo*”, producto de la experiencia recogida en las aulas universitarias, al ritmo de las exposiciones diarias e inquietudes de sus alumnos. Se trata de una obra, cuyo contenido fue “decantado a través de numerosas consultas de otros textos nacionales y extranjeros, y de revisiones periódicas por las cuales el profesor renovaba constantemente sus lecciones, de manera que los alumnos encontraban siempre algo nuevo y algo mejorado, de un semestre a otro” (palabras del autor en la introducción de la obra)³. Ello, muestra la constante revisión y actualización a que era sometido el texto (que alcanzó su quinta edición en el año 2001) por parte de su autor; quien en la medida de sus posibilidades académicas, no escatimaba esfuerzo alguno para brindar un material de estudio útil, práctico y didáctico –rasgos que caracterizaron toda su obra–, dirigido a los estudiantes universitarios, y también a los profesionales del Derecho.

Entre los temas que conformaban el contenido mínimo de la materia que ofrecía el libro en aquel tiempo, se encuentran: la Ciencia de la Administración, la Administración Pública y Privada, el Derecho Administrativo, la Personalidad de la Administración, la Responsabilidad del Estado y de la Administración, la Organización Administrativa, la Competencia y Jerarquía Administrativas, la Centralización y Descentralización Administrativa en Bolivia, la Organización Administrativa en Bolivia, los Actos Administrativos, los Contratos Administrativos, los Servicios Públicos, la Función Pública, la Carrera Administrativa, el Dominio Público, la

Boliviano: <http://elias-blanco.blogspot.com/2011/11/pablo-dermizaky-peredo.html> Entre sus últimas obras, se encuentra precisamente el libro: *Justicia Constitucional* (La Paz, Bolivia: Editorial Plural, 2010), que recoge seis trabajos escritos por el autor durante los últimos años, algunos de ellos con motivo de sus compromisos académicos dentro y fuera del país, y que están unidos por el hilo conductor de una materia común –la justicia constitucional– que es un elemento esencial de la democracia y del Estado de Derecho. Finalmente, una columna de opinión, dedicada a la memoria del maestro Pablo Dermizaky Peredo, destacando facetas notables de su personalidad, y poniendo de relieve su aporte al constitucionalismo boliviano, fue publicada en el periódico Los Tiempos (Cochabamba, 26 de marzo de 2015), por el Dr. José Antonio Rivera Santivañez, quien fue su discípulo en la Universidad, y colega en el primer Tribunal Constitucional de Bolivia; escrito que se encuentra disponible en el siguiente enlace: http://www.lostiempos.com/diario/opiniones/columnistas/20150326/a-la-memoria-del-maestro-pablo-dermizaky-peredo_295918_653173.html.

- 3 El texto, fue diseñado para la enseñanza – aprendizaje del estudiante universitario y del profesional en Derecho; de ahí que el profesor Dermizaky sostenía que: “*La formación del Abogado exige que éste vaya habituándose desde las aulas universitarias al conocimiento, manejo e identificación de las normas concernientes a cada capítulo de la especialidad. Así lo ha remarcado en sus clases el profesor a sus alumnos, para que éstos cobren conciencia de la importancia que ambas partes (doctrina y legislación) tienen en su formación. De ahí que el texto contenga no solamente profusión de citas, sino transcripciones de muchos textos legales pertinentes y en vigencia*”. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Derecho Administrativo*. La Paz, Cochabamba, Bolivia (1985): Editorial Los Amigos del Libro, pp. 5-6.

Función Jurisdiccional de la Administración, los Recursos, Procesos y Procedimientos Administrativos; temáticas cuyo contenido y desarrollo se encuentran expuestos con bastante claridad y precisión en el texto, que se constituyó en uno de indispensable consulta en varias Universidades bolivianas.

Luego de haberse agotado aquella primera edición, en el año 1988 el autor publicó una segunda edición de la obra, enriqueciendo el contenido de la mayoría de sus capítulos, con base en la bibliografía más reciente que pudo consultar en aquel tiempo (consistente en obras publicadas en España y en varios países de América Latina durante los años 1983 a 1987, según aclara el mismo autor), habiendo agregado al texto, algunos temas referentes a: Gobierno Local o Municipal, Aclaración, Modificación y Extinción de los Actos Administrativos, y el Régimen Disciplinario en la Función Pública, actualizando los distintos capítulos conforme a las reformas de la legislación boliviana hasta ese tiempo.

Y es que según el criterio del profesor Pablo Dermizaky: "El Derecho Administrativo es una disciplina dinámica, sujeta a constante revisión en su doctrina y legislación, por lo mismo que versa sobre la compleja problemática jurídica de la Administración Pública que abarca un campo cada vez mayor"; por lo que, abrigaba la esperanza de que su Manual, llenara las expectativas de los estudiantes de Derecho, que tan buena acogida dispensaron a la primera edición de la obra, y que necesitaban de una clara orientación en una materia tan importante como ésta⁴.

Esta muy didáctica obra del Dr. Dermizaky, que pronto se convirtió en una de indispensable consulta en las Universidades bolivianas, llegó a su tercera edición en 1997, y una cuarta edición en 1999⁵ (con la colaboración de la Editorial Judicial de la ciudad de Sucre), destinada a satisfacer la demanda de profesores y estudiantes, que requieren de un manual donde se conjuga la doctrina administrativa contemporánea con la legislación boliviana que, aunque deficiente, incorpora cada año otras normas sobre la materia, siendo que en ese mismo año se había anunciado la aprobación de una Ley de Procedimientos Administrativos; "pero aún queda mucho camino por recorrer –decía el autor en aquel tiempo–, no existe una ley completa sobre organización de la administración pública, ni otra sobre el *proceso contencioso-administrativo*, ni sobre actos y contratos administrativos, etc."(sic).

4 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Derecho Administrativo*. La Paz, Cochabamba, Bolivia (1988): Editorial Los Amigos del Libro, 2ª edición ampliada y actualizada, p. 10.

5 En ese mismo año, ya en su calidad de Presidente del Tribunal Constitucional, el Dr. Pablo Dermizaky asistió como expositor al Seminario: "Derecho Administrativo y Sistemas de Regulación", organizado por la entonces Superintendencia de Recursos Jerárquicos y el Instituto Internacional de Gobernabilidad, en cuyo evento participó con uno de los temas de su especialidad, bajo el interesante título: "La protección jurídica del ciudadano. La defensa del administrado en el derecho constitucional y administrativo". Ensayo que fue publicado en la Revista Internacional de Administración Pública (México), y en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (1999), disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976156.pdf>.

En la quinta y última edición de esta obra del profesor Pablo Dermizaky (publicada el año 2001), se actualizó la mayor parte del texto, incluyendo un nuevo capítulo sobre el *Sistema de Regulación Sectorial*, que se refiere al denominado *Derecho Regulatorio*, incorporado en las demás legislaciones del mundo como consecuencia de la Reforma del Estado realizada en las últimas décadas del siglo XX; y es que, según el autor, “Se trata de instituciones (los entes reguladores) esenciales para la ejecución de dicha reforma, que en nuestro país no están funcionando aún como se espera. Faltan ajustes y las normas complementarias que el sistema requiere para mover una maquinaria moderna y compleja” (sic).

De la revisión del texto, se evidencia que esta obra no llegó a incorporar en su contenido, el análisis correspondiente acerca de los alcances y limitaciones (virtudes y defectos) de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, promulgada en fecha 23 de abril de 2002. Sin embargo, ello no significa que el autor se hubiera mostrado ajeno a esta reforma en el ordenamiento jurídico administrativo, más al contrario, participó activamente en el debate acerca de la configuración normativa, naturaleza y alcances del entonces Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo que se discutía a nivel del Congreso Nacional⁶.

IV. ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

En la época en que impartía la docencia universitaria, el profesor Pablo Dermizaky también llegó a sistematizar con bastante destreza académica y amplio dominio de la materia, el contenido mínimo de la disciplina del Derecho Constitucional para su enseñanza a nivel universitario en Bolivia, ello con la profunda convicción de que:

“La enseñanza del Derecho Constitucional y de los preceptos constitucionales, es una necesidad vital no sólo para los juristas y para los estudiantes de Derecho, sino para la población en general. Un pueblo que desconoce sus derechos, no puede invocarlos. La educación es, por ello, el principal instrumento de defensa que tiene el hombre común contra la arbitrariedad de los poderosos” (palabras del autor en la introducción de la obra, que se hallan reproducidas en posteriores ediciones).

Fue así que, en el mismo año de 1985, publicó su Curso de “Derecho Constitucional” dividido en dos volúmenes (Derecho Constitucional. Tomos I y II. Biblioteca San Simón. Cochabamba, Bolivia: Imprenta Universitaria, 1985 y 1986,

6 Así por ejemplo, en ocasión de analizar las disposiciones del entonces Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo (9 de julio de 1999), el profesor Pablo Dermizaky hizo conocer sus observaciones puntuales en cuanto a la denominación del proyecto, el ámbito de aplicación, el régimen de supletoriedad de otras normas respecto a la falta de disposición expresa, la capacidad del administrado para actuar, la competencia de los órganos de la Administración Pública, los derechos de los administrados, el silencio de la administración, los actos administrativos, y algunas otras deficiencias formales del proyecto legislativo, todo ello a la luz de la legislación comparada y vigente en ese tiempo. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: “Breve comentario al Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo”, en AA.VV.: Revista Opiniones y Análisis, núm. 44, *Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo*. La Paz, Bolivia (1999): Fundemos y Fundación Hanns Seidel Stiftung, pp. 29-38.

respectivamente)⁷, cumpliendo así una responsabilidad académica, en su calidad de Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, en donde formó varias generaciones de constitucionalistas que desde entonces hasta ahora siguieron sus pasos, transitando por el sendero de la enseñanza, trazado diligentemente por el Maestro.

Cabe agregar que una vez agotada aquella primera edición del Libro –dividido inicialmente en dos tomos no muy extensos–, el autor consideró pertinente publicar una segunda edición de la obra, esta vez condensando los contenidos temáticos de ambos tomos, en un solo volumen (presentación que conservó en las posteriores ediciones); y es que, definitivamente –según aclara el mismo autor– se trató de un nuevo libro “sobre la base del anterior, pero actualizado, enriquecido y concordado con nuevos capítulos, con la legislación secundaria del país y con declaraciones y convenios internacionales”(sic). Hay que destacar que esa visión, ciertamente constituía una forma muy peculiar de enseñar y difundir la disciplina por parte del profesor Pablo Dermizaky en aquel tiempo, siendo que además, en esa nueva edición, el autor vio por conveniente comparar “la constitución vigente con las anteriores a 1967, y con otras de Europa y América, en cuanto concierne a las principales instituciones que rigen en Bolivia y a otras que juzgamos debieran incorporarse a nuestra legislación fundamental”.

Es de rescatar su lectura muy clara de la realidad nacional y mundial, acerca del desarrollo de la disciplina hasta ese tiempo, y su estrecha relación con la evolución de los derechos humanos, en el siguiente sentido:

“El Derecho Constitucional reverdece cada día en los predios domésticos y en el campo internacional. Las declaraciones, así como los convenios universales y regionales han dado un gran impulso a esta ciencia que está por convertirse en el marco de las instituciones básicas del siglo veintiuno a nivel mundial. Aunque, por desgracia, están lejos de desaparecer las guerras y la violencia, con su secuela de atropellos a los derechos y a la dignidad del hombre, éste no cesa en su empeño multiseccular por establecer un orden internacional y nacional, basado precisamente en el respeto a esos derechos. Como en los primeros tiempos, y aún más que entonces, el hombre lucha contra sus semejantes para desterrar la injusticia, el

7 “El curso está separado en dos partes –según justificaba el profesor Dermizaky en la introducción de su obra–, siguiendo la división tradicional de la asignatura en una parte teórica, doctrinal o ‘dogmática’, que se ocupa de los derechos fundamentales y de las garantías de los mismos; y de otra parte llamada ‘orgánica’ porque trata de la constitución y funcionamiento de los órganos de gobierno, así como de los regímenes especiales introducidos desde 1938 como aporte del constitucionalismo social que se abrió cauce después de la Primera Guerra Mundial”. En definitiva, se trata de una histórica primera edición, en donde Pablo Dermizaky expresa su agradecimiento a la Universidad cochabambina “en cuyas aulas se formó el autor y donde profesa esta materia y la de Derecho Administrativo desde hace muchos años”(sic); sin embargo, es también una edición agotada, cuyo único ejemplar, solamente me ha sido posible encontrar en la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Mayor de San Simón de la ciudad de Cochabamba.

racismo, la discriminación y el odio que son origen de los males que padece la humanidad. Es reconfortante observar que, en vez de decaer, acrecen los esfuerzos en pro de ese ideal mientras arrecia la embestida del armamentismo y su cortejo, la violencia, la miseria y la opresión” (palabras del autor; en el prólogo de la segunda edición de su obra, publicada el año 1991).

En esta obra (que ha cumplido 30 años de vigencia desde su primera edición, y gracias a su amplia acogida llegó a su décima edición actualizada en el año 2011)⁸, el profesor Pablo Dermizaky sostenía que el Derecho Constitucional, “es una rama del Derecho Público Interno que determina (léase estudia) la organización jurídica y política del Estado, así como los derechos y deberes de los ciudadanos”; vale decir, que se trata de una ciencia fundamental –según criterio del autor–, a la cual confluyen y se subordinan todas las ramas del derecho público y privado, ello siguiendo el criterio de Kelsen, quien decía que constituye el fundamento de todo el derecho restante.

En cuanto a su naturaleza, el autor precisaba que esta disciplina: “Es una materia esencialmente jurídica porque contiene preceptos de aplicación obligatoria, y formalmente política porque se refiere a las instituciones de éste género que se relacionan con el Estado”⁹. Cabe anotar que la breve definición antes descrita, justifica su sencillez en los destinatarios de la obra, que fueron precisamente los estudiantes universitarios (de primer o segundo año de carrera) que recién se introducían al estudio de la disciplina, con absoluta incertidumbre acerca de su naturaleza jurídica, su contenido y alcances¹⁰.

8 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Derecho Constitucional*. Cochabamba, Bolivia (2011): Grupo Editorial Kipus, 10ª edición revisada y concordada con la Constitución vigente y las leyes de desarrollo constitucional. Entre las diversas reacciones, favorables y contrarias, que provocó la aprobación del proyecto de Constitución en el año 2009, y en plena víspera de su aprobación mediante referendo popular, resulta interesante encontrar la opinión del Dr. Pablo Dermizaky, quien expresaba su profunda preocupación y descontento frente al texto definitivo de aquel proyecto, con las siguientes palabras: “La criatura que se tratará de bautizar el 25 de enero próximo, ha nacido con defectos incurables de ilegalidad, con malformaciones elefantíasicas en su redacción y con impropiedades de conceptos que la desfiguran totalmente. El constitucionalismo contemporáneo se basa en la Constitución normativa como ley fundamental del orden jurídico. Normativa significa que todos los preceptos, principios y valores contenidos en la Constitución, y que forman el “bloque de constitucionalidad”, son directamente aplicables, sin necesidad de reglamentación previa, y exigibles ante la justicia. (...) El proyecto de Constitución (a ser sometido a votación el próximo 25 de enero) es un anacronismo porque la mayoría de sus cláusulas son programáticas, es decir meramente declarativas, propias de un programa electorero y no de una ley fundamental. Véanse, a propósito, los arts. 16, 18, 19, 20, 33, 35-I, 37, 41, 54, 67, 267 y 313, relativos a los derechos expectacitivos sobre salud, educación, vivienda, medio ambiente, erradicación de la pobreza, reivindicación marítima, entre algunos. El texto es ampuloso y rebuscado. Hay repeticiones innecesarias y contradicciones flagrantes. Se repite los caracteres de la educación en los arts. 78.II y 91.II, como ejemplo”. DERMIZAKY PEREDO, P.: “Muchas cláusulas son declarativas”. Análisis publicado en el periódico Los Tiempos (20 de enero de 2009). Disponible en: http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/nacional/20090120/muchas-clausulas-son-declarativas_22553_35411.html.

9 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Derecho Constitucional*. Cochabamba, Bolivia (1996): Editorial Serrano, 3ª edición ampliada y actualizada, pp. 20-21.

10 “El concepto de Derecho Constitucional –decía Dermizaky– fluye, naturalmente, del de Constitución, aunque bien es cierto que lo rebasa porque, como observa Linares Quintana, esta disciplina se ocupa no sólo de la normativa, sino de las instituciones propias del Estado. Por ello se dice que el Derecho Constitucional es esencialmente jurídico (normativo) y formalmente político (institucional)...”. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*. Cochabamba, Bolivia (2005): Editorial Alexander, 2ª ed., p. 178.

Asimismo, conviene recordar que una de las fuentes de esta disciplina, y la más importante, es precisamente la Constitución¹¹, sobre la cual, el profesor Pablo Dermizaky explicaba su significado, señalando que: “Una Constitución es el código, norma o ley fundamental de un país, que determina la estructura jurídico-política del Estado, la forma o sistema de su gobierno y los derechos y deberes de la población.”, y agregaba además que: “como toda norma legal, la Constitución no es un fin en sí, sino un medio para conseguir el equilibrio entre gobernantes y gobernados, fijando límites y controles al poder de los primeros, y derechos y obligaciones para los segundos”¹².

Esta concepción, describe el contenido mínimo de toda Constitución, en consonancia con el postulado liberal expuesto en el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), que estableció expresamente lo siguiente: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”. Esta declaración –decía Dermizaky en su obra–, coincidente con la primera Constitución escrita (la de Estados Unidos de Norteamérica de 1787), precisa el significado moderno del vocablo Constitución, en el sentido de norma fundamental que establece la organización del gobierno en órganos separados que impiden la concentración del poder en uno sólo de ellos, lo que garantiza los derechos fundamentales de las personas.

Esta idea de Constitución, plasmada en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, nos ayuda a comprender la estructura básica que debe poseer toda Constitución, dividida clásicamente en dos partes: dogmática y orgánica. Sin embargo, cabe considerar que según la doctrina constitucional contemporánea, la Constitución contiene diversas clases de normas, como las *axiológicas* (que consagran los valores supremos y principios fundamentales), *dogmáticas* (que proclaman los derechos fundamentales y garantías constitucionales), y las *orgánicas* (que regulan la organización del Estado y el ejercicio del Poder Público); de ahí que, actualmente la mayoría de las Constituciones latinoamericanas se caracterizan por hallarse precedidas de una *parte axiológica* donde se establecen los principios fundamentales y valores supremos (principios y valores ético-morales, en el caso de Bolivia) que son transversales a todo el ordenamiento jurídico¹³.

11 “La Constitución –decía Pablo Dermizaky– es el silabario de la ciudadanía. En ella debe aprender el hombre las primeras letras de su naturaleza política y social; sus derechos, sus deberes, las posibilidades y limitaciones que moldean su actividad en una sociedad organizada. De ahí que la Constitución debe ser enseñada y divulgada en todas partes, en la escuela y en el hogar, en el gobierno y en la Universidad, en la empresa y en el taller, en los colegios profesionales y en el foro sindical. La Constitución es el catecismo de la nacionalidad, el breviario del honor, el oráculo de la verdad.”. Cfr: Prólogo de Pablo Dermizaky Peredo, al libro de: RIVERA SANTIVÁÑEZ, J.A.: *Reformas a la Constitución: ¿Modernización del Estado?* Cochabamba, Bolivia (1994): Editorial Kipus.

12 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Derecho Constitucional*, cit., pp. 47 y 49.

13 De ahí que, la Constitución se puede definir como un pacto social y político adoptado por el pueblo, en el cual se determina el sistema constitucional del Estado, estableciendo las reglas básicas para lograr una convivencia pacífica y la construcción de una sociedad democrática, basada en los valores supremos, como ideales que una comunidad decide constituir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico y expresarlos en su estructura social-económica-política; los *principios fundamentales*, como los presupuestos

V. ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

Cabe destacar también que en el año 1987, el profesor Dermizaky, publicó una versión comentada y concordada de la Constitución Política del Estado de 1967 (que hasta ese tiempo había cumplido veinte años de vigencia en Bolivia), con el propósito de llenar un vacío en la bibliografía jurídica boliviana, dado que hasta ese tiempo no existía un texto de la Constitución Política concordado con la propia Constitución y con la legislación secundaria, así como con las principales Declaraciones Internacionales de Derechos que constituyen parte esencial del Derecho Constitucional codificado de nuestro tiempo. En ese propósito, esta edición comentada de la Constitución “contiene un estudio general sobre la Constitución boliviana, sus concordancias, notas y comentarios que han sido sugeridos al autor a través de la enseñanza de la cátedra y de la lectura del Derecho Constitucional comparado, así como el texto de otras Constituciones. Las notas y comentarios son breves, como corresponde al propósito enunciado, pues los estudiosos encontrarán un desarrollo más amplio de los temas, en la obra del propio autor...” (sic).

Esta versión comentada de la Constitución, incluye un estudio preliminar sobre la naturaleza y contenido de la Constitución, algunos antecedentes de la Constitución boliviana –haciendo referencia a las características principales de la Constitución Bolivariana y sus fuentes de inspiración–, para luego precisar la estructura de la Constitución vigente en aquel tiempo (promulgada el 2 de febrero de 1967), observando el autor, que a diferencia de la mayoría de las Constituciones, “la Constitución boliviana no está precedida de un preámbulo que condense sus postulados esenciales, como ocurre en la mayoría de las Constituciones de Europa y de América” (sic), al tiempo que describía los principios del constitucionalismo liberal y social, que inspiraron sus diferentes disposiciones.

lógicos y líneas rectoras o básicas del sistema constitucional que orientan la política interna y externa del Estado; así como en *los derechos fundamentales y garantías constitucionales* de las personas, cuya garantía de cumplimiento y observancia, constituye uno de los fines y funciones esenciales del Estado Plurinacional, que además tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. Cfr. RIVERA SANTIVANEZ, J. A.; JOST, S. y otros: *La Constitución Política del Estado. Comentario Crítico*. Cochabamba, Bolivia (2005): Talleres Gráficos Kipus, 3ª edición, actualizada con las reformas del 2004. p. 38. Por su parte el Tribunal Constitucional de Bolivia, en la Sentencia Constitucional N°0773/2005-R, de fecha 7 de julio de 2005, ha establecido que los principios fundamentales ocupan un lugar preponderante en nuestro ordenamiento constitucional; “Estos principios hacen referencia a las normas que fundamentan todo el sistema constitucional y tienen por objeto determinar los rasgos esenciales del sistema político, la titularidad del poder, la modalidad de su ejercicio, así como su finalidad. Estos principios constituyen verdaderos mandatos jurídicos, dirigidos, en primer término, al legislador -y también al órgano ejecutivo, cuando asume su facultad reglamentaria-, para que sean tomados en cuenta en el proceso de creación de las normas, pues al ser éstos la base en la que se inspira el modelo de sociedad que la Constitución propugna, debe existir armonía entre la ley a crearse y los principios constitucionales. En segundo término, los principios, como mandatos jurídicos, también se dirigen a las autoridades judiciales o administrativas que van a aplicar las normas jurídicas, en el entendido que al ser jerárquicamente superiores, presiden la interpretación de todo el ordenamiento, e inclusive de la Constitución misma. Las funciones anotadas, coinciden con el carácter informador del ordenamiento jurídico, que tienen los principios; carácter que, de acuerdo a la doctrina, implica que estos principios son directrices para la elaboración de las leyes y para la labor interpretativa, además de ser un parámetro para determinar la inconstitucionalidad de las normas (...).”

Ante la favorable acogida que tuvo aquella primera edición del texto constitucional, el profesor Dermizaky publicó en el año 1992, una segunda edición de los comentarios y concordancias de la Constitución vigente en ese tiempo, incluyendo esta vez, una propuesta de reformas a la Constitución Política del Estado¹⁴.

En dicho trabajo, a modo de adherirse a los diversos sectores de la población que exigían una profunda reforma constitucional, planteó por vez primera, la siguiente sugerencia: “Debe incluirse un artículo que reconozca oficialmente que Bolivia es un Estado Plurinacional y pluricultural; que protege la existencia, idiomas, cultura y desarrollo de las nacionalidades asentadas en su territorio, y que promueve su integración efectiva con el resto de la población”. Esta propuesta, muestra la lectura muy objetiva de la realidad boliviana, por parte del autor; en cuanto a su composición social eminentemente plural y diversa, a cuyo efecto, también ponía de relieve la necesidad de proteger y preservar la cultura de los pueblos indígena originario campesinos, cuyos idiomas y cosmovisiones, actualmente han alcanzado un justo reconocimiento constitucional (a través de la Constitución aprobada el año 2009).

VI. CONSOLIDACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA.

Por otro lado, haciendo referencia a los alcances muy restringidos que hasta la década de los años 90 tenía el control de constitucionalidad en la legislación boliviana, en su propuesta de reforma constitucional, el profesor Dermizaky observaba también lo siguiente:“(...) el control se ejerce a instancia de parte solamente, y no de oficio, y la declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia entraña la inaplicabilidad de la norma solamente en el caso concreto cuestionado, y no la abroga ni tiene efecto erga-omnes”; por ello, se constituye en uno de los primeros juristas bolivianos, que con bastante sabiduría planteó la necesidad de incorporar un Tribunal Constitucional en Bolivia, que se encargue del control de constitucionalidad de las leyes, a cuyo efecto, con base en el amplio bagaje de conocimientos que poseía sobre la materia, el autor argumentaba que:

14 Esta propuesta integral de reformas, ya había sido presentada con anterioridad por el mismo autor, en ocasión del primer Seminario sobre “Reformas Constitucionales”, llevado a cabo los días 31 de octubre y 1º de noviembre de 1991, en la ciudad de Santa Cruz, con los auspicios de la Directiva de la H. Cámara de Diputados y de su Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial. En su contenido, desarrolló diversos temas que en su criterio eran esenciales y necesarios de modificar o incorporar a la Constitución, como por ejemplo: *Prámbulo, Símbolos, idioma y territorio, Estado Plurinacional, Responsabilidad del Estado, Derecho Internacional, Derechos Fundamentales, Derechos no mencionados en la Constitución, Gobiernos usurpadores, Ciudadanía, Ampliación de los Derechos políticos* (proponiendo la incorporación de: la iniciativa popular, el referéndum, la revocatoria, las candidaturas cívicas o agrupaciones ciudadanas), *Órgano Legislativo, Órgano Ejecutivo, Régimen Interior, Poder Judicial, Control de Constitucionalidad, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Recursos Naturales, Medioambiente y Ecología, Gobiernos Municipales, Conservación del orden público, Procedimiento para reformar la Constitución*, además de algunas correcciones de forma y otras medidas indispensables. Cfr. Honorable Cámara de Diputados – Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial: *La Reforma Constitucional*. La Paz, Bolivia (1992): Empresa Editora PROINSA. pp. 55-82.

“Esta materia es la base del orden jurídico nacional y, por lo tanto, debe confiarse a un tribunal especial que se ocupe de examinar, de oficio, la legalidad de las leyes, decretos y resoluciones, antes de su aprobación (lo que no ocurre actualmente en Bolivia); que declare de oficio la inconstitucionalidad de leyes, decretos y otras normas vigentes; que falle en las demandas, a instancia de parte, sobre inconstitucionalidad de las mismas normas; que conozca, de oficio o a denuncia, sobre la ilegitimidad de los nombramientos de altos funcionarios de Estado, etc.”¹⁵.

Posteriormente, y haciéndose eco de ésta y otras propuestas que surgían de los principales actores de la sociedad boliviana, en 1993 el entonces Congreso Nacional emitió la Ley N° 1473 que declaró la necesidad de reformar la Constitución Boliviana, proponiendo entre otros aspectos, la incorporación de tres instituciones esenciales para consolidar la democracia y proteger los derechos de las personas: *El Defensor del Pueblo, El Tribunal Constitucional, y el Consejo de la Judicatura*, mismas que fueron incorporadas como parte de la institucionalidad boliviana, a través de la Ley N° 1585 de Reforma a la Constitución Política del Estado, de fecha 12 de agosto de 1994¹⁶, que introdujo diversas modificaciones al texto constitucional que hasta ese entonces, se hallaba vigente sin cambio alguno desde el año 1967.

A ello se debe agregar, que dicha reforma constitucional indudablemente se constituye en un hecho trascendental con una importancia histórica sin precedentes dentro del sistema constitucional, puesto que en aquella oportunidad, y por vez

15 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Constitución Política del Estado (Con Introducción, Notas, Comentarios y Concordancias por el Dr. Pablo Dermizaky Peredo)*. Cochabamba – La Paz, Bolivia (1992): Editorial Los Amigos del Libro, 2ª ed., p. 39. Años más tarde, en una conferencia pronunciada por el autor en la ciudad de Cochabamba (1996), y a tiempo de referirse al entonces Anteproyecto de Ley del Tribunal Constitucional, hizo conocer su opinión señalando que: “La importancia de la jurisdicción constitucional coloca al Tribunal Constitucional en la cúspide de la pirámide institucional del país. De su labor dependerá en gran medida, el desarrollo positivo de la vida pública y privada, por lo que, debe tener la confianza de gobernantes y gobernados por igual. Lamentablemente, el marco constitucional no constituye base sólida para su organización y funcionamiento. Quienes participamos de alguna manera en su alumbramiento, tenemos la responsabilidad histórica de llamar la atención sobre esta circunstancia, para que la criatura no nazca lisiada, incapaz de cumplir su misión”. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Constitución, Democracia*, cit. p. 67.

16 Mediante dicha reforma constitucional, se modificaron aproximadamente treinta y cinco artículos de la Constitución boliviana, cuyo alcance puede resumirse en lo siguiente: a) Inserción de los pueblos originarios y comunidades indígenas a la estructura social del Estado, a cuyo efecto se definió la estructura social como multiétnica y pluricultural, así como de las bases de su organización como son la unión y la solidaridad; b) Modificaciones en el sistema electoral, cambiando el requisito de la edad para el ejercicio de la ciudadanía de 21 años que regía hasta entonces, a 18 años; c) Fortalecimiento del entonces Poder Legislativo, a través de la reforma del sistema de elección de los Diputados para devolverles legitimidad y representatividad, con la introducción del sistema del doble voto en circunscripciones uni y plurinominales; d) Estabilidad y gobernabilidad en el ejercicio del gobierno nacional, reformando las reglas para la elección congresal del Presidente y Vicepresidente de la República, en aquellos casos en los que ninguno de los candidatos obtenga mayoría absoluta de votos en las elecciones generales; e) Plena vigencia y protección de los derechos humanos como base del orden democrático constitucional, a cuyo efecto se ha creado la Defensoría del Pueblo con la misión de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación al sector público; f) Fortalecimiento de los gobiernos locales autónomos como unidades básicas del desarrollo sostenible sobre la base de la planificación participativa y el control social; g) Seguridad jurídica y fortalecimiento del orden constitucional reformando la estructura del entonces Poder Judicial (actual Órgano Judicial), mediante la creación del Tribunal Constitucional como máximo intérprete jurisdiccional de la Constitución, asignándole la función del control concentrado de constitucionalidad. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, J.A.: “Reforma Constitucional en Democracia”, en AA.VV.: *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*. Santa Cruz, Bolivia (2002): Editorial El País. pp. 5-8.

primera en la historia republicana de nuestro país, se reformó la Ley Fundamental dando cumplimiento a los mecanismos y procedimientos especialmente previstos al efecto por la propia Constitución, vale decir que se aprobó, sancionó y promulgó la Ley de Reforma Constitucional en observancia de las normas previstas por los arts. 230 al 232 del texto constitucional vigente en ese tiempo.

No obstante la vigencia de la Constitución reformada, el Tribunal Constitucional de Bolivia no ingresó en funciones sino hasta julio de 1998, cuando el entonces Congreso Nacional, previa calificación de méritos, designó a los Magistrados del primer Tribunal Constitucional de Bolivia, que se instaló formalmente el 5 de agosto de 1998, e inició sus labores jurisdiccionales el 1° de junio de 1999 (luego de su “*vacatio legis*”), con el respaldo de la Ley N°1836 de 1° de abril de 1998, emitida para regular su estructura, organización y funcionamiento.

Fue en ese tiempo, que los miembros del flamante Tribunal Constitucional (René Baldivieso Guzmán, Hugo de la Rocha Navarro, Willman Durán Ribera y Elizabeth Ñiguez de Salinas), por voto unánime eligieron al Dr. Pablo Dermizaky Peredo, para que asumiera la presidencia de dicha institución; cargo que asumió el 4 de enero de 1999 y lo desempeñó con dignidad hasta el 15 de febrero de 2001, fecha en la cual, por problemas de salud, renunció al cargo de Presidente y Magistrado, privándose al país de uno de los profesionales, juristas y magistrados más probos de los últimos tiempos.

El Dr. José Antonio Rivera Santivañez –que se desempeñó como Magistrado suplente durante la primera época del Tribunal Constitucional de Bolivia–, en su reciente columna de opinión dedicada a la memoria del Maestro, brinda un testimonio de la faceta de Juez Constitucional del Dr. Pablo Dermizaky, con las siguientes palabras:

“En el ámbito jurisdiccional no sólo que desempeñó con sobrada solvencia profesional la labor de Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, sino que fue la pieza clave para la configuración y puesta en funcionamiento de dicho órgano constitucional; pues en su condición de primer Presidente de aquella institución, junto al resto de los magistrados titulares y suplentes, equipo del que tuve el honor de formar parte, trabajó de manera denodada y silenciosa para organizarlo administrativa y jurisdiccionalmente; con un presupuesto limitado y prescindiendo de asesores o consultores, los 10 magistrados, encabezados por Dermizaky, elaboraron los reglamentos, alquilaron un inmueble y lo equiparon; seleccionaron y contrataron al personal de apoyo jurisdiccional y administrativo, para luego tramitar una Ley que, modificando la *vacatio legis* prevista por la Ley N° 1836, posibilitó adelantar el inicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.

En el tiempo que presidió al Tribunal Constitucional le dio su sello personal de transparencia, mística de trabajo y responsabilidad; cuidó celosamente que el Tribunal no incurriera en retardación de justicia controlando personalmente el despacho de las causas; defendió con firmeza y convicción la independencia del Tribunal y los magistrados; pues no dudó un segundo en rechazar una convocatoria efectuada por el Presidente del Congreso Nacional, de ese entonces, a una reunión con los Vocales de la Corte Nacional Electoral que enfrentaba ante el Tribunal un Recurso Directo de Nulidad, recordándole a la autoridad legislativa la importancia del respeto a la independencia judicial; cuidó celosamente la imparcialidad con la que debieron obrar los magistrados al hacer cumplir la prohibición de recibir en audiencias privadas a las partes que intervenían en un proceso constitucional; así, por ejemplo, no tuvo ningún reparo en rechazar al Alto Mando de las Fuerzas Armadas una solicitud de audiencia privada que efectuaron trasladándose personalmente hasta las oficinas del Tribunal Constitucional; recuerdo que dichas autoridades tuvieron que retornar a su sede de funciones expresando su enfado por no haberseles recibido en audiencia privada. Con su ejemplo enseñó a sus colegas y funcionarios la responsabilidad, mística y amor al trabajo”.

Particularmente, considero pertinente rememorar que en el solemne acto de inicio de labores jurisdiccionales, llevado a cabo en fecha 31 de mayo de 1999, el entonces Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, afirmaba enfáticamente:

“El Tribunal hablará a través de sus fallos y no hará declaraciones que no sean constitucionales. Estará atento a las inquietudes políticas y sociales que tengan relación con su labor; pero no aceptará presiones interesadas ni críticas subjetivas. Se colocará por encima de las pasiones, de las rencillas parroquiales y de los intereses subalternos. Será austero y discreto; pero reclamará el sitio que corresponde a la dignidad de la Constitución. A la legalidad de su elección tratará de agregar la legitimidad de su actuación, para merecer la confianza de las sociedades política y civil, requisito indispensable para cualquier obra de trascendencia nacional. Puesto que tenemos una misión muy alta que cumplir, nos revestiremos con la humildad del misionero; pero seremos inflexibles en el cumplimiento del deber. Y como esta misión será ardua y compleja, es posible que nos equivoquemos; pero no nos desviaremos. En otras palabras: puede que no seamos infalibles; pero seremos insospechables”¹⁷.

Asimismo, en cuanto a la naturaleza de las funciones del Tribunal Constitucional y la importancia de la magistratura, el Dr. Pablo Dermizaky ponía énfasis en que:

“Los Magistrados del Tribunal Constitucional somos profesionales del Derecho y, como tales, nuestro razonamiento es básicamente jurídico, sin ignorar las circunstancias

17 Cfr. Discurso del señor Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Pablo Dermizaky Peredo (Mayo 31, Salón del Senado de la Casa de la Libertad). En: PODER JUDICIAL DE BOLIVIA: *Labores Judiciales 1999*. Sucre, Bolivia (2000): Editorial Judicial. pp. 181-187.

políticas y sociales circundantes. Siempre que haya un conflicto inevitable entre lo jurídico y lo político, nuestro deber nos colocará del lado del Derecho. Y a quienes les cuesta aceptar la idea de que el Tribunal Constitucional puede invalidar actos del (Órgano) Legislativo, les recordamos las palabras escritas por Alexander Hamilton hace más de dos siglos:

'Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder el pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última, de preferencia a las primeras' (...)"¹⁸.

Posteriormente, al culminar el primer año de labores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional de Bolivia, el Dr. Pablo Dermizaky presentó un Informe haciendo un balance de las principales actividades realizadas por dicha institución, con especial referencia a los aspectos institucionales, jurisdiccionales y administrativos, en cuya oportunidad concluyó señalando:

"Un año es una ínfima fracción de tiempo en la vida de instituciones que, como el Tribunal Constitucional, están hechas para durar lo que dure el país como nación y como sociedad políticamente organizada. Pero si ese es el primer año, un año en el que el Tribunal ha debido conocer y resolver un mil quinientas causas, mientras continuaba organizándose, labor ésta que no ha concluido por falta de edificio propio y de recursos suficientes; un año en el que se han sentado los cimientos de una estructura institucional sólida y permanente, podemos concluir con la satisfacción del deber cumplido, con la seguridad de que hemos asumido los retos planteados por la historia y respondido con idoneidad a la misión que se nos confió, una misión que se proyecta, por ello, con una trayectoria ascendente hacia el porvenir"¹⁹.

Por último, en oportunidad de dar posesión al nuevo Presidente del Tribunal Constitucional (febrero de 2001), elegido con motivo de sus renuncias a la Magistratura y a la Presidencia del mismo, correspondió al Dr. Pablo Dermizaky hacer un breve balance de lo realizado hasta ese momento, a cuyo efecto, pronunció un breve discurso rememorando el inicio del ejercicio de las labores jurisdiccionales del Tribunal, las estadísticas existentes acerca de las causas resueltas, dando cuenta de la celeridad con que se pronunciaban las resoluciones constitucionales, para luego concluir con algunas sugerencias de modificaciones indispensables a nivel legislativo,

18 Cfr. EL FEDERALISTA. San José, Costa Rica: Edit. Libro Libre, 1986. p. 203. Citado por: DERMIZAKY PEREDO, P.: *La tensión entre Política y Derecho en la Justicia Constitucional*. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA (editor). *Justicia Constitucional para comenzar el Tercer Milenio*. Revista Constitucional N° 3. Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial. p. 13.

19 Cfr. PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Informe del Primer Año de Labores Jurisdiccionales 1999-2000*. Sucre, Bolivia (2000): Editorial Judicial. p. 65.

para mejorar dicha labor: Culminó muy acongojado su discurso, con las siguientes palabras:

“Al privilegio de haber sido el primer presidente del Tribunal Constitucional sobreviene el dolor de ser el primero en abandonarlo, obligado por las circunstancias. No hay palabras para expresar la pena que me embarga desde que tomé esta ineludible decisión. Me queda el consuelo de saber que el Tribunal queda en buenas manos, con un Presidente, Magistrados y personal que desde el inicio contribuyeron a hacer de esta institución un modelo de trabajo en equipo, de eficiencia y organización”²⁰.

Se debe mencionar también, que una vez posesionado e instalado el primer Tribunal Constitucional en Bolivia (1998-1999), recién comenzaron a escribirse y difundirse ensayos y estudios sobre la supremacía de la constitución y el control de constitucionalidad en Bolivia²¹, principalmente a través de la *Revista del Tribunal Constitucional*, que precisamente desde el año 1999, compilaba las ponencias y conferencias de todos los juristas nacionales e internacionales que presentaban sus investigaciones sobre la materia en los seminarios organizados por el mismo Tribunal Constitucional, y que estaban principalmente referidos a la Justicia Constitucional y su importancia en el Estado de Derecho; todo ello, dentro del *Programa de Pedagogía Constitucional*, un proyecto elaborado originalmente por el Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez (cuando se desempeñaba como Magistrado suplente del Tribunal Constitucional), y que fue aprobado favorablemente por el Pleno del mismo Tribunal.

VII. LABOR DE PEDAGOGÍA CONSTITUCIONAL.

Sobre este aspecto, el entonces Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia afirmaba que las labores del Tribunal Constitucional podían agruparse en tres grandes áreas: *control, interpretación y pedagogía constitucional*, cuyos alcances los explicaba con bastante claridad, en el siguiente sentido:

20 Cfr. *Discurso del Dr. Pablo Dermizaky en la toma de posesión del nuevo Presidente del Tribunal Constitucional* (Sucre, 9 de febrero de 2001). En: PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Informe del Segundo Año de Labores Jurisdiccionales Junio 2000– Mayo 2001*. Sucre, Bolivia (2001): Editorial Gaviota del Sur. p. 83.

21 Y se debe anotar, que precisamente el Dr. Pablo Dermizaky Peredo y el Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez (ambos Magistrados del Tribunal Constitucional), junto al Dr. Jorge Asbun (Profesor universitario), fueron los primeros autores bolivianos que en esa época, escribieron abundantemente sobre el origen, la evolución y alcances del control de constitucionalidad que se estaba implementando en Bolivia, a raíz de la reforma constitucional de 1994, dando a conocer éste tema en *Revistas Jurídicas especializadas a nivel nacional y latinoamericano*. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: “Sistemas de Control Constitucional. El Tribunal Constitucional en Bolivia”. Conferencia pronunciada por el autor en un seminario auspiciado por la Universidad Mayor de San Simón y el Colegio de Abogados de Cochabamba, en octubre de 1997. En: *Constitución, Democracia*, cit., pp. 69-81. RIVERA SANTIVIÁÑEZ, J. A.: “El Control de Constitucionalidad en Bolivia”, *Revista del Tribunal Constitucional* (1999), núm. 1, Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial. pp. 45-86. Ensayo que fue publicado en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2003), disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976174.pdf>; ASBUN, J.: “Control Constitucional en Bolivia. Evolución y Perspectivas”, *Revista Constitucional* (1999), núm. 3, Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial. Ensayo publicado en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (1999), disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/761377.pdf>.

“Interpretar la Constitución es una función que fluye naturalmente de la jurisprudencia a que da lugar el control de constitucionalidad... (de ahí que) en la importante y difícil misión que explica y legitima a un Tribunal Constitucional, su rol como intérprete último de la Constitución es, quizá, el más importante de sus trabajos. (Entonces) La interpretación del Tribunal Constitucional será una tarea constante, oportuna y activa, a diferencia de la interpretación esporádica encomendada al Órgano Legislativo por el artículo 234 de la Constitución (reformada en 1994).

En cuanto a la pedagogía constitucional, es deber del Tribunal difundir el conocimiento, la comprensión y la valoración de las normas fundamentales, procesos necesarios para crear una conciencia constitucional indispensable en la construcción de una sociedad justa y progresista (...)” (los agregados entre paréntesis, me corresponden).

Dicho programa, que incluía conferencias, cursos y publicaciones, estaba destinado a “formar una conciencia constitucional que conduzca al conocimiento, comprensión y acatamiento de la Constitución Política del Estado, así como de los fines y objetivos de la jurisdicción constitucional”, de acuerdo a la mentalidad visionaria del entonces Presidente del Tribunal, quien era consciente de que el programa debía seguir desarrollándose “porque constituye una de las labores concurrentes del Tribunal, sin la cual no será posible cumplir su misión principal”²².

Cabe destacar que en varios de sus escritos, el Dr. Pablo Dermizaky resaltaba la importancia de la pedagogía constitucional entre las labores cotidianas del Tribunal Constitucional, explicando su estrecha relación con las funciones esenciales de la jurisdicción constitucional, en el siguiente sentido:

“En otras palabras, no es suficiente declarar los derechos e identificar las garantías respectivas, sino que es necesario aplicar éstas mediante un mecanismo que asegure su oportunidad y eficacia. Ese mecanismo no es otro que la jurisdicción constitucional o justicia constitucional, que es el conjunto de procedimientos destinados, según la concepción de Bidart Campos, a la defensa, control e interpretación de la Constitución.

La jurisdicción constitucional cumple, pues, una triple función, a la que nosotros hemos agregado una cuarta en el Tribunal Constitucional: la de pedagogía constitucional, que es concurrente e inseparable de las otras tres, pues, en la medida en que la jurisdicción constitucional responde a las expectativas y a las necesidades sociales, la sociedad en su conjunto aprende de ella, la aprecia y la apoya,

22 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, cit., pp. 11, 27 y 85.

retroalimentándola en un proceso de interacción que es vital para su mantenimiento y superación”²³.

VIII. APORTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Para culminar, considero necesario poner de relieve el aporte del Dr. Pablo Dermizaky en el proceso de reforma constitucional en Bolivia²⁴, labor a la cual fue convocado en reconocimiento de su destacada trayectoria profesional, y sobre todo por su amplio conocimiento sobre la Constitución boliviana y la necesidad de su profunda revisión, conforme había pregonado durante gran parte de su vida.

En efecto, mediante Resolución de la Presidencia del Congreso Nacional N°008/2000-2001, del mes de abril del año 2001, el entonces Vicepresidente de la República, dispuso aprobar la creación del Consejo Asesor de la Presidencia del Congreso Nacional, bajo la denominación de: “Consejo Ciudadano para la Reforma de la Constitución Política del Estado”, que estuvo conformado por los siguientes ciudadanos: Dr. Luis Ossio Sanjinés (Presidente), Dr. Pablo Dermizaky Peredo, Dr. Carlos Gerke Mendieta, Sr. Carlos Mesa Gisbert, Dr. Waldo Albarracín Sanchez, Lic. Martha Urioste de Aguirre, Dra. Maria Antonieta Pizza Bilbao, Dr. Jorge Asbun Rojas, Dr. Juan Carlos Urenda Díaz.

Este Consejo Ciudadano, tenía como principales funciones: asesorar, apoyar, promover y garantizar la participación ciudadana e institucional en la reflexión, debate y elaboración de recomendaciones que permitan al H. Congreso Nacional, contar con antecedentes e información útil y oportuna para efectuar la reforma de la Constitución Política del Estado. Los miembros del Consejo, fueron posesionados el día 18 de mayo de 2001, reuniéndose por vez primera de manera oficial el día 28 de mayo del mismo año. A partir de allí, iniciaron un arduo trabajo, a título honorario, por el lapso de cinco meses, con el objeto de recoger la demanda ciudadana en materia de reforma constitucional, para plasmarla en un texto ordenado y técnicamente elaborado, que exprese de la mejor manera posible, las aspiraciones de todos los bolivianos.

Al principio de las discusiones, se definieron los grandes temas de la reforma constitucional que el Consejo Ciudadano consideró tratar. En esa fase, se dio una

23 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Justicia Constitucional*, cit. pp. 45-46.

24 En referencia a la adecuada configuración de las normas de procedimiento que regulan la reforma de la Constitución, el profesor Pablo Dermizaky consideraba que la clasificación que hacían algunos tratadistas de las Constituciones, en rígidas y flexibles, carecía de fundamento y habría perdido todo valor; y es que, según él, “una Constitución no debe ser ni tan rígida como un corsé, ni tan flexible como una túnica. En el primer caso se inmoviliza el cuerpo social, anquilosándolo, y en el segundo se lo deja muy suelto, sin ningún control, fuera del equilibrio a que nos referimos anteriormente. Una Constitución debe combinar en dosis adecuadas los caracteres de permanencia (que no es lo mismo que rigidez) y de cambio, que es un fenómeno constante en toda sociedad”. Entonces -según el criterio de este destacado constitucionalista boliviano-, el procedimiento de la reforma constitucional no debe ser lo mismo que para las leyes ordinarias, ni uno que haga imposible, o muy difícil, la reforma. Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: *Constitución, Democracia*, cit. pp. 52-53.

profunda discusión conceptual y se llegaron a los consensos generales imprescindibles para producir un texto común. Luego se inició el análisis artículo por artículo de la Constitución Política del Estado en vigencia, y la redacción de las modificaciones propuestas. Aunque el trabajo resultó moroso y difícil por la variedad de materias afrontadas, felizmente se logró culminar con la elaboración de un documento completo y de satisfacción de todos los miembros del Consejo.

El Dr. Jorge Asbun Rojas –quien fue uno de los miembros integrantes de aquel Consejo Ciudadano–, brinda un testimonio de los notables aportes del Dr. Pablo Dermizaky para consolidar la reforma constitucional, con las siguientes palabras:

“La presencia del Dr. Dermizaky en el Consejo, me permitió conocer más a fondo a la persona y debo resaltar su plena y responsable entrega al trabajo, entre los aportes que realizó merecen destacarse su sugerencias por generar una democracia más participativa y que dio lugar a la inclusión del referéndum, plebiscito e iniciativa ciudadana (art. 4 y 40 e) y la necesidad de instaurar la Procuraduría General, cuya misión esencial sería la defensa de los intereses del Estado. (art. 131)”²⁵.

Fue así que el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional cumplió con el compromiso contraído, y el 1º de noviembre del año 2001 concluyó sus labores con la redacción de la versión final de un *Anteproyecto de Ley de Necesidad de la Reforma Constitucional*, con la esperanza de contribuir a la consolidación de la democracia, y sobre todo al mejoramiento de las condiciones de vida de los(las) ciudadanos(as)²⁶.

Finalmente en el año 2007, y mientras el país se encontraba en pleno proceso constituyente, la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC) editó un Libro colectivo en donde reunió los estudios constitucionales de diversos autores nacionales y extranjeros, en torno a un núcleo común, consistente en construir un Estado Social y Democrático de Derecho. Entre estos estudios, es posible encontrar también una última propuesta de reforma constitucional (integral), elaborada por el Dr. Pablo Dermizaky, quien justificaba el documento con las siguientes palabras:

“Hace muchos años que el autor del presente documento propuso varias reformas constitucionales, algunas de las cuales fueron adoptadas en las reformas de 1994 y 2004, como el referendo, la iniciativa popular legislativa, la Asamblea Constituyente, la abolición del monopolio partidario de la representación política, la restricción de la inmunidad parlamentaria, la introducción de la jurisdicción

25 Entrevista efectuada por el autor al Dr. Jorge Asbun, miembro del Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional (vía email), el 16 de abril del 2015.

26 Cfr. PROGRAMA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES: *Anteproyecto de Ley de Necesidad de la Reforma Constitucional*, elaborado por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional. La Paz, Bolivia (2001): Editorial Offset Boliviana, pp. 7-12.

constitucional especializada, etc. (...) Por otra parte, el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional (2001) del que el autor fue miembro, propuso al Congreso Nacional un conjunto de reformas que en su mayor parte no fueron consideradas, menos aprobadas. El autor considera que muchas entre dichas iniciativas son válidas para una próxima reforma, y por ello las consigna en esta parte. Mención especial merece el hecho de que en el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional, el autor propuso que se incluyera la Asamblea Constituyente como medio de reforma de la Constitución, propuesta que sólo fue apoyada por los doctores Waldo Albarracín y María Antonieta Pizza, por lo que, el propio Consejo no incluyó esa iniciativa en sus propuestas.”²⁷.

Lo precedentemente expuesto, pone en evidencia la incansable lucha del Dr. Pablo Dermizaky por la adopción de una Asamblea Constituyente como mecanismo idóneo que sea previsto por la propia Constitución Política del Estado para su reforma, ello en consonancia con su ideal constante de posibilitar una participación ciudadana, efectiva y real, en la toma de decisiones políticas fundamentales para el país.

IX. EPÍLOGO.

He ahí, algunos datos significativos que he podido indagar y sistematizar sobre la obra trascendental y el pensamiento imperecedero del profesor y jurista boliviano Pablo Dermizaky Peredo, quien ciertamente dedicó gran parte de su vida a luchar por la preservación del Estado Constitucional de Derecho y la protección de los derechos fundamentales de la persona, pregonando la importancia de estudiar el Derecho Constitucional, enseñando las virtudes y defectos de la Constitución en Bolivia, proponiendo ideas de reforma para su perfeccionamiento y adecuación a nuestra incesante evolución como sociedad, todo lo cual hizo con el único afán de lograr a través de la educación, una conciencia constitucional capaz de transformar la realidad boliviana, por medio de todos y cada uno de los(las) ciudadanos(as), para que siguiendo sus enseñanzas, seamos conscientes de nuestros derechos, pero también de nuestros deberes y obligaciones en servicio de la patria.

Por sus notables cualidades humanas, la lucidez de su visionario pensamiento, su inquebrantable firmeza en la defensa de la Constitución, su innegable convicción democrática de escuchar primero la voz del pueblo, y su inagotable labor de enseñanza académica, a través de la exposición oral o la palabra escrita, sea en la Universidad, la Academia o el Foro; Pablo Dermizaky fue, y siempre será, un boliviano imprescindible.

27 Cfr. DERMIZAKY PEREDO, P.: “Propuesta de Reforma Constitucional”, en AA.VV.: *Propuestas para construir un Estado Social y Democrático de Derecho*. Libro colectivo editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Cochabamba, Bolivia (2007): Grupo Editorial Kipus. pp. 265-286.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ASBUN, J.: "Control Constitucional en Bolivia. Evolución y Perspectivas", *Revista Constitucional* (1999), núm. 3, Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial.

DERMIZAKY PEREDO, P.:

- "Breve comentario al Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo", en AA.VV.: *Revista Opiniones y Análisis*, núm. 44: *Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo*. La Paz, Bolivia (1999): Fundemos y Fundación Hanns Seidel Stiftung.

- *Constitución Política del Estado (Con Introducción, Notas, Comentarios y Concordancias por el Dr. Pablo Dermizaky Peredo)*. Cochabamba, La Paz, Bolivia (1992): Editorial Los Amigos del Libro, 2ª ed.

- *Constitución, Democracia y Derechos Humanos*. Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial.

- *Derecho Administrativo*. La Paz, Cochabamba, Bolivia (1985): Editorial Los Amigos del Libro.

- *Derecho Administrativo*. La Paz, Cochabamba, Bolivia (1988): Editorial Los Amigos del Libro, 2ª edición ampliada y actualizada.

- *Derecho Constitucional*. Cochabamba, Bolivia (2011): Grupo Editorial Kipus, 10ª edición revisada y concordada con la Constitución vigente y las leyes de desarrollo constitucional.

- *Derecho Constitucional*. Cochabamba, Bolivia (1996): Editorial Serrano, 3ª edición ampliada y actualizada.

- *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*. Cochabamba, Bolivia (2005): Editorial Alexander, 2ª edición.

- "Propuesta de Reforma Constitucional", en AA.VV.: *Propuestas para construir un Estado Social y Democrático de Derecho*. Cochabamba, Bolivia (2007): Grupo Editorial Kipus.

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS – COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, JUSTICIA Y POLICÍA JUDICIAL. *La Reforma Constitucional*. La Paz, Bolivia (1992): Empresa Editora PROINSA.

PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Informe del Primer Año de Labores Jurisdiccionales 1999–2000*. Sucre, Bolivia (2000): Editorial Judicial.

PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Informe del Segundo Año de Labores Jurisdiccionales Junio 2000–Mayo 2001*. Sucre, Bolivia (2001): Editorial Gaviota del Sur.

PODER JUDICIAL DE BOLIVIA. *Labores Judiciales 1999*. Sucre, Bolivia (2000): Editorial Judicial.

PROGRAMA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES. *Anteproyecto de Ley de Necesidad de la Reforma Constitucional*, elaborado por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional. La Paz, Bolivia (2001): Editorial Offset Boliviana.

RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.:

- "El Control de Constitucionalidad en Bolivia", *Revista del Tribunal Constitucional* (1999), núm. 1, Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial.

- "Reforma Constitucional en Democracia", en AA.VV.: *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana*. Santa Cruz, Bolivia (2002): Editorial El País.

- *Reformas a la Constitución: ¿Modernización del Estado?* Cochabamba, Bolivia (1994): Editorial Kipus.

RIVERA SANTIVAÑEZ, J. A.; JOST, S. y otros: *La Constitución Política del Estado. Comentario Crítico*. Cochabamba, Bolivia (2005): Talleres Gráficos KIPUS, 3ª edición, actualizada con las reformas del 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA (editor): *Justicia Constitucional para comenzar el Tercer Milenio*, *Revista Constitucional* (1999), núm. 3, Sucre, Bolivia (1999): Editorial Judicial.



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. 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 a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.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 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos 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

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). 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:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. 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.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. Referencias bibliográficas

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- Material consultado en Internet.- La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.



100 AÑOS DE FUNDACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SANTA CRUZ

Breve reseña

A la hora dos (02:00) post meridiano del día 13 de febrero del año 1916, los letrados que habían sido convocados por el Fiscal de Distrito accidental, Dr. Rómulo Mercado, se reunieron en el Salón del Honorable Concejo Municipal de esa ciudad. Se instaló la sesión preparatoria, los asistentes toman acuerdos y proceden a la organización y fundación de su colegio, a la elección de su primer Mesa Directiva la cual, por disposición de los fundadores fue conformada por el Dr. Horacio Ríos como su primer Presidente: El Dr. Pablo E. Roca, como Vicepresidente, y como secretarios los doctores Agustín Saavedra y Julio Salmón.

Acta de instalación del Colegio de Abogados de Santa Cruz

“En esta ciudad de Santa Cruz, a horas dos post meridiem de hoy trece de febrero del año mil novecientos diez y seis, reunidos en el Salón del Honorable Concejo Municipal, es señor Fiscal de Distrito accidental doctor Rómulo Mercado y señores abogados particulares de la localidad que concurrieron al acto, doctores Horacio Ríos, Pablo E. Roca, Neptalí Sandoval, Teodoro Limpias P., Mariano Melgar, Antonio Zabala, Ruperto Bravo Arenales, Fidel Vega, Eulogio Menacho, Gregorio Moreno P., Enrique Palma, Celso Castedo, Rodolfo Astete, Aurelio Durán Canelas, Manuel Peña S., Godofredo Aguilera, Leonor Ribera h., Teodoro Cuéllar, René Chávez y Guillermo Añez; se instaló la sesión preparatoria con el objeto de organizar el Colegio de Abogados a iniciativa del señor Ministro de Justicia. Acto continuo se procedió a la elección de la Mesa Directiva, la que fue organizada de la siguiente forma: Presidente; Dr. Horacio Ríos.- Vicepresidente; Dr. Pablo E. Roca.- Secretarios; doctores Agustín Saavedra y Julio Salmón. Encomendóse a la misma Mesa Directiva la confección del proyecto de Estatuto provisional del Colegio de Abogados; y acordóse que los abogados concurrentes a esta sesión sean considerados socios fundadores, pudiendo adscribirse como socios de número los demás abogados de la localidad.- Con lo que terminó la sesión preparatoria, firmando la presente acta el señor Presidente e infrascritos secretarios, de que certificamos. Horacio Ríos.- Agustín Saavedra hijo.- Julio Salmón.

Es copia fiel del original de su referencia, tomada del libro de actas del Colegio de Abogados, al que para su caso nos remitimos. Santa Cruz, febrero 25 de 1916. Agustín Saavedra h. Julio Salmón.”

Se tiene que destacar que la actividad inicial de este directorio y de los socios fundadores que asistieron a sus primeras asambleas fue muy fructífera, pues lograron aprobar dos importantes instrumentos que rigieron aunque efímeramente su vida institucional; el primer Estatuto o Reglamento Provisional del Colegio de Abogados y el proyecto de la primera Ley Orgánica para estas instituciones profesionales.