

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

Tomo II



**X CONGRESO
DE LAS ACADEMIAS
JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA**

X CONGRESO DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA

Madrid (España) 22, 23 y 24
de noviembre de 2018

TOMO II



REAL ACADEMIA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
DE ESPAÑA



CONFERENCIA PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

EDITORIAL
BOE

Primera edición: octubre de 2019

Consejo editor: Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Presidente: Manuel Pizarro Moreno
Vicepresidente: Rafael Navarro-Valls
Secretario General: Antonio Pau
Vicesecretaria General: Encarnación Roca i Trías
Censor: Gonzalo Rodríguez Mourullo
Tesorero: Ramón López Vilas
Interventor: Juan Antonio Sagardoy Bengoechea
Bibliotecario: Antonio Manuel Morales Moreno
Director de Archivo: Juan Carlos Domínguez Nafría
Director de Publicaciones: Antonio Fernández de Buján y Fernández
Vocal: Luis María Cazorla Prieto

Reservados todos los derechos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de los titulares del copyright, salvo excepción prevista por la ley.

Los trabajos publicados en esta obra han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

© Edición: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

© Textos: sus autores

ISBN: 978-84-340-2596-7

NIPO (papel): 043-19-232-1

NIPO (PDF): 043-19-233-7

NIPO (ePUB): 043-19-234-2

Depósito Legal: M-34116-2019

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN	XIII
DISCURSO DE S. M. EL REY	XXI
INTERVENCIÓN DE LA MINISTRA DE JUSTICIA	XXV
DISCURSO DE JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España	XXIX
DISCURSO DE RAFAEL NAVARRO VALLS, Presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas de Iberoamérica	XXXI

TOMO I

SECCIÓN 1. ESTADO DE DERECHO: DEFENSA FRENTE AL POPULISMO Y LA CORRUPCIÓN

PONENCIAS	3
Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción, <i>Leopoldo Tolivar Alas</i>	5
COMUNICACIONES	21
Populismo, controles de cambios y de precios, y nacionalización y estatización, <i>Carlos Eduardo Acedo Sucre</i>	23
Frente al populismo y la corrupción, la virtud, <i>Remigio Beneyto Berenguer</i>	37
Eficiencia en la lucha contra la corrupción Público-Privada, <i>Efraín Hugo Richard, Carlos Julio Lascano y José Daniel Cesano</i>	45
Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude, <i>José Antonio Fernández Ajenjo</i>	67

	Pág.
<i>Actio popularis</i> y defensa del Interés General en la experiencia jurídica romana, <i>Antonio Fernández de Buján</i>	83
Cuando al Derecho y a la Política quiere llegar el pensamiento confuso. Algunos aspectos relevantes ante la aceptación conceptual del Estado de Derecho y sus enemigos, <i>Amador García-Carrasco</i>	91
Humanización de las relaciones de poder. Estado y Justicia, <i>Victorio Magariños Blanco</i>	107
Dos condiciones conceptuales esenciales para evitar la degradación del Estado de Derecho: una justa comprensión del Estado social y democrático de Derecho y de la «Summa Divisio» del Derecho en Público y Privado que le es inherente, <i>José Luis Martínez López-Muñiz</i>	125
La retórica populista del buen gobernante en el Bajo Imperio Romano: los Panegíricos de Temistio, <i>José Antonio Martínez Vela</i>	139
¿Acotar la Corrupción?: Responsabilidad de Funcionarios Públicos y Artículo 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, <i>Efraín Hugo Richard</i>	149
Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción, <i>Bonifacio Ríos Avalos</i>	165
Estado de Derecho. Defensa frente al populismo y la corrupción, <i>Cesáreo Rocha Ochoa</i>	181
La Corrupción del Abogado, mediante la deslealtad profesional, en el Ordenamiento Jurídico Penal Español, <i>Fernando Rodríguez Alonso</i>	199
Estado de Derecho, Populismo y Corrupción, <i>José Sáez Capel</i>	209
CONCLUSIONES	217
 SECCIÓN 2. ENSEÑANZA Y PRÁCTICA DEL DERECHO EN EL MUNDO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS 	
PONENCIAS	233
Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías, <i>Alejandro Sánchez del Campo Redonet, Manuel González-Meneses García-Valdecasas y Alejandro Castex Zaldívar</i>	235
COMUNICACIONES	237
Revisión de la Integración de las NTIC en la Educación Superior; en particular, en los Estudios de Grado de la Universidad Complutense, <i>Nuria de Nieves Nieto y Sira Pérez Agulla</i>	239

	Pág.
Derecho del Trabajo y negociación colectiva en los modelos empresariales de la industria 4.0 y la nueva era tecnológica, <i>José Antonio Gallardo Cubero</i>	253
¿El derecho de Reunión Virtual?, ¿Netstrike? o ¿Cibermanifestación? Análisis Jurídico, <i>Ricardo García García</i>	267
Equilibrios digitales, <i>Antonio García Padilla</i>	287
Enseñanza y aprendizaje del Derecho en la Universidad Nacional de Educación a Distancia con las nuevas tecnologías: el ejemplo de la Historia del Derecho, <i>Consuelo Juanto Jiménez</i>	297
El uso del Portafolio Digital para la Enseñanza–Aprendizaje y para la Evaluación Académica en el ámbito del Derecho, <i>M.ª Eugenia Ortuño Pérez</i>	311
Inteligencia artificial y otros avances tecnológicos: Nuevos retos jurídicos deontológicos para la Abogacía, <i>José Ricardo Pardo Gato</i>	321
Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías, <i>José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala</i>	339
La evolución de la enseñanza universitaria del Derecho desde su origen hasta nuestros días: Especial análisis de la situación actual de la enseñanza «on line», <i>María Concepción Bayón Ballesteros y Jordi Regi Rodríguez</i>	345
Sobre la operatividad y resultados de la utilización de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho Romano: una experiencia personal, <i>Ramón P. Rodríguez Montero</i>	355
Lexnet: el cambio digital en tiempo real para los juristas, <i>Beatriz Sanjurjo Rebollo</i>	369
CONCLUSIONES	381
 SECCIÓN 3. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO MERCANTIL	
PONENCIAS	391
Globalización y Derecho Mercantil, <i>Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano</i>	393
COMUNICACIONES	411
La Doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Internacional. Análisis del Caso Venoklim vs. República Bolivariana de Venezuela. Tramitado ante el CIADI, <i>Fernando Andrés Beconi Ortiz</i>	413
La incidencia de la globalización en el Derecho Tributario de la Unión Europea y en España, <i>Carmen Botella García-Lastra</i>	429

	Pág.
La Modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de los mecanismos de solución de controversias en materia de remedios comerciales, <i>Óscar Cruz Barney</i>	445
La armonización de los Impuestos Especiales en la Directiva 2008/118/CE, <i>Antonio Fernández de Buján y Arranz</i>	461
Libre competencia y mercado globalizado, <i>Juan Manuel Fernández López</i>	475
El arbitraje Internacional imprescindible en la Globalización, <i>Julio González Soria</i>	495
Globalización y Derecho Mercantil, <i>Juan Carlos Palmero</i>	507
Algunas notas sobre globalización y empresas públicas, <i>Manuel Luis Pérez García</i>	517
Globalización y Derecho Mercantil, <i>Fernando Sarmiento Cifuentes</i>	529
El nuevo paradigma del contrato en la contratación globalizada y estandarizada sin negociación, <i>Antonio Sotillo Martí</i>	539
El traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles, <i>Francesc Tusquets Trias de Bes</i>	547
Globalización y Derecho Mercantil (Ponencia de la Academia Nacional de Derecho de Honduras), <i>Sergio Zavala Leiva</i>	559
CONCLUSIONES	569

TOMO II

SECCIÓN 4. EL DERECHO CIVIL EN IBEROAMÉRICA: INTERCONEXIONES ENTRE LOS DIVERSOS PAÍSES

PONENCIAS	3
El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países, <i>Carlos Cárdenas Quirós</i>	5
COMUNICACIONES	41
La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica Iberoamericana, <i>Salomé Adroher Biosca</i>	43
Del <i>Pignus Gordianum</i> al derecho de retención de la prenda en el ámbito Iberoamericano. Un estudio comparativo, <i>Juan Antonio Bueno Delgado</i>	57

	Pág.
Principio de confianza mutua en la cooperación jurídica civil internacional: su implementación electrónica, <i>Liliana Etel Rapallini</i>	91
Una visión panorámica de la evolución del Derecho Civil de Cataluña (1989-2018), <i>Luis Jou I Mirabent</i>	101
Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diferentes Países, <i>Juan Carlos Palmero</i>	113
Aspectos legales y éticos en ciertos nexos sectoriales en El Ecuador, <i>Hernán Rivadeneira Játiva</i>	129
El derecho civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países. Vista panorámica desde Puerto Rico, <i>Pedro F. Silva-Ruiz</i>	149
CONCLUSIONES	157
SECCIÓN 5. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTIVA TUTELA ESTATAL	
PONENCIAS	175
Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal, <i>Jorge Reinaldo Vanossi</i>	177
COMUNICACIONES	215
Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal, <i>Raúl Enrique Altamira Gigena</i>	217
¿Un precedente histórico del reconocimiento universal de los Derechos Humanos?: La Carta de autoridad y confirmación del Rey de Aragón, Sancho Ramírez, otorgada en 1063, <i>Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzal</i>	237
Sobre los Defensores de los Derechos Humanos, <i>María Bernal Sanz</i>	247
La universalidad de los Derechos Humanos a los setenta años de la Declaración Universal, <i>Antonio Blanc Altamir</i>	259
¿Puede el Estado garantizar la tutela efectiva de los Derechos Humanos?, <i>José Luis Cea Egaña</i> ,	271
La protección de los Derechos Humanos por el Estado, <i>Eduardo Gago Fernández Rubalcaba</i>	279
El victimismo nacionalista como fenómeno político, <i>Pedro Francisco Gago Guerrero</i>	289

	Pág.
Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal en el ámbito del Derecho Penitenciario Español. Especial referencia a los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, <i>Josefina García García-Cervigón</i>	299
Acceso democrático a la jurisdicción constitucional, <i>Ernesto Jinesta Lobo</i>	309
La declaración Universal de los Derechos Humanos como consenso jurídico imperativo (convergencia) internacional y límite de los ordenamientos jurídicos de las naciones, <i>Francisco La Moneda Díaz</i>	319
Identidad de los menores y reclamación de paternidad extramatrimonial, <i>Carlos Lasarte</i>	335
Actuación del Letrado de la Administración de Justicia y garantías constitucionales, <i>Óscar Daniel Ludeña Benítez</i>	347
Sobre la inviolabilidad del «Domicilio Constitucional», <i>Agustín Luna Serrano</i>	361
Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos, <i>Humberto Romero-Muci</i>	373
Arbitraje Internacional por empresas: Prevención ante vulneraciones de los Derechos Humanos, <i>Nazareth Romero</i>	397
Un elemento arcaico del Derecho de Familia. La <i>Cognatio</i> , <i>Ángel Sánchez de la Torre</i>	407
La constitucionalidad de la educación diferenciada y de su financiación con fondos públicos, <i>Luis Sánchez Socías</i>	423
La articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los Derechos Humanos: El Principio de Subsidiariedad, <i>Alfonso Santiago</i>	437
Derechos Humanos y solidaridad humana, <i>Patricia Santos Rodríguez</i> ...	447
Las nuevas tecnologías y su repercusión en los Derechos Humanos, <i>José Antonio Soler Martínez</i>	461
Enseñanza superior y religión en el Ordenamiento Jurídico español hasta la Constitución de 1978, <i>Daniel Tirapu</i>	477
El acceso al agua limpia y potable como Derecho Humano Primario y <i>sine qua non</i> : Breve mirada sobre la evolución de su reconocimiento en el Derecho Internacional y en el Derecho interno, <i>José Antonio Tomás Ortiz de la Torre</i>	489

	Pág.
Derechos Humanos en Europa, <i>Juan Antonio Toro Peña</i>	501
Derechos Humanos sin Constitución. Una paradoja del Tribunal Constitucional de Bolivia, <i>Rafael Vergara Sandoval</i>	511
SECCIÓN 6. PÚBLICO Y PRIVADO EN EL DERECHO	
PONENCIAS	529
Público y Privado en el Derecho, <i>Tomás-Ramón Fernández</i>	531
COMUNICACIONES	545
El Derecho Procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado, <i>Tomás J. Aliste Santos</i>	547
Sobre la dependencia y los derechos del cuidador informal, <i>Rosario Cristóbal Roncero y Nuria P. García Piñeiro</i>	557
Importancia de los Principios Generales del Derecho Privado, <i>Francisco Javier Gómez Gállego</i>	567
<i>Ius Publicum vs Ius Privatum</i> en el Derecho de Familia actual: Los Límites de la autonomía de la voluntad en los acuerdos prematrimoniales, <i>Ania Granjo</i>	579
El control de la potestad reglamentaria, <i>Antonio Martínez Lafuente</i>	591
Mantener con coherencia la <i>Summa Divisio</i> del Derecho Público y Privado, Exigencia de la diferencia esencial entre el Poder Público («lo Público») y los Particulares («lo Privado»), <i>José Luis Martínez López-Muñiz</i>	605
Derecho a la protección de un medio saludable y sostenible, <i>Juan M. Méjica García</i>	619
Público y Privado en el Derecho, <i>José Luis Merino Hernández</i>	629
La influencia del constitucionalismo español en el Derecho Público Nicaragüense, <i>Karlos Navarro Medal</i>	637
Lo Público y lo Privado en el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, <i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i>	659
Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia, <i>Eduardo A. Sambrizzi</i>	667

	<u>Pág.</u>
La protección social complementaria: Concepto y modalidades, <i>Y. Sánchez-Urán Azaña y R. Aguilera Izquierdo</i>	681
CONCLUSIONES	691
APÉNDICE DOCUMENTAL	705

Sección 4

Ponente

D. CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
Presidente de la Academia Peruana de Derecho

Coordinador

D. JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI

Moderadora

DÑA. ENCARNACIÓN ROCA I TRIAS

Ponencias

El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países ¹

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

Presidente de la Academia Peruana de Derecho

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Preponderancia inicial del Código Napoleón y originalidad de algunos códigos iberoamericanos en el siglo XIX. 3. Enriquecimiento recíproco. 4. Códigos de inspiración patrimonialista o de inspiración humanista. Las nuevas tendencias y su recepción. 5. La estructura de los códigos. 6. Breves conclusiones a partir de la estructura de los códigos. 7. Advertencias. 8. ¿Es deseable una integración de las legislaciones civiles iberoamericanas? ¿Es posible tal integración? 9. Hacia el futuro. 10. A manera de colofón.

1. PRELIMINAR

Con excepción del Derecho Romano, cuya longeva influencia se mantiene hasta nuestros días, la impronta marcada por el Derecho Hispano, especialmente durante el tiempo que mantuvo sus dominios en América, no ha tenido parangón en la historia, destacándose muy especialmente la enorme amplitud del territorio que comprendió.

¹ Corresponde efectuar una advertencia. El título atribuido al tema de la Sección 4 en el marco del X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica es el que aparece indicado. La presente ponencia se circunscribe al asunto ocupándose exclusivamente de la codificación civil iberoamericana, no refiriéndose a la jurisprudencia civil ni a la doctrina producida en Iberoamérica sobre la materia, pues ello excedería largamente la extensión recomendada para la ponencia.

La codificación civil iberoamericana es la expresión tangible de un grupo jurídico singular que comparte una comunidad de origen precisamente en el Derecho Hispano.

El recordado y muy querido profesor y amigo, don José María Castán Vázquez, en un valioso trabajo titulado *El sistema de Derecho Privado iberoamericano*, frente a los argumentos postulados por aquellos que ponen en duda la factibilidad de reconocer las notas de originalidad propias del Derecho privado de la región en relación con los derechos europeos como para permitirle constituir un sistema, se plantea la posibilidad de que «los ordenamientos de los países que fueron españoles integren, si no un sistema jurídico propiamente dicho, con todo el alcance que se suele dar a ese término, sí al menos un grupo propio dentro de alguno de los sistemas del mundo actual; grupo que en una sinopsis de las familias de derechos haya de ser situado aparte, aunque próximo, a otros grupos de la misma familia»².

Y en tal sentido, después de analizar la cuestión propuesta, concluye que, como es evidente, pertenece al sistema jurídico occidental y, dentro de este, a la familia romanista y al grupo latino. Pero agrega que «seguramente, se puede ir más lejos. El término que se les dé frecuentemente de 'latinoamericanos' ya indica que si son latinos, son también americanos, lo que no son el Derecho francés ni los demás latinos de Europa. Y las coincidencias que cabe descubrir entre ellos demuestran su próximo parentesco y la personalidad con la que se perfilan dentro de la geografía jurídica mundial»³.

2. PREPONDERANCIA INICIAL DEL CÓDIGO NAPOLEÓN Y ORIGINALIDAD DE ALGUNOS CÓDIGOS IBEROAMERICANOS EN EL SIGLO XIX

Desde que en 1825 se dicta el primer Código Civil en Iberoamérica, el de Haití, que está en vigor desde 1826, y que es, en lo sustancial, una mera copia del Código Napoleón⁴, hasta el de más reciente entrada en vigencia, el Codi-

² En: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. CASTÁN VÁZQUEZ, José María y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000. Pág. 150.

³ Op. cit., pág. 152.

⁴ Debe advertirse, no obstante, que, con varios años de anticipación a que rigiera el Código de 1826, una circular de 22 de marzo de 1816, expedida por el presidente de Haití sur, a la que se le dio fuerza legal por decreto de 23 de septiembre de 1822, dispuso la aplicación subsidiaria del Código Napoleón en esa zona (vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. Pág. 291).

De otro lado, corresponde dejar constancia de que en 1808, en el Territorio de Orleans, se aprobó el *Digesto de las leyes civiles actualmente en vigencia en el Territorio de Orleans, con las alteraciones y enmiendas adaptadas a su presente forma de gobierno*, que es el antecedente del Código Civil del Estado de Luisiana de 1825.

go Civil y Comercial de la República Argentina de 2015, han transcurrido casi doscientos años.

Es posible constatar que en un principio tuvo una especial preponderancia el derecho francés a través del Código Napoleón de 1804⁵, así como la doctrina basada en él. También la tuvo, en su justa medida, la legislación española, que continuó rigiendo en la América española hasta después de producida la independencia de la metrópoli, y que se incorporó en los códigos con las correspondientes variantes locales.

Pero no puede afirmarse que el derecho francés mantenga invariable esa influencia en nuestros días de manera general. No es posible negar la que tuvieron otros códigos y proyectos de códigos europeos, especialmente para los códigos iberoamericanos que entraron en vigencia durante el siglo XX.

Ya en el propio siglo XIX, el Código Civil de Chile de 1857, obra de don Andrés Bello, es una notable muestra de originalidad respecto del Código Napoleón.

También el Código Civil argentino, vigente desde 1871, obra de don Dalmacio Vélez Sarsfield, es una expresión palpable de ello. Basta acudir a las notas del código en cuestión para comprobar las múltiples fuentes a las que recurrió el legislador cordobés, más allá del Código francés.

Igualmente ocurrió, aunque en menor medida, con el Código Civil del Perú de 1852. A decir de Jorge Basadre: «el Código Civil Peruano fue el primero que se promulgó en Hispanoamérica, redactado por juristas nacionales»⁶.

El Código de 1852 contaba con 2.301 artículos y estaba integrado por un título preliminar (De las leyes en general) y tres libros: De las personas y sus derechos; De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; y, por último, De las obligaciones y contratos.

Su estructura guardaba afinidad con la de las Institutas de Gayo, pero a diferencia de esa fuente, corrigió el error de separar el tratamiento de la sucesión testada de la intestada en su Libro segundo.

No puede desconocerse, por ejemplo, que el antecedente inmediato de su Título Preliminar y de algunas de sus partes es claramente el Código fran-

⁵ Cfr. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial. Lima, 1997.

⁶ BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia de la República del Perú 1822-1933*. Sexta edición aumentada y corregida. Tomo III. Editorial Universitaria. Lima, 1969. Pág. 309.

cés; pero tanto el modo de pronunciarse sobre diversas materias como la organización de estas al interior de cada Libro, resultan distintos de los de ese código.

A este respecto, Basadre apunta que «las diferencias entre el Código del 52 y el francés son resaltantes en múltiples tópicos. Entre ellos: prodigalidad, ausencia, clérigos, esclavos, esponsales, concepto del matrimonio, reglamentación de la separación de cuerpos, deuda alimenticia, tutela (acerca de la cual dice Grasserie que hay disposiciones nuevas, importantes y originales, incluyendo la extensión de la tutela testamentaria y el desenvolvimiento de la tutela general), filiación, semovientes, posesión, invención (materia sobre la que era asaz lacónico el Código francés), usucapión de muebles, prescripción liberatoria, donación (donde también encuentra Grasserie originalidad en el Código peruano), testamentos con facilidades para el notarial y severidades para el privado, mejora, desheredación total (desconocida en Francia), sustitución de herederos, comunidad de bienes del régimen matrimonial, gananciales, parafernales, reservas, lesión, retracto, etc.»⁷.

Por su parte, José de la Riva Agüero y Osma, ha señalado que «el Código antiguo valía bastante más que su reputación mediocre. Anterior en tres años y medio al afamado de D. Andrés Bello en Chile, fue el primer intento feliz de armonizar las herederas leyes romanas y españolas con las innovaciones del Código Napoleón y las peculiaridades sociales de la naciente República. No logró el nuestro la robustez magistral de su casi coetáneo código chileno, ni su lapidario estilo (no obstante las leves incorrecciones que Amunátegui Reyes le censura), ni la gloriosa consagración de llegar como él a modelo adoptado por otros países hispanoamericanos⁸. Pero resultó sin duda alguna decoroso, adecuado, práctico, exento de novelorías y del servilismo imitativo, entonces tan común ante el monumento legislativo napoleónico, y antes bien, original a trechos, y sabiamente conservador y autónomo. Está escrito en sano y preciso lenguaje, como que lleva el sello de la perspicaz inteligencia

⁷ *Historia del Derecho Peruano*. Segunda edición. Edigraf S.A. Lima, 1988. Págs. 370-371.

⁸ Corresponde aquí una rectificación. Porque el Código peruano de 1852 fue adoptado en otros países, como ocurrió en Guatemala con el Código Civil que entró en vigencia el 15 de septiembre de 1877 (vid. GUZMÁN BRITO, op. cit., pág. 347) y que se mantuvo en vigor hasta el 30 de junio de 1933 en que empezó a regir el promulgado el 21 de mayo de ese año.

El autor citado se pregunta por «la razón por la cual Guatemala adoptó el código peruano en 1877 cuando tenía a su disposición el chileno de 1855, que ya había sido acogido por dos de sus vecinos: El Salvador en 1859 y Nicaragua en 1871. Pero quizá ese mismo hecho da la respuesta: la adopción del código chileno en esos países fue obra de gobiernos conservadores, mientras que el presidente guatemalteco Rufino Barrios y su gobierno fueron liberales. De esta manera, convertido el código chileno en una suerte de símbolo conservador, por oposición Barrios no podía seguir el camino de sus vecinos, por más que el código peruano era incluso más tradicionalista que el chileno» (op. cit., pág. 348).

de Pérez de Tudela, y la lima del agudo y nitidísimo D. Andrés Martínez, sus redactores principales»⁹.

Empero, más allá de los contenidos que lo distanciaban del Código de 1804, lo cierto es que la filosofía inspiradora del Código de 1852 fue, sin discusión, la misma del Código francés, de corte individualista-liberal. Lo que no obsta para relevar que hay en él un rasgo de originalidad que lo hace merecedor de atención, si bien no a los niveles de otros códigos como el chileno o el argentino ya mencionados.

3. ENRIQUECIMIENTO RECÍPROCO

No hay duda de que en materia de códigos civiles, el enriquecimiento entre los países ha sido recíproco, con excepción de los que se limitaron a adoptar o trasplantar el de otro. Buena parte de ellos se ha servido de las experiencias jurídicas materializadas en los códigos precedentes de otros países para diseñar y perfeccionar los propios.

Así, por ejemplo, de la misma manera que el Código Civil español fue un referente para los códigos americanos dictados con posterioridad a él, los que lo precedieron también influyeron en aquel.

Ya hace algunos años, el profesor don Luis Moisset de Espanés, muy querido amigo también de imperecedero recuerdo, dedicó su estudio *Codificación civil española y americana (su evolución e influencias recíprocas)* al análisis de la influencia que tuvieron los códigos americanos (especialmente los de Chile y Argentina) en el Código Civil español, tanto en el orden de su estructura como respecto de algunas soluciones normativas, y, además, de las influencias de este último código en las codificaciones americanas posteriores a su vigencia¹⁰.

En ese importante trabajo señala: «En la lenta marcha del progreso humano, unos y otros solemos obtener provecho de los esfuerzos que han realizado los demás. España, en materia jurídica, dejó sus enseñanzas en América, pero, afortunadamente, podemos ver que América ha vuelto a España, y ha brindado a sus legisladores muchos antecedentes valiosos para la obra de codificación civil, hecho que en la actualidad comienzan a reconocer los

⁹ En: *Obras completas de José de la Riva-Agüero*. Tomo X. Ensayos jurídicos y filosóficos. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1979. Págs. 328-329.

¹⁰ En: *Codificación civil y derecho comparado*. Victor P. de Zavalía, S.A. Buenos Aires, 1994. Págs. 91 a 160.

juristas españoles. Luego, una vez más, varios países americanos recibieron el aporte de la legislación española. Creemos que hoy podemos recibir enseñanzas de la Madre Patria y brindárselas (...). Por su parte España podría aprovechar –y creo que algunas de sus compilaciones forales ya lo han hecho– las nuevas normas impregnadas de equidad y solidarismo que se encuentran en el nuevo movimiento de renovación legislativa en Iberoamérica»¹¹.

4. CÓDIGOS DE INSPIRACIÓN PATRIMONIALISTA O DE INSPIRACIÓN HUMANISTA. LAS NUEVAS TENDENCIAS Y SU RECEPCIÓN

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que, en general, la preocupación fundamental de los Códigos de los siglos XIX y XX fue, preferentemente, regular la libre circulación de los bienes. Allí está para corroborarlo nítidamente el Código Civil francés, del que Perreau¹² ha indicado con justeza: «Resulta severo llamar al Código de Napoleón el Código de los ricos, pero hace falta modificarlo respecto a los derechos de la personalidad para evitar el reproche de no ser más que el Código de los bienes»¹³.

En el caso específico del Perú, ese mismo reproche podía hacerse a propósito de los códigos derogados de 1852 y 1936, pero no puede formularse en relación con el Código vigente de 1984, que se inscribe en ese movimiento de renovación legislativa en Iberoamérica impregnado de equidad y solidarismo al que se refería Moisset de Espanés.

Así, siquiera brevemente, interesa destacar a propósito del Código peruano de 1984 y en el marco de la perspectiva humanista que lo inspira, que reconoce la centralidad de la persona humana, dos aportes novedosos que recoge: la categoría del sujeto de derecho y el daño a la persona.

A. El sujeto de derecho

En cuanto al primero, el Código de 1984 plantea una original diferenciación de los conceptos «sujeto de derecho», entendido como centro de imputación

¹¹ *Op. cit.*, pág. 160.

¹² Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona humana*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1986. P. 124.

¹³ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994. P. 112.

de derechos y obligaciones¹⁴, de una parte, y «persona», del otro, ubicándolos en situación de género a especie. Así, si bien toda persona es sujeto de derecho –expresión que en todo momento alude a la vida humana en distintas situaciones: antes de nacer, una vez nacido u organizado colectivamente (cumplido o no el requisito de su inscripción en el registro correspondiente)–, no todo sujeto de derecho es persona.

Mediante este recurso lingüístico-técnico ha sido posible comprender en la categoría de sujetos de derecho, a las personas individuales, a las personas colectivas, pero también al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, esto es, a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos.

Sobre la base de este planteamiento y a propósito específicamente del inicio de la vida humana y el concebido, el artículo 1 del Código Civil de 1984 señala:

«La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

El Código peruano se aparta así de la solución novedosa que ofrecía el Código argentino de Vélez Sarsfield de 1871, que calificaba al concebido como persona por nacer (artículo 63¹⁵) –que el Código de 1984 tuvo en cuenta para afinarla–, y reserva la expresión persona a las personas físicas o naturales y a las colectivas o jurídicas. Ambas son sujetos de derecho, como también lo es el concebido.

El actual Código Civil y Comercial argentino, acercándose a la regulación que brinda el Código peruano al concebido, descarta igualmente el con-

¹⁴ Como expresa Carlos Fernández Sessarego, quien fuera ponente del Libro I del Derecho de las Personas del Código de 1984: «Sujeto de derecho» es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial– este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización–. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término “sujeto de derecho” resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asume la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión “persona” se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de “sujeto de derecho” que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término “persona” al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como “natural”, y en el segundo ante la persona colectiva conocida como “persona jurídica”. (*Derecho de las personas*. Librería Studium Editores. Lima, 1986. Pág. 50).

¹⁵ «Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno».

cepto de persona por nacer, pues ahora declara en su artículo 19, bajo el epígrafe «Comienzo de la existencia» que: «La existencia de la persona humana comienza con la concepción». Y el primer párrafo del artículo 21 (Nacimiento con vida) agrega que: «Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nacen con vida».

B. El daño a la persona. La frustración del proyecto de vida

Respecto a la segunda, el daño a la persona, que más propiamente habría correspondido nominar como daño subjetivo, esto es, daño ocasionado al sujeto de derecho, pues es susceptible de afectar a las cuatro categorías mencionadas, con matices, se trata de un concepto sustancialmente más amplio que el tradicional daño moral –entendido, restrictivamente, como dolor de afección, sufrimiento, pena, padecimiento, angustia, como aquel que afecta los sentimientos–, y que implica la afectación de la persona como consecuencia de la violación de alguno de sus derechos; su intimidad, su honor, su prestigio, su proyecto existencial, etc.

Como ha referido Fernández Sessarego, «el daño a la persona en su más honda expresión, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que truncará la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación (...). El daño a la persona puede afectar radicalmente el proyecto de vida de la persona o lesionar alguno o algunos de los derechos de la persona»¹⁶.

Es especialmente significativo que el daño a la persona –aunque refiriéndose a él por su contenido y no por su nombre– y su expresión más profunda, que importa la afectación del proyecto de vida¹⁷, hayan sido incor-

¹⁶ *El daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984 y el Código Civil Italiano de 1942*. En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1986. P. 252.

¹⁷ El daño al proyecto de vida fue objeto de atención y desarrollo en la sentencia dictada en 1997 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Loayza Tamayo vs. Perú».

En un comentario a dicha sentencia, Alicia B. Neuburger señala: «Esta noción es un logro reciente en la jurisprudencia sobre derechos humanos, de sumo valor para la comprensión más integral del daño infligido a las víctimas por las violaciones cometidas contra ellas. La Corte reconoce el alto valor de este concepto y logra diferenciarlo con claridad del de «daño emergente» y «lucro cesante», con afectación patrimonial el primero y económica el segundo. El proyecto de vida '... atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) El proyecto de vida se asocia al concepto

porados al Código Civil y Comercial de la República Argentina en su artículo 1738:

«La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida».

Como puede apreciarse, se trata de soluciones legales que vinculan a ambos códigos y que permiten corroborar, una vez más, el enriquecimiento recíproco y permanente de las codificaciones civiles en Iberoamérica.

5. LA ESTRUCTURA DE LOS CÓDIGOS

Son diversas las opciones que se ofrecen para evaluar las codificaciones civiles iberoamericanas con el objeto de establecer los alcances y matices de las interconexiones existentes entre ellas.

Entre todas esas opciones, a los efectos de identificar las diferencias y similitudes existentes entre los códigos iberoamericanos vigentes, resulta útil referirse a la organización de las materias que son propias de un código civil y describir la estructura de buena parte de dichos códigos, sin perjuicio de efectuar en ciertos casos también una indicación sobre sus antecedentes y fuentes de inspiración. Por razones de extensión, no resulta posible que la revisión comprenda todos los códigos vigentes en Iberoamérica¹⁸.

de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad... XII, 147.148.

En cuanto al daño a ese proyecto como consecuencia de las violaciones cometidas dice: '... esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en las que se desenvuelve su existencia, y de sus propias aptitudes para llevarlas a cabo con probabilidades de éxito'. XII, 149» (<https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/verdad-justicia-y-reparacion/1652-analisis-del-caso-maria-elena-loayza-tamayo-contra-peru/file>)

¹⁸ Queda como tarea pendiente efectuar una evaluación que los incluya a todos, sin excepción, comprendiendo la legislación de las Comunidades Autónomas en España con Derecho Foral o Civil propio (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco y Valencia).

Acerca de los orígenes históricos y la evolución de las codificaciones americanas en los siglos XIX y XX, es indispensable el magnífico texto del Profesor Alejandro Guzmán Brito citado en la nota 4.

a. **Haití (1826)**

El Código Civil de la República de Haití fue promulgado en 1825 y entró en vigor el 1 de mayo de 1826. Su estructura corresponde a la del Código Civil francés de 1804 que copió casi de manera completa. Tiene, por tanto, un título preliminar y tres libros: De las personas; De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad; y, finalmente, De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Cuenta con 2.047 artículos, a diferencia de los que tenía la versión original del Código Napoleón de 1804 que eran 2.281.

b. **Chile (1857)**

El Código Civil de Chile fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 y su entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1857. Tiene un título preliminar, un título final (con un artículo) y cuatro libros: De las personas; De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce; De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; y, finalmente, De las obligaciones en general y de los contratos. Contiene 2.524 artículos con el artículo del Título Final que estableció la fecha de su vigencia.

c. **El Salvador (1860)**

El Código Civil de El Salvador fue promulgado el 23 de agosto de 1859 y empezó a regir el 31 de mayo de 1860. Está compuesto de un título preliminar, un título final (con un artículo) y cuatro libros: De las personas; De los bienes, de su dominio, posesión, uso y goce; De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; y, por último, De las obligaciones en general y de los contratos. Tiene un total de 2.263 artículos más el artículo del Título final. Su fuente inmediata de inspiración fue el Código Civil de Chile, tanto en cuanto a su estructura como respecto a su contenido.

d. **Ecuador (1861)**

También en Ecuador rige el Código chileno con modificaciones a partir del 1 de enero de 1861. Su estructura, por tanto, es la del Código de Bello. Con las modificaciones más recientes, el Código cuenta con 2.424 artículos, una disposición transitoria y una final.

e. Uruguay (1869)

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay fue promulgado por Decreto de 23 de enero de 1868 para empezar a regir a partir del 19 de abril del mismo año. No obstante, la Ley N.º 919 de 4 de febrero de 1868, postergó la entrada en vigencia para el 18 de julio del mismo año. Finalmente, la Ley N.º 987, de 29 de julio de 1868, dispuso que entraría en vigor el 1 de enero de 1869.

El Código consta de un título preliminar y cuatro libros: De las personas (que incluye las materias referidas al derecho de familia); De los bienes y del dominio o propiedad; De los modos de adquirir el dominio; y, finalmente, De las obligaciones. Tiene un total de 2.405 artículos, aun cuando el artículo 2405 fue derogado por la Ley N.º 16.603, de 19 de octubre de 1994. Es de hacer notar que los artículos 2393 a 2405 fueron agregados por la Ley N.º 10.084, de 3 de diciembre de 1941.

f. República Dominicana (1876/1884)

El proceso de codificación en la República Dominicana no tiene comparación con el del resto de países iberoamericanos. El Código Civil francés, en su edición de 1816, rigió en la República Dominicana como propio y en idioma francés desde el 1 de julio de 1845. Recién fue aprobada una traducción al español por Real Orden N.º 732 de 8 de junio de 1862, durante el tiempo que el país estuvo nuevamente bajo el dominio de España (1861-1865). Producida la segunda independencia de España, recobró vigencia el texto original francés. Por Resolución N.º 1315 de 1 de septiembre de 1874 se aprobó una nueva traducción al castellano.

Dos años más tarde, por Resolución de la Cámara Legislativa de 18 de mayo de 1876, promulgada el 23 del mismo mes, entró en vigencia el «Código Civil Francés de la Restauración con las modificaciones introducidas en su texto en el reinado de Luis Felipe de Orleans y en el imperio de Napoleón III», es decir, empezó a regir nuevamente el Código Francés en su idioma original pero en una edición diferente.

Recién por Decreto N.º 2213, de 17 de abril de 1884, se sancionó su traducción española como Código Civil de la República Dominicana¹⁹.

¹⁹ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, op. cit., pp. 294-301.

«¿Cómo fue posible –se pregunta con razón Guzmán Brito– que durante casi 40 años un país de habla castellana soportara una legislación escrita en lengua francesa? Se observará que lo insólito y extraordinario del fenómeno no fue tanto el haberse adoptado una legislación extranjera en su lengua original, que después de todo se explica por la urgencia en recurrirla, en el entendido

El Código tiene 2.280 artículos y consta de un título preliminar y tres libros: De las personas; De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad; y, finalmente, De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

En abril de 2017 fue aprobado en primera lectura y enviado a la Comisión Permanente de Justicia de la Cámara de Diputados, el proyecto de ley de un nuevo Código Civil de la República Dominicana propuesto por el diputado Víctor Valdemar Suárez Díaz. El proyecto tiene 2.498 artículos con un título preliminar y tres libros: De las personas; De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad; y, por último, De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

g. Colombia (1887)

En el caso de Colombia, a partir de 1858, casi todos los estados integrantes de la Confederación Granadina adoptaron el Código Civil chileno de 1857.

Posteriormente, por Ley N.º 57, de 15 de abril de 1887, se dispuso que regiría el Código Civil de la Nación sancionado el 26 de mayo de 1873, que corresponde al de Santander aprobado en 1860, que a su turno había reproducido el de Chile con modificaciones²⁰. El Código entró en vigencia el 22 de julio de 1887.

de que sería traducida sin tardanza, más, una vez adoptada, el haber permanecido durante tan dilatado arco de tiempo sin traducir. Contemplado el fenómeno en sí mismo, en principio ofrece difícil explicación. Pero si miramos desde otra perspectiva, aquella no resulta tan problemática. Su clave está en el modo de relacionarse un pueblo con el Derecho por el cual oficialmente se rige. En la historia occidental al menos, solo en contados períodos históricos el pueblo ha tenido asumido su derecho oficial como un elemento comprendido y practicado, en la misma manera que su lenguaje. (...) Aunque el código dominicano hubiera sido escrito en castellano, igualmente el pueblo dominicano no hubiera sido capaz de entenderlo; lo cual vale para cualquier pueblo, americano, europeo o de cualquier otra parte del mundo, pues nuevamente no fue más que otra ilusión el ideal de la Ilustración de tener que redactarse las leyes en un estilo popular, que las hiciera comprensibles al público. En tales circunstancias, lo decisivo hubo de ser que fueran los gremios de juristas, abogados, jueces y políticos dominicanos quienes comprendieran el Derecho oficial. Lo cual debió de ser así, pues de otro modo no les hubiera resultado aceptable –y de hecho la aceptaron– una legislación redactada en lengua extranjera. Los juristas, abogados, jueces y políticos dominicanos conocían el francés, por venir reclutados de las clases cultas de la sociedad dominicana, y de esta manera, una legislación en esa misma lengua no ofrecía dificultades para ellos. En cuanto al pueblo, el Derecho aplicable lo recibía no de las leyes sino de sus intermediarios, esos mismos juristas, abogados, jueces y políticos. (...) A todo lo cual se pudo agregar otro factor, ya menos natural, pero frecuente: el poder de dominación que da el conocimiento de algo que otro necesita y no puede conocer por sí mismo. Los juristas, abogados, jueces y políticos dominicanos, poseedores de la ciencia del Derecho, de por sí inaccesible al pueblo, administraban un texto redactado en lengua extranjera, menos accesible a aquel por ende, y de ese modo involucraron su oficio con una aureola de misterio y de cuasacralidad que, redoblabla su preeminencia y prestigio sociales, o sea, su poder» (*loc. cit.*, pp. 301-302).

²⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 395 y 403.

El Código tiene 2.684 artículos aunque varios de ellos han sido derogados²¹. En cuanto a su estructura, es la misma que la del Código chileno.

h. **Costa Rica (1888)**

Como lo refiere GUZMÁN BRITO²², el Código General del Estado o Código General de la República de Costa Rica de 1841, que en su parte primera trata de la materia civil, constituye una reproducción del Código Civil del Estado Nor-Peruano de 1836 vigente durante la Confederación Perú-Boliviana²³, que es una versión levemente modificada del Código Boliviano de 1830. El Código de 1841 estuvo en vigor hasta 1888. El 1 de enero de 1888 empezó a regir un nuevo código que es el actualmente vigente con algunas modificaciones.

La estructura del Código es la siguiente: se inicia con un título preliminar, al que siguen los siguientes cuatro libros: De las personas; De los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad; De las obligaciones; y, finalmente, De los contratos y cuasicontratos y de los delitos y cuasidelitos como causa de obligaciones civiles.

En cuanto a su extensión, contiene solo 1.410 artículos más un artículo final, lo que lo hace el más breve después del de Cuba de 1988.

i. **España (1889)**

El Código Civil español, que entró en vigencia el 16 de agosto de 1889, tiene un título preliminar (De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia) y los siguientes cuatro libros: De las personas; De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; De los diferentes modos de adquirir la propiedad; y, por último, De las obligaciones y contratos. Cuenta con 1.976 artículos, trece disposiciones transitorias y tres finales.

²¹ A título de ejemplo puede mencionarse el caso de los artículos 2546 a 2636, sobre los notarios públicos, y el de los artículos 2637 a 2682, referidos al registro de instrumentos públicos, como consecuencia de la expedición del Estatuto del Notariado (Decreto 960 de 1970) y del Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos (Decreto 1250 de 1970), respectivamente.

²² *Op. cit.*, pp. 320-325.

²³ El 11 de agosto de 1836 quedó constituido el Estado Nor-Peruano, integrado por los departamentos de Amazonas, Junín, La Libertad y Lima. Con anterioridad, el 17 de marzo de 1836, se estableció el Estado Sur-Peruano, comprendiendo a los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cusco y Puno. La Confederación Perú-Boliviana fue constituida por el Mariscal Andrés de Santa Cruz el 28 de octubre de 1836, integrada por los Estados Nor y Sur-Peruano y por Bolivia. La confederación dejó de existir en 1839.

j. **Honduras (1906)**

El vigente Código Civil de Honduras fue promulgado el 8 de febrero de 1906 y entró en vigencia el 1 de marzo de ese mismo año y sustituyó al de 1898.

Contiene un título preliminar y cuatro libros: De las personas; De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce; De la sucesión por causa de muerte y de las sucesiones entre vivos; y, finalmente, De las obligaciones y contratos. Cuenta con 2.372 artículos.

Su estructura es semejante a la del Código chileno, lo que se explica por el hecho de que su antecedente inmediato es el primer Código hondureño de 1880 que tomó a su vez como base el Código chileno de 1857. No obstante, en el informe de la Comisión que elaboró el proyecto se indica que su labor la desarrolló «teniendo a la vista los más notables códigos de Europa y América»²⁴.

k. **Panamá (1917)**

El Código Civil de Panamá vigente empezó a regir el 1 de octubre de 1917 conforme al Decreto 95 de 1 de junio del mismo año. Sus fuentes de inspiración predominantes fueron el Código Civil español y el colombiano²⁵. Consta de un título preliminar y cinco libros: De las personas; De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce; De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; De las obligaciones en general y de los contratos; y, por último, Del notariado y Registro Público. Cuenta con 1.802 artículos.

l. **Puerto Rico (1930)**

El Código Civil Español de 1889 entró en vigencia en Puerto Rico el 1 de enero de 1890. Hay, después, una edición de 1902, una compilación de 1911 y la edición de 1930 que es la vigente. Una compilación del año 1941 incluye la relación de artículos derogados con posterioridad a la edición de 1930. Las fuentes principales del Código fueron el Código Civil Español y el Código Civil de Luisiana.

²⁴ República de Honduras. Código Civil. Graficentro Editores. Tegucigalpa. S.f. P. 6.

²⁵ Luis Moisset de Espanés destaca que «el Código panameño conjuga el aporte chileno (a través del Código colombiano) con el español, predominando este último» (*op. cit.*, p. 151).

El Código se divide en un Título Preliminar y cuatro libros: De las personas; De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; De los diferentes modos de adquirir la propiedad; y, finalmente, De las obligaciones y contratos. Como puede apreciarse, la denominación de los distintos libros es la misma que la de los del Código español, aunque su contenido no necesariamente comprenda las mismas materias que este. Contiene 1.875 artículos, una disposición final y siete transitorias²⁶.

Luis Moisset de Espanés²⁷ hace notar que «en la actualidad el Derecho de Puerto Rico muestra el entrecruzamiento de dos sistemas legales; el propio de los derechos romanistas (*civil law*) y el angloamericano (*common law*), experiencia novedosa, cuyo resultado final todavía no puede apreciarse debidamente».

m. Nicaragua (1931/1933)

El texto del Código Civil de Nicaragua de 1904 está dividido en dos tomos a partir de la segunda edición oficial del Código que se efectuó en 1912. La tercera revisión, que es la que corresponde al texto en vigor, se hizo en 1931 para el tomo I y en 1933 para el tomo II.

El tomo I comprende el Título Preliminar y dos libros: De las personas y de la familia y De la propiedad, modos de adquirirla y sus diferentes modificaciones. El tomo II contiene el Libro III dedicado a las obligaciones y contratos. Como anexo de este libro se incluye el Reglamento del Registro Público con 196 artículos. El Código tiene 3.984 artículos. El Código argentino de Vélez Sarsfield fue uno de los inspiradores del texto legal.

²⁶ Conviene advertir que no se ha seguido la numeración que resulta del Título 31 de las Leyes de Puerto Rico Anotadas (L.P.R.A.) que igualmente se ha tenido a la vista. Como señala Ramón Antonio Guzmán en la presentación de una edición del Código Civil del año 1993 (Editorial Forum, s.f. p. XIX): «muchos piensan que ... es lo mismo que el Código Civil. No es así. Allí está ciertamente la mayoría de sus artículos, aunque no todos. También aparecen algunas leyes que, no siendo parte del Código, el compilador las ubicó –por razón de la materia– en el Título 31. De ahí que el Código, al intercalarse en el texto algunas normas provenientes de otras leyes, dejó de ser una ley para convertirse en una compilación. Esta realidad puede conducir, por supuesto, a la comisión de errores muy graves, relacionado con el manejo adecuado de algunas figuras».

De hecho, en la versión del Título 31, el Código aparece dividido en subtítulos, incluyendo un subtítulo preliminar, y no en libros, y estos, a su turno, en partes, con párrafos identificados con el símbolo § seguidos de la numeración del 1 al 5305, que, por lo demás, no es completa pues aparecen numerosos faltantes de numeración intercalados.

²⁷ *Op. cit.*, p. 150.

n. **México (1932)**

El Código Civil de México fue promulgado el 30 de agosto de 1928 y entró en vigencia el 1 de octubre de 1932. Originalmente, se dictó como Código Civil para el distrito y territorios federales, en materia común, y para toda la República en materia federal. Posteriormente, en 1974, se convirtió en Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.

En mayo del año 2000 se modifica tal denominación para quedar como Código Civil Federal. A su turno, el mismo Código de 1932, con numerosas modificaciones, pasó a ser, de manera independiente, el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

El Código Civil Federal tiene 3.074 artículos y nueve disposiciones transitorias. Se inicia con unas disposiciones preliminares y tiene cuatro libros: De las personas; De los bienes; De las sucesiones; y, finalmente, De las obligaciones.

Corresponde poner de relieve que, dada la organización federal de México, cada una de las siguientes entidades federativas (esto es, 31 estados más la Ciudad de México, que conforman los Estados Unidos Mexicanos) cuentan con su propio Código Civil:

Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila de Zaragoza, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán de Ocampo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz de Ignacio de la Llave, Yucatán y Zacatecas.

ñ. **Guatemala (1964)**

El Código Civil de Guatemala vigente fue promulgado por Decreto-Ley N.º 106, de 14 de septiembre de 1963, y empezó a regir el 1 de julio de 1964.

Contiene 2.180 artículos y está dividido en cinco libros: De las personas y de la familia; De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales; De la sucesión hereditaria; Del registro de la propiedad; y, por último, Del derecho de obligaciones. El Código no incluye un título preliminar.

o. **Portugal (1967)**

El Código Civil de Portugal, actualmente en vigor, fue aprobado por Decreto-Ley N.º 47344, de 25 de noviembre de 1966, y entró en vigencia el 1 de junio de 1967.

Contiene 2.334 artículos distribuidos en cinco libros: Parte General (que incluye dos títulos en los que se trata sobre las leyes, su interpretación y aplicación; y sobre las relaciones jurídicas, que contiene a su turno cuatro subtítulos que se ocupan de los siguientes temas: De las personas; De las cosas; De los hechos jurídicos; y Del ejercicio y tutela de los derechos); Derecho de Obligaciones; Derecho de Cosas; Derecho de Familia; y, finalmente, Derecho de Sucesiones.

Si bien este Código no cuenta con un título preliminar, las materias comprendidas en el Título I de su Libro I –Parte General– desarrollan las que son usuales en aquel.

p. **Bolivia (1976)**

El Código Civil de Bolivia, vigente desde el 2 de abril de 1976, inspirado en el Código italiano de 1942, contiene cinco libros: De las personas; De los bienes, de la propiedad y de los derechos reales sobre cosa ajena; De las obligaciones; De las sucesiones por causa de muerte; y Del ejercicio, protección y extinción de los derechos. Cuenta con 1.570 artículos. Carece de un título preliminar.

q. **Venezuela (1982)**

El Código Civil de Venezuela fue publicado en su última versión en la Gaceta N.º 2.990 Extraordinaria, de 26 de julio de 1982. No obstante, como lo hace notar Guzmán Brito²⁸, se trata de una nueva versión modificada del tercer Código que tuvo Venezuela, el de 1873, que fue objeto de reformas parciales en 1880, 1896, 1904, 1916, 1922 y 1942²⁹.

Merece destacarse que el Código de 1873 tomó como antecedente inmediato de inspiración el Código del Reino de Italia de 1865, lo que constituye una singularidad respecto de los otros códigos iberoamericanos, y que la reforma

²⁸ *Op. cit.*, pp. 474-475 y 515.

²⁹ La reforma de 1982 debió efectuarse en aplicación del artículo 177 de la Constitución de Venezuela de 1961 que señalaba lo siguiente: «Las leyes solo se derogan por otras leyes, y podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas».

La regla que dispone la nueva publicación de toda norma modificada parcialmente se mantiene en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 218:

«Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas».

de 1942 en materia de obligaciones tuvo como referencia el proyecto de Código franco-italiano de las obligaciones y de los contratos aprobado en 1927 y publicado en 1929.

El Código está integrado por un título preliminar (De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación) y tres libros: De las personas; De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; y, finalmente, De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos, con un total de 1.995 artículos, que incluyen dos disposiciones finales.

r. **Perú (1984)**

En el caso del Perú, a diferencia de su antecesor inmediato de 1936, que contenía un título preliminar (que incluía normas referidas al derecho internacional privado) y cinco libros (personas, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones), el Código Civil promulgado por Decreto Legislativo N.º 295, de 24 de julio de 1984, y que empezó a regir el 14 de noviembre del mismo año, contiene diez libros, precedidos de un título preliminar: Derecho de las Personas; Acto Jurídico; Derecho de Familia; Derecho de Sucesiones; Derechos Reales; las Obligaciones; Fuentes de las Obligaciones; Prescripción y Caducidad; Registros Públicos; Derecho Internacional Privado; y, por último, un Título Final. Contiene un total de 2.122 artículos³⁰.

Esta organización es singular y difiere notoriamente de la de los otros códigos iberoamericanos. El número de libros se explica por haberse independizado varias materias que en otros códigos forman parte de algún otro libro, como ocurre en los casos de aquellos referidos al acto jurídico, fuentes de las obligaciones, prescripción y caducidad, Registros Públicos y Derecho Internacional Privado.

En el curso del presente mes de agosto será presentado un anteproyecto de reforma del Código Civil peruano elaborado por el grupo de trabajo encargado de revisarlo y proponer mejoras, constituido por Resolución Ministerial N.º 300-2016-JUS de 17 de octubre de 2016.

s. **Paraguay (1987)**

La Ley de 19 de agosto de 1876 dispuso la adopción, como ley nacional, del Código Civil argentino elaborado por don Dalmacio Vélez Sarsfield. Estuvo

³⁰ Curiosamente, el Decreto Legislativo N.º 295 contiene en su artículo 1 una errata, que no fue objeto de rectificación porque el texto autógrafa la contiene, pues indica que el Código «consta de 2,132 artículos».

vigente, con modificaciones, hasta el 1 de enero de 1987 en que empezó a regir el nuevo Código Civil promulgado el 23 de diciembre de 1985. Se produjo así lo que Luis Moisset de Espanés califica como un «fenómeno que podríamos llamar de trasplante jurídico»³¹.

La estructura del Código vigente de 1987 es la siguiente: Título Preliminar y cinco libros: De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia; De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones; De los contratos y de otras fuentes de las obligaciones; De los derechos reales o sobre las cosas; y, por último, De la sucesión por causa de muerte. El Código tiene 2.815 artículos.

t. **Cuba (1988)**

El Código Civil Español rigió en Cuba desde el año 1889 y se mantuvo en vigor hasta el 12 de abril de 1988 en que entró en vigencia un nuevo Código Civil aprobado por Ley N.º 59, aprobada por la Asamblea Nacional el 16 de julio de 1987.

El Código empieza con unas Disposiciones Preliminares y tiene cuatro libros: Relación jurídica; Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes; Derecho de obligaciones y contratos; y, finalmente, Derecho de sucesiones. Tiene 547 artículos –lo que lo hace el más breve entre los códigos iberoamericanos– tres disposiciones especiales, seis disposiciones transitorias y tres disposiciones finales.

u. **Brasil (2003)**

El Código Civil brasileño vigente, promulgado por Ley N.º 10.406, de 10 de enero de 2002, para entrar en vigor un año después de su publicación por mandato de su artículo 2044, esto es, desde el 11 de enero de 2003, sustituyó al que rigió desde el 1 de enero de 1917. La estructura de ambos difiere sustancialmente del resto de códigos iberoamericanos y tiene su antecedente en las obras de Augusto Teixeira de Freitas, la Consolidación y el Esbozo, así como en el Código Civil Alemán de 1900.

El Código de 1917 tenía la siguiente estructura: Parte General, con tres libros: De las personas; De los bienes; y De los hechos jurídicos. Parte Especial, con cuatro libros: Del derecho de familia; Del derecho de las cosas; Del derecho

³¹ *Op. cit.*, p. 118.

de las obligaciones; y Del derecho de sucesiones. El código contaba con un total de 1.817 artículos.

En cambio, el de 2003 tiene esta: Parte General: con tres libros: De las personas, De los bienes y De los hechos jurídicos. Parte Especial, con cinco libros: Del derecho de obligaciones, Del derecho de empresa, Del derecho de las cosas, Del derecho de familia y Del derecho de sucesiones. Cuenta con un total de 2.016 artículos.

Existe, además, una Ley de Introducción al Código Civil (Decreto-Ley N.º 4.657, de 4 de septiembre de 1942) con 19 artículos y que correspondería a lo que es el título preliminar en otros códigos, que estuvo en vigor con el código de 1917 y que ha mantenido vigencia con el nuevo código de 2003.

v. **Argentina (2015)**

Durante más de ciento cuarenta años –pues fue sancionado por Ley N.º 340, de 25 de septiembre de 1869, para entrar en vigor el 1 de enero de 1871–, rigió en la República Argentina el Código Civil elaborado por don Dalmacio Vélez Sarsfield, una obra jurídica monumental que fue referencia indispensable para los códigos civiles iberoamericanos dictados con posterioridad.

Resulta importante destacar su organización interna a los efectos de advertir las diferencias y similitudes con el vigente, que empezó a regir el 1 de agosto de 2015.

El Código de 1871 se inicia con una parte introductoria denominada Títulos Preliminares (referidos a las leyes y al modo de contar los intervalos de derecho) y los siguientes cuatro libros: De las personas; De los derechos personales en las relaciones civiles (que desarrolla lo relativo a las obligaciones, los hechos y actos jurídicos, las reglas generales de los contratos, así como las de los contratos típicos); De los derechos reales; y, por último, De los derechos reales y personales (que comprende la materia sucesoria, la preferencia de créditos y la prescripción). El Código contiene 4.051 artículos.

El Código Civil y Comercial de 2015 ha reducido su extensión a 2.671 artículos y está estructurado de la siguiente manera: un Título Preliminar y cinco libros: Parte general (que contiene las normas sobre la persona humana y la persona jurídica y acerca de los bienes, hechos y actos jurídicos); Relaciones de familia; Derechos personales (que se ocupa de las obligaciones y contratos); Derechos reales; y, finalmente, Trasmisión de derechos por causa de muerte.

Como es de verse, el Código vigente sigue un diseño cercano al de los Códigos brasileños de 1917 y 2003, particularmente en lo referido a su Parte General, aunque en el caso del Código argentino esta constituye un libro más, al igual que los otros cuatro, mientras que en los del Brasil es una división mayor, junto con la Parte Especial, cada una de las cuales comprende varios libros.

6. BREVES CONCLUSIONES A PARTIR DE LA ESTRUCTURA DE LOS CÓDIGOS

De la descripción realizada a propósito de la estructura de los códigos civiles iberoamericanos analizados puede concluirse que, para la organización de sus materias, salvo el caso particular del Código del Brasil, que distingue una Parte General y una Parte Especial, con libros que componen cada una de ellas, la estructura de los demás es semejante, dividida en libros, más allá de la denominación, número y orden de estos³².

Ciertamente algunos códigos, más bien los menos, carecen de un título preliminar o de un apartado inicial de disposiciones preliminares. Pero casi todos se ocupan, por lo general, de las mismas materias: Personas, Familia, Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Contratos.

Adicionalmente, los códigos han tenido distintas fuentes de inspiración. Es importante el número de códigos que ha sido resultado de la adopción de códigos de otros países o cuya influencia ha sido determinante para la definición de la estructura y contenido de otros.

7. ADVERTENCIAS

No obstante, hay que hacer tres advertencias.

a. **Tratamiento separado del Derecho de Familia en otro código**

Una primera se refiere al hecho de que, como puede haberse comprobado también y según se refirió, la mayoría de códigos civiles se ocupa de la mate-

³² También puede mencionarse que está generalizada la utilización del vocablo artículo o la abreviatura art. precediendo al número de los artículos, constituyendo una excepción que el número aparezca solo, como ocurre con los Códigos Civiles de Uruguay y Argentina.

De otro lado, con excepción de los Códigos de Argentina, Bolivia y Portugal, los artículos no llevan epígrafes o sumillas que resuman su contenido.

En el caso del Perú, por Ley N.º 25362, de 12 de diciembre de 1991, se autorizó al Poder Ejecutivo para que en las ediciones oficiales y para su divulgación masiva en ediciones populares, entre otros, del Código Civil se incluyan sumillas en cada artículo. El artículo único de la ley puntualiza que «las sumillas no forman parte del texto legal».

ria del Derecho de Familia en sus textos, ya sea en un libro específicamente dedicado al tema o al interior del de personas.

Pero hay otros, más bien pocos en proporción, que lo hacen en un código distinto denominado Código de Familia o uno equivalente. Ello sucede en los casos de Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Venezuela y Panamá.

Los estados mexicanos de Sonora y Yucatán cuentan igualmente con un Código de Familia. El de Tamaulipas, con una Ley para el desarrollo familiar. Baja California, con una Ley de la Familia. Coahuila de Zaragoza, con una Ley para la Familia. Y los estados de Hidalgo, Michoacán de Ocampo, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa y Zacatecas, con un Código Familiar.

b. Regulación del Derecho Internacional Privado

La segunda concierne al hecho de que no todos los códigos civiles contienen normas de conflicto, es decir, reglas de Derecho Internacional Privado. Algunos códigos como el español, las incluyen en su título preliminar. Así también lo hacía el Código del Perú de 1936. Otros, en cambio, como el peruano de 1984, les dedican un libro separado.

Pero hay otras legislaciones, como las de Venezuela y Chile, que le brindan a la materia una regulación independiente.

Así, Venezuela, no obstante que el Título Preliminar del Código Civil contiene algunas pocas normas sobre la materia (artículos 8 al 11), tiene una Ley de Derecho Internacional Privado promulgada el 6 de agosto de 1998.

Por su parte, Chile, bajo la denominación de Código de Derecho Internacional Privado y sin perjuicio de dedicar los artículos 14 a 18 de su Código Civil a la cuestión, recoge por separado, en una publicación oficial, el texto de la Convención de Derecho Internacional Privado, también conocido como Código Bustamante³³, ratificado por ese país, así como por Bahamas, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, países todos a los cuales vincula.

³³ Adicionalmente, en el apéndice de la edición oficial del Código de Derecho Internacional Privado, son incluidos otros instrumentos internacionales como las Convenciones interamericanas sobre conflictos de leyes en materia de cheques, sobre arbitraje comercial internacional, sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, sobre recepción de pruebas en el extranjero, sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero y sobre exhortos y cartas rogatorias.

c. **Unificación total o parcial de las materias civiles y comerciales**

La tercera se refiere al hecho de que en la gran mayoría de países iberoamericanos existe, junto con el código civil, un código de comercio.

No obstante, algunos de los códigos a los que se ha hecho referencia, o fueron sancionados expresamente como códigos civiles y comerciales, como el Código argentino de 2015, o han integrado sustancialmente o de manera parcial, materias de orden comercial en el código civil.

En el caso del Código argentino, su entrada en vigor determinó la derogación del Código de Comercio, con excepción de algunos pocos artículos que fueron integrados al texto de la Ley N.º 20.094 de Navegación.

El Código del Brasil dedica su Libro II al derecho de la empresa y con tal motivo se ocupa de materias como las siguientes: el empresario, los distintos tipos de sociedades, su liquidación, transformación, incorporación, fusión y extinción.

Se ha unificado, además, el régimen de los contratos civiles y mercantiles en el Código Civil. Por tal razón, han quedado derogadas las normas contenidas en la Parte Primera del Código Comercial –Ley N.º 556, de 25 de junio de 1850–, manteniéndose las relativas al comercio marítimo, conforme lo establece el artículo 2045 del Código de 2003.

El Código Civil del Paraguay ha unificado sustancialmente las materias civiles y comerciales, si bien se mantiene vigente el Libro Tercero del Código de Comercio promulgado por Ley de 29 de agosto de 1891 que regula lo referido a los derechos y obligaciones que resulten de la navegación (artículos 856 a 1378). Así resulta de la norma derogatoria contenida en el artículo 2810 del Código Civil.

El Código Civil se ocupa del contrato de transporte de cosas y personas, de las sociedades, de las letras de cambio, de la cuenta corriente, de los contratos bancarios, del contrato de seguro, del reaseguro y del cheque.

El Código del Perú de 1984, por su parte, establece en su artículo 2112 lo siguiente:

«Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio».

Adicionalmente, el artículo 1353 hace de aplicación a todos los contratos de derecho privado las disposiciones sobre los contratos en general contenidos en la Sección Primera del Libro VII, dedicado a las fuentes de las obligaciones:

«Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

En consecuencia, a todos los contratos de derecho privado, sin excepción, les son aplicables las disposiciones generales, así como las reglas relativas al consentimiento, objeto y forma del contrato, contratos preparatorios, contratos con prestaciones recíprocas, cesión de posición contractual, excesiva onerosidad de la prestación, lesión, contrato en favor de tercero, promesa de la obligación o del hecho de un tercero, contratos por persona a nombrar, arras confirmatorias y arras de retractación y obligaciones de saneamiento.

Por tanto, en el caso del Código peruano se ha producido la unificación de la regulación en el código civil de los contratos mencionados y, además, se ha hecho de aplicación a todos los contratos privados las disposiciones aplicables a los contratos civiles en general. En todo lo demás, el Código de Comercio de 1902, que en buena parte se encuentra sustancialmente vaciado de contenido (ya no rigen, por ejemplo, sus disposiciones en materia de sociedades, bancos, títulos valores y seguros, respecto de los cuales hay legislación especial), se mantiene vigente.

8. ¿ES DESEABLE UNA INTEGRACIÓN DE LAS LEGISLACIONES CIVILES IBEROAMERICANAS? ¿ES POSIBLE TAL INTEGRACIÓN?

a. El ideal de la integración legislativa y las conferencias americanas

La idea de la integración legislativa no es ajena a nuestros países. Ya en los años 1877 y 1878 se realizó en Lima el denominado Congreso de Jurisconsultos Americanos al que asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador y Perú, como resultado del cual se elaboró un Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado (Tratado de Lima) que regulaba sobre el estado y capacidad de las personas, el matrimonio, la sucesión, los actos jurídicos, la jurisdicción en materia penal, la ejecución de sentencias extranjeras y la legalización. Desafortunadamente el tratado no entró en vigor.

Con posterioridad, se realizó el Congreso de Montevideo de 1889-1890 en el que fueron aprobados diversos tratados, entre ellos, uno de Derecho Civil Internacional.

En la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana en 1928, fue aprobado el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elaborado por don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén y que por ello es conocido como «Código Bustamante». El Código consta de 437 artículos y está dividido en un Título Preliminar y cuatro libros dedicados a las siguientes materias: Derecho Civil Internacional; Derecho Mercantil Internacional; Derecho Penal Internacional; y, por último, Derecho Procesal Internacional.

El Código Bustamante fue suscrito por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Como se refirió anteriormente, ha sido ratificado por 16 países.

En el año 1938 se celebró en Lima la Octava Conferencia Internacional Americana. En ella se convocó a una Comisión Permanente de Juristas para preparar la unificación de las legislaciones civiles y comerciales de las Américas.

En 1939, con el propósito de celebrar el cincuentenario de los Tratados de Montevideo de 1889-1890, se convocó un Congreso que se realizó en Montevideo, en el cual se acordó la actualización de aquellos y se suscribió, entre otros tratados, el de Derecho Civil Internacional.

Otro aspecto que debe destacarse en materia de unificación legislativa, es la convocatoria efectuada en 1971 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos a la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que se realizó en Panamá en 1975.

En esta conferencia fueron aprobadas las siguientes convenciones: a) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; c) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; d) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; e) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero; y f) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En 1979 se celebró la Segunda Conferencia Especializada en Montevideo y en ella se aprobaron las siguientes convenciones: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; 2) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; 3) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; 4) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; 5) Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero; 6) Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; 7) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; y 8) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.

La Tercera Conferencia Especializada se realizó en La Paz en 1984 y en ella se aprobaron las siguientes convenciones: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; 2) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado; 3) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras; y 4) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

La Cuarta Conferencia Especializada se efectuó en Montevideo en 1989. En ella fueron aprobadas las siguientes convenciones: 1) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; 2) La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; y 3) La Convención Interamericana sobre el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera.

La Quinta Conferencia Especializada se celebró en México en 1994 y en ella se aprobaron las siguientes convenciones: 1) La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; y 2) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

La Sexta Conferencia Especializada se realizó en Washington D.C. en 2002, aprobándose los siguientes instrumentos: 1) La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias; 2) La Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera; y 3) La Carta de Porte Directa Uniforme No Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carreteras.

La Séptima Conferencia Especializada se efectuó en Washington D.C. en 2009 y en ella se aprobó el Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias.

Se han mencionado todas estas reuniones y conferencias internacionales y los instrumentos aprobados en ellas, para poner de relieve la importante actividad desarrollada desde la segunda mitad del siglo XIX encaminada a la unificación legislativa en América y ratificar la convicción de que ese propósito no es extraño a nuestros países. Y también para poner en evidencia que una proficua labor como la desarrollada por las sucesivas Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, promovida y respaldada por una entidad supranacional, da frutos.

b. El Acta de Arequipa

Igualmente merece la pena citar, particularmente por su singularidad, la declaración denominada «Acta de Arequipa», formulada en agosto de 1999 por integrantes de cuatro comisiones encargadas en ese momento de la reforma de sus respectivos códigos civiles en Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico, reunidos con ocasión del II Congreso Internacional de Derecho Civil celebrado en esa ciudad del Perú.

Algunos aspectos de la declaración tienen especial vinculación con la materia que es objeto de evaluación, por lo que se reproduce seguidamente:

«Las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico, reunidas en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Civil denominado «Encuentro de las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Perú y Argentina» y «15 años del Código Civil Peruano y su Proceso de Reforma» en la ciudad de Arequipa - Perú, realizado entre el 4 y 7 de agosto de 1999, declaran:

- I. Que la codificación es el método más adecuado para la expresión del derecho privado, como lo demuestra el vasto movimiento codificador que se aprecia en todos los sistemas jurídicos;
- II. Que la vigencia innegable de ese método exige la puesta al día de los códigos existentes, para adecuarlos a las nuevas realidades sociales, culturales, políticas, económicas y tecnológicas;
- III. Que la internacionalización de las relaciones jurídico-económicas y el proceso de globalización imponen perseguir la armonización de las codificaciones en todo cuanto sea posible, incluso en sus lineamientos generales de técnica legislativa, respetando los particularismos de cada sociedad;
- IV. Que la armonización en sectores relevantes del Derecho privado es posible en América Latina, por la pertenencia a la familia romano-germánica, lo que constituye un indudable factor de identidad cultural;

V. Que la redacción de los nuevos Códigos o la revisión de los existentes, se ha de hacer sobre la base de algunos principios fundamentales:

- a) Su adecuación a la Constitución de cada Estado y a la eventual pertenencia a comunidades de integración;
- b) La recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los códigos sigan siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona;
- c) La protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación;
- d) Reformular los principios de la contratación, los procesos de informatización y de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos, con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad;
- e) El reconocimiento de las nuevas formas de propiedad;
- f) El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad civil;
- g) El fortalecimiento de la familia;
- h) El respeto por las minorías;
- i) El reconocimiento de la identidad cultural de las poblaciones indígenas;
- j) El facilitamiento, a través de la legislación interna, de la integración regional.

VI. Que las comisiones de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico se comprometen a:

- a) Estar en comunicación permanente para intercambiar opiniones e información;
- b) Propiciar la difusión de sus trabajos;
- c) Recomendar la rápida difusión de sus tareas y la sanción de los códigos o reformas en función de los principios expuestos».

c. La integración legislativa es deseable

Planteado lo anterior, corresponde indicar que ciertamente aparece como deseable emprender el camino de la integración legislativa en materia de Derecho Civil, si se consideran aspectos como los siguientes:

- El origen común de la codificación iberoamericana.
- La circunstancia de compartir un mismo idioma. Como escribió el ilustre poeta nicaragüense Pablo Antonio Cuadra: «La misma lengua enlaza todavía los pensamientos en la hermandad de los labios»³⁴. Son más de 450

³⁴ *Hacia la Cruz del Sur*. Comisión Argentina de Publicaciones e Intercambio. Buenos Aires, 1938. P. 17.

millones de personas las que tienen al español como lengua materna, lo que no es un obstáculo para comprenderse con los lusófonos³⁵.

- El hecho de encontrarse reguladas las mismas materias o materias similares en los códigos y la equivalencia en muchísimos casos de las soluciones legales adoptadas en ellos³⁶.
- La ventaja que supondría contar con un sistema homogéneo de normas, pues facilitaría la contratación entre los nacionales de los países involucrados (lo que, además, tendría efectos en el orden de la enseñanza del Derecho privado y el ejercicio profesional en esa especialidad en el ámbito de los países comprendidos en el proceso de integración).

Seguramente las materias a propósito de las cuales resultaría más viable un trabajo de integración serían particularmente el Derecho de Obligaciones y la Parte General de los Contratos.

En el marco de ese propósito integrador, resultaría importante promover la organización de un repositorio electrónico de los códigos civiles y de familia iberoamericanos, así como de la legislación afín vinculada a las materias propias de tales códigos (como por ejemplo, los Códigos de los Niños y Adolescentes, legislación registral, etc.) –administrado por la Conferencia Permanente de las Academias de Iberoamérica con la cooperación de las distintas Academias–, manteniendo una permanente actualización de la información, de modo que la base de datos pueda ser consultada con la seguridad de contar con los textos y sus correspondientes modificaciones completas y al día. Se propone adoptar un acuerdo en este sentido.

d. Dificultades que enfrenta la integración legislativa en Iberoamérica

No obstante lo dicho, la idea de la integración presenta numerosas dificultades que entorpecen la posibilidad de que pueda concretarse en el futuro inmediato.

Es cierto que la gran mayoría de códigos regula esencialmente las mismas materias o contiene previstas cuestiones similares, y que igualmente son

³⁵ El idioma portugués es hablado por alrededor de 216 millones de personas, incluyendo al Brasil y Portugal.

³⁶ Para comprobarlo, en el Anexo 1 se efectúa, a título de ensayo, un ejercicio de comparación de soluciones respecto de una misma materia en los diversos códigos iberoamericanos revisados, en este caso, la definición del contrato. Puede verificarse que casi todos contienen una definición, muchas de ellas idénticas o muy parecidas. Solo unos pocos códigos no incluyen una definición, como los de Costa Rica, Portugal y Brasil.

semejantes numerosas soluciones legislativas en los diversos códigos, pero eso no asegura que el entendimiento que se tenga de ellas sea uniforme en todos los países, tanto a nivel de la doctrina, como de la jurisprudencia. Atendiendo a esa circunstancia, para definir una solución legal común, sería preciso identificar nítidamente primero, y armonizar apropiadamente después las distintas tendencias, especialmente en el orden jurisprudencial.

Tampoco el lenguaje jurídico empleado –a pesar de ser uno el mismo idioma– es necesariamente idéntico en todos los países o es utilizado con un sentido unívoco. Hay giros idiomáticos propios de cada país, expresiones locales, que han sido recogidas en su propia legislación y códigos. Sería necesario uniformar el uso de las expresiones y precisar claramente su sentido y alcances para evitar inconvenientes en su debida aplicación e interpretación.

A este respecto, resultaría particularmente útil emprender un trabajo que ampliara lo avanzado con el Diccionario Panhispánico del español jurídico, pero siendo las Academias jurídicas iberoamericanas las que encabecen esa iniciativa y definan sus márgenes de actuación. Se propone adoptar un acuerdo en este sentido.

De otro lado, una dificultad de orden técnico se presenta particularmente con el caso de Puerto Rico. Si bien su código responde a un diseño propio de la familia romanista, convive con el sistema del *common law*, que inspira y da un contenido distinto a muchas instituciones. Para salvar este inconveniente, una posibilidad sería recoger algunos matices de regulación inspirados en el *common law*, los que tendrían que ser de aceptación general en el resto de países.

Otro inconveniente es el de los nacionalismos domésticos que también se presenta a nivel jurídico. El camino de la integración parte necesariamente de abandonar los localismos y esto, en el orden jurídico, significa que, al emprender esa dirección, se deje de lado la idea de que para adoptar una determinada solución legal integradora, la mejor fórmula es la prevista en la propia ley nacional. Debido a esa convicción de la «primacía de lo propio», no puede descartarse la invocación por alguno de la mayor bondad de su código frente a los otros, entorpeciendo así cualquier posibilidad de entendimiento.

La actual situación política de la América Hispana tampoco contribuye a facilitar las cosas. En el orden ideológico hay diferencias sustanciales que inevitablemente alejan a unos países de otros.

Los serios problemas que embargan a los países del área (inestabilidad social y política, corrupción generalizada, por citar solo dos) determinan que la integración legislativa no sea precisamente una prioridad. No es un tema que

se encuentre incluido ahora en la agenda de los gobiernos. Tampoco, por lo demás, lo estuvo en el pasado.

En esas condiciones, no es posible contar con que exista una voluntad política por parte de los gobiernos para emprender el camino de la integración legislativa en materia de Derecho Civil. Esto explica que la iniciativa para llevar adelante los esfuerzos en esa dirección haya partido hasta ahora, esencialmente, de profesores y académicos³⁷.

Ya se ha destacado, sin embargo, que determinadas áreas, como el Derecho Internacional Privado, han merecido la atención de entes internacionales como la Organización de Estados Americanos, que ha promovido la realización de las Conferencias Especializadas en ese rubro con resultados apreciables.

Planteadas las cosas así, es necesario, entretanto, que los esfuerzos privados imbuidos de ese propósito integrador comprendan al mayor número de países posible y que la iniciativa para llevarlos adelante la asuman las Academias jurídicas iberoamericanas. Se propone, igualmente, adoptar un acuerdo en este sentido.

9. HACIA EL FUTURO

Seguramente no es este el momento propicio para concretar un esfuerzo integrador. Pero aun cuando transcurriera mucho tiempo antes de que se dieran las condiciones favorables para ello, no debe cejarse en el empeño de encaminar y materializar esfuerzos que sienten las bases para lograrlo más adelante.

Pensemos en el inmenso valor del lema de la Unión Europea, *In varietate concordia*. Que sea también ese, al menos de momento, el sentido que deba tener la interconexión fecunda entre los diversos países de Iberoamérica en materia de codificación civil: Unida en la diversidad.

10. A MANERA DE COLOFÓN

Con la extraordinaria lucidez que le era propia y su admirable vocación americanista, el ilustre y querido profesor y amigo, don José María Castán Vázquez

³⁷ Un trabajo reciente en ese sentido ha dado como fruto el texto titulado *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, diciembre de 2017). Se trata de un trabajo realizado después de siete años de labores en el que han participado profesores de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela, al que se han sumado profesores de la Universidad de Rennes de Francia y el profesor Antonio Manuel Morales Moreno.

que, señaló claramente lo que correspondía hacer, ahora y en adelante, cuando escribió lo siguiente:

«Cumpliendo los juristas hispánicos, de un lado y otro del Atlántico, esas y otras tareas, podrán coadyuvar desde el campo jurídico a que Iberoamérica camine hacia un futuro glorioso siguiendo el auténtico viento de su historia. "De una historia –como escribe Pablo Antonio Cuadra³⁸– que comenzó en Roma, continuó en España, siguió hacia América, donde se detuvo un instante de siglos a incorporar el sentido total, en rutas y sangres, de lo ecuménico, y seguirá adelante, en marcha. Como una cruzada. Como los mismos Andes, que en su quietud colosal parecen avanzar en fila, en una lenta y mitológica peregrinación hacia la Cruz del Sur"»³⁹.

³⁸ *Entre la Cruz y la Espada*. Colección Hispanoamericana. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1946. Pág. 10.

³⁹ *Op. cit.*, p. 178.

ANEXO 1 LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO EN LOS CÓDIGOS CIVILES IBEROAMERICANOS

Código Civil de Haití (1826)

Artículo 897. El contrato es el acuerdo de voluntades por el que una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Código Civil de Chile (1857)

Artículo 1438. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Código Civil de El Salvador (1860)

Artículo 1309. Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Código Civil del Ecuador (1861)

Artículo 1454. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Código Civil del Uruguay (1869)

Artículo 1247. Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Cada parte puede ser una o muchas personas.

Código Civil de la República Dominicana (1876/1884)

Artículo 1101. El contrato es un convenio en cuya virtud una o varias personas se obligan respecto de una o de varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Código Civil de Colombia (1887)

Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Código Civil de España (1889)

Artículo 1254. El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Código Civil de Honduras (1906)

Artículo 1539. Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Código Civil de Panamá (1917)

Artículo 1105. Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.

Código Civil de Puerto Rico (1930)

Artículo 1206. El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Código Civil de Nicaragua (1931/1933)

Artículo 2435. Contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico.

Código Federal de México (1932/2000)

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Código Civil de Guatemala (1964)

Artículo 1517. Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Código Civil de Bolivia (1976)

Artículo 450. (Noción) Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica.

Código Civil de Venezuela (1982)

Artículo 1133. El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

Código Civil del Perú (1984)

Artículo 1351. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Código Civil del Paraguay (1987)

Artículo 296. Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

Las omisiones que revistieren los mismos caracteres están sujetas a las reglas del presente título.

Código Civil de Cuba (1988)

Artículo 309. Mediante el contrato se constituye una relación jurídica o se modifica o extingue la existente.

Código Civil y Comercial de la República Argentina (2015)

Artículo 957. Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

Comunicaciones

La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica Iberoamericana

Salomé Adroher Biosca

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho Internacional Privado,
Universidad Pontificia de Comillas
Académica Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de España*

RESUMEN: La adopción simple, figura histórica del Derecho de familia español fue suprimida en 1987, pero «regresó» a España a partir de los 90 con las primeras adopciones internacionales simples provenientes, fundamentalmente, de países iberoamericanos. Si bien inicialmente no fueron reconocidas en nuestro país, posteriormente se contempló su posible conversión en plenas por Ley 54/2007 de adopción internacional y con las reformas de 2015 se ha articulado el procedimiento de conversión concreto. Estas reformas han supuesto una nueva filosofía del sistema español de adopción que abandonando la concepción de que la ruptura con el pasado y con la familia de origen, responde siempre al mejor interés del adoptado, han contemplado la posibilidad de que exista continuidad con la relación familiar anterior como expresión del derecho a la identidad filial. Son tres las manifestaciones principales de esta nueva filosofía favorable a la apertura: el refuerzo del derecho a la búsqueda de orígenes de los adoptados, la introducción de la adopción abierta, y el establecimiento de un procedimiento de reconocimiento de las adopciones simples.

SUMMARY: Simple adoptions disappeared in Spanish civil law in 1987 but in the 90s «returned» to Spain with the demand of recognition of several inter-country south American simple adoptions. Initially these adoptions were not recognized in our country because they didn't have the effect of terminating the pre-existing legal parent-child relationship. But through different legal reforms that have taken place in Spain in 2007 and 2015, openness in adoption is a new philosophy that has led to a new system that permits the conver-

sion of simple to full adoptions as well as a new regulation of open adoption and the reinforcement of the right to know and search for origins.

PALABRAS CLAVE: Adopción simple. Iberoamérica.

KEY WORDS: Simple adoption. South America.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre¹, suprimió del Derecho español la figura de la adopción simple que, junto a la adopción plena, había coexistido desde antiguo como institución proveniente del Derecho Romano (CASTÁN TOBEÑAS, J.).

La Exposición de Motivos de esta Ley justificó su supresión en el carácter residual y poco frecuente de este tipo de adopción². Sin embargo, quizá esta desaparición obedeció, también, a que en esta reforma se consolidó una concepción cerrada de la adopción para la cual la ruptura total entre la familia de origen y el adoptado era un beneficio para este último. La adopción simple, que reconocía determinadas relaciones, al menos jurídicas, entre la familia de origen y el adoptado, no sintonizaba, en consecuencia, con esta filosofía³. No obstante, pocos años después, con la multiplicación exponencial de las adopciones internacionales, comenzaron a llegar a España solicitudes de reconocimiento de adopciones simples provenientes fundamentalmente de Iberoamérica ya que los Derechos iberoamericanos, por influencia del Derecho español, conservaban esta institución.

2. ADOPCIONES SIMPLES EN DERECHO ESPAÑOL

Las adopciones simples, denominadas «menos plenas» hasta 1970 en el Derecho español, aparecían ya en la primera versión del CC, pero su régimen jurídico fue modificado sucesivamente por Leyes de 24 de abril de 1958⁴, 7/1970, de 4 de julio⁵, y de 11/1981, de 13 de mayo⁶, hasta su supresión en 1987.

¹ BOE de 17 de noviembre de 1987.

² «La pervivencia de la figura de la adopción simple, reducida a una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que solo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial».

³ «Las finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior».

⁴ BOE de 25 de abril de 1958.

⁵ BOE de 7 de julio de 1970.

⁶ BOE de 19 de mayo de 1981.

Algunos efectos de la adopción eran similares tanto en las plenas como en las simples: el vínculo era equivalente a la filiación biológica⁷ (si bien con diferencias en cuanto a la calificación de la filiación⁸), y además eran irrevocables⁹.

Sin embargo, los destinatarios de cada tipo de adopción eran diversos¹⁰, y los efectos diferían tanto en el ámbito sucesorio (BERCOVITZ) y de los apellidos, como en la regulación de la ruptura de vínculos con la familia biológica¹¹.

Este régimen jurídico fue objeto de tres sucesivas reformas. La Ley de 1970 reguló por vez primera la conversión de la adopción simple en plena, cuestión de especial actualidad como expodré en el siguiente epígrafe¹², pero se mantuvieron ciertas diferencias entre ambas en materia sucesoria y de apellidos¹³ y reforzó «el secreto en la adopción (CASTÁN TOBEÑAS, J. 299). La reforma de 1981 fue objeto de grandes críticas doctrinales por mantener cuestiones secundarias claramente necesitadas de reforma e improvisar cambios fundamentales sin modificaciones necesarias y concordantes, en particular del art. 180 referido a la adopción simple (CASTÁN TOBEÑAS, J. 301). Tras la definitiva supresión de la adopción simple en 1987, y derivado del régimen transitorio previsto en esta reforma, en los años posteriores hubo diversos pronunciamientos judiciales y administrativos (alguno muy reciente) en materia

⁷ El vínculo que se establece entre adoptante y adoptado es idéntico en deberes y derechos a los que «tienen los padres y los hijos, con lo cual en un punto más queda establecida la debida analogía entre la relación de filiación adoptiva y la establecida por la naturaleza» (Exposición de Motivos de la Ley del 58).

⁸ «La adopción plena se ha configurado reforzando el vínculo adoptivo cuanto la prudencia permite. Así la situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto de su padre. Sin embargo, el adoptado, aunque lo sea plenamente, no adquiere propiamente el carácter de hijo legítimo del adoptante.» (Id).

⁹ «La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones se la declara irrevocable». (...) (Id).

¹⁰ La adopción plena está pensada fundamentalmente para matrimonios sin hijos y niños abandonados o expósitos (CASTÁN TOBEÑAS, J. pág. 298).

¹¹ «El arreglo de los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales, con los que el adoptado está unido por vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza. La solución que se da en el caso de la adopción plena es, sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva». (Exposición de Motivos de la Ley del 58).

¹² «La adopción simple viene a cubrir una etapa de la que no es posible constituir la en forma plena por faltar los requisitos específicos, advenidos los cuales podrán conducir, sin solución de continuidad, a la adopción plena». (Exposición de Motivos de la Ley del 70).

¹³ «Como norma específica se autoriza ampliamente la sustitución de los apellidos derivados de la filiación por los de la adopción, así como el uso de unos y otros. La conservación de los apellidos actúa como regla subsidiaria a falta de pacto en la escritura. La otra norma de importancia concierne a los derechos sucesorios». (Id).

sucesoria, que pusieron de manifiesto cómo el régimen jurídico de los adoptados en forma simple podía contravenir, en algunos aspectos, el principio de igualdad constitucional¹⁴, a pesar de que el TC declaró en su sentencia de 4 de mayo de 1983 que la existencia de dos tipos de adopción no atentaba contra el artículo 14 de la Constitución.

3. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE ADOPCIONES SIMPLES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Cuando todavía llegaban a los tribunales españoles estos «últimos coletazos» de los efectos sucesorios de las *viejas* adopciones simples españolas, y casi sin solución de continuidad, comenzaron a llegar a España solicitudes de reconocimiento de adopciones simples *nuevas* constituidas en el extranjero.

En España la adopción internacional comenzó a ser significativa en los años 90 (25 años después de los países de nuestro entorno), y solo una década más tarde, llegamos a uno ser de los países receptores más importantes del mundo. A partir de 2004, año en el que se produjo la cifra de adopciones más alta, las adopciones internacionales comenzaron a descender progresivamente al igual que en el resto del mundo.

El número de niños procedentes de países iberoamericanos adoptados por familias residentes en España ha sido significativo, desde el comienzo de la adopción internacional en nuestro país. La llegada de estos niños adoptados a España ha supuesto, en algunos casos, un «regreso» de las adopciones sim-

¹⁴ Es el caso de la resolución de la DGRN 4/2007, de 26 septiembre (JUR\2007\315035), en la que se desestima la solicitud de una heredera de los adoptantes frente a la heredera adoptada de forma simple que solicita la cancelación de la anotación marginal de una adopción simple por no haberse otorgado escritura pública de adopción. Es también el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1.ª) núm. 21/2011, de 20 julio (AC\2011\2096), en el que se deniegan derechos sucesorios a la hermana biológica de una mujer adoptada en forma simple por otra familia o la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 96/2015, de 30 abril (AC\2015\930), que resuelve sobre los derechos legitimarios en la herencia de sus padres biológicos de una mujer adoptada de forma simple en 1965, habiendo premuerto sus padres adoptivos a sus padres biológicos. Sin embargo, es especialmente relevante, a estos efectos, la reciente sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 79/2013, de 1 marzo (RJ\2013\7414), en un complejo caso en el se discuten los derechos hereditarios de los hijos y descendientes de un adoptado simple, que premurió a su padre adoptante, el cual recibió la herencia de su hijo adoptado con el gravamen de conservar y transmitir los bienes de la misma, en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición, a sus respectivos hijos y descendientes legítimos concluyéndose que «resulta pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE) respecto de sucesiones que aunque abiertas con anterioridad a la Constitución (...) no han consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado».

ples, ya que en muchos de los países iberoamericanos pervivía esta figura junto con la de la adopción plena (como pone de relieve el extenso estudio de Derecho Comparado de CALVO BABÍO, F.).

La evolución puede apreciarse en el siguiente cuadro en el que se recogen junto a las cifras totales, las de menores procedentes de Iberoamérica:

AÑOS

ADOPCIONES	1998	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012	2014	2016
TOTALES	1487	3062	3625	5541	4742	3156	2891	1669	824	567
IBEROAM.	960	905	593	585	490	331	259	141	77	69

Su reconocimiento en España ha pasado por las tres fases que expondré a continuación:

1. La regulación del Código Civil

Las condiciones de reconocimiento en España de adopciones internacionales constituidas en el extranjero, estaban recogidas, inicialmente, en el artículo 9.5. del Código Civil. El procedimiento de reconocimiento era incidental; era el Juez o Cónsul encargado del Registro Civil el que valoraba estas condiciones como paso previo a la transcripción en el Registro Civil español de la inscripción de nacimiento del menor y, marginalmente, de la adopción del mismo; esta transcripción constituía el reconocimiento en España de la adopción realizada en el extranjero.

Una de las condiciones que el Encargado del registro debía verificar era la denominada «equivalencia de condiciones» regulada de la manera siguiente: «No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española». En virtud de esta exigencia, introducida en 1996¹⁵, el Encargado del Registro Civil debía «calificar» la adopción extranjera para comprobar si reunía los requisitos mínimos reconocibles por la legislación española para que pudiera constar en el Registro civil español como adopción. Dichos requisitos fueron progresivamente establecidos por la DGRN

¹⁵ Por Ley Orgánica 1/1996 (BOE de 17 de enero de 1996).

que exigió la concurrencia de tres elementos que integraban este «mínimo común múltiplo»: ruptura de vínculos con la familia de origen, equiparación en los efectos a una filiación natural e irrevocabilidad de la adopción¹⁶.

Esta equivalencia de instituciones, que ya venía exigiéndose en la práctica con anterioridad a la mencionada reforma¹⁷, supuso la negación del reconocimiento de adopciones simples existentes en diversos países, entre otros los iberoamericanos tales como Paraguay¹⁸, El Salvador¹⁹, México²⁰, República Dominicana²¹, Guatemala²², Argentina²³ y Venezuela²⁴. Dado que la adop-

¹⁶ «En esta delicada labor de comparación entre una adopción extranjera y la adopción regulada por el CC hay que partir de la base de que los efectos de una y otra han de "corresponderse" para que la primera sea reconocida en España como tal adopción y esa expresión, puesto que es casi impensable que exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de este en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes» (Resolución de 9 de junio de 1997, Anuario DGRN, págs. 1817 y ss.).

¹⁷ Resolución de 23 de agosto de 1997 (Anuario DGRN págs. 1973 y ss.).

¹⁸ Resoluciones de 24 de junio de 1995 (Anuario DGRN 1995, pp. 1606 y ss.) y de 1 de septiembre de 1995 (Anuario DGRN 1995, pág. 1612).

¹⁹ Resolución de 1 de septiembre de 1995 (Anuario DGRN 1995, pág. 1615): «a la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación salvadoreña resulta que la adopción, cuando se constituyó, supone que el hijo adoptivo continúa formando parte de su familia consanguínea y conserva en ella todos sus derechos y obligaciones y que la adopción termina, entre otros casos, por voluntad del hijo adoptivo... y por consentimiento mutuo del adoptante y del hijo adoptivo mayor de edad...». En idénticos términos Resoluciones de 25 de octubre de 1995 (BIMJ n.º 1766, pág. 178), de 27 de enero de 1996 (BIMJ n.º 1773, pp. 87 y ss.) y de 29 de febrero de 1996 (BIMJ n.º 1775, pág. 89 y ss.).

²⁰ Resoluciones de 1 de abril de 1996 (BIMJ n.º 1776, pág. 165), de 22 de abril de 1996 (BIMJ n.º 1777, pág. 126), de 16 de septiembre de 1996 (BIMJ n.º 1792, pág. 75 y ss.), de 24 de enero de 1997 (BIMJ n.º 1815, pág. 138) y de 14 de octubre de 1997 (JUR\2007\51567).

²¹ Resolución de 12 de julio de 1996 (BIMJ núms. 1788-9 pág. 113) en la que se señala que en la legislación dominicana existen las figuras de adopción simple (ordinaria) y privilegiada (plena). En el primer caso, la adopción no es equiparable a la española. En idénticos términos Resolución de 27 de junio de 1997 (Anuario pp. 1894 y ss.), Resolución de 23 de agosto de 1997 (2.ª) Anuario pp. 1973 y ss.), Resolución de 2 de diciembre de 1997 (Anuario pp. 2453 y ss.), Resolución (1.ª) de 29 de mayo de 1998 (BIMJ n.º 1839, pp. 344 y ss.) y Resolución núm. 10/2013 de 5 agosto de 2013 (JUR\2014\206949).

²² Resoluciones de 5 de abril de 2000 (BIMJ n.º 1870 pp. 2018 y ss.), de 3 de abril de 2002 (RJ\2002\6192), de 11 mayo 1999 (RJ\1999\10154) y de 21 de octubre 2008 (JUR\2010\1658).

²³ Resolución de 4 julio de 2005 (RJ\2006\3883): «la adopción argentina, en su forma simple no crea vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante, salvo a determinados efectos; los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico no quedan extinguidos por la adopción, salvo la patria potestad y el usufructo de los bienes del menor; y en cuanto a los derechos hereditarios, existen determinadas limitaciones o reservas legales respecto de los bienes del adoptado y también diferencias cuando se trata de suceder a los ascendientes del adoptante, supuesto en el que no tiene el adoptado ni sus descendientes la condición de herederos forzosos; finalmente, la adopción argentina en su forma simple es revocable». En sentido idéntico, Resolución de 14 de noviembre de 2008 (RJ\2010\387).

²⁴ Así se señala, tardíamente, en la Resolución de 31 de marzo de 2014 (JUR\2014\260709) «la principal diferencia entre los efectos de la adopción simple venezolana y la adopción plena

ción simple se caracteriza, precisamente, por mantener determinados vínculos jurídicos entre la familia de origen y el adoptado, el primero de los requisitos no se cumplía en estos casos. Esta falta de equiparación tenía consecuencias no solo en el ámbito familiar, sino también en otros como el de la nacionalidad: las adopciones simples no podían ser la base legal para solicitar la nacionalidad española, ni por filiación²⁵, ni por opción²⁶.

No obstante, esta exigencia, quizás un tanto rígida en la consideración de los «mínimos» para que la adopción fuera reconocible, comenzó a sufrir modulaciones en la doctrina de la DGRN de 1997, especialmente respecto a México²⁷ y a Venezuela²⁸. De esta manera, la DGRN comenzó a flexibilizar la «equivalencia» en el reconocimiento de las adopciones simples en relación con dos cuestiones: ruptura de vínculos con la familia biológica y revocación de la adopción²⁹, abriendo la puerta al reconocimiento en algunos supuestos.

Sin embargo, la DGRN consideró que una adopción internacional simple, no reconocida como plena, podía ser susceptible de anotación en el Registro Civil español, al equivaler a un prohijamiento o acogimiento. Por tanto, estas

española, reside en que la adopción simple venezolana solo produce un vínculo civil de naturaleza especial entre el adoptado y el adoptante y no lo crea entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante».

²⁵ Así se señala en la Resolución núm. 21/2013 de 23 de mayo de 2013 (JUR\2013\330270): «la adopción que consta en la inscripción de nacimiento de la interesada es simple, de acuerdo con el artículo 30.3 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y no comporta la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código civil».

²⁶ Así se señala en la Resolución núm. 29/2014 de 14 de octubre de 2014 (JUR\2015\255585) al no acreditarse la filiación de la optante respecto de un español de origen, por tratarse de una adopción simple guatemalteca y además de mayor de edad.

²⁷ Con respecto a México, la Resolución de 9 de junio de 1997 (Anuario DGRN 1997, pp. 1817 y ss.) en relación a una adopción en el Estado de Oaxaca se señaló que los supuestos de revocación previstos en dicha legislación prevén en todo caso la intervención judicial lo cual «no guarda desarmonía con el supuesto extremo de revocación que admite el artículo 180 del CC español ni con la exclusión judicial de los derechos del adoptante del artículo 179» y la Resolución de 11 de septiembre de 1997 (Anuario DGRN 1997, pp. 2025 y ss.) sobre una adopción en San Luis de Potosí, estableció que a la necesaria ruptura con la familia anterior no se opone el hecho de que el menor de edad conserve derechos sucesorios respecto de su familia biológica.

²⁸ En relación con Venezuela, la Resolución de 11 de marzo de 1997 (BIMJ n.º 1823, pág. 103) admitió la inscripción de una adopción plena venezolana a pesar de que la misma sea revocable o anulable en virtud de sentencia judicial firme: «es por tanto la revocación voluntaria y no la que es consecuencia de una sentencia judicial la circunstancia que hay que tener en cuenta, entre otras, al calificar si una adopción extranjera puede ser inscrita en el RC español».

²⁹ En relación con la revocación y por Ley 18/1999, de 18 de mayo, se añadió un último párrafo al artículo 9.5 del CC en los siguientes términos: «La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de esta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del RC» (BOE de 19 de mayo).

familias españolas, cuyas adopciones simples no fueron reconocidas en estos años, pudieron, sobre la base de esta anotación registral, promover la constitución de una adopción en España ante juez español que aplicaría exclusivamente la ley española, ya que el adoptando residía en España, pero renovando los consentimientos, audiencias y autorizaciones requeridos por nuestro Derecho³⁰.

Esta doctrina registral de mediados de los 90 coincidió en que, en 1995, España ratificaba el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 (CH)³¹, el cual prevé en su artículo 27 la posibilidad de «conversión» de una adopción simple en una plena, si el menor provenía de un Estado parte. A pesar de ello, la DGRN, en estos años, no consideró viable que una adopción simple pudiera convalidarse a una adopción plena³² aunque para algunos autores la posibilidad prevista en el artículo 9.5.4 del CC de completar los consentimientos «ante cualquier autoridad competente», constituían la vía para la conversión prevista en el CH (RODRÍGUEZ BENOT, A. ESTEBAN DE LA ROSA, G) si bien la pervivencia de esta previsión con la exigencia a partir del 96 de la «equivalencia», era contradictoria (GONZÁLEZ BEILFUSS). Algunos autores en estos años, propusieron ya la necesaria regulación *ad hoc* de un procedimiento de conversión (CALVO BABÍO, F.). La Audiencia Provincial de Barcelona por Auto de 22 octubre de 1999³³, planteó «proféticamente» la alternativa a la constitución de una nueva adopción plena en España que ocho años después daría nuestro legislador: la conversión de la simple en plena a través de un proceso de jurisdicción voluntaria en el que no sería ya precisa ni la declaración de idoneidad de los adoptantes, ni la propuesta previa de la Entidad pública³⁴.

³⁰ Así, en el caso resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 152/2001, de 30 marzo (AC\2001\2236), en el que adoptantes españoles habían adoptado a una menor en forma simple en Guatemala y ahora instaban el procedimiento de adopción plena en España, se incluye en el expediente el consentimiento de la madre biológica a esta nueva adopción: «Declaración de la madre biológica para dar su consentimiento a que la adopción simple pueda transformarse en España en adopción plena sin necesidad de otorgar nuevo consentimiento en el expediente de transformación y en la correspondiente escritura pública: "acepto la adopción entendiéndola que es final e irrevocable, así como que sus derechos consanguíneos, la patria potestad y herencia quedan completamente terminados por medio de la adopción y que todos esos derechos pasan a los padres adoptivos a quienes autoriza expresamente para que su hijo menor sea readoptado en España por los padres adoptivos sin necesidad de otorgar nuevo consentimiento en el expediente de adopción, haciendo entrega definitiva de su menor, que pasa a poder de los adoptantes"».

³¹ BOE núm. 182 de 1 de agosto de 1995.

³² Resolución (2.ª) de 5 de abril de 2000 (BIMJ n.º 1870, pp. 118 y ss.).

³³ AC\1999\7982.

³⁴ «Este menor está en situación absolutamente análoga a la de un acogido pre adoptivamente o tutelado por cuanto la adopción simple extranjera confiere un status de mayor protección que la tutela, confiere la potestad parental». Por tanto «no es necesaria la propuesta previa

II. La Ley 54/2007, de Adopción Internacional, de 28 de diciembre (LAI)³⁵

La LAI, que fue la respuesta a la necesidad social y jurídica de adaptar el Derecho español al aumento exponencial de adopciones internacionales en España, derogó la regulación contenida en el CC que acabo de exponer, e introdujo dos previsiones importantes relativas a las adopciones simples (CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.). En primer lugar, recogían en el artículo 26 la consolidada doctrina de la DGRN ya analizada en la cual se establecieron los mínimos de equivalencia para el reconocimiento de una adopción realizada en el extranjero.

En segundo lugar, la Ley contempló expresamente la posibilidad de conversión de adopciones simples en plenas con base en el CH, posibilidad reclamada años antes por la doctrina (RODRÍGUEZ BENOT, A.; CALZADILLA MEDINA, M. A) y acogida satisfactoriamente tras su aprobación (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.).

Reguló la competencia judicial internacional para la conversión (art. 15) y también la ley aplicable a la misma (art. 30), pero no se estableció el cauce legal para dicha conversión. Dado que el artículo 15, al regular la competencia, se refería a los «juzgados y tribunales», y el artículo 30 al reglamentar la ley aplicable, aludía a un «expediente judicial», parecía que la LAI apuntaba a un procedimiento «judicial» de conversión. Sin embargo, nuestro Derecho procesal interno no contemplaba este proceso especial de transformación, por lo que algunos consideramos que se trataba, al igual que proceso de reconocimiento, de un proceso «registral» en el que el «juez» encargado del RC debería verificar la concurrencia de una serie de requisitos (ADROHER BIOSCA, S.). Faltó por tanto en la LAI una regulación *ad-hoc* del procedimiento de conversión, y por ello mayoritariamente estos supuestos se resolvieron, como en la etapa anterior, constituyendo *ex novo* una adopción en España ante autoridad española³⁶, si bien con alguna excepción³⁷.

de la Entidad Pública (...) ni el consentimiento de los padres biológicos por cuanto los mismos fueron privados de la potestad en virtud de la adopción simple mexicana –sin perjuicio de que podría aprovecharse el procedimiento para completar su consentimiento a los efectos de una conversión de aquella adopción–».

³⁵ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

³⁶ Así se plantea en el caso resuelto por la Resolución núm. 10/2013 de 5 agosto 2013 (JUR\2014\206949): «La transformación de una en otra adopción requerirá que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen, o bien alternativamente que se constituya la adopción española *ex novo* ante Juez español».

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 3/2010 de 13 enero (JUR\2010\114935).

III. **La Ley 26/2015 de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia³⁸ y la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (LJV)³⁹**

El proceso analizado ha culminado con las reformas de 2015. Por una parte, la Ley 26/2015 modifica el artículo 30 de la LAI, precisando que el proceso de conversión se llevará a cabo según las normas de la jurisdicción voluntaria, y la LJV ha regulado dicho procedimiento de conversión en su artículo 42.

La aplicación de este nuevo marco jurídico ha planteado cuestiones relativas tanto a la competencia judicial, como a la ley aplicable y a la cooperación internacional de autoridades. En relación con la primera, si bien la LAI contiene normas sobre competencia judicial internacional en casos de conversión, el artículo 42 de la LJV no prevé reglas de *competencia territorial*. Ante esta omisión habría que acudir a la norma general de competencia establecida en el artículo 33 de la LJV, que sin embargo, en el caso de una conversión, al no haber «Entidad pública que tenga encomendada la protección del adoptando», deberá traducirse en la competencia única del tribunal del domicilio del adoptante⁴⁰. En segundo lugar, la reforma operada por Ley 26/2015 de los artículos 22 y 30 de la LAI, ha generado dudas sobre la *ley aplicable* a la conversión, que deben despejarse en favor de la aplicación de la ley española (SÁNCHEZ CANO, M. J.). Finalmente, y en relación a la *cooperación internacional de autoridades*, la exigencia prevista tanto en el CH (art. 27.1.b) como en la LAI (art. 30.4. a), de que se recaben los consentimientos necesarios para la conversión (es decir, que los padres biológicos, representantes... del niño den su consentimiento para los efectos una adopción plena, diversos de la simple al suponer una ruptura total de vínculos con la familia de origen), puede generar problemas cuando quienes tienen que prestarlos residen en el extranjero. Por ello el nuevo artículo 9 de la LAI, que prevé la aplicación del sistema de cooperación de autoridades del CH también en relación a terceros Estados, ha sido bienvenido (SÁNCHEZ CANO, M. J.).

4. OTRAS REFORMAS: LA APERTURA DE LA ADOPCIÓN

El reconocimiento en Derecho español de las adopciones simples constituidas en el extranjero, así como el procedimiento para transformarlas en plenas que acaba de analizarse, responde a una nueva concepción más abierta de la

³⁸ BOE núm. 180, de 29/07/2015.

³⁹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁴⁰ Así se señala en el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 89/2017 de 22 septiembre (JUR\2017\252023).

adopción, en virtud de la cual se reconoce el derecho del adoptado a su doble identidad familiar; esta nueva filosofía se ha manifestado, junto a la nueva regulación de la conversión de las adopciones simples, en otras dos modificaciones legales operadas en las reformas de 2007 y 2015: la regulación del derecho a la búsqueda de orígenes y la adopción abierta.

El derecho a conocer los orígenes biológicos de los adoptados es parte del derecho fundamental a la identidad filial (GÓMEZ BENGOCHEA, B.). Si bien estaba ya regulado en el artículo 12 de la LAI y en el 180 del CC, este último ha sido modificado en 2015, justamente en la década en la que algunos casos de niños «robados» durante la dictadura, e incluso en la transición, salían a la luz, pública organizándose en asociaciones que presentaban demandas al respecto. La nueva normativa ha concretado el tipo de información que las Entidades públicas deben custodiar y el tiempo que debe conservarse, cumpliendo así con lo previsto en el CEA⁴¹. Además, ha establecido la obligación de las entidades públicas o privadas que hayan tenido relación con el adoptado y puedan tener información relevante sobre él, a colaborar con las entidades públicas en este ámbito⁴².

Pero además de este derecho a «conocer», se ha regulado por vez primera, en el artículo 178.4 del CC, la adopción abierta⁴³. Esta nueva figura, al igual que la adopción simple, supone el mantenimiento de algún tipo de relación con la familia de origen: de tipo «jurídico» (sucesoria fundamentalmente en la adopción simple), o de tipo «relacional» en la adopción abierta. Su introducción responde al interés superior del menor y solo puede acordarse cuando este lo aconseje (ANGUITA). El nuevo precepto describe el concepto de este tipo de adopción y los casos en los que puede proponerse; establece las líneas generales del procedimiento de su constitución y la posibilidad de suspensión y supresión y prevé que, en estos casos, los adoptantes sean valorados como idóneos para este tipo de adopción. La norma es intencionadamente flexible tanto en relación al tipo de relaciones (contacto directo y presencial, comunicaciones personales no presenciales, o incluso mera transmisión de noticias sin contacto directo), como en los familiares implicados, si bien se menciona particularmente a los hermanos. Ya están comenzando a dictarse sentencias en las que se advierten los beneficios de esta figura⁴⁴.

⁴¹ Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

⁴² Las limitaciones de la regulación anterior se ponen de relieve en la Resolución de la DGRN núm. 30/2015 de 18 diciembre 2015 (JUR\2016\215920).

⁴³ Aunque un año antes, en 2014, había llegado un caso de solicitud de reconocimiento de una adopción abierta realizada en EEUU y la DGRN señaló que esta institución no era «extraña» al Derecho español (Resolución de la DGRN núm. 30/2014 de 14 octubre 2014).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016\1132).

En el presente trabajo he estudiado la evolución del Derecho español en la regulación y el reconocimiento de las adopciones simples. Se suprimieron en 1987 con el argumento de que la ruptura total con la familia anterior era lo mejor para el adoptado, y han vuelto a España como adopciones simples internacionales iberoamericanas reconocidas, o transformadas, de la mano de una serie de reformas para las que, una adopción cada vez más abierta, se considera, en muchos casos, la más compatible con el interés superior del niño (BERÁSTEGUI).

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. «La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de los "santos inocentes"» *Revista crítica de Derecho inmobiliario* (RCDI), 711, 2009; pp. 13- 55.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional». *Diario La Ley* n.º 6910, martes 25 de marzo de 2008.
- ANGUITA RÍOS, R.M. «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.11/2016
- BERÁSTEGUI PEDRO VIEJO, A. «Adopción: Un camino de apertura». *Sal Terrae* Año 2017, Tomo 105, Número 1225, pp. 735-748.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. «Los efectos sucesorios de la adopción». *ADC*, 1971, pp. 929-69.
- CALVO BABÍO, F. *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 2003.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre adopción internacional. (Reflexiones y comentarios)*. Granada, Comares 2008.
- CALZADILLA MEDINA. M. A. *La adopción internacional en Derecho español*. Dykinson, Madrid 2004.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. «La mujer adoptante». *Revista ICADE* 9, 1986, pp. 103 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo 5 (Derecho de familia), vol. II (relaciones paterno filiales y tutelares). Reus, Madrid 1985.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Thomson Aranzadi; Pamplona 2007.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid, Dykinson 2007.
- GONZALEZ BEILFUSS, C. «La LOPJM: normas sobre adopción internacional». *REDI* 1996, vol XLVIII (1996) 1, pp. 501-4.

- RODRÍGUEZ BENOT, A. «La eficacia extraterritorial de la adopción simple (el reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos). En GONZÁLEZ MARTÍN, n. y RODRÍGUEZ BENOT, a. *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001, pp. 365 y ss.
- SÁNCHEZ CANO, M. J. «La conversión de la adopción simple en plena tras las reformas legales de 2015». *Revista de Derecho de familia* 75, (abril-junio 2017), pp. 27-51.

Del *Pignus Gordianum* al derecho de retención de la prenda en el ámbito Iberoamericano. Un estudio comparativo

Juan Antonio Bueno Delgado

Profesor de Derecho Romano en la Universidad de Alcalá

RESUMEN: La Sección 4.^a del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica versa sobre «*El Derecho Civil en Iberoamérica: interconexiones entre los diversos países*». En ese encuadre, por lo que concierne al Derecho Privado, son abundantes las interconexiones que pueden hallarse en ese ámbito espacial. En el presente trabajo se analiza comparativamente el tratamiento legislativo que se dispensa al derecho de retención de la prenda para el caso de los créditos quirografarios, o sea, no garantizados, en la regulación que sobre este aspecto se observa en los Códigos Civiles de los países que conforman la Comunidad Iberoamericana; poniendo de relieve que la gran mayoría de ellos tiene como denominador común remoto un rescripto del Emperador romano Gordiano III (año. 239 d. C.) recogido en Cód. 8, 26 (27), 2, que contempla el denominado *pignus gordianum*.

SUMARIO: 1. Mapa. 2. Introducción. 3. Proceso codificador en Iberoamérica. 4. La regulación del Derecho de retención de la prenda en los códigos iberoamericanos. Estudio comparativo. 4.1. Resultados de la comparación. 5. El Derecho de retención de la prenda en los créditos quirografarios, en Derecho Romano. 5.1. Análisis de la fuente cod. 8, 26 (27).

Se atribuye a Napoleón, en su destierro en Santa Helena, la frase:

«Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil.»

«Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas Lo que nunca se borrará, lo que perdurará para siempre, es mi Código Civil.»

1. MAPA



2. INTRODUCCIÓN

Son muchas las conexiones que tienen los Códigos Civiles de los países que conforman la Comunidad Iberoamericana¹, muchos los puntos en común, muchas las coincidencias, muchas las notas y características que los interrelacionan, muchos los aspectos que los interconexionan, múltiples los principios y normas semejantes que los informan y numerosas las fuentes comunes que los inspiran.

¹ Una buena fuente donde consultar en red los Códigos Civiles de los Estados que conforman la Comunidad Iberoamericana, en Iberred (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional),

<https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

Muchos de ellos reflejan una clara influencia del Código Napoleónico de 1804 –imperante en los principales países con lengua de raíz latina–, que, a su vez, alberga importantes vínculos con el Derecho Intermedio: las VII Partidas² de Alfonso X el Sabio, y más allá, hasta remontarnos al Derecho Romano: más concretamente al denominado *Corpus Iuris Civilis* justinianeo; especialmente, por lo que se refiere al tema objeto del presente estudio: el derecho de retención de la prenda.

No por de sobra conocido, podemos obviar que, en orden a la posesión, la prenda se constituye mediante el traspaso posesorio de un bien³ del deudor pignorante⁴ (o de un tercero) al acreedor pignoraticio⁵, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación (deuda).

El derecho de retención de la prenda consiste, como también sabemos, en la facultad que goza el acreedor pignoraticio de no restituir la cosa objeto de garantía (obligación accesoria) en tanto el deudor pignorante no haya cumplido con su obligación principal, es decir, haya satisfecho íntegramente su deuda⁶. Este es un principio general de los contratos reales de garantía que tiene reflejo en la generalidad de los Códigos Civiles de los países Iberoamericanos, y que no ofrece discusión. Sin embargo, es también frecuente que el *ius retentionis* del acreedor se extienda más allá de los límites para los que fue constituido; de forma que, incluso cuando el deudor pignorante ha pagado el crédito al acreedor, este puede seguir reteniendo la garantía, si tiene constituidos otros créditos no garantizados con el mismo deudor: créditos quirografarios.

La situación resulta, en principio, absolutamente extraña, desde un punto de vista estrictamente jurídico, pues quebranta la regla general según la cual cuando se extingue la obligación principal (crédito) desaparece junto con ella la obligación accesoria (garantía). Por otra parte, coloca al acreedor en una posición jurídica de preeminencia, pues con esta medida tiene asegurado un

² Partida V, Título 13, Ley XXII:

«Debe el acreedor restituir al deudor la prenda en el estado en que le fue entregada con sus frutos y provechos, luego que le fuere satisfecha la deuda; bajo el concepto de que la podrá retener por razón de nueva deuda hasta que esta le sea pagada también, ...»

³ Generalmente mueble.

⁴ O prendario, en el más común lenguaje de los Códigos de los países latinoamericanos.

⁵ O prendario. (Los C. C. de Argentina, México, Portugal, y Brasil expresamente lo denominan acreedor pignoraticio. Los C. C. de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay utilizan ambos términos: prendario y pignoraticio).

⁶ El acreedor pignoraticio (o prendario) puede retener el bien entregado en prenda hasta que el deudor pignorante (o prendario) satisfaga completamente el importe de su deuda; incluidos los gastos que se hayan podido ocasionar al acreedor, por ejemplo por mantenimiento o conservación de la cosa. Otro tanto puede decirse respecto de otros gastos, o expensas que la cosa haya originado. O los intereses que haya devengado la deuda.

crédito, o créditos, que en el momento de su constitución estaban desprovistos de garantía. Por último sitúa al deudor en desventaja, puesto que se limita su capacidad de garantizar otras potenciales deudas que pudiera contraer en el futuro⁷, con otros acreedores.

3. PROCESO CODIFICADOR EN IBEROAMÉRICA

Para comprender mejor cuanto decimos en los anteriores párrafos, y en los sucesivos, conviene, siquiera sucintamente, realizar un rápido acercamiento al modo en que discurrió el proceso de Codificación Civil en cada uno de los países del entorno común Iberoamericano⁸ que seguidamente van a ser objeto de análisis, en lo concerniente a la institución jurídica que presentamos en este estudio.

El primer Código Civil que vio la luz en Hispanoamérica fue el Código Civil del Estado mexicano de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1829, inspirado en el Código Napoleónico de 1804. Inmediatamente después, por lo que concierne a México, le sucedieron el Código Civil del Estado de Zacatecas (1829), Jalisco (1833 –primera parte–), Guanajuato, Veracruz, ...⁹

Promulgado por Andrés de Santa Cruz, en 1830 apareció el Código Civil de Bolivia. Este Código consistía en una copia resumida del Código francés.

El código de Santa Cruz, a su vez, fue adoptado por Costa Rica en 1841, con leves modificaciones.

En 1845 la República Dominicana confiere vigencia al Código Napoleónico en su versión original, es decir, en francés (publicando en 1884 una traducción al español).

A partir de un proyecto de 1847 (Proyecto Vidaurre), que difería bastante del Código francés, Perú promulga en 1852 su Código Civil, basado en gran

⁷ Al tener parte de su patrimonio retenido, concretamente el bien objeto de garantía de la obligación principal –ya cumplida–, puesto que el acreedor pignoraticio mantiene la posesión (no civil) en tanto no sean satisfechos también sus otros créditos no garantizados (quirografarios).

⁸ De obligada consulta, GUZMÁN BRITO, Alejandro: *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, 624 pp.

⁹ Debemos advertir que al constituirse en México un sistema federal, cada Estado dispone de su propio Ordenamiento Civil; concurriendo, sin embargo un Código Civil Federal para los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1928, que es al que limitaremos nuestro análisis.

medida en el Derecho castellano (de raigambre romanista) que anteriormente rigió en su territorio.

También más próximo al derecho castellano que al francés, Chile promulga su Código Civil por Ley de 14 de diciembre de 1855. Fue redactado por Andrés Bello y entró en vigor el 1 de enero de 1857. Este Código tuvo una gran influencia en la Códificación Civil de América Latina¹⁰, llegando a ser copiado, casi íntegramente, por Ecuador (1857), El Salvador (1859), Venezuela (1862¹¹), Nicaragua (1866-1867), Uruguay (1868), Honduras (1880¹²) y Colombia (1887¹³).

Argentina promulga su Código Civil el 29 de septiembre 1869, obra de Dalmacio Vélez Sarsfield¹⁴.

Paraguay adopta el Código argentino en 1876 y al año siguiente (1877) Guatemala adopta el Código peruano de 1852¹⁵.

En Cuba se mantuvo vigente hasta el 16 de julio de 1987, año en que fue aprobado el Código Civil de Cuba¹⁶, el Código Civil español de 1888.

¹⁰ «El Código Chileno que, redactado por Bello, entró en vigor el 1 de enero de 1857, se convirtió en una especie de Código de Napoleón para América Latina y en el punto de partida del Derecho Civil válido para una gran parte de las naciones americanas, por lo que ha sido un factor de unidad en Iberoamérica». FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.; *Derecho Público Romano*, 21.ª ed. Madrid, 2018, p. 451.

¹¹ Solo durante ese año, pues fue derogado en 1863 a causa del Decreto de Falcón, sucediéndose diversas redacciones: 1867 –que prácticamente era una copia del Proyecto de García Goyena–, 1873, 1880, 1896, 1904

¹² Hasta 1899 y, nuevamente, desde 1906.

¹³ En 1858 el estado soberano de Santander adoptó con pocas modificaciones el código de Bello; en 1859 Cundinamarca; Panamá en 1860 (y después de su separación de Colombia, desde 1903); Antioquia y Boyacá en 1864; y el 26 de mayo de 1873 por iniciativa del presidente Murillo Toro se adoptó como Código Civil de la Unión (decisión ratificada en 1887).

¹⁴ Por la Ley n.º 340, entrando en vigor el 1 de enero de 1871. Vigente, con diversas modificaciones, hasta 2015.

Destaca el Maestro FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, que «el segundo de los códigos civiles americanos paradigmáticos es sin duda el argentino, que, promulgado en 1869, entró en vigor en 1871, y con modificaciones sigue vigente en el momento actual. Al decir de Elguera, el Código Civil argentino es el cuerpo de derecho positivo moderno en el que posiblemente ha influido más directa y preponderantemente el Derecho Romano. En el mismo sentido, el también jurista argentino Díaz Bialet opina que el Código Civil argentino fue la elaboración original de Vélez, el civilista romanista más caracterizado entre los codificadores del siglo XIX.

En las notas que Vélez incorpora al propio texto del Código, como explicativas de los artículos que se incluyen, se contienen más de 1.300 textos del Corpus Iuris Civilis, y 799 artículos del Código Civil son transcripción literal de fragmentos del Digesto, Instituciones, Código o Novelas. Todo ello le ha hecho escribir a Díaz Bialet que la sistemática relación científica entre el Corpus Iuris Civilis y las Instituciones civiles del Código no son expresiones de una tradición romanística, sino la presencia real y organizada del Derecho Romano en el Código Civil argentino».

¹⁵ Decreto Gubernativo Número 176, del 8 de marzo de 1877, que entró en vigor el 15 de septiembre del mismo año.

¹⁶ Ley 59/87, con 547 artículos y cuatro libros.

En 1904 Nicaragua reemplazó su Código Civil de 1867, adoptando el Código argentino.

En 1916 Panamá reemplazó el Código de 1903.

En Portugal, el primer Código Civil moderno entró en vigencia en 1867 y todavía se mantiene en vigor en Goa (India). El segundo y actual Código civil fue promulgado en 1966.

Al independizarse de Portugal, Brasil no promulga, inmediatamente, ningún Código Civil, permaneciendo vigente la legislación portuguesa. Entre 1860 y 1865 el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas publicó un proyecto inconcluso de Código Civil conocido como *Esbozo de Freitas (Esboço do Código Civil)*¹⁷. El primer Código Civil brasileño surgió en 1916¹⁸, con vigencia establecida para 1917. Con ello se considera terminado el periodo de las codificaciones en Iberoamérica.

En España sigue vigente, con múltiples modificaciones, el Código Civil de 1889.

4. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN DE LA PRENDA EN LOS CÓDIGOS IBEROAMERICANOS. ESTUDIO COMPARATIVO

Como decíamos más arriba, el derecho de retención de la prenda faculta al acreedor pignoraticio a retener la cosa entregada en garantía hasta que el deudor pignorante no haya satisfecho íntegramente su deuda. Pero, como también avanzamos, el *ius retentionis* del acreedor puede llegar a extenderse más allá de los límites para los que fue constituido; de tal modo que, incluso cuando el deudor pignorante ha pagado al acreedor, este puede seguir reteniendo la garantía, si tiene constituidos con el mismo deudor otros créditos no garantizados: créditos quirografarios.

¹⁷ «La tercera obra codificadora de carácter paradigmático en Iberoamérica es el *Esboço o Proyecto de Freitas* presentado en Brasil en 1865. El proyecto de Freitas, fue acusado de excesivamente vinculado al Derecho Romano y a Savigny, lo que dio origen a una célebre carta de renuncia de Freitas en la que afirma "que não me podeis fazer maior honra do que chamandome romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito". El *Esboço de Freitas* constituye la estructura básica del Código Civil de Brasil aprobado en 1916, que sigue en vigor, y respecto del cual el jurista brasileño Lobo ha afirmado que, de 1.445 artículos, las 4/5 partes de la obra son producto de la cultura romana. Cabría afirmar en conclusión, dado que no podemos entrar en el análisis de los restantes códigos americanos, que las codificaciones de Chile, Argentina y Brasil influyen de manera notable y directa en todas las codificaciones iberoamericanas». FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*

¹⁸ Fue elaborado por Clóvis Beviláqua.

Entrando ya en el concreto análisis de la regulación de la prenda¹⁹, como derecho real de garantía, en cada uno de los Estados relacionados, comenzando por México, como hemos hecho en el anterior apartado relativo al proceso codificador, señala el artículo 2856 de su Código Federal:

Artículo 2856. *La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.*

Complementado por el

Artículo 2873. *El acreedor adquiere por empeño:*

...

III. *El derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciera para conservar la cosa empeñada, ...*

Y una vez establecidos los derechos del acreedor establece a renglón seguido sus obligaciones:

Artículo 2876. *El acreedor está obligado:*

1. *A conservar la cosa empeñada como si fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia;*
2. *A restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos.*

Rematando el régimen prendario con un principio general:

Artículo 2891. *Extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda.*

Exhaustiva regulación que, sin embargo, no extiende el *ius retentionis* más allá de la obligación principal garantizada. Es más, en analogía con el comodato

Artículo 2509. *Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquiera otra causa le deba el dueño.*

¹⁹ En toda su extensión: Concepto, contenido, derechos y obligaciones de acreedor y deudor, derecho de retención, extensión del derecho (prenda tácita), etc.

Y más en concreto con el depósito:

Artículo 2534. *Tampoco puede retener [el depositario] la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante.*

Tampoco en su Código de Comercio explicita un *ius retentionis* específico

Artículo 32 bis 1. *Las garantías mobiliarias que se constituyan con apego a este u otros ordenamientos jurídicos del orden mercantil, su modificación, transmisión o cancelación, así como cualquier acto jurídico que se realice con o respecto de ellas y, en general, cualquier gravamen o afectación sobre bienes muebles que sirva como garantía de manera directa o indirecta, deberán inscribirse en los términos de esta Sección para que surtan efectos jurídicos contra terceros, salvo que de acuerdo a las leyes que los regulan, los mismos deban inscribirse en algún registro especial.*

A. *En las garantías mobiliarias quedan comprendidos, sin perjuicio de aquellos que por su naturaleza mantengan ese carácter, los siguientes:*

- I. *La prenda sin transmisión de posesión;*
- II. *La prenda ordinaria mercantil cuando el acreedor prendario no mantenga la posesión sobre los bienes;*
- III. *La prenda en los créditos refaccionarios o de habilitación o avío;*

...

Quedando derogados los artículos 605 a 615 del Título Undécimo, relativos a la prenda mercantil.

En la misma línea que México, el vecino Estado de Guatemala, de manera muy concreta expone en el Título V de su Código Civil, dedicado a los derechos reales de garantía que

Artículo 880. *La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación.*

Artículo 891. *El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda mientras no haya pagado la totalidad de la deuda, salvo que siendo varios los bienes pignorados, los interesados hubieren convenido en asignar a cada cosa la cantidad por la que debe responder.*

Y no trata la cuestión más a fondo tampoco en el Código de Comercio.

La legislación costarricense derogó los artículos 441 a 447, del Título VI. De la Hipoteca y de la Prenda. Capítulo III. De la Prenda por Ley N. 5, del 5 de octubre de 1941.

Artículo 441. (*) Derogado

Para garantizar deuda propia o ajena, puede darse en prenda al acreedor una cosa mueble.

La prenda no garantiza más obligación que aquella para cuya seguridad fue constituida.

Artículo 446. (*) Derogado

El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda, por capital e intereses; y en su caso, las expensas de conservación de la prenda.

En Costa Rica, el contrato de prenda mercantil se encuentra regulado en el Código de Comercio, Libro segundo. Título I. Obligaciones y Contratos. Capítulo VIII. Del Contrato de Prenda, específicamente en el artículo 530, el cual estipula lo siguiente:

Artículo 530. *El contrato de prenda servirá para la garantía de toda clase de obligaciones con sujeción a las reglas de los artículos siguientes, excepción hecha de préstamos que hagan las casas de empeño y montepíos, así como los almacenes generales de depósito, que se rigen por disposiciones especiales.*

Artículo 533. *Salvo lo dicho en el artículo anterior, puede ser materia de contrato de prenda toda clase de bienes muebles.*

Artículo 539. *El deudor no podrá, salvo pacto en contrario, reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda por capital e intereses, y los gastos de conservación debidamente comprobados.*

De todo ello puede deducirse que el espíritu de la legislación costarricense no era el de ampliar la retención de la prenda a otros créditos distintos al garantizado.

Tampoco la escueta regulación panameña, ni en su reglamentación civil, ni en la mercantil, va más allá de simples normas de carácter general.

Por lo que respecta al Código Civil. Título XIV. De los contratos de Prenda e Hipoteca:

Capítulo I. Disposiciones comunes a la Prenda y a la Hipoteca.

Artículo 1548. *Son requisitos esenciales a los contratos de prenda e hipoteca:*

1. *Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal;*
2. *Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca;*
3. *Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.*

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta, pignorando o hipotecando sus propios bienes.

Capítulo II. De la prenda.

Artículo 1562. *No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.*

En cuanto al Código de Comercio. Libro Primero. Título XIII. De los afianzamientos mercantiles.

Capítulo II. De la Prenda.

Artículo 814. *La prenda mercantil deberá constituirse con las mismas formalidades que el contrato a que sirve de garantía.*

Artículo 816. *Pueden servir de prenda comercial toda clase de bienes muebles.*

Artículo 819. *La prenda responderá del pago de la deuda principal, de los intereses de esta, de los gastos hechos por el acreedor para la conservación de la prenda y de los de la cobranza en su caso.*

Artículo 829. *El acreedor prendario no estará obligado a restituir la prenda sino cuando la deuda garantizada y los gastos de su conservación le hubieron sido totalmente pagados.*

Y ahí queda todo.

Otro tanto puede decirse de Venezuela. Igual que en Costa Rica la prenda no se regula en el Código Civil, sino en el Código de Comercio, donde única-

mente hay una referencia a los créditos quirografarios en el apartado segundo del artículo 1.045

Artículo 1045:

Después de admitido en el pasivo de la quiebra el crédito garantizado con prenda, podrán los síndicos con autorización del Juez, recoger las prendas satisfaciendo la deuda.

Si la prenda fuere vendida a solicitud del acreedor, el exceso del precio sobre la deuda, si lo hubiere, será recibido por los síndicos para la masa quirografaria.

Saltando ahora a la Península Ibérica, por lo que respecta a Portugal, la regulación civil de la prenda se recoge en la *Secção IV. Penhor. Subsecção I. Disposições gerais*. Y en la *Secção VII*.

Artigo 758.

Recaindo o direito de retenção sobre coisa móvel, o respectivo titular goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor pignoratício, salvo pelo que respeita à substituição ou reforço da garantia.

Secção VII

Direito de retenção

Artigo 754.

O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.

Artigo 755.

1. *Gozam ainda do direito de retenção:*

- a) *O transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte;*
- b) *O albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada ou acessórios dela, pelo crédito da hospedagem;*
- c) *O mandatário, sobre as coisas que lhe tiveram sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua actividade;*
- d) *O gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta;*
- e) *O depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues em consequência dos respectivos contratos, pelos créditos deles resultantes;*
- f) *O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do Artigo 442º.*

2. *Quando haja transportes sucessivos, mas todos os transportadores se tenham obrigado em comum, entende-se que o último detém as coisas em nome próprio e em nome dos outros.*

Pero no se menciona o *credor pignoratício*

Ni tampoco parece poder deducirse del apartado d) del

Artigo 756.

Não há direito de retenção:

- a) *favor dos que tenham obtido por meios ilícitos a coisa que devem entregar, desde que, no momento da aquisição, conhecessem a ilicitude desta;*
- b) *A favor dos que tenham realizado de má fé as despesas de que proveio o seu crédito;*
- c) *Relativamente a coisas impenhoráveis;*
- d) *Quando a outra parte preste caução suficiente.*

Con vehemencia, el apartado d) del Artigo 671 obliga al acreedor pignoratício a devolver la cosa una vez satisfecho su crédito. Y no parece dar opciones a posibles excepciones.

Artigo 671.

O credor pignoratício é obrigado:

- a) *A guardar e administrar como um proprietário diligente a coisa empenhada, respondendo pela sua existência e conservação;*
- b) *A não usar dela sem consentimento do autor do penhor, excepto se o uso for indispensável à conservação da coisa;*
- c) *A restituir a coisa, extinta a obrigação a que serve de garantia.*

Tampoco puede deducirse una extensión del derecho de retención de la prenda a tenor de lo dispuesto en el Código Comercial Português (Actualizado até ao DL 76-A/2006, de 29/03), Libro Segundo, Título XII -*Do Penhor*: Artículos 397 y siguientes.

Igualmente en Brasil tampoco puede inducirse el derecho de retención de la prenda a tenor de lo dispuesto en el *Código Comercial do Brasil*, ni en su Código Civil. *Título X. Do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese:*

Capítulo I. Disposições Gerais

Artículo 1.419. *Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.*

Capítulo II. Do Penhor

Seção I Da Constituição do Penhor.

El derecho cubano es ambiguo²⁰. En su Ley 59 o Código Civil Cubano. En su Libro Tercero, Capítulo III. Garantía del cumplimiento de las obligaciones, establece lo siguiente:

Artículo 266. *El cumplimiento de las obligaciones puede garantizarse con sanción pecuniaria, prenda, retención, fianza, anticipo e hipoteca naval o aérea.*

Artículo 270.

1. *El derecho de prenda faculta al acreedor a satisfacer su crédito preferentemente a cualquier otro acreedor, con cargo al valor de un bien mueble recibido del deudor.*
- ...
3. *La garantía de la prenda se extiende a los gastos, a los intereses y a la indemnización o sanción pecuniaria.*

Y por lo que respecta al derecho del acreedor

Artículo 278.

1. *El derecho de retención confiere al acreedor la facultad de conservar en su poder un bien perteneciente al deudor, hasta que este le pague el crédito nacido de trabajos ejecutados en el mismo bien o se le satisfaga la prestación derivada de otros contratos.*
2. *La retención se mantiene hasta el pago total de la deuda.*

Nada se dice al respecto en el Código de Comercio.

Siguiendo el recorrido de Norte a Sur, el contrapunto a la legislación contraria a una extensión del *ius retentionis* del acreedor pignoraticio por créditos quirografarios, podemos iniciarlo en República Dominicana, donde su legislación sí se muestra favorable en este sentido.

Título XVII del Código Civil. Capítulo I: De la prenda.

Ponemos especial atención en el párrafo segundo del artículo 2082.

Artículo 2071. *El empeño es un contrato por el cual el deudor entrega una cosa al acreedor para seguridad de la deuda.*

²⁰ Por la redacción del apartado 1 *in fine* del artículo 278.

Artículo 2072. *El empeño de una cosa mobiliaria se llama prenda.*

Artículo 2073. *La prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar sobre la cosa que constituye su objeto, con privilegio y preferencia a los demás acreedores.*

Artículo 2082. *Excepto en el caso en que el detentador de la prenda abuse de ella, no puede el deudor reclamar la devolución de la misma, sino después que haya pagado, no solo el capital, sino también los intereses y costas de la deuda, para cuya seguridad dio la prenda.*

Si por falta del mismo deudor existiese a favor del mismo acreedor otra deuda contraída posteriormente a la constitución de la prenda, y llegase aquella a poder exigir antes de que se realizara el pago de la primera, no podrá obligarse al acreedor a que se deshaga de la prenda antes de habersele pagado ambas deudas, aun cuando no exista ningún convenio afectándola al pago de la segunda.

En cuanto al Código de Comercio, en referencia a los acreedores de los quebrados, particularmente en la Sección 3.^a del Capítulo VII, del Título VI, refiere los derechos que corresponden a los acreedores hipotecarios y privilegiados respecto de los inmuebles, así como de los acreedores quirografarios, pero en ningún caso con alusión al derecho de retención de las prendas.

También Puerto Rico opta por extender las facultades del acreedor pignoraticio en materia de retención de prenda:

Título XV. De los Contratos de Prenda, Hipoteca y Anticresis

Capítulo I. Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca

Artículo 1756.

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

1. *Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*

Capítulo II. De la prenda

Artículo 1762.

Además de los requisitos exigidos en el artículo 1756, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de esta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.

Artículo 1770.

No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

Artículo 1765.

El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda.

En su Código de Comercio, la «Ley de Transacciones Comerciales», dictada para derogar los artículos 353 al 548 del Código de Comercio de 1932, conocida como Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, señala:

Sección 9-109: Las disposiciones del Código Civil de Puerto Rico respecto a la prenda y respecto a la transmisión de créditos no aplicarán a las transacciones regidas por este Capítulo.

En Honduras el artículo 2056 del Código Civil, sentencia:

Artículo 2056.

El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o a quien le represente, algún objeto mueble para que le sirva de garantía. Esto es lo que se denomina prenda.

Y continúa con el régimen general

Artículo 2071.

Los gastos que el acreedor hiciere en la conservación de la prenda serán pagados por el deudor.

Artículo 2079.

El deudor debe al acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque esta pereciese después. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejora, sino aquellos que hubieren dado mayor valor a la cosa.

Para a continuación entrar en la regulación específica del *ius retentionis* del acreedor pignoraticio:

Artículo 2064.

La prenda que estuviere todavía gravada con una deuda anterior, al con-

traerse después otra deuda entre el mismo acreedor y el mismo deudor, servirá de garantía para las dos deudas si no se hubiere estipulado lo contrario.

Y concreta:

Artículo 2066.

La disposición del artículo 2064 no tiene lugar si la nueva deuda, aunque debida por el mismo deudor, y exigible antes del pago que aquella por la que la prenda se había constituido, perteneciese al mismo acreedor por haberla recibido de un tercero, por cesión, subrogación o sucesión.

En cuanto al Código de Comercio, la regulación de la prenda mercantil sigue el régimen general, sin excepción:

Artículo 1289.

Será mercantil la prenda constituida en casas de empeño y en empresas que entre sus actividades profesionales tengan la de conceder préstamos o créditos con garantía prendaria. También lo es la que se constituye sobre cosas mercantiles.

Artículo 1301.

El acreedor prendario tendrá el derecho de retener la cosa mientras dure el contrato y subsista la obligación principal. El derecho que da la prenda se extiende a todos los accesorios de los bienes y a sus aumentos.

Artículo 1307.

Extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, quedará extinguido el derecho de prenda.

En la misma línea, la legislación salvadoreña, contempla en los artículos 2134 y siguientes del Código Civil:

Artículo 2134. *Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.*

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

Artículo 2135. *El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.*

Artículo 2146. *El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e*

intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.

Artículo 2142. *No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.*

No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan.

Artículo 2143. *Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.*

Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida.

Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el artículo 2151.

Muy explícitamente:

Artículo 2151. *Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda.*

Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

- 1.º *Que sean ciertos y líquidos;*
- 2.º *Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda;*
- 3.º *Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.*

En estos casos tendrá el acreedor sobre la prenda, por razón de los nuevos créditos, los mismos derechos que tenía por razón del crédito ya extinguido.

En el Código de Comercio, para el caso de quiebra, el artículo 518 establece que

Artículo 518. *Quedará en favor del acreedor y hasta la concurrencia de su crédito, la cuota que corresponda en la quiebra a un coobligado o fiador del quebrado que tuviere prenda o hipoteca sobre bienes de este en garantía de su obligación.*

Aparte, en el apartado dedicado a las obligaciones mercantiles,

Artículo 957. *El acreedor podrá retener los bienes de su deudor que, por razón de créditos vencidos que deriven de actos mercantiles, se hallaren lícitamente en su poder o los tuviere a su disposición por medio de títulos valores*

representativos. El derecho de retención no cesará porque el deudor transmita la propiedad de los bienes retenidos.

Artículo 958. *El derecho de retención podrá ejercerse por créditos no vencidos, cuando se declare al deudor en quiebra, suspensión de pagos o concurso, siempre que la deuda provenga de la enajenación, reparación o conservación del bien retenido.*

Artículo 959. *El que retiene tendrá los derechos y obligaciones que le corresponderían si tuviere en prenda la cosa retenida.*

El derecho de retención cesará si el deudor consigna o deposita el importe del adeudo, si lo garantiza suficientemente a satisfacción del acreedor o si este no ejerciere las acciones que le corresponden, dentro de los quince días que sigan a la fecha en que se hubiere negado a devolver la cosa.

...

Artículo 1525. *Es mercantil la prenda constituida a favor de empresas cuyo giro ordinario comprenda el otorgamiento de créditos con garantía prendaria. También lo es la que se constituye sobre cosas mercantiles.*

Artículo 1537. *Será nula toda cláusula que autorice la apropiación de la prenda por el acreedor, aunque sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos anteriores.*

También muy exhaustiva y favorable a la extensión del *ius retentionis* es la legislación nicaragüense:

Artículo 3728. *El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o a quien le represente, algún objeto mueble para que le sirva de garantía. Esto es lo que se denomina prenda.*

Artículo 3743. *Los gastos que el acreedor hiciera en la conservación de la prenda serán pagados por el deudor.*

Artículo 3751. *El deudor debe al acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque esta pereciere después. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejoras, sino aquellos que hubieren dado mayor valor a la cosa.*

Artículo 3736. *La prenda que estuviere todavía gravada con una deuda anterior, al contraerse después otra deuda entre el mismo deudor, servirá de garantía para las dos deudas si no se hubiere estipulado lo contrario.*

Matizando que

Artículo 3738. *La disposición del artículo 3736 no tiene lugar si la nueva deuda, aunque debida por el mismo deudor, y exigible antes del pago que*

aquella por la que la prenda se había constituido perteneciere al mismo acreedor por haberla recibido de un tercero por cesión subrogación o sucesión.

En cuanto al Código de Comercio:

Artículo 506. *Se reputará mercantil la prenda constituida para garantizar un acto de comercio.*

Artículo 511. *La prenda responderá del pago del principal de la deuda, los intereses de este, y los gastos hechos por el acreedor para la conservación de la prenda.*

Artículo 515. *Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella por sí mismo, en caso de no ser pagado; pero puede estipularse que, sin necesidad de procedimientos judiciales se venda por un tercero en pública subasta, conforme a las bases que señale o hayan señalado el acreedor y el deudor.*

Muy completa es también la legislación civil colombiana, e igualmente propicia la retención de la prenda por el acreedor pignoraticio en caso de créditos quirografarios:

Artículo 2409. *Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.*

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

Artículo 2410. *El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.*

Artículo 2417. *No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.*

No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan.

Artículo 2421. *El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.*

Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio del acreedor, será oído.

Y si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada.

Artículo 2426. *Satisfecho el crédito en todas sus partes deberá restituir la prenda.*

Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

1. *Que sean ciertos y líquidos.*
2. *Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda.*
3. *Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.*

E incide sobre la cuestión en el

Artículo 2427. *Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero a los intereses y costos; y si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o, constituida a favor de una sola, se hubiere después extendido a otras, según el artículo precedente, se hará la imputación en conformidad a las reglas dadas en el título de los modos de extinguirse las obligaciones.*

Y reincide en el

Artículo 2429. *Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando o consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño.*

Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.

En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el Artículo 2426.

Por lo que respecta al Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Libro Cuarto. De los contratos y obligaciones mercantiles. Título IX. De la prenda

Artículo 1200.

Podrá gravarse con prenda toda clase de bienes muebles. La prenda podrá constituirse con o sin tenencia de la cosa.

Artículo 1205.

El deudor estará en la obligación de pagar los gastos necesarios que el acreedor o el tercero tenedor hayan hecho en la conservación de la cosa pignora-

da y los perjuicios que les hubiese ocasionado su tenencia, imputables a culpa del deudor.

El acreedor tendrá derecho de retener la cosa dada en prenda en garantía del cumplimiento de esta obligación.

La legislación de Ecuador es un calco de la legislación colombiana.

Artículo 2286. *Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito.*

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

Artículo 2294. *No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.*

No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan.

Artículo 2298. *El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado totalmente el capital e intereses, los gastos necesarios que haya hecho el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.*

Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio del acreedor, será oído.

Y si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada.

Artículo 2303. *Satisfecho el crédito totalmente, deberá restituirse la prenda.*

Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

1. *Que sean ciertos y líquidos;*
2. *Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; y,*
3. *Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.*

Artículo 2304. *Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero a los costos e intereses; y si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o constituida a favor de una sola, se hubiere después extendido a otras, según el artículo precedente, se hará la imputación en conformidad a las reglas dadas en el Título De los modos de extinguirse las obligaciones, parágrafo De la imputación del pago.*

Artículo 2306. *Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor la entrega, pagando o consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño.*

Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.

En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el artículo 2303.

El Código de Comercio dedica una Sección a la prenda comercial ordinaria.

Igualmente Perú es favorable a otorgar al acreedor pignoraticio facultades de retención de la prenda más allá de la simple garantía.

El Libro V (Derechos reales) del Código Civil dedica una Sección (Cuarta) a los derechos reales de garantía; donde el Capítulo primero del Título I trata de la Prenda.

Artículo 1055. *La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.*

Artículo 1067. *La prenda confiere al acreedor el derecho a retener el bien. El tercer adquirente no puede exigir su restitución ni su entrega si antes no han sido íntegramente pagados el capital e intereses y reembolsados los gastos relativos a la deuda y a la conservación del bien.*

Artículo 1063. *La prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta.*

El Código de Comercio trata de la prenda mercantil

Artículo 315. *Es mercantil la prenda que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación de comercio.*

Otro tanto sucede en Bolivia, donde la regulación civil de la institución crediticia hace referencias expresas al Código de Comercio y a las leyes especiales y a otras formas de constituir prendas. Y viceversa.

Artículo 1402. *Las disposiciones del capítulo presente no derogan las del Código de Comercio y leyes especiales concernientes a casos y formas particulares de constituir la prenda, ni las referentes a las instituciones autorizadas para hacer préstamos sobre prendas. (Arts. 878, 879 del Código de Comercio).*

Artículo 1403. *La prenda se constituye con la entrega de la cosa al acreedor o a un tercero designado por las partes.*

Artículo 1404. *El contrato de prenda confiere al acreedor el derecho a retener la cosa. No se puede exigir la restitución de ella ni su entrega al tercero adquirente si antes no han sido íntegramente pagados el capital y los intereses y reembolsados los gastos relativos a la deuda y la conservación de la cosa.*

En el caso boliviano, nos interesa más la legislación mercantil

Artículo 881.

Las disposiciones del Código Civil no contrarias a las de este Código son aplicables a la prenda comercial. (Arts. 1401 a 1428 C. Civil).

Artículo 878.

La prenda es comercial cuando se la constituye sobre bienes muebles, en garantía de una operación comercial.

La prenda puede constituirse con o sin desplazamiento de la cosa.

Artículo 880.

Es nula toda estipulación que de manera directa o indirecta tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley.

Artículo 884.

El deudor está obligado al reembolso de los gastos necesarios en que incurra el acreedor en la conservación de la cosa prendada, así como de los perjuicios que a este le hubiera ocasionado su tenencia.

Artículo 885.

El acreedor tiene derecho a retener la cosa dada en prenda, en garantía del cumplimiento de la obligación señalada en el artículo anterior.

Pero, es más

Artículo 883.

Gravada una cosa con prenda, no podrá pignoriársela nuevamente mientras subsista el primer gravamen; pero la prenda podrá extenderse a otras obligaciones en favor del mismo acreedor.

De manera breve y concisa, pero directa, la legislación de Paraguay sigue en la línea de la extensión (Ley 1-183).

Artículo 2294. *Por la constitución de prenda, se entrega al acreedor una cosa mueble o un título de crédito en seguridad de una obligación cierta o condicional, presente o futura.*

La prenda convencional podrá ser constituida por el deudor o un tercero. Este no quedará en este caso personalmente obligado, pero responderá por la evicción.

Artículo 2299. *La prenda garantiza el pago preferente de la deuda, sus intereses convencionales y moratorios, las cláusulas penales, y en su caso, los daños causados por la falta de cumplimiento de la obligación, así como los gastos judiciales de la ejecución. Si la prenda se constituyó por un tercero, no puede ser extendida la obligación por actos jurídicos posteriores del deudor.*

Artículo 2314. *Si el deudor constituyere posteriormente otra obligación a favor del mismo acreedor prendario, que fuere exigible antes de la primera, no estará obligado el acreedor a la restitución de la prenda antes de ser pagado de uno y otro crédito. Este derecho de retención no importa privilegio prendario, ni existirá cuando el gravamen fuere constituido por terceros, o el acreedor hubiere adquirido el segundo crédito como cesionario subrogado, o por sucesión.*

Mención especial merece el artículo 2810 del Código Civil.– *Deróganse: ... El Código de Comercio promulgado por Ley del 29 de agosto de 1891 y sus modificaciones, con excepción de su Libro Tercero.*

La legislación uruguaya recoge cumplidamente el régimen prendario en sus determinaciones generales, como en la específica facultad crediticia que se concede al acreedor respecto de sus créditos quirografarios²¹.

Artículo 2292.

Por el contrato de prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la toma se llama acreedor prendario.

²¹ Un estudio más en profundidad sobre el caso concreto de Uruguay en BUENO, J. A.; «Antecedentes comunes del derecho de retención de la prenda en el Código Civil uruguayo y en el Código Civil español», en *Revista Crítica de Derecho Privado. La Ley. Núcleo de Derecho Civil*, 14(2017), pp. 53-73.

Artículo 2293.

El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.

Artículo 2296.

La prenda puede constituirse no solo por el deudor, sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor.

Artículo 2305.

El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses y en su caso las expensas de conservación de la prenda...²²

Artículo 2315.

Una vez satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda ...

Artículo 2318.

Ofreciéndose el deudor a redimir la prenda, pagando toda la deuda con arreglo a lo dispuesto en este Título o consignando su importe total en juicio, está obligado el acreedor, so pena de daños y perjuicios, a la entrega inmediata de la cosa.

Artículo 2315.

Una vez satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda; pero el acreedor podrá retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos que reúnan los requisitos siguientes:

- 1.º *Que sean líquidos y ciertos.*
- 2.º *Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se constituyó la prenda.*
- 3.º *Que se hayan hecho exigibles antes del pago de esta obligación.*

Por su parte, en perfecta sintonía con el precepto citado, el artículo 761 del Código de Comercio establece que

Artículo 761.

El acreedor tiene derecho de retención, cuando el propio deudor, dueño de la prenda, contrae nueva deuda que se hace exigible antes del pago de la primera.

²² Cfr. 761.3 C. Comercio.

En tal caso, no podrá ser obligado el acreedor a desprenderse de la cosa, antes que se le paguen las dos deudas, aun cuando no hubiese mediado estipulación alguna para afectar la prenda al pago de la segunda.

El acreedor puede igualmente retener la prenda, mientras no se abonen los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa.

Por lo que respecta a los dos países restantes ubicados más al sur del Continente, tanto Chile, como Argentina son partidarios de ampliar las garantías del acreedor, para favorecer el sistema crediticio. Como dijimos, los Códigos Civiles de ambos países han sido referencia directa para la elaboración de muchos de los Códigos del espacio territorial objeto de comparación en el presente trabajo.

Comenzando por Chile, donde el asunto se halla perfectamente reglado, hacemos énfasis en los artículos 2401 ss.

Artículo 2384. *Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.*

Artículo 2385. *El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.*

Artículo 2396. *El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.*

...

Artículo 2392. *No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia. No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan.*

Artículo 2401. *Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda. Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:*

- 1.º *Que sean ciertos y líquidos;*
- 2.º *Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda;*
- 3.º *Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.*

Artículo 2402. *Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero a los intereses y costos; y*

si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o, constituida a favor de una sola, se hubiere después extendido a otras, según el artículo precedente, se hará la imputación en conformidad a las reglas dadas en el título.

Con una restricción: segunda parte del artículo 2404.

Artículo 2404. *Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando y consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño. Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.*

En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el artículo 2401.

Nada dice el Código de Comercio al respecto.

En la legislación Argentina el artículo clave es el 3.218

Artículo 3204. *Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda.*

Artículo 3228. *El deudor debe al acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque esta pereciere después. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejoras, sino aquellos que hubiesen dado mayor valor a la cosa.*

Artículo 3229. *El deudor no puede reclamar la devolución de la prenda, mientras no pague la deuda, los intereses y las expensas hechas.*

Artículo 3.36. *La prenda se extingue por la extinción de la obligación principal a que acceda.*

La excepción a esa regla general se encuentra recogida en

Artículo 3218. *Si existiere, por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado a devolver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda.*

Artículo 3219. *La disposición del artículo anterior no tiene lugar si la nueva deuda, aunque debida por el mismo deudor, y exigible antes del pago que aquella por la que la prenda se había constituido, perteneciese al mismo acreedor por haberla recibido de un tercero, por cesión, subrogación o sucesión.*

Artículo 3.220. *El derecho del acreedor sobre la prenda por la segunda deuda está limitado al derecho de retención, pero no tiene por ella los privilegios del acreedor pignoraticio, al cual se le constituya expresamente la cosa en prenda.*

Artículo 3.221. *El derecho de retención de la prenda, en el caso del artículo anterior, no tiene lugar cuando la prenda ha sido constituida por un tercero.*

El Código de Comercio solo hace referencia a la prenda comercial

Artículo 580. *El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial*

Saltando de nuevo a Europa, finalizamos nuestro estudio con la legislación española. Dice el artículo 1857 del Código Civil de España:

Artículo 1857.

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

- 1.º *Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*
- 2.º *Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.*
- 3.º *Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.*

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes.

Complementado por el

Artículo 1863.

Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de esta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.

A su vez, expresa el

Artículo 1871.

No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

Artículo que, en relación con las obligaciones del deudor, es completado por el

Artículo 1867.

El acreedor ... tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, ...

Y que, respecto a la extensión del derecho de retención de la prenda alcanza explícito reflejo en el apartado segundo del artículo 1866²³

Artículo 1866.

El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se les satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda.

4.1. Resultados de la comparación

Hemos reunido la normativa tanto general de la prenda como específica del derecho de retención de la prenda de todos los Estados que conforman la Comunidad Iberoamericana; es decir, América Central, América del Sur y la Península Ibérica.

Ordenados de Norte a Sur, los Estados que conforman este espacio, y que han sido objeto de la comparativa, son: México, Cuba, República Dominicana, Puerto Rico, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Chile, Argentina, Portugal y España.

En orden al derecho de retención de la prenda, y concretamente por lo que respecta a la extensión del citado derecho del acreedor a los créditos quirografarios, por los datos que hemos manejado, de los veintidós Estados citados, siete no consideran tal facultad en sus Códigos: México, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Portugal y Brasil. Cierta ambigüedad refleja la regulación cubana. Los catorce restantes (República Dominicana, Puerto Rico, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia,

²³ Un trabajo en profundidad sobre el asunto en BUENO, J. A.; *Pignus Gordianum*, Dykinson, Madrid 2004.

Paraguay, Uruguay, Chile, Argentina y España) sí son partidarios de desequilibrar la balanza hacia el lado del acreedor, quizás con objeto de flexibilizar el sistema de crédito.

Se ha podido constatar que los Códigos Civiles chileno y argentino han orientado el Derecho Civil de un considerable número de naciones de América Latina, por lo que, parafraseando al Maestro Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «constituyen un factor de unidad en Iberoamérica».

Como también ha podido comprobarse, la mayoría de las regulaciones analizadas tiene su precedente común más próximo en el Código Napoleónico de 1804.

Efectuando un salto temporal cuantitativo, hemos también podido establecer un punto de inflexión en el Derecho Intermedio a través de las Partidas

Partida V, Título 13, Ley XXII: «Debe el acreedor restituir al deudor la prenda en el estado en que le fue entregada con sus frutos y provechos, luego que le fuere satisfecha la deuda; bajo el concepto de que la podrá retener por razón de nueva deuda hasta que esta le sea pagada también, ...»

Del mismo modo, las codificaciones tratadas fueron muy notablemente influidas por el Derecho Romano. En consecuencia, puede afirmarse que todo el Derecho Iberoamericano está imbuido por la esencia romanística; que, según FREITAS «nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito».

Queda por fijar el punto de partida romanístico de tan singular institución, que es a lo que dedicaremos el siguiente apartado.

5. EL DERECHO DE RETENCIÓN DE LA PRENDA EN LOS CRÉDITOS QUIROGRAFARIOS, EN DERECHO ROMANO

En las fuentes jurídicas romanas encontramos un rescripto del Emperador Gordiano III²⁴, recogido en el Código de Justiniano, Libro VIII, Título XXVI (XXVII), –cuya rúbrica reza «*Etiam ob chirographariam pecuniam pignus tene-ri*²⁵»–, que dice²⁶:

²⁴ Año 239 d. C.

²⁵ «*De que también se obligue prenda por causa de crédito quirografario*».

²⁶ Se ha tomado de *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, vol. II)*, ed. KRÜGER, WEIDMANN, Dublín/Zurich, 1967, pp. 345-346. Concuerda exactamente con GARCÍA DEL CORRAL, I. L.; *Corpus Iuris Civilis*, como base para la traducción: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, edición bilingüe a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos KRIEGLER, HERMANN y OSEN-

Imp. Gordianus A. Festo.

El Emperador Gordiano, Augusto, a Festo.

Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est.

Se extingue la prenda, si habiéndose hecho novación le transferiste a otro el derecho de la obligación, y no se convino que la cosa estuviese obligada a título de prenda.

1. *Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.*

Pero si medió pacto entre ti y el que hecho después dueño del fundo había aceptado la nueva obligación, para que el mismo fundo te estuviese obligado a título de prenda, aunque habiendo ejercitado la acción personal hayas logrado la condenación, tienes, sin embargo, la persecución de la prenda.

2. *Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.*

Y si hubieres sido puesto en posesión, no serás obligado a restituirla por virtud de la excepción de dolo malo, a no ser que se te devuelva u ofrezca por el deudor también el dinero, que se te debe sin prenda. Porque con derecho sostienes que no deben ser oídos los deudores que ofrecen solo el dinero por razón del cual obligaron las prendas, si no hubieren satisfecho también el que simplemente recibieron en mutuo.

3. *Quod in secundo creditore locum non habet; nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.*

Lo cual no tiene lugar respecto al segundo acreedor; porque tampoco se le impone la necesidad de ofrecer al primer acreedor también el importe de una deuda quirografaria.

PP. Id. Mart. Gordiano A. et Aviola cons. [a. 239].

Publicada los Idus de Marzo, bajo el consulado de Gordiano, Augusto, y de Aviola [año 239]

BRÜGGEN con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Idelfonso Luis García del Corral. Barcelona 1889-1898. Edición Facsímil, editorial Lex Nova, 6 Vols., Valladolid 1988. (Para la cita, texto latino y castellano: Tomo V, p. 343).

Queremos poner de relieve que tanto en el texto romano, como en el de los Códigos Civiles analizados, la situación, respecto del tema que nos ocupa, es similar: cuando un deudor contrae varias deudas con el mismo acreedor y garantiza con prenda una de ellas, quedando las restantes desprovistas de garantía, encontrándose el acreedor en posesión de la cosa pignorada, aun cuando el deudor hubiera satisfecho el crédito garantizado, el acreedor no estaba obligado a restituírle la cosa objeto de garantía mientras no hubiesen sido satisfechos también aquellos otros créditos –quirografarios– por los que no se prestó ninguna garantía²⁷.

5.1. Análisis de la fuente Cód. 8, 26 (27)

La cuestión de mayor calado que se plantea en el texto es que, para el caso de los créditos quirografarios, entre la cosa retenida y los créditos que la misma garantiza no hay nexo de conexión: *debitum cum re iunctum*; cuando, como es sabido, el régimen de la retención establece como presupuesto *sine qua non* que entre la cosa retenida y el crédito que la misma garantiza haya un vínculo que fundamente la retención²⁸.

En el apartado 2 del rescripto gordiano no existe nexo de conexión, no existe ese vínculo entre la cosa retenida y los créditos que la misma garantiza. No existe el *debitum cum re iunctum*. Lo único que se da en él es una identidad en las personas del acreedor y del deudor, pero nada más; ni la cosa retenida se ha entregado en garantía de los créditos quirografarios, ni estos han surgido de la cosa.

Por tanto, lo que hace aquí el Emperador es extender a los créditos quirografarios el derecho que tiene el acreedor de retener la cosa pignorada respecto de los créditos «ordinarios» garantizados, es decir, en una extensión del *pignus*. Con esta medida, el acreedor goza de las mismas facultades sobre la cosa pignorada, tanto por sus créditos garantizados, como por los no garantizados. Esto es así, porque en esta época²⁹, el *pignus* y la *retentio* coinciden en su contenido, y si el acreedor pignoraticio desea ampliar sus facultades debe hacerlo convencionalmente.

En nuestra opinión³⁰, «el *pignus gordianum* resulta peculiar tanto por razón de contenido: únicamente faculta al acreedor pignoraticio a retener la cosa

²⁷ Tratado el asunto con gran amplitud en BUENO, J. A., *Pignus gordianum*, ... cit., de donde se reproduce aquí parte del argumentario.

²⁸ O sea, el *debitum cum re iunctum*.

²⁹ Recordemos: año 239 d. C.

³⁰ BUENO, J. A.; *Antecedentes comunes...* cit., pp. 71-72.

pignorada, como por razón del objeto: únicamente es aplicable a créditos quirografarios. Cuando ya no se precisa de pacto para poder vender la cosa pignorada, es decir, cuando el *ius vendendi* se convierte en elemento natural del *pignus*, y después en esencial, los dos regímenes quedan perfectamente diferenciados: en cuanto a los créditos garantizados el acreedor pignoraticio puede vender la cosa pignorada –régimen general del *pignus*–, mientras que respecto de los créditos quirografarios solo puede retenerla –régimen especial: *pignus gordianum*–.

La combinación, pues, de estas dos medidas: *retentio* o *pignus gordianum* y *pactum vendendi*, conseguía conciliar los intereses de ambas partes de la relación crediticia, erigiéndose en el estado ideal de la misma cuando a una simple relación de crédito se añadía como plus la entrada de créditos quirografarios. Máxime cuando, como observa VISKY³¹, respecto a la situación económica existente en la época en la que se adoptó la norma gordiana, en ese preciso momento, mediados del siglo III, Roma atravesaba un periodo de inestabilidad política y económica que derivó, como consecuencia, en una de las mayores crisis de su historia; por lo que no es de extrañar que los acreedores buscaran protegerse jurídicamente, y en defensa de sus intereses arbitrarán diferentes mecanismos consistentes, principalmente, en la exigencia de mayores garantías a sus deudores³².

En ese contexto, tampoco es de extrañar que se tomaran medidas legislativas con el fin de intentar restablecer el equilibrio jurídico: de un lado mitigando los abusos a los que se sometía a los deudores, pero sin descuidar, claro está, la posición y los derechos de los acreedores. Y en este orden de cosas es donde encajaría la norma de Gordiano, el *pignus gordianum*, que permite retener al acreedor incluso por créditos quirografarios, pero no priva al deudor, no elimina su expectativa de recuperar la cosa pignorada, siempre que pague; es decir, otorga al acreedor una facultad de posesión, podríamos decir indefinida sobre la cosa, pero en ningún caso de propiedad definitiva, de *possessio iure domini* sobre la cosa, con poder de disposición, lo que privaría de la cosa definitivamente al deudor, como ocurría con la *lex commissoria*, estipulación que producía el efecto de una *iusta causa traditionis* de la prenda al acreedor.»

³¹ VISKY, K.; Appunti sul pegno gordiano, *Revue internationale des droits de l'Antiquité* (RIDA), XXIV (1977).

³² Como ejemplo, el pacto comisorio, o *lex commissoria*, el mayor de los atropellos a los que podía someterse a los deudores y que fue prohibido por Constantino en el año 326 (*Cód.* 8, 34, 3 = *C. Th.* 3, 2, 1).

Principio de confianza mutua en la cooperación jurídica civil internacional: su implementación electrónica

Liliana Etel Rapallini¹

Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado
del Colegio de Abogados de la Plata

RESUMEN: La presente entrega responde a las inquietudes que expone la Comisión, esto es, la necesidad de interconexión entre los ordenamientos jurídicos iberoamericanos a través de la voluntad y afinidad demostrada por los países que integran la región. La multiplicidad de casos con elementos extranjeros ha provocado el enriquecimiento del objeto del Derecho Internacional Privado que identificado tradicionalmente con la búsqueda de la jurisdicción internacionalmente competente y del derecho aplicable, se ve hoy día junto a la cooperación jurídica internacional integrando los pilares fundacionales de la disciplina. El soporte papel va quedando progresivamente en el olvido frente al avance desmesurado de los progresos tecnológicos arribando así al proceso electrónico. La transmisión electrónica de rogatorias internacionales ha crecido en virtud de la reciprocidad pero requiere consolidarse a través de acuerdos y de plataformas seguras y eficaces. Arribar a un instrumento internacional sobre la cuestión traída puede conducir a plantear si lo propicio es trabajar la idea como *hard law* o como *soft law*. Empero y bajo cualquier modalidad en que se consolide, el *respeto por el debido proceso y la confianza en la jurisdicción* requerida han de conformar el marco de actuación frente a la transmisión electrónica de rogatorias internacionales.

PALABRAS CLAVE: cooperación-internacional-electrónico-jurisdiccional.

¹ Profesora Titular por concurso con dedicación exclusiva de la Cátedra Uno de Derecho Internacional Privado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de La Plata, República Argentina. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata. lilianaetelrapallini@hotmail.es <http://www.catedradip1laplata.com>

1. DESARROLLO

A) **Cuestión Introdutoria**

El Derecho Internacional Privado se va convirtiendo progresivamente y por diversos factores², en una de las principales partes de la Enciclopedia Jurídica, por cierto frondosa en nuestros días, por el surgimiento de especialidades que responden a las expectativas contemporáneas; se trata de una rama *conciliadora* desde el momento en que un juez nacional colabora con su par extranjero o bien aplica en su propia jurisdicción un derecho que no es el propio. Una de las mentadas especialidades es precisamente, la Cooperación Jurídica Internacional –de ahora en más CJI– al punto de ponerse en tela de juicio su autonomía desprendida del Derecho Procesal Civil Internacional.

Pese a la armonía pretendida, la interculturalidad se encuentra aún presente entre los ordenamientos nacionales en lo atinente a eficacia documentaria internacional; se observan países que reconocen derechos civiles a los extranjeros con diferentes modalidades y extensión; naciones que exigen o no la *cautio judicatum solvi*, diversidad de requisitos de los exhortos, criterios permisivos de las notificaciones postales frente a otros que son restrictivos, diversidad de tratamiento según medie la existencia o no de un tratado.

Precisamente a través de la cooperación se logra contar con una herramienta idónea por la que el principio de «*tutela efectiva*» adquiere tránsito externo. Lo mismo es decir que la tutela judicial efectiva obtenida en un proceso interno llevado a cabo en el Estado Requirente pretende reflejarse en las garantías del debido proceso en el Estado Requerido, lo que implica la puesta en marcha de valores de grada constitucional bajo la impronta de la «*igualdad de trato procesal*». Solidifica el derecho del justiciable a la efectividad en la tutela que ha de brindar el Poder Judicial de cada Estado, el marco mayor dado por los tratados dogmáticos de derechos humanos.

Y tan es así que cada sistema jurídico nacional determina, de modo claro y exhaustivo, los requisitos de admisibilidad para otorgar validez extraterritorial a los decisorios extranjeros, e igualmente para la creación de fuente convencional internacional que refuerce y asegure el objetivo, acatando las máximas vigentes. Se va en procura de minimizar los supuestos de oposición a su cumplimiento al tiempo de poner en práctica el sistema de control por parte de la autoridad jurisdiccional requerida.

² Los procesos de integración, los movimientos migratorios, los avances tecnológicos son factores concomitantes para el incremento de casos jurídicos con elementos extranjeros.

El incremento de las relaciones privadas internacionales detectadas pasada la Segunda Guerra Mundial, puso de manifiesto la insuficiencia de respuesta de las denominadas normas de remisión o de conflicto, destinadas a la regulación de las mismas ante una jurisdicción nacional; era evidente que el rumbo debía encaminarse hacia los efectos de decisorios nacionales en el extranjero y se va entonces, en búsqueda de soluciones en donde se haga realidad el deber de cooperar de los jueces de diferentes países, regla proveniente del Derecho Internacional Público. En consecuencia, se crean procedimientos expeditivos destinados a satisfacer medidas urgentes más allá de las propias fronteras, en pos de evitar situaciones claudicantes.

El surgimiento de los entonces modernos procedimientos, se estructura considerando como pilares que identifican a la CJI, a la propensión de *efectividad* de los decisorios jurisdiccionales nacionales en el extranjero y a la *confianza mutua* entre autoridades que sustentan su identidad, sin por ello descuidar otros aspectos y principios.

Su proliferación ha dado cabida a la concertación de acuerdos internacionales y regionales conocidos como tratados de CIA –Cooperación Internacional entre Autoridades– y para su mejor implementación, a la creación de Autoridades Centrales (AACC), superando el tedioso camino por el que antes de su existencia debía transitarse. Al momento de ratificar el instrumento, el Estado comunicará qué organismo ha de desempeñar el rol, siendo en Argentina la Dirección de Asuntos Jurídicos y Cooperación Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Asociando ideas que hacen al planteo de la ponencia, en Argentina ha prosperado el proceso electrónico interno en cada una de sus provincias y se encuentra en crecimiento el interprovincial. Pero no es el único país iberoamericano que ha recurrido al proceso electrónico: puede citarse el caso de Brasil o de México que se encuentra en avance de gestiones para lograrlo.

B) Cooperación Judicial Internacional y «confianza mutua» en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Seguramente lo novedoso no lo son las técnicas de la información y la comunicación –TIC–, cuyos atisbos se detectan en la invención y uso del telégrafo y del teléfono, sino su impacto y la correlativa respuesta normativa cuando son aplicadas en determinado campo. En el ámbito del Derecho Procesal conforman herramientas para el desempeño de la tarea judicial y del proceso en sus diversas instancias; en suma, la informática jurídica judicial obedece a un

conjunto de reglas impartidas a través de las TIC para una más adecuada prestación del servicio de justicia.

El sector electrónico del Derecho Procesal Civil se encuentra actualmente en próspero desarrollo y consolidación.

El interrogante consiste en responder a si contamos con un proceso electrónico en las comunicaciones judiciales internacionales, que afiance el *reconocimiento mutuo* y que, a su vez, tutele los derechos fundamentales de las partes involucradas en un proceso concreto.

Como punto de partida tomo en consideración la situación en Argentina. Sucintamente, el Código Civil y Comercial de 2015 destina el Título IV del Libro Sexto a Disposiciones de Derecho Internacional Privado, lo que redundará en beneficio de la materia, toda vez que el caso de interés jurídico con elementos extranjeros adquiere con ello especificidad de trato; consta de tres Capítulos, destinando el segundo a Jurisdicción Internacional y en él incluye los lineamientos fundamentales que ofrece la CJI. La totalidad de su texto se encuentra inmersa en la jerarquía normativa u orden de prelación para la resolución de casos, principio que se reproduce en todos los temas tratados incluido el de la CJI. En consecuencia el artículo 2594³ imprime el método de selección de normas a respetar frente a un caso específico de la disciplina ocupando el primer escalón, la fuente convencional internacional.

Retomando la recepción del mecanismo ahora convocado, se detectan dos normas que conforman el eje de la CJI, los artículos 2611⁴ y 2612⁵, en los que se abre el camino hacia las comunicaciones electrónicas, pues precisamente lo novedoso es la admisión de entablarse comunicaciones directas entre jueces,

³ **Art. 2594.- «Normas Aplicables.** Las normas jurídicas aplicables a situaciones jurídicas vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación al caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.»

⁴ **Art. 2611.- «Cooperación jurisdiccional.** Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.»

⁵ **Art. 2612.- «Asistencia procesal internacional.** Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.»

muy útiles –entre otros aspectos– para el seguimiento de la rogatoria en el Estado requerido; obviamente es imperiosa la aceptación mutua de la práctica y del respeto por el debido proceso, lo que implica dejar constancia suficiente en la causa del diálogo oficioso mantenido entre jurisdicciones, todo ello en procura de no enervar los derechos de las partes en las instancias pertinentes. Dichas comunicaciones directas, tal como surge del texto, no enervan el empleo de diversos medios para llevarse a cabo.

No es la única presencia, pues se observa la regulación de medidas provisionales y cautelares, así como medidas protectorias de la persona, tutelándola a ella y a su patrimonio, incluyendo además, disposiciones relativas a restitución internacional de niños, todas ellas expresión de CJI.

Hasta aquí he procurado detallar los sectores destinados a mecanismos de CJI, pero es de mi interés resaltar la presencia de la igualdad de trato procesal como principio rector del proceso civil internacional puro, extensivo a los supuestos cooperativos⁶.

Finalmente, siendo el exhorto el medio idóneo de comunicación, vale señalar que las comisiones rogatorias conforman el auxilio judicial internacional que conjuga las modalidades de comunicación entre autoridades con potestad jurisdiccional de distintos países, con el fin de llevarse a cabo diligencias o actos procesales derivados de un procedimiento precisamente de índole judicial.

De esta manera, la cumplimentación de dichas diligencias por parte de jueces o tribunales de otros territorios jurisdiccionales, o funcionarios habilitados de otros órdenes diferentes al judicial, se lleva a cabo mediante actos de comunicación que en nuestro país se concretan a través del exhorto, para el supuesto de tránsito internacional.

Si bien numerosos Tratados de CIA cuentan con formularios o guías prácticas que incluso obran en páginas electrónicas, esto no significa que no sean acompañados del correspondiente exhorto en soporte papel y que, de igual forma, se lleven a cabo las notificaciones en el extranjero, originando considerables demoras procesales.

⁶ **Art. 2610.- «Igualdad de trato.** Los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.»

Concluyendo el apartado, el principio de *confianza mutua* está receptado y la vía de transmisión electrónica no se encuentra expresamente excluida como vía de tramitación.

C) Las Fuentes Internacionales

Para cumplir con los preceptos de un Tratado, debemos conocerlo e interpretarlo en su contexto. Iberoamérica debe ser vista como un bloque de fluida comunicación. Los instrumentos internacionales que nos vinculan, y en lo futuro lo hagan, deben modificar realidades.

Si observamos Tratados vigentes que nos relacionan, el Convenio de La Haya de 1965 sobre Comunicaciones y Notificaciones en el extranjero es un claro ejemplo permisivo de la práctica electrónica bajo forma implícita, que requiere de cierta amplitud de criterio al momento de interpretarlo, tal como se desprende del artículo 10 de dicho instrumento⁷.

Consideremos que se trata de un convenio de *hard law*. Pero es necesario incorporar otros medios de transmisión de forma explícita sin desmerecer la rigidez y formalismo del exhorto y más aún, la transmisión del mismo por medios electrónicos, para lo cual la reciprocidad entre pares requiere de herramientas flexibles y de plataformas virtuales seguras.

Sin embargo, se detecta el aporte de creativos instrumentos de *soft law*, puntualmente, el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional con vuelco incluso al flanco penal.

Por otra parte, consideremos que la @apostille se genera a través de la actualización tecnológica sin requerirse por ello de la modificación del primigenio Convenio de La Haya sobre supresión de la legalización y contando para su implementación, con activa participación de entes colaboradores y de @support seguros y eficaces que trasciendan las fronteras nacionales.

⁷ **Artículo 10:** Salvo que el Estado de destino declare oponerse a ello, el presente Convenio no impide:

a) la facultad de remitir directamente, por vía postal, los documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero.

b) La facultad, respecto de funcionarios judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado de origen, de proceder a las comunicaciones o notificaciones de documentos judiciales directamente a través de funcionarios judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado de destino.

c) La facultad, respecto de cualquier persona interesada en un procedimiento judicial, de proceder a las comunicaciones o notificaciones de documentos.

Véase la trascendencia y requerimiento del tema que en el mes de agosto se celebró en Argentina los 125 años de la Conferencia de La Haya⁸; el tema cardinal fue el uso de medios electrónicos para implementación y funcionamiento de los Convenios de La Haya sobre Cooperación Jurídica y Protección Internacional de Niños, propiciándose la creación de plataformas virtuales seguras y eficaces con aspiración de universalidad.

2. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Todo ello conduce a afirmar que la disciplina conforma una sustanciosa especialidad que requiere de medios idóneos –legislativos e informáticos– así como de especial preparación de los recursos humanos, tanto en la faz administrativa, como en la jurisdiccional, abocados a su ejecución y desarrollo.

Nos encontramos frente a desafíos, algunos de ellos difíciles de sortear pero no por ello imposibles de lograr; un primer desafío consiste en la necesidad de alcanzar la universalidad en relación al seguimiento de las fuentes convencionales internacionales: numerosos son los foros y numerosos los instrumentos; otro desafío está dado por el acceso a los instrumentos; y el tercero por su debida aplicación. Son diferentes sectores, pero en todos se requiere de especial preparación y de concentración de competencias.

El marco internacional actual está caracterizado, sin duda alguna, por la globalización, que puede ser entendida desde diversas perspectivas. Si la observamos desde la revolución tecnológica, compartimos un mundo interconectado por el acceso a participar de comunidades virtuales y de redes que reducen asombrosamente las distancias y las fronteras.

En consecuencia y para el ámbito jurídico extrafronterizo, la tendencia es dar paso al avance tecnológico, a las comunicaciones directas y al aporte de las redes y bases de datos.

Digamos que el principio de confianza mutuo es uno de los tantos conceptos jurídicos indeterminados dada la vastedad del mismo y los valores en juego. Pero cabe recordar que el Consejo Europeo de Tampere trazó las directrices del mismo, al decir que las condiciones esenciales para darle cumplimiento residen en alcanzar un nivel mínimo de confianza recíproca entre los ordenamientos y autoridades de los diferentes Estados, así como en superar la depen-

⁸ El evento estuvo presidido por Christophe Bernasconi –actual Secretario General de la Conferencia de La Haya– y por Ignacio Goicoechea en su carácter de Representante de la Conferencia de La Haya para América Latina y el Caribe.

dencia de su cumplimiento a la existencia del tradicional sistema convencional. Claro está que los destinatarios son hoy países parte de un sólido bloque de integración, pero es de ponderar que existen bloques ideológicos como el Iberoamericano, aun cuando no se encuentre formalizado por un Tratado.

En consecuencia, como aporte al tema sugiero:

- Instrumentar en base a acuerdos *soft law* espacios virtuales iberoamericanos destinados a cooperación jurídica civil internacional; sugiero esta modalidad por tratarse de instrumentos flexibles, cada vez más empleados y que tienden a evitar el tedioso camino de crear y dar vigencia a un Tratado;
- Que dichos acuerdos se formalicen en el marco de intervención de las Autoridades Centrales de los países de la región;
- Que los instrumentos de transmisión electrónica cuenten con firma digitalizada a fin de otorgar mayor certeza y seguridad;
- Que dichos instrumentos cuenten con formularios y guías prácticas que faciliten su implementación, especialmente destinados a uniformar criterios de admisibilidad;
- Que los mismos sean de carácter bilingüe (español-portugués).

Diversos organismos pueden facilitar las comunicaciones, como Colegio de Abogados o de Notarios, en acción conjunta con las Autoridades Centrales.

No deja de ser lo transmitido una expresión de deseos que requiere de voluntad política en acelerar los procesos electrónicos transfronterizos y de plataformas técnicas idóneas; es de desear que contemos con ambas.

Sin duda debemos propender a la flexibilización en la participación y la apertura, a fin de generar espacios judiciales compartidos. La eficacia ha dejado de ser un contenido más del discurso jurídico en la tarea de administrar justicia, para ocupar el rango de deber primordial de los jueces y del resto de operadores del derecho.

Cerrando la entrega con palabras de Nuria Díaz Abad al decir que «La confianza mutua es la piedra angular de toda la cooperación judicial internacional», modestamente agregó que lo es bajo todo medio que se implemente, sea en soporte papel o de transmisión electrónica.

3. REFERENCIAS DE CONSULTA

ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros (2013). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: AEBOE, pp. 329-330.

- BOGGIANO, Antonio (2017). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, pp. 630.
- CAMPS, Carlos (2015). *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 1-7.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2005). *Desarrollo Judicial y Derecho Internacional Privado*, Granada: Ed. Comares.
- DÍAZ ABAD, Nuria: Entrevista realizada en el n.º 83 de la Publicación RE, Registradores de España, pp. 20 y ss.
- ESPINAR VICENTE, José María (2014). *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*. Madrid: Liceus, pp. 45-54.
- FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos y otro (2012). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, pp. 423-425.
- FIGLIARETTI, Pasquale (1898). *Ejecución de las sentencias extranjeras*, Madrid: Centro Editorial de Góngora, pp. 2-3.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1974). *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Ed. Depalma, pp. 282 - 283.
- GRILLO, Juana María (2017), «El centro de vida del niño», en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, N.º 11, pp. 81-92.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2018). «La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos», en *Revista española de Derecho Internacional*, Madrid, Volumen 70, pp. 101-125.
- MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel-Ángel (2011). *El Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*. Madrid: Dykinson, pp. 6-10.
- NOVELLI, Giancarlo (2015). *Compendio di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Nápoles: Simone, pp. 173-179.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo (2017). «Necesidad de profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extrafronterizos en el ámbito interamericano», en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Paraguay, N.º 10, pp. 29-55.

SITIOS WEB

El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: www.catedradip1laplata.com/jurisprudencia (Fecha de última consulta: 17/08/2018).

HCCH celebrando 125 años. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/secure-portal/other-hcch-meetings/buenos-aires-125th-anniversary/> (Fecha de última consulta: 19/08/2018).

Una visión panorámica de la evolución del Derecho Civil de Cataluña (1980-2018)

Lluís Jou i Mirabent

*Presidente de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
Notario de Barcelona*

1. INTRODUCCIÓN

Presento esta comunicación a la sección 4 del Congreso, dedicada al estudio de las interconexiones entre el Derecho Civil de los diversos países de Iberoamérica, con el propósito de aportar una visión panorámica, y más bien divulgativa, de la evolución interna de uno de los Ordenamientos Jurídicos integrados en el conjunto, el catalán. En lo que se refiere al Derecho Civil, España es desde siempre un estado plurilegislativo en el que conviven diversos ordenamientos, fruto de la pluralidad histórica y social de las nacionalidades y regiones que la integran, pluralidad que la Constitución de 1978 reconoce y ampara. De hecho, la Constitución se fundamenta en la triple pluralidad de las gentes de España: la ideológica, la territorial y la cultural y lingüística según resulta, precisamente de sus tres primeros artículos, y el Derecho Civil, reflejo de la diversidad cultural y territorial, tiene un papel destacado en el desarrollo de dicha pluralidad¹.

2. UN DERECHO HISTÓRICO

En honor al académico recientemente fallecido, el catedrático de Historia del Derecho Josep María Font Rius, iniciaré la exposición subrayando que tras las invasiones de los siglos V y VIII, los estados cristianos peninsulares

¹ He escrito sobre esta materia en Jou i Mirabent, Lluís. *El Dret català, entre la Compilació i el Codi*. Olot. Miquel Plana editor, 2003. Publicado también en Revista de Catalunya. Barcelona, Revista de Catalunya. Mayo de 2004. Y en Jou i Mirabent, Lluís, *Derechos históricos, Compilación y Código Civil: un misma legitimidad* en La Notaria, (Barcelona) 2010.3 (otoño).

evolucionaron bajo dos patrones distintos: el de Castilla y León y Portugal, que conformaron estados unitarios, y el de la Corona de Aragón, que se configuró como una confederación de estados que, al final del siglo XV, se extendían, bajo una sola corona, por el Este de la Península Ibérica, el Sur de la Itálica y las Islas Baleares, de Cerdeña y de Sicilia, incluyendo Malta. Cada uno de estos estados contaba con sus propias instituciones y con su Derecho. En virtud de la Concordia de Segovia de 1475, la unión dinástica producida por el matrimonio de Isabel y Fernando mantuvo entre los reinos de Castilla y Aragón el sistema catalano-aragonés, de modo que, a pesar de que desde 1517 quedaron bajo una sola corona (que entre 1580 y 1640 incluyó a Portugal), hasta 1716 subsistieron las distintas instituciones legislativas y de gobierno.

El Derecho Civil propio de Cataluña estaba constituido por recopilaciones de costumbres (los *Usatges*), las leyes de las Cortes catalanas (1281-1716) y los privilegios y costumbres locales que se heterointegraban con los Derechos canónico y romano, declarados supletorios por este orden en 1599 y que lo completaban de una manera integral². Conservado por el Decreto de Nueva Planta en 1716, tras la llamada Guerra de Sucesión, y de nuevo por el Código Civil español en 1889, una de las grandes obras del estado liberal, fue parcialmente codificado por la Compilación de 1960³, sin dejar de formar un sistema jurídico completo que recurría al Derecho supletorio para todo cuanto no había quedado compilado.

La Compilación modificaba el sistema de fuentes del Derecho catalán, que pasó a ser: a) la Compilación, el Capítulo del Código Civil que regulaba la forma y los efectos personales del matrimonio y la Ley de censos de 1945; b) las leyes civiles españolas de ámbito sectorial o especial; c) la costumbre general o local y d) el Código Civil español, aunque la aplicación de este no era automática porque antes había que tener en cuenta la tradición jurídica catalana encarnada en las leyes antiguas, la costumbre y la doctrina de los

² Los Derechos Canónico y Romano fueron supletorios en Cataluña, en la práctica, desde el siglo XIII, como cristalización escrita de la equidad, en una evolución lenta que merecería otra comunicación.

³ Ley de 21 de julio de 1960. Estaba integrada por 344 artículos, la gran mayoría de considerable extensión, que regulaban extensamente el Derecho de sucesiones, presidido por el principio de la libertad civil aplicada a la de testar, con una legítima corta, así como la donación, el régimen de la separación de bienes, los contratos entre esposos, especialidades sobre la compraventa, el usufructo, las servidumbres, la enfiteusis, las pensiones periódicas, la accesión, la usucapción y la prescripción. En lo no regulado, regía como supletorio el Código Civil, pero siempre tomando en consideración la tradición jurídica catalana. La Compilación facilitó la aplicación cotidiana del Derecho propio e incentivó su estudio, sobre todo a partir de la Cátedra Duran y Bas de la Universidad de Barcelona.

autores, todo ello sobre la base de lo que Roca y Sastre⁴ llamó la *Iuris continuatio*. A mi entender, la *Iuris continuatio* ideada por Roca Sastre es mucho más que una construcción práctica que permitía seguir alegando el Derecho histórico. En realidad, la *Iuris continuatio* es una construcción política que legitimó la existencia de la Compilación no en su aprobación por las Cortes franquistas y la sanción del dictador, sino en los Derechos históricos de Cataluña, de los cuales la Compilación es «una expresión no novatoria». Así pues, la legitimidad de la Compilación resulta de las leyes de las Cortes catalanas suprimidas en 1716. Una tal interpretación encontraría apoyo aun hoy, sin necesidad de violentarla en lo más mínimo, en la Disposición adicional primera de la Constitución.

3. COMPETENCIA LEGISLATIVA PLENA

La Constitución de 1978 (artículo 149.8) reconoció a las Comunidades autónomas que en aquel año contaban con Derecho Civil propio⁵, la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil, con algunas excepciones que siempre corresponderán al Estado. En virtud de dicho reconocimiento, el Estatuto de Autonomía de 1979, como el de 2006⁶, atribuyó al Parlamento de Cataluña la competencia exclusiva en materia de Derecho Civil. La existencia de la Compilación, es decir, de Derecho Civil preexistente a la Constitución, era el requisito indispensable para la atribución de la competencia en la materia. No era un límite. El límite es, solo, aquello que la propia Constitución establece⁷.

Sin embargo, la formulación de la Constitución, sintácticamente complicada, textualmente ambivalente y políticamente atormentada, facilitó una interpretación restrictiva que defendía que la competencia autonómica se limitaba, en

⁴ ROCA SASTRE, Ramón M. *Estudios de Derecho Civil especial de Catalunya*. Barcelona, Bosch editorial, 1983, páginas 1-16.

⁵ A saber: Catalunya, Aragón y las Islas Baleares, Navarra, País Vasco y Galicia. Obsérvese que Valencia, a pesar de haber formado parte de la Corona de Aragón no contaba en 1978 con Derecho Civil compilado. Por ello, a pesar de haber legislado en la materia, en especial en relación con los arrendamientos rústicos históricos (Ley 6/1986, de 10 de diciembre, declarada constitucional en STC 121/1992, de 28 de diciembre), y el régimen económico matrimonial (Ley 10/2007, de 20 de marzo) el Tribunal Constitucional, en Sentencia 82/2016, de 28 de abril, declaró la inconstitucionalidad de esta última precisamente por falta de competencia de la Generalitat valenciana.

⁶ Artículos 9.2 y 129 respectivamente.

⁷ A saber: las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del Derecho, de conformidad, en este último caso, con las normas de los derechos civiles de las autonomías con Derecho Civil propio. Dejando al margen estas materias, la competencia de la Generalitat es plena.

todo caso, a la modificación y conservación de la Compilación. Lo que en el espíritu constitucional debía ser la base de la competencia legislativa, contar con la Compilación, es decir, con un sistema jurídico civil propio, corría el riesgo de convertirse en un límite para esta competencia de la mano de los intérpretes formados en el espíritu del estado unitario.

Los juristas catalanes, entre muchos otros Encarna Roca, Lluís Puig Ferriol⁸ y Ferran Badosa desde el ámbito universitario, y Josep M. Puig Salellas y Lluís Roca-Sastre desde el notarial, interpretaron la Constitución en el sentido de que el Parlamento catalán podía legislar sobre todas las materias civiles no reservadas expresamente al Estado en el último inciso del punto 8 del artículo 149 de la Constitución. Un Congreso celebrado en Zaragoza en otoño de 1981, con la participación de juristas de las llamadas «regiones forales», estableció las bases de una interpretación autonomista ajustada a la letra y al espíritu del texto constitucional⁹. También las Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar, que se celebran cada dos años desde 1980 con el apoyo de nuestra Academia, contribuyeron a consolidar una interpretación autonomista que, por otra parte, es ampliamente compartida por los juristas catalanes.

4. UN PROCESO LEGISLATIVO PROGRESIVO, CONSENSUADO EN CATALUÑA Y DISCUTIDO POR EL ESTADO

El primer gobierno de Jordi Pujol¹⁰ fue prudente y en la I Legislatura solo se aprobó, por unanimidad en el Parlamento, la Ley 13/1984, de 20 de marzo de reforma de la Compilación, que introdujo en el sistema de fuentes el concepto de autointegración, estableció la igualdad del hombre y la mujer y los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, suprimió las limitaciones de

⁸ ROCA TRIAS, Encarna: *El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978*. Barcelona, Revista Jurídica de Catalunya. 1979. págs. 19 y siguientes; PUIG FERRIOL, Luis y ROCA TRIAS, Encarna. *Fundamentos del Derecho Civil de Catalunya*. Tomo I. *Introducción al Derecho Civil de Catalunya*. Barcelona. Bosch editorial. 1980; BADOSA COLL, Ferran, *L'àmbit del Dret civil català*. En *Materials de les II Jornades de Dret Català a Tossa...* Barcelona. 1982. ROCA TRIAS, Encarna. *L'estructura de l'Ordenament civil espanyol*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña... Barcelona, Academia... 1982. Ba Colldosa, Ferran (dir) y Marsal Guillamet, Joan (Coord) *Manual de Dret Civil català*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003.

⁹ La cuestión afectaba a otras comunidades autónomas con Derecho propio. Sin embargo, fue Cataluña, por la mayor intensidad del sentimiento de lo singular y la existencia de un sistema de partidos políticos propio, la que lideró el proceso.

¹⁰ Jordi Pujol, político catalanista que cumplió prisión durante el franquismo solo por haber promovido que se entonara el *Cant de la senyera* en presencia de Franco, fue presidente de la Generalitat entre mayo de 1980 y diciembre de 2003 elegido en seis elecciones consecutivas, tres de ellas con mayoría absoluta. Sus gobiernos fueron esenciales para desarrollar el Estatuto de Autonomía y reforzar la identidad catalana.

disponer para los casos de segundas nupcias, introdujo pequeños cambios en el régimen de la sucesión intestada (con llamamiento a la Generalitat) y adecuó otros aspectos secundarios¹¹. En la II Legislatura (1984-1988), en concreto el 25 de mayo de 1987, se aprobaron tres leyes¹². La de mayor trascendencia, la de Sucesión intestada, fue impugnada por el Gobierno español ante el Tribunal Constitucional, con el argumento de que la Generalitat se había excedido en sus competencias porque en la Compilación solo cuatro artículos la regulaban. El Estado, prisionero de sus cuerpos jurídicos de élite, hacía suya la argumentación de que las competencias de la Generalitat no debían pasar del texto de la Compilación.

Esta impugnación detuvo durante tres años el proceso de actualización del Derecho Civil, que solo avanzó con la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de Censos, y la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad, que derogaron un buen número de artículos de la Compilación y desarrollaron a su margen la regulación de instituciones contenidas en ella. Otras leyes siguieron vaciando de contenido la Compilación, que quedó progresivamente reducida en extensión, al tiempo que crecían las leyes especiales que la modernizaban y desarrollaban. Así, la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, o Código de Sucesiones de Cataluña, la más extensa aprobada por el Parlament, «sustituyó» hasta 214 artículos de la Compilación y la Ley 7/1991, de 27 de abril de 1991, de Filiaciones, reguló íntegramente esta institución y derogó otros 2 artículos compilados¹³. Esta segunda Ley, la de Filiaciones, fue igualmente impugnada por el Gobierno español ante el Tribunal Constitucional¹⁴. La impugnación causó el rechazo general del mundo jurídico catalán según se constató en un unitario Manifiesto en defensa del Derecho Civil de Cataluña promovido por las instituciones jurídicas de Cataluña, entre las primeras nuestra Academia, en noviembre de 1991. La presión política, el cambio de mayorías en las Cortes Generales¹⁵ y un mejor entendimiento entre los gobiernos de Cataluña y del Estado, propiciaron la retirada de los dos recursos citados.

¹¹ El 19 de julio del mismo 1984 se promulgó el Decreto Legislativo 1/1984, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

¹² Las tres recibieron el apoyo de todos los grupos parlamentarios.

¹³ Poco después se sumaron la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble; la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de adopción, y la Ley 39/1991, también de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares. Una cuarta, la Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación en materia de venta a carta de gracia optó por modificar unos pocos artículos compilados.

¹⁴ Recurso 1805/91 planteado el 9 de agosto de 1991. El Gobierno de Estado desistió en enero de 1992.

¹⁵ El PSOE había perdido la mayoría absoluta en las elecciones de octubre de 1989.

A partir de este momento, en Cataluña se trabajó con el objetivo de elaborar tres códigos: el de Sucesiones, el de Familia y el de Derecho Patrimonial, de manera que en el futuro se pudieran refundir en un Código único¹⁶. Siguiendo este plan se aprobaron la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges; la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre, y la Ley 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes¹⁷.

Entre tanto el Tribunal Constitucional había aceptado la competencia de los parlamentos autónomos para legislar en materia de Derecho Civil, entendiéndose que si bien el punto de conexión eran las compilaciones, la nueva legislación civil de las regiones con Derecho propio se podía desarrollar a partir de las normas preexistentes, compiladas o no, y después, a partir de la base más amplia que podía surgir de las nuevas normas, de manera progresiva, ser nuevamente ampliada. Así se pronunció el Tribunal en sus sentencias 88/1993, de 12 de marzo, que resolvió el recurso presentado por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos; y 156/1993, de 6 de mayo, que resolvió el recurso del Estado contra el Decreto Legislativo de las Islas Baleares 79/1990, de 6 de septiembre, que aprobaba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de dichas Islas. El Tribunal, que no había entrado a resolver los recursos contra leyes catalanas por haberlos retirado el Gobierno del Estado, vino a inclinarse por la interpretación autonomista del desarrollo del Derecho Civil, tomando las compilaciones como base de la competencia legislativa autonómica, pero no como límite.

Contando ya con un Código de Sucesiones y varias leyes en materia de familia, se inició la tramitación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia que incorporó la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial, y se completó con la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, heterosexuales y homosexuales, una ley pionera que fue imitada luego por muchos parlamentos autónomos españoles y por los de otros países. El gobierno español se abstuvo de impugnar dichas leyes¹⁸ a pesar de la enorme distancia que existía entre su contenido y el de la Compilación. El contencioso sobre los límites de

¹⁶ BASSOLS I PARÉS, Agustí. *Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984*. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència. Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. 1992.

¹⁷ Debe destacarse que el Gobierno catalán se ganó la complicidad de los operadores jurídicos encargando la redacción de los anteproyectos de ley a profesores y otros juristas de prestigio y procurando el consenso de los grupos parlamentarios.

¹⁸ El Gobierno español del PP recibía apoyo parlamentario en Madrid de los diputados catalanes de *Convergència i Unió*, que gobernaba en Cataluña a su vez con apoyo del PP, según el llamado «Acuerdo del Majéstic» que permitió la investidura de J. M. Aznar.

la competencia autonómica en materia de Derecho Civil parecía cerrado. Poco después se aprobó la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua¹⁹.

En el año 2000 la Generalitat optó por institucionalizar el consenso político y profesional que había presidido la elaboración de la normativa civil en los veinte años anteriores, siempre bajo el principio de la participación académica y profesional en su redacción técnica. Esta institucionalización se llevó a cabo con la creación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña²⁰, un órgano consultivo del Gobierno en la materia al que se encomendó la tarea de elaborar un Código Civil²¹. El Observatorio, cuya dirección se confió al catedrático Miquel Martín, se organizó, hasta 2004, en una Comisión de codificación y las secciones de Sucesiones y Familia, de Derecho Patrimonial y de Armonización. La más activa fue la de Derecho Patrimonial, presidida por el catedrático Antoni Mirambell, ya que Sucesiones y Familia ya estaban codificados. Producto de su tarea, en los años 2000 y 2001 se aprobaron hasta seis leyes civiles, todas en materia de Derecho Patrimonial²².

El Observatorio se propuso construir un Código Civil propio y completo, recopilando de manera armonizada y en lo menester puesta al día, toda la legislación aprobada y elaborando las normas que correspondían a materias pendientes. Para facilitar la tarea se optó por un «código abierto», con una metodología que permitía aprobar por separado los diferentes libros, títulos y capítulos, sin que ello afectara la sistemática del Código ni la numeración de sus artículos. La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, o primera Ley del Código Civil de Cataluña, estableció su estructura y sistemática fijando que estará formado por seis libros. Cada libro se dividirá en títulos y estos en capítulos, que pueden estar divididos en secciones y subsecciones. Por lo que respecta a la numeración de los artículos, cada uno lleva dos números separados por un guión. El primero está integrado por tres

¹⁹ Se trata de situaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda que comparten con voluntad de permanencia pero sin *afectio maritalis*, cosa frecuente en personas mayores ligadas por vínculos de parentesco o amistad.

²⁰ Decreto 13/2000, de 10 de enero. Completado por el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, y reestructurado por el Decreto 266/2004, de 27 de abril, de regulación de los órganos del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña.

²¹ En cierto modo se recuperó el *modus operandi* de la Generalitat republicana de 1932-1936, en que los anteproyectos de leyes civiles eran elaborados por la Comisión Jurídica Asesora, equivalente del Consejo de Estado.

²² Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas; Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación; Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria preferente; Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación; Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía.

cifras que indican respectivamente el libro, el título y el capítulo, lo que en el fondo limita a 9 los títulos de cada libro y los capítulos de cada título. El segundo corresponde a la numeración continua que, empezando por el 1, se atribuye a cada artículo dentro del capítulo.

Sin embargo, los cambios políticos en las Cortes Generales y en el Parlamento de Cataluña producidos en el año 2000 propiciaron que se reabriera la conflictividad competencial en la materia, ya que el Gobierno del Estado impugnó la Ley ante el Tribunal Constitucional²³ generando, empero, una nueva reacción de las instituciones jurídicas catalanas a imagen de la de 1991²⁴.

5. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Los seis libros de Código catalán son:

- a) Libro primero, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad. Fue aprobado por la ya citada Ley 29/2002, de 30 de diciembre. El Gobierno del Estado planteó contra ella el recurso de inconstitucionalidad 2099/2003, si bien desistió de él²⁵ según Auto del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2004.
- b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales en este ámbito. Se introdujo en el Código por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo²⁶.
- c) Libro tercero, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y las fundaciones. Fue aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña²⁷.

²³ Obsérvese que la tarea legislativa del Parlamento catalán en relación con el Código ha entrado en conflicto con el Estado esencialmente cuando este ha sido gobernado por el Partido Popular (hasta abril de 2004 y desde diciembre de 2011 y mayo de 2018).

²⁴ Un nuvo manifiesto se presentó públicamente en octubre de 2003.

²⁵ Tras el cambio de Gobierno operado en las elecciones de marzo de 2004.

²⁶ El Gobierno del Estado planteó discrepancias competenciales en relación con el artículo 211.1 que establecía que la personalidad civil se obtenía con el nacimiento sin necesidad de vivir 24 horas fuera del seno materno, como establecía desde 1889 el Código español. Las discrepancias derivaron en un acuerdo en la comisión bilateral Estado-Generalitat en virtud del cual esta reconocía la competencia del Estado para regular las condiciones básicas de igualdad entre la ciudadanía y el Estado modificaba el Código Civil español en el sentido que había previsto la Ley catalana, lo que efectivamente se operó en la Ley estatal 20/2011, de 31 de marzo.

²⁷ Podría, en el futuro, incorporar la regulación de las cooperativas o de las mutualidades, sobre las que la Generalitat tiene competencias, aunque no exclusivas. No se planteó ninguna cuestión competencial sobre dicho Libro aprobado por el Parlamento catalán sobre la base de las

- d) Libro cuarto, relativo a las sucesiones, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de Sucesiones y en otras leyes especiales en este ámbito. Fue introducido por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto. A ella se adicionaron unos pocos artículos en virtud de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales²⁸.
- e) Libro quinto, relativo a los derechos reales, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlament. Fue aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto²⁹. Su contenido se vio ampliado por la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida. Esta última fue impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional en el recurso 2465/2016 si bien este ha desestimado el recurso en la Sentencia 95/2017, de 6 de julio³⁰.
- f) Libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlament. Solo una parte de dicho Libro ha sido aprobada por la Ley 3/1917, de 15 de febrero, que aprueba la sistemática del Libro VI, que estructura en tres títulos, el de las disposiciones generales, el de los tipos contractuales y el de las fuentes de las obligaciones no contractuales. Además aprueba alguno de sus títulos, en concreto los que regulan la compraventa, la permuta, el mandato, los arrendamientos rústicos y otros contratos agrarios y las pensiones, sean vitalicias o perpetuas, configurándose esta última como contrato de financiación. La Ley fue impugnada por el Gobierno del Estado en el Recurso de inconstitucionalidad 2557/17 en junio de 2017, si bien el Tribunal Constitucional levantó la suspensión de vigencia en Auto de 3 de octubre de 2017, por lo que entró en vigor, según estaba previsto, el 1 de enero de 2018.

leyes 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, y 7/1998, de 3 de junio, de asociaciones, aprobadas previamente en virtud de su competencia exclusiva en estas materias.

²⁸ No se planteó tampoco ninguna cuestión competencial en relación con el Libro cuarto. Sin embargo se ha planteado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2017, de 27 de junio, a pesar de su poca trascendencia. Se trata del recurso 4751/2017, presentado el 26 de octubre de 2017.

²⁹ No se planteó cuestión alguna contra esta Ley de 2006 a pesar de la gran extensión de la regulación del derecho de propiedad, directa o indirecta, de los modos de adquisición y extinción de los derechos reales, así como de la donación y de los distintos derechos reales en cosa ajena.

³⁰ La sentencia es simplemente desestimatoria si bien en sus fundamentos jurídicos introduce el concepto de la «reserva de foralidad» ligada al contenido de las antiguas compilaciones. A pesar de ello, vista la extensión que han alcanzado el Derecho catalán y el resto de ordenamientos, en especial los de Aragón, Galicia y País Vasco) en relación con las compilaciones precedentes no es previsible una reconsideración general de la doctrina mantenida hasta la actualidad. Sobre dicha sentencia puede verse IZQUIERDO GRAU, Guillem, *La Constitucionalidad de la propiedad temporal* en Revista Jurídica de Catalunya, (Barcelona) 2017-4 pp. 957-976.

Debe significarse, para terminar con esta panorámica, que con frecuencia las leyes posteriores que han aprobado libros del Código han modificado artículos de Libros ya aprobados. Así sucedió en especial en las que aprobaron los libros segundo y sexto. Por otra parte la Ley 6/2015, de armonización del Código Civil de Cataluña, introdujo pequeños cambios en varios artículos de los libros aprobados al efecto de mejorar la redacción técnica o armonizar el contenido de algunas normas³¹.

En definitiva hay que subrayar que hoy por hoy, está plenamente vigente la totalidad del Código Civil salvo cuatro artículos menores relativos a las llamadas voluntades digitales, y solo una parte del Libro sexto está pendiente de Sentencia del Tribunal Constitucional.

6. EL DESPLAZAMIENTO DEL DERECHO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En lo relativo a las fuentes, el artículo 111.1 del Código, siguiendo lo que establecía la Compilación de 1960, indica que el Derecho Civil de Cataluña está constituido por el Código, las demás leyes del Parlamento en la materia, las costumbres y los principios generales del Derecho, aunque la costumbre solo rige si no hay ley aplicable. Estas normas deben interpretarse e integrarse de acuerdo con los principios generales que informan el Derecho Civil de Cataluña, tomando en consideración la tradición jurídica catalana y se aplican con preferencia a cualquier otro, de manera que el Derecho supletorio, esto es, el del Estado, solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones catalanas y a los principios que lo informan.

La gran expansión de la normativa civil catalana comporta que de manera gradual y sucesiva, el Derecho Civil del Estado, tanto vigente como supletorio en Cataluña, vaya siendo desplazado por la nueva normativa. Así, las leyes civiles catalanas no derogan a las leyes españolas, porque estas siguen vigentes fuera del territorio catalán e incluso en él cuando procede por estatuto personal, pero a pesar de ello pierden su vigencia directa en Cataluña (o sobre los catalanes) porque solo la conservan formalmente como Derecho supletorio. Y como tal, únicamente es de aplicación tras un ejercicio de autointegración del derecho propio que en la práctica hace casi

³¹ Por otra parte, la Ley 5/2015, de 13 de mayo, redactó de nuevo de manera íntegra el Título quinto del Libro quinto, que regula en esencia la Propiedad horizontal, introduciendo modificaciones en el régimen anterior, sobre todo en relación con la forma de adoptar acuerdos por la comunidad de propietarios.

imposible su aplicación. Lentamente, la normativa catalana desplaza a la general española.

7. CONCLUSIÓN

La Constitución de 1978 y los Estatutos de autonomía han permitido a las instituciones catalanas renovar de manera consensuada y participada, y sobre la base de la legitimidad democrática e histórica, su Derecho Civil propio, que se fundamenta en la libertad civil de las personas. Ello se ha efectuado en una síntesis de tradición y modernidad, de refuerzo de la identidad colectiva y de la cohesión social, con un gran consenso interno pero con una considerable resistencia por parte de los poderes del Estado, muestra de la lógica tensión que comporta todo proceso de descentralización. El Tribunal Constitucional ha ido interpretando el artículo 149.8 de la Constitución considerando que dicha expansión tiene cabida en ella.

Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países

Juan Carlos Palmero

*Académico de Número y ex Presidente de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)*

El tema a tratar ofrece una extensión y magnitud que excede con creces los límites impuestos en los «criterios editoriales», lo que nos llevará a intentar formular algunas reflexiones que importen «valores propios de la materia asignada», circunstancia que condiciona y limita su tratamiento solo a algunos de sus aspectos que juzgamos relevantes, dentro de los innumerables vínculos existentes en este proceso de transfusión jurídica que se produjo entre España y los países Latinoamericanos, con motivo del encuentro de los dos mundos, acaecido a la finalización del siglo XV, luego de la llegada de Cristóbal Colón a estas tierras allende los mares.

La acepción semántica de la palabra *conexión*, reviste diversos significados, pero considerados a la luz del tópico en cuestión, deberá asignársele como «*punto donde se realiza el enlace entre dos sistemas*», en este caso, la normatividad existente en España y su influencia respecto de la legalidad que regía la vida de los habitantes del nuevo Continente.

1. TRANSFUSIÓN DEL SISTEMA ROMANO HISPANO

Cabe formularse un interrogante central: ¿Cuál fue la medida o el alcance de las influencias recíprocas entre ambas regulaciones, apreciadas a la luz que arrojan los derechos contemporáneos?

El interrogante recibe respuestas diferentes, según las épocas y circunstancias, cuando América estuvo todavía bajo el dominio español (desde el siglo XIV), de lo ocurrido una vez que se desencadenara el proceso independentista

acaecido a principios del siglo XIX, donde obviamente cada país fue construyendo su legislación privada según sus propios criterios.

Un acontecimiento histórico de la magnitud que tuvo el descubrimiento de América, parece evidente y natural que España trajese además de sus hombres, idioma y creencias, las manifestaciones propias de su cultura y en este sentido el Derecho no podía estar ajeno a formar parte insustituible de ese proceso.

La organización jurídica que trasladó España a sus colonias, se hizo de acuerdo con su legalidad vigente, algo que resulta lógico y natural, sin que precise demostración alguna, porque surge como verdad obvia a tales circunstancias¹.

Parece igualmente claro que los pueblos nativos o aborígenes, –incluso aquellos más desarrollados, como los mayas, aztecas o incas– no disponían de estructuras jurídicas dotadas de un desarrollo científico o consolidación técnica suficiente como para servir de sustento al nuevo sistema de derecho imperante.

En consecuencia, es factible adelantar una primera conclusión: a los comienzos de la conquista española y hasta la emancipación de los pueblos iberoamericanos, no existió un proceso de *conexión* entre un sistema y el otro, porque simplemente se produjo una verdadera *transfusión completa* del sistema *occidental romano hispano*, que vino a ocupar espacios vacíos abarcando de esta manera, la totalidad del universo legal, tanto en lo que se refiere a lo público, como a lo estrictamente privado.

España trasladó e insertó a Iberoamérica su *sistema occidental de Derecho Romano hispano*, con el agregado de cierta normativa propia a través de la llamada *Legislación de Indias*, que completaron el cuadro del Derecho Privado con plena vigencia, hasta que con el avenimiento de las independencias sancionaron cada una de ellas sus propias legislaciones.

Al haber los países iberoamericanos recibido *in totum* el sistema *occidental romano hispano*, ello implica el reconocimiento de un punto de partida común y, por ende, una suerte de cimiento institucional compartido, que genera una situación de vinculación recíproca permanente, más riguroso que el que puede inferirse de una eventual *conexión* o *armonización* entre norma-

¹ CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *El sistema de Derecho Privado Iberoamericano* y en igual sentido: «*El sistema jurídico iberoamericano*», trabajo presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Se pregunta el autor si existe realmente un sistema de derecho iberoamericano, y luego de suministrar antecedentes de autores que lo niegan, termina reconociéndolo como dentro de la vertiente *occidental, romano hispana*.

tivas diferentes, pues se trató de un verdadero traslado o transfusión absoluta, a punto tal que el Derecho aplicado en América, era el mismo que regía en España. Federico de Castro ², con su lucidez característica, denomina a este fenómeno como *mellizal*.

1.1. Veamos entonces, el contenido y alcance de esa transfusión. En lo que respecta al Derecho Romano, España trajo a estas tierras su conectividad con toda la compilación Justiniana, a través del *Corpus Juris Civilis*, (*Digesto*, el *Código*, las *Novelas* y las *Institutas*), estas últimas que servían como material didáctico para acceder al estudio de esta fuente inagotable del conocimiento jurídico universal.

El Digesto a su vez, aportaba la riqueza doctrinaria de los grandes juriscultores, como Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo, Modestino, Celso, Florentino y tantos otros cuyas opiniones quedaron plasmadas en esos documentos como herencia universal para la interpretación y reglas de resolución de los conflictos humanos.

1.2. Junto al Derecho Romano, por obra de esta verdadera transfusión, se aplicó en todas las colonias de manera directa e inmediata el Derecho español vigente en la Metrópoli³ el que –sin pretender formular un estudio completo a este respecto–, comienza a desarrollarse y tener vigencia en todo su territorio al momento de la reconquista y estuvo compuesto, fundamentalmente, por el *Fuero Juzgo* (1241), *Fuero Real* (1255), las *Siete Partidas de Alfonso X el Sabio* (1263), *Ordenanzas de Castilla* (1484), *Leyes de Toro* (1505) y de manera especial, para Argentina al menos, la *Nueva Recopilación* (1567)⁴ –que contenía leyes que provenían del Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y el de Montalvo, como así las Leyes de Toro–, todo ello a lo que debe agregarse las reglas propias para este Continente, circunstancia que nos permite concluir en definitiva, que se trató de un fenómeno de transferencia del Derecho castellano en sus aspectos más generales y significativos a la Iberoamérica colonial.

No sucedió algo semejante con la *Novísima Recopilación* de (1805) y menos aún con el Código Civil Español de 1889, que no alcanzaron hacer sentir sus

² DE CASTRO BRAVO, Federico: «La persona jurídica» 2.º Edición. Editorial Civitas, S. A. Nota introductoria Manuel Amorós Guardiola. Madrid 1984.

³ *Los Códigos Españoles concordados y anotados* editados por Antonio de San Martín. Madrid, 1872.

⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín: «Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General». Editorial Perrot, Bs. As., 1967, N.º 240 Pág. 180: La *Nueva Recopilación* gozó de una prioridad hermenéutica como regla de resolución de conflictos, por el mayor conocimiento de jueces y juriscultores de la época; la seguían en orden de prelación, el *Fuero Real*, luego el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo de Castilla* y por último *Las Partidas*, circunstancia que daba lugar a mucha inseguridad al momento de su aplicación.

influencias o aplicarse de manera general en América –aunque en algunos casos como nuestro Codificador, la toman como fuente–, debido al proceso independentista acaecido con anterioridad que permitió el dictado de su propia legislación.

Por el contrario, el Proyecto de Florencio García Goyena de 1865, sirvió de fuente directa de numerosos preceptos de los noveles ordenamientos de Derecho Civil dictados en América, como ocurriera, verbigracia, con la legislación argentina⁵.

A la par de las normas, hubo también transferencia doctrinaria a través de autores como Solórzano, Gregorio López, Antonio Gómez y en nuestro caso de manera especial, José María Álvarez en su obra *Instituciones de Derecho Real de España* que tuvo particular gravitación en la formación de los estudios del Derecho Privado decimonónico americano y de nuestro Codificador⁶, que le efectuó anotaciones de mucha utilidad a la hora de la redacción del Código Civil argentino.

1.3. Para cerrar este verdadero sistema de derecho vigente en Iberoamérica, debe tenerse en cuenta la *Legislación de Indias*, que fue promulgada por los monarcas españoles para regular la vida social, política y económica entre los pobladores del Nuevo Continente, aun con anterioridad incluso a su nacimiento⁷.

Resulta evidente que el Derecho castellano no podía resolver todas las situaciones que se prestaban, porque el Nuevo Continente ofrecía supuestos diferentes que exigían respuestas especiales, y eso constituyó fundamentalmente, el Derecho indiano.

Si bien hubo numerosas manifestaciones de este tipo, cabe mencionar por su importancia filosófica y jurídica, la dictada por la Reina Isabel la Católica en el año 1500, –luego hubo otras en la misma orientación de Fernando de Aragón–, a través de la cual se protegía a los aborígenes americanos,

⁵ RODRIGO ENMES, Lucio: *Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana*, puede consultarse: https://www.google.com.ar/search?q=florencio+garc%C3%ADa8=70500726_.

⁶ VÁZQUEZ Humberto, ALBA CRESPO Juan J. y GHIRARDI Juan Carlos: «Las Instituciones de Derecho Real de España del Dr. José María Álvarez y las anotaciones de Vélez Sarsfield», publicado en *Roma y América. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, N.º 5, «Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano». A cura de Sandro Schipani, Cedam– Padova Editore, Roma, diciembre de 1991, p. 109.

⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *ob. cit.* Nota 1. Con referencia a García Gallo, sostiene que el «derecho indiano nace antes que se conozca, e incluso antes de que se sepa si existe», ya que los Reyes Católicos sancionaron las capitulaciones del 17 de abril de 1492, donde se establecían las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo, basadas obviamente, en el Derecho de Castilla.

exigiendo el respeto de sus propiedades inmobiliarias, como así la abolición de toda forma de esclavitud, tema que si bien no ofrecía duda alguna para los gobernantes, no tuvo igual comprensión por algunos *encomenderos*, que haciendo caso omiso a estos mandatos de la Corona, llegaron a generar situaciones de abusos y explotaciones de diversa intensidad, lo que motivara en una oportunidad que fueran denunciadas por el Obispo de Santo Domingo, Fray Francisco de Montesinos, y que dieron lugar al dictado de las «Leyes de Burgos» de 1512; y/o a instancias del jesuita Diego de Torres, las «Ordenanzas de Alfaro» (1610) que reconocieron de toda forma la libertad de los aborígenes.

En igual sentido merece recordarse la «Real Orden» de 1526, las «Leyes Nuevas» de 1540, de Carlos V, y la «Ordenanza» de 1573, dictada por Felipe II, todas disposiciones que pretendían evitar situaciones de tratamientos, injustos y discriminatorios y a su vez, formularon una revalorización de su dignidad humana.

Pese a la claridad de la posición de los gobernantes, así como de la Iglesia Católica, a través de diversos pronunciamientos en particular, la realidad dio muestras que no siempre fueron acatadas estas disposiciones, llegándose al extremo en ciertas oportunidades de negarles hasta su «condición de humanidad», lo que motivó siempre el total rechazo de la mayor parte de españoles y nativos que habitaban en estas tierras.

1.4. De todo lo expuesto precedentemente, queda en claro que por espacio de un poco más de tres siglos, las colonias españolas en América recibieron una *transfusión* de la legislación de la Madre Patria, incluso bajo idénticos mecanismos procedimentales de las Reales Audiencias, cuya labor jurisprudencial tuvo importancia significativa para la formación de una tradición jurídica común a todo el Derecho latinoamericano, lo suficientemente consolidada como punto de sustentación, cuando los diversos países ajustaron su legislación privada a sus propias características e idiosincrasias.

Así lo ha destacado, con sólidos argumentos científicos, Sandro Schipani⁸ en cuanto destaca que España fue el instrumento transmisor directo e inmediato

⁸ SCHIPANI, Sandro: «Unità del Continente: rileggere i Digesti, unificare il diritto», publicado en «Roma e America Diritto Romano Comune», «Rivista di Diritto del' integrazione e unificazione nel diritto in Europa e in America Latina». Atti del Congresso Internazionale «Mundis Novus Unità del Continente Latinoamericano: Leggere i Digesti, unificare il diritto», Mucchi Editore, 22/2006, pág. 193. En igual orientación: ESBORRAZ Fabio David: «La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propia del sistema jurídico romanista: (I) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX», publicado en la misma revista que el trabajo anterior, pero en el N.º 21/2006, pág.5. También: CATALA-

del «subsistema romano hispano» a todo el continente americano, circunstancia que constituye una premisa lógica fundamental para entender los puntos de conexión actuales del Derecho iberoamericano, pues se incurriría en un error evidente el pretender prescindir de esta plataforma común que nos identifica como un verdadero subsistema de derecho occidental.

2. EL DERECHO CIVIL IBERAMERICANO DEL SIGLO XIX, NACIDO CON POSTERIORIDAD A LA INDEPENDENCIA DE ESPAÑA

2.1. Es interesante considerar una circunstancia particular que no suele ser frecuente en los procesos libertarios coloniales, en el sentido que muchos países del Continente que declararon su independencia y dictaron sus respectivas constituciones inmediatamente después del triunfo por las armas, sin embargo no ocurrió un fenómeno semejante en lo que respecta al Derecho Privado en general.

Lo sucedido entonces en el Derecho Público, careció de idéntica correlación en el Derecho Privado, y es el caso que muchos de estos países continuaron rigiendo sus relaciones entre los particulares por las leyes vigentes durante el período colonial, aún muchos años después de haber logrado la liberación respecto de España.

Salvo Bolivia, que dictó inmediatamente su primer Código Civil en el año 1831 –era una traducción del *Codè* francés–, otros, como por ejemplo Argentina, continuaron resolviendo sus conflictos cotidianos bajo el amparo de la legislación colonial, desde 1810 hasta el 1871 en que se dictara su primer ordenamiento, lo que constituye un fenómeno extraño y en cierta manera curioso, si se tienen en cuenta las secuelas lógicas que ocasionan las guerras que llevaron a la emancipación nacional.

Un dato nada menor a este respecto lo constituye la Universidad de Córdoba –Argentina–, fundada por la Orden Jesuítica en el mes de junio del año 1613. No obstante, obtuvo autorización para la incorporación de la Cátedra de Institutas por Cédula Real de Carlos III, del 22 de agosto de 1791, donde se especifica qué debía dictarse sobre la obra del jurista holandés J.C. Arnoldi VINNIO –anotada por EINECCIO⁹– y agrega una recomendación en particular:

NO Pierangelo: «*Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*» – Separatum: Studi in honorem Elemèr Pólay septuagenari, SZEGED 1985, Pto 5, P. 179.

⁹ J.C. VINNII, Arnoldi: «In Quatuor Libros. Imperialium. Comentarius Academicus et Forensis. J. O. Gottl HEINECCIUS J. C.». Editorial: NEAPOLI, MDCCCXXV – Typis Lucas Marotta. In via S. Blasii, n. 119.

el profesor debía hacer especial referencia al Derecho regio, es decir, al hispano vigente en ese momento.

Pero si esto constituye de por sí una singularidad, lo más extraño todavía es que, un poco más de sesenta años posteriores a la emancipación nacional, disponiendo Argentina de plena soberanía y el dictado de su primera Constitución Nacional de 1853, se siguió enseñando Derecho según las instrucciones de Carlos III –con algunas variantes introducidas por el Dean Gregorio Funes en 1813–, en forma continuada hasta el año 1871 que sanciona su propio Código Civil, o sea, que pese a la ruptura de los vínculos políticos, todavía sus abogados se formaban conforme la cultura jurídica que habían recibido de España.

2.2. En razón de todo lo expuesto, estamos en condiciones de sentar una segunda conclusión: toda la legislación Iberoamericana tiene como sustento cultural el *subsistema occidental romano hispano*, de forma tal que ese trans-fondo modélico básico siempre será un punto de partida para cualquier intento que pretenda la unificación o armonización del Derecho latinoamericano, tal como lo hemos puesto de relieve en múltiples ocasiones con anterioridad¹⁰, pues a no dudar, ha conformado una normativa uniforme por espacio de algo más de tres siglos en todas las regiones de Iberoamérica, circunstancia que imposibilitaría considerar que careció de influencia o gravitación sobre las posteriores legislaciones nacionales.

Sin embargo, al momento de la preparación de los primeros códigos, aparecen en escena otras fuentes de no menor importancia que influyen de manera directa en sus postulados, tal como sucede con el Código Civil francés de 1804, cuya gravitación se hizo sentir de manera notoria y evidente, por haber sido uno de los primeros ordenamientos organizados conforme a una metodología con pretensiones de abarcar la totalidad de la materia civil, afectando incluso al propio Derecho español tal como ocurriera en el Proyecto Isabelino.

Otro dato nada menor es que a mitad del siglo XIX el ordenamiento galo tenía una antigüedad de alrededor de medio siglo y por lo tanto, producciones científicas o sus comentaristas marcaron tanto sus aciertos como sus errores, todo ello sin perjuicio de la existencia de vertientes jurisprudenciales que provenían no solo de los tribunales de ese país, sino también de otros que habían adoptado esta misma legislación, circunstancia que les permitió a los juristas latinoamericanos disponer de un bagaje de antecedentes más moder-

¹⁰ PALMERO, Juan Carlos: «Unidad del Derecho Privado Latinoamericano», publicado en *Revista del Derecho y de las Obligaciones*, Editorial Depalma, N.º 111, del mes de junio del año 1986, pp. 380 y ss.

nos antes de comenzar esta tarea y por ende, facilitarles la incorporación de normas o métodos que implicaron un avance técnico respecto de la civilística de la época.

De esta manera, además del Derecho *continental hispano romano*, las leyes de indias y las propiamente domésticas o *Derecho Patrio*, las novedades provenientes de la doctrinaria y jurisprudencia francesa, fueron antecedentes indiscutibles que no podían dejar de traslucirse al momento del dictado de una legislación unificadora y central.

Otro factor no menor, fue la necesidad de ajustar el nuevo Derecho a los paradigmas libertarios, como ocurriera con la supresión de instituciones que respondían a otras modalidades de organización familiar, tales como los mayorazgos o el retracto gentilicio o derecho del pariente más próximo, o la supresión completa de los títulos nobiliarios y desde el punto de vista patrimonial, la enfiteusis, los censos y las capellanías, es decir, un ajuste republicano del Derecho Privado.

También corresponde recordar que en la segunda mitad del siglo XIX las técnicas legislativas habían avanzado considerablemente, de forma tal que los codificadores latinoamericanos dispusieron de una variedad de fuentes lo suficientemente amplia como para permitirnos afirmar que la civilística continental decimonónica pudo mostrar signos de avances significativos en lo que hace al estado de evolución de la ciencia del Derecho de su tiempo.

Por último, debemos hacer referencia a una situación muy especial, casi de orden absolutamente personal, en el sentido de que la vinculación entre los diversos ordenamientos sancionados en esa época, tuvieron una *conexión subjetiva* destacada, en el sentido de que fueron muchas veces fruto de las relaciones de amistad y cooperación entre los diversos codificadores, tal como ocurriera con Andrés Bello, Augusto Texeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield, Eduardo Acevedo y tantos otros que intercambiaron conocimientos e información en miras a la ciclópea tarea de elaborar el primer Código Civil de cada uno de sus respectivos países.

Resulta entonces factible una ulterior conclusión: al momento de elaboración de los diversos códigos nacionales, además de contar con la plataforma común de haber pertenecido al subsistema de *Derecho occidental romano hispano*, lo cierto es que existió una verdadera comunidad de afectos y actitudes cooperativas entre sus autores, que se contactaron entre ellos en múltiples oportunidades, circunstancia que les facilitó la elaboración eximia de sus tareas, como así la superación de las falencias y limitaciones derivadas de las carencias de una

apoyatura científica precedente capaz de brindarles las seguridades derivadas de las facilidades de una consolidación jurídica propia anterior.

2.3. Si tuviésemos que elaborar un mapa que pusiese en evidencia las influencias o conexiones recíprocas entre los diversos códigos latinoamericanos, existen dos ordenamientos modélicos, que abrieron surcos a otros que se sancionaron con posterioridad a ellos y, en consecuencia, distinguimos:

- (i) En primer lugar, el Código Civil de la República de Chile, elaborado por el humanista Andrés Bello en el año 1856 que actuó como punto de partida de una tendencia que podríamos llamarla «andina», dentro de la cual es factible ubicar a los códigos civiles de Colombia, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Honduras y Panamá.
- (ii) La segunda vertiente, se le atribuye al Código Civil argentino, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield en el año 1871, que resultó un poco más abierto a la influencia de otros antecedentes europeos y domésticos, especialmente por el aporte significativo del gran jurista brasileiro Texeira de Freitas, en una cantidad aproximada de dos mil artículos, además de aceptar su metodología central basada en una adecuada clasificación bipartita de los derechos patrimoniales en personales y reales, legislación que proyectó sus enseñanzas hacia otros países, tal como ocurriera con Paraguay que lo adoptó en forma completa a mediados del siglo XIX.

La vertiente chilena, sobre la base de un código que tuvo fuerza modélica en su tiempo, ya que además de una correcta, concisa y hasta elegante expresión gramatical o lingüística, recibió fuerte influencia del Código Civil francés, haciéndole algunas correcciones, que provenían de las enseñanzas de la doctrina elaborada por los Comentaristas del Código de Napoleón, especialmente en sus aspectos metodológicos que lo llevó a dividir sus materias en cuatro libros, todo lo que permite afirmar que se trató de un código de avanzada para su tiempo, si es que se lo comparaba con el modelo galo, que hacía las veces de ordenamiento central para la época.

En lo que respecta al Código Civil argentino del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, presentamos un trabajo¹¹ cuando se le rindiera un Homenaje por la Universidad de Roma, donde analizamos todas y cada una de sus disposiciones que se diferenciaban del francés y lo más importante aún, destacamos aquellos institutos que se mostraban a la vanguardia de la evolución de

¹¹ PALMERO, Juan Carlos: «Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano», *Roma e America. Collana di studi giuridici latinoamericani. 5 A cura di Sandro Schiani*. Università di Roma. Cedam Padova Editore, Roma 1991; *Vélez Sarsfield y el Derecho Latinoamericano*. P. 541.

las ciencias normativas de su época y que luego fueron legitimadas por una aceptación universal.

Este Código incorpora un método superador del de las Institutas (personas, cosas y acciones); disciplina una «*teoría general de las obligaciones*» (Libro II, Sección I) independiente de los contratos, elabora una «*teoría general de la persona*» (Libro I, Sección I) que le permite efectuar un tratamiento completo de la subjetividad como titular de derechos y deberes y, adelantándose treinta años al Código Civil alemán (BGB) de 1900, incorpora una regulación completa de la Parte General, sobre «Hechos actos jurídicos» (Libro II, Sección II) tomando como precedente el Código de Prusia, circunstancias que lo colocan a una gran distancia técnica respecto del ordenamiento modélico galo.

En definitiva, podemos afirmar como otra de las conclusiones de este trabajo, que las conexiones entre los ordenamientos jurídicos civiles decimonónicos lo fueron no solamente como consecuencia de un mismo y único pasado común colonial, sino que también pudo establecerse una conectividad subjetiva en función de las relaciones personales que tuvieron sus autores, en razón que pudieron abreviar en fuentes más modernas y recientes, lo que les permitió un avance significativo respecto de otros códigos de su tiempo.

Dicho de otra manera, fue la tradición romano hispana, el Derecho francés, los llamados *derechos patrios* o los estudios de juristas destacados latinoamericanos que conocían la legislación universal, factores que actuaron como causa eficiente o precedente de estos ordenamientos, lo que permite aseverar que dispusieron de un encuadramiento cultural occidental o europeo, a la luz de los precedentes mencionados con anterioridad.

3. ALGUNOS PUNTOS DE CONEXIÓN DEL DERECHO IBEROAMERICANO

3.1. Hasta ahora hemos venido analizando la influencia que sufrieron los ordenamientos latinoamericanos respecto de los españoles o europeos en general, aunque también es bueno reconocer que también hubo una reciprocidad con relación a España de principios y normativas propios de los países latinoamericanos.

Nuestro amigo y Presidente Honorario de esta «Conferencia Iberoamericana de Academias», Don Luis MOISSET DE ESPANÉS,¹² tiene un trabajo específico a través del cual pone de relieve aquellos aspectos o institutos del derecho español, que abrevó en supuestos específicos de justicia que habían sido sancionados en América, aunque evidentemente este proceso fue de mucha menor magnitud que si se analiza la situación contraria, es decir, la gravitación europea respecto de Iberoamérica.

3.2. Pero dejando de lado el período anteriormente descripto, durante el cual toda América Latina estuvo regida por el Derecho *occidental romano hispano*, es decir, que había una plataforma de lanzamiento común y uniforme, lo cierto es que al momento de comenzar a dictarse los nuevos códigos durante el siglo XIX, hubo numerosas conexiones o influencias recíprocas, que intentaremos señalar parcialmente, en algunos casos, debido a las limitaciones de editorial propias de ese trabajo.

3.2.1. ASPECTOS METODOLÓGICOS: El Código de Chile corrigió en su normativa lo que la crítica científica había señalado del *Còde*, que siguiendo en este sentido a la clasificación tripartita de las Institutas de Gayo (personas, cosas y acciones), llevó a este ordenamiento a incurrir en el defecto de un libro tercero hipertrofiado, con graves consecuencias en la construcción de las diferencias que deben mediar entre las obligaciones y los contratos.

Por el contrario, este Código organiza su plan y método sobre la base de cuatro libros, a saber: el primero, *De las personas*; el segundo, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*; el tercero, *De la sucesión por causa de muerte* y el cuarto, *De las obligaciones en general y de los contratos*.

Abandona igualmente el principio consensualístico en orden a la transmisión del dominio y en su artículo 670, incorpora el régimen romano de transmisión de los derechos reales en virtud del instituto de la *tradición*, inaugurando en el Continente la exigencia del *título y el modo* conforme el sistema tradicional romano.

Esta variación metodológica –aun sin el desarrollo que adquiriera luego en el Código Civil argentino–, gravita y hace sentir sus efectos en toda la *vertiente andina*, o del *Pacífico*, sobre países como Colombia, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Panamá, impulsando, de esta manera, un paso adelante con relación a la legislación francesa y un punto de conexión evidente

¹² MOISSET DE ESPANÉS, LUIS: «Derecho Civil español y americano (Sus influencias recíprocas)», publicado en la *Revista de Derecho Privado*, correspondiente a los meses de julio y agosto del año 1972, pp. 600 y ss.

entre el Derecho latinoamericano. El Código Civil español de 1889, mantiene esta misma orientación de la división cuatripartita de sus libros, lo que implica la superación del defecto metodológico francés.

A partir de este precedente, sumado al *Esboço de Freitas*, el Codificador argentino en 1871, no solo mantiene plan y método anteriormente comentado, sino que –luego de una acérrima crítica del Código de Napoleón– avanza en la separación de las obligaciones y los contratos y, lo que constituye un dato relevante para su tiempo, elabora a partir del artículo 496 del Libro Segundo, Sección Primera, un tratamiento unitario y autónomo de la «*teoría general de las obligaciones*», evitando de esta manera la confusión que produce una incorrecta clasificación de los derechos patrimoniales.

3.2.2. DEFENSA DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN: Otro punto de conexión en los derechos latinoamericanos, lo constituye la jerarquización ontológica de la *persona por nacer, nasciturus o concebido*, a quien se le confiere el *status* de persona, dotada de capacidad –para la adquisición de ciertos derechos–, como así se le acuerda representación legal natural y la promiscua ejercida por el Ministerio Pupilar.

El Código Civil argentino es uno de los primeros ordenamiento, en la legislación decimonónica que, como parte integrante de la «*Teoría general de la personalidad*» (Libro I, Sección I, art. 30 y ss.), dispone un tratamiento unitario y autónomo de la «*persona por nacer*» desde la concepción en el seno materno, hasta el nacimiento con vida (arts. 63 a 78 del Cód. Civil), otorgándole la jerarquía ontológica de persona, solución avanzada que lo distingue de las demás regulaciones existentes, que solo lo hacían al momento del nacimiento.

Es interesante a este respecto recordar las explicaciones de Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 63, en cuanto asevera: «Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen futuras no habría sujeto que representar». Para luego explicitar: «Los hijos aun no nacidos tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción: (Art. 70). Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero».

Por último, a partir de esta premisa lógica, el artículo 64 determina: «Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencias», completando de esta manera el cuadro de un tratamiento integral de la figura en cuestión.

La conexión del instituto se hizo sentir y proyectó de manera significativa, en primer lugar, sobre los países donde el Código argentino tuvo vigencia de manera directa; nos referimos a Paraguay, y luego al momento de la sanción de su propio ordenamiento del año 1985, los artículos 28, 31 y 37, mantuvieron esta postura en perfecta conexión con sus precedentes continentales.

Esta influencia se esparce igualmente al Código Civil del Perú, sancionado en 1985, y en el decir de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO¹³, –refiriéndose al nuevo Código Civil–, «El rico aporte de la fecunda doctrina italiana y latinoamericana, especialmente en este último caso el de la notable producción argentina, permitieron al codificador peruano afinar conceptos y superar en determinados aspectos, a través de la certera crítica contenida en dicha doctrina, defectos y naturales limitaciones de la legislación comparada, vacíos e imperfecciones de los que no está exento el propio Código Civil Peruano».

Y luego de manera más explícita, expresa refiriéndose al Libro Primero que trata sobre «Las Personas»: «A través de la apreciada doctrina argentina, y de las propias y esclarecedoras notas elaboradas por Vélez Sarsfield, se recogió en el Perú el valioso aporte del código civil argentino de 1869 y, por su conducto, cuando fue oportuno, también se receptó el mensaje de Bello y Texeira de Freitas, habiéndose integrado todas estas contribuciones dentro del contexto de la tradición jurídica peruana».

Esta vertiente filosófica de defensa de la vida, o el «*derecho a nacer*», se exterioriza a través de una fórmula más contundente todavía: «La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra», texto adoptado por los artículos 52 del Código Civil de Honduras; 91 del Código Civil de Colombia y 13 del Código Civil de Nicaragua, normativa que consolida su reconocimiento filosófico, porque incorpora un verdadero *derecho humano a nacer* que el Estado protege por sí mismo o a instancia de cualquier persona.

Por último, se advierten otras legislaciones que reconocen al feto «*como nacido cuando se trate de su bien*», como sucede con los artículos 17 del Código Civil de Venezuela, 22 del Código Civil de Méjico y 2 del Código del Brasil,

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Fernando: «El derecho de las personas en los Código Civiles de Argentina (1869) y Perú (1984) y la unidad del sistema jurídico latinoamericano», publicado en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Roma e America. Collana di studi giuridici latinoamericani. 5 A cura di Sandro Schipani. Università di Roma. Cedam Padova Editore, Roma 1991, p. 254.

normas que permiten inferir la existencia de una clara tendencia latinoamericana a este respecto.

Por último, los Código Civiles del Uruguay en su artículo 21, y del Ecuador en su artículo 41, junto al artículo 55 del Código Civil de Chile, omiten un tratamiento específico de la figura, pero identifican a la persona individual con el concepto de *humanidad*, sin imponerle ningún tipo de condición o limitación referida a la fijación del momento preciso del comienzo jurídico de la vida, lo que deja margen de interpretación a la luz de los nuevos descubrimientos de las ciencias biológicas en general y especialmente de la genética, luego de la elaboración del llamado «*mapa de la vida*» o «*Proyecto del Genoma Humano*», llevado adelante por los científicos Francis Collins y James Watson.

Estos precedentes, capaces de crear una verdadera corriente cultural, explican de alguna manera, la reticencia del Continente para la legalización del aborto, hoy aceptados en pocos países como México y Uruguay, aunque con grandes divisiones ideológicas basadas precisamente en esta corriente de pensamiento colectivo que ha calado de manera profunda en Latinoamérica de *defensa de la vida* y del *nacimiento* desde el momento mismo de la concepción.

4. CONTINUACIÓN DEL PROCESO CONTEMPORÁNEO

Una observación objetiva daría la impresión de que este punto de partida inicial que experimentaron los países Iberoamericanos durante el siglo XIX, no tuvo una continuidad en la centuria pasada o en la actualidad.

Los nuevos ordenamientos del Brasil (2002) o de Argentina (2015), pese a la existencia de Tratados Internacionales de significativa trascendencia, como ocurre con el MERCOSUR, parecen no haber sido suficientes para consolidar una tendencia hacia la armonización o construcción de un Derecho Privado común, aún bajo la gravitación natural de esta conexión, si se tiene en cuenta lo que representan estos acuerdos en la actividad económica de ambos países.

Tampoco podría decirse lo contrario, en el sentido de que hubo un fuerte apartamiento de las raíces comunes señaladas precedentemente, pero estamos persuadidos de que las grandes vicisitudes y realidades diversas que debieron atravesar los diversos países de nuestro Continente, tanto en aspectos económicos –especialmente crisis que llevaron a emergencias extremas–, como políticas, han influido a la hora de la sanción de los ordenamientos respectivos de una cierta indiferencia por lo común, con predominio más bien de la problemática propia de cada país.

Ello tampoco quiere decir que no medien esfuerzos de conexión y armonización de las legislaciones, y a este respecto pueden mencionarse los esfuerzos que realizan especialmente los estudiosos, como ocurre verbigracia con los grupos de trabajo que intentan el proyecto de una convención sobre contratos y otros aspectos de no menor importancia, pero sin que todavía se vean progresos de importancia.

Ocurre igualmente otro factor disuasivo debido a la existencia de un Derecho Privado internacional suficientemente consolidado, como ocurre con las Convenciones de Unidroit y otras instituciones semejantes, circunstancia que quita el interés de elaborar otras herramientas normativas que nacerían limitados solo al espacio continental, cuando ya se dispone de otras posibilidades que les permiten una inserción sobre instrumentos que tienen como marco el fenómeno de globalización evidente. Poco sentido tendría, verbigracia, elaborar una regulación de la compraventa de mercadería, o de *leasing* o *factoring* exclusivamente para América Latina, cuando ya se dispone de instrumentos que gozan de aceptación y competencia universal.

El Derecho sufre necesariamente los efectos de este proceso de globalización que ha logrado construir un andamiaje legal capaz de vincular los extremos más alejados del globo sobre la base de una regulación uniforme y, de esta manera, todo indica como más conveniente el adecuarse a estos parámetros, que el intento solitario de elaboración de una regulación que nacería asilada del resto del mundo.

Los países se acercan cada vez a los acuerdos bilaterales en lo que respecta a las relaciones económicas y, en este sentido, los esfuerzos de unificación o conexión se ven más impulsados por intereses propios de cada momento, antes que por una tendencia de tipo general como ocurriera a fines del siglo XIX.

Ello no obstante, si fuera necesario avanzar en este proceso de conexión de los derechos vigentes, existe una ventaja insustituible, que consiste fundamentalmente en haber compartido una base común por pertenecer al subsistema *occidental romano hispano* y esta circunstancia ayudará, de manera notable, cualquier intento que implique una mayor conectividad entre los países iberoamericanos.

Aspectos legales y éticos en ciertos nexos sectoriales en El Ecuador

Hernán Rivadeneira Játiva¹

Presidente de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha

La inestabilidad del proceso político, la colonización del Estado por intereses particulares y su incapacidad para garantizar con eficacia los derechos y libertades constitucionales (hacen necesaria) la construcción de su institucionalidad...

NURIA CUNILL GRAU²

RESUMEN: En el presente texto se introducen algunos datos que permiten esclarecer los orígenes de la corrupción en el mundo y en nuestro país, por medio de la ubicación de características de las actividades privada y pública, mediante un breve análisis teórico e histórico, para llegar a los aspectos demostrativos sobre la vinculación de aquellos sectores en los negocios públicos y sus desviaciones ilícitas, con el propósito de enunciar algunas opiniones sobre la necesidad de superar tales prácticas en base a la recuperación de principios y valores básicos.

SUMARIO: *Introducción. Las manifestaciones de la actividad privada. El Estado y la administración pública al servicio de los intereses privados. La falta de principios y de valores que deterioran la vida social. Conclusiones.*

¹ Profesor universitario, Abogado, Magíster en Educación Superior-Mención Ciencias Jurídicas, Doctor en Jurisprudencia. Ex magistrado de los Tribunales Constitucional y Supremo Electoral. Director de la Revista de la Sección Académica en Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana. Presidente de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha.

² *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social* (1997), Caracas, CLAD -Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, p. 229.

INTRODUCCIÓN

Este artículo trata algunos temas relacionados con los tradicionales nexos público-privados (ahora conocidos en el Ecuador también como «alianzas»), dada la compleja trama que busca mejores condiciones de vinculación, tomando en cuenta que los intereses privados generalmente coinciden con los afanes del poder público en los campos ejecutivo (administración central y descentralizada), legislativo y sus ejecutorias, para favorecer precisamente a quienes han comprometido sus recursos para la elección o el nombramiento de personeros y funcionarios de la administración pública.

A lo largo de la historia hemos constatado que quienes tienen el poder económico, que es el fundamental, designan o apoyan a sus allegados y colaboradores para las diferentes funciones públicas, llámense presidentes de la República, ministros de Estado, titulares de los organismos de control, legisladores, fiscales, jueces, etc. Algunos grandes empresarios vinculados a la banca, comercio local y exterior, producción industrial o agroindustrial, preferían y prefieren que sus colaboradores o relacionados de confianza ocupen los principales cargos públicos, precisamente para que, a través de las diferentes instancias administrativas y funciones del Estado, favorezcan y protejan sus intereses y de esa manera continúen con sus negocios y empresas. Propiamente no eran «alianzas» sino designaciones para que se favorezcan sus objetivos lucrativos. En estos casos, entonces, era el poder político el subordinado al poder económico, que sería en definitiva quien gobierna.

Para analizar esta estructura de poder existe un breve análisis sobre la gestión privada, sus principales características y realizaciones, en las fases: productiva, de intercambio, financiera, etc. A continuación se trata el tema de la organización del Estado, con el afán únicamente de ubicar cómo funciona la administración pública y las diferentes características de los organismos de este sector. Si el Estado es la estructura jurídico política de la sociedad, quienes lo organizan y lo dirigen no pueden ser otros que los dueños y acaparadores de la riqueza social.

Finalmente, se expondrán los elementos que configuran a la corrupción y a su correlativa función de ocultamiento e impunidad, para demostrar que la quiebra de los valores y principios básicos deterioran la vida de la sociedad.

Todo el discurso está atravesado por tanto en la existencia real de ciertos nexos o alianzas público-privadas, cuyos sectores solo se diferencian en el papel que cumplen para el control de la institucionalidad, en beneficio, claro está, de quienes tienen el poder económico, a los cuales sirven y se subordinan los primeros.

Solo una transformación radical de las estructuras económicas, sociales y políticas podrá remediar sustancialmente el terrible flagelo de la explotación humana, depredación de la naturaleza y de las prácticas de la corrupción, la misma que en estos últimos años se ha patentizado con mayor fuerza y ha vinculado a grandes empresarios nacionales y extranjeros, que tienen la tarea de ofrecer coimas y sobornos para garantizar sus jugosos contratos, así como a quienes cumplen cargos en la administración pública, los cuales aceptan las propuestas ilícitas para enriquecerse y perjudicar a la sociedad, cuyos negocios son mal habidos o ilegales y compartidos con las empresas corruptoras, que, comparados incluso con los del tráfico de drogas, son pequeñas manifestaciones de los afanes de acumulación y enriquecimiento a costa de las mayorías nacionales y populares.

Es indispensable retomar el reconocimiento de los valores y principios éticos, de integridad y transparencia, para alcanzar el control del tráfico de influencias, el conflicto de intereses público-privados, para erradicar las manifestaciones de corrupción en el ámbito de los negocios dentro de aquellas alianzas que aparecen involucradas en estas acciones ilícitas³.

En nuestro país, es errónea e inconveniente la presencia de las «funciones» no electas, artificiosamente creadas, bajo las denominaciones de Transparencia y Control Social y la Electoral (con dos organismos superpuestos: el CNE y el TCE, este último, prácticamente sin mayores ejecutorias mientras existe receso electoral), en especial del ente encargado de organizar los concursos para los cargos públicos relevantes y la prácticamente inexistente prevención y erradicación de la corrupción, como es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que no expresa tal participación y, peor aún, algún control. Y dentro de esta misma estructura, la presencia de organismos tan cuestionados como la Contraloría General, la Procuraduría, la Fiscalía, que no han logrado una práctica de rendición de cuentas que favorezca la confianza general en la institucionalidad democrática.

Es indispensable superar esta etapa de autoritarismo y concentración del poder, con el propósito de restablecer la vida democrática, la independencia de las reales funciones del Estado, para lo cual se hace necesaria una consulta popular para convocar a una Asamblea Constituyente, que redacte una nueva Carta Política, en especial en la parte orgánica, para dismantelar la nefasta vigencia del caudillismo, la arbitrariedad y el abuso del poder público. Todo lo demás no es sino un afán distractivo y de gran confusión para evitar los cambios urgentes en la economía, la política, junto al restablecimiento de

³ Empresas extranjeras como Odebrecht, Petrobras, las de proveniencia china; y nacionales como ciertas entidades financieras, grupos económicos como «El Juri», las empresas chinas, etc.

los derechos conculcados a los trabajadores, como son la libre asociación, la contratación colectiva, la estabilidad en el trabajo, entre otros temas.

LAS MANIFESTACIONES DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

Al finalizar el último estadio de la comunidad primitiva, la más prolongada formación social en la historia, a raíz de la aparición de la propiedad privada, que puede identificarse como de mercantilismo original, aunque con rezagos menores de bienes o «valores de uso» que no se utilizaban para el intercambio, esto es, que solo servían para las actividades domésticas y particulares, puede ubicarse el principio de la actividad privada en el mundo, generalmente en base al despojo, a la explotación de la fuerza de trabajo, el lucro y la ganancia. Lo incalificable es que con el desarrollo cultural y civilizatorio se convierte incluso a la educación, la salud y hasta la política en mercancías⁴.

En la época del esclavismo, concebida y garantizada por la intelectualidad y los gobernantes, se sobre-explotó la mano de obra hasta límites inhumanos, pues, solo tenían derechos los propietarios. Durante el feudalismo y la Edad Media, el poder político y religioso de la Iglesia católica, junto al poder económico de los señores feudales, príncipes y nobles, extenuaron la vida de la mayoría de la población, despojada de los bienes y obligada a una servidumbre inmisericorde. El sistema capitalista que se configura y fortalece con las «revoluciones» industrial, norteamericana y francesa, explota y reprime a las mayorías trabajadoras y crea las mejores condiciones para el desarrollo del libre mercado, en base a los auspicios públicos de los gobiernos y las legislaturas.

El caso ecuatoriano

En el caso ecuatoriano, al destruirse la vida comunitaria vinculada a la naturaleza, por la presencia brutal de los conquistadores europeos, se crearon condiciones institucionales para permitir el despojo a los nativos de sus bienes y creencias. Las «Leyes de Indias», los cabildos o municipios, y luego las constituciones republicanas, reprodujeron los intereses de los dominadores y desconocieron los derechos de grandes conglomerados.

A raíz de la aprobación de la nueva constitución (2008), pese a que se advertía un nuevo rumbo en el país alrededor de los planteamientos de ampliación de los derechos, el desarrollo para el buen vivir, el cambio de la matriz producti-

⁴ HARVEY, David: La ciudad, flujos de capital y organización de base, Línea de fuego, 23 de julio 2017, Entrevista de Karina Raña.

va, entre otros, tales orientaciones chocan con la subordinación a la estructura de poder acorde con el sistema económico existente, que marca su incidencia determinante al momento de plantear las políticas públicas, elaborar las leyes y la ejecución de las mismas.

Así tenemos, por ejemplo, los casos de las Leyes de Minería, de Tierras, del Agua, de Comunicación, la reforma en lo que respecta a la limitación de las utilidades de los trabajadores (y que, a través de un Decreto Ejecutivo se ha disminuido ya a los trabajadores de las empresas privadas petroleras), la discriminación tributaria en favor de los empresarios, sobre la plusvalía; en fin, los atentados al amparo laboral a los trabajadores, de manera especial del sector público, como son los decretos ejecutivos de Rafael Correa 016 y 318, referentes a la intervención a las organizaciones sociales y el engendro de la «renuncia obligatoria», etc. Para citar solo algunos atropellos.

El actual Consejo Consultivo Productivo y Tributario pretende entregar operatividad a las denominadas «alianzas público-privadas» (en el Municipio de Quito se denomina «Consejo Consultivo de Competitividad» la instancia creada para la atracción de inversiones, tramitología, desarrollo productivo e innovación), pero con la participación exclusiva de altos funcionarios públicos y los representantes de los gremios empresariales, dejando fuera a la gran mayoría de la población⁵, esto es, precisamente a los factores o ejecutores de los procesos productivos, de intercambio y de servicios: a los trabajadores y a sus organizaciones (las centrales sindicales), a los campesinos, a los indígenas, etc. Es sintomático que en el diálogo del Presidente Moreno con los empresarios se refirió al sector privado como protagonista del crecimiento; y, de manera particular, con los banqueros, que ellos se encargarán de administrar el dinero electrónico que salga del Banco Central (un banquero indicó que sin esa decisión estarían en dificultades). Por su parte, los representantes de las empresas plantearon dos prioridades: la reducción del tamaño del Estado y la flexibilización laboral. De esta manera se manifiestan los intereses de los dos sectores que, según los resultados del diálogo, pueden ser coincidentes.

Existe una constante en las orientaciones de la economía global capitalista: destacar el papel protagónico de la empresa privada y la importancia de la inversión, sobre todo extranjera, para lo cual se plantean programas de privatización cada vez más amplios y, correlativamente, propuestas de flexibilización en el campo laboral, en especial con la contratación de mano de obra, buscando una discrecionalidad en su manejo, hasta el punto de que se consiguen mayores limitaciones de beneficios y derechos a los trabajadores

⁵ Alrededor del 80% de la PEA.

con contratos precarios y en sus remuneraciones, con el propósito de imponer a ellos mayores sacrificios, sin que importe el aumento del desempleo y subempleo, en beneficio de los propietarios, los accionistas o los administradores públicos, bajo el pretexto de sus dificultades para la mejor competitividad.

En vez de plantear ciertas nacionalizaciones como en el caso de los sectores estratégicos (energía, minería, servicios básicos, etc.), se proponen privatizaciones o transferencias al «sector privado» de la propiedad de empresas públicas como las hidroeléctricas, telecomunicaciones, incluso bancos que fueron salvados de la quiebra durante las crisis financieras (años 2000, 2008), aparte de los cuantiosos subsidios y beneficios tributarios, cumpliendo las exigencias de los organismos multilaterales, con las recetas neoliberales, para garantizar el libre mercado⁶. Mientras tanto, ha persistido la situación de pobreza y marginalidad para la mayoría de la población.

Entonces, los cultores de este sistema que propicia la desigualdad social y la concentración de la riqueza en pocas manos, se inventan la conformación de empresas mixtas, esto es, con capitales públicos y privados, como fueron el consorcio CEPE-TEXACO, las empresas eléctricas, ciertas entidades financieras, con el propósito de favorecer a las alianzas público-privadas.

EL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LOS INTERESES PRIVADOS

1. Aspectos generales

Se considera al Estado la «personificación jurídica de la nación» o «el sistema ideal de normas jurídicas»⁷. En este sentido, tendríamos que la pre-existencia de la normativa jurídica sería la que ha conformado la necesidad del Estado.

¿Es entonces el Derecho anterior al Estado o viceversa?

Para dilucidar esto, es necesario constatar que el Derecho aparece únicamente dentro de órdenes sociales y por tal motivo tiene una función esencialmente social.

⁶ Según la doctrina Keynesiana, es necesaria la intervención del Estado para estabilizar la economía, dado que la sumatoria del gasto en el hogar, las empresas y el gobierno son el motor más importante de la economía. En otro análisis, John Keynes señaló que el libre mercado carece de mecanismos de auto equilibrio que lleven al pleno empleo, por lo cual se hace necesario crear adecuadas políticas públicas de empleo y de precios.

⁷ Kelsen Hans, *Teoría General del Derecho*, p. 48.

Cuando aparece la propiedad privada sobre los medios de producción, se tiene la primera noticia de un derecho privado, precisamente el «derecho de propiedad», de carácter subjetivo, individual o particular. Solo más tarde, el Estado garantiza este derecho, a través de normas objetivas, positivas. Entonces, ante esta constatación, sería incuestionable que el Derecho es anterior al Estado. Pero, para el tratadista George Jellinek, citado por Aurelio García (1978), el Derecho no ha existido anteriormente al Estado, en virtud de que en el Estado moderno, todo derecho es creado o, por lo menos, permitido por él⁸.

En todo caso, no es posible ignorar que existe una estrecha vinculación entre Estado y Derecho, ya que el primero tiene la misión de hacer respetar y cumplir el conjunto de normas jurídicas existentes en el ordenamiento social, las mismas que permiten la «protección, conservación y seguridad de los bienes e intereses humanos»⁹.

En consecuencia, las normas jurídicas, es decir, el Derecho, procede(n) de una autoridad exterior reconocida y tiene(n) carácter obligatorio, garantizado por el poder público (Estado). Su esencia radica en los criterios de obligatoriedad o exigibilidad necesarias; donde encuentran su garantía de realización en la autoridad del Estado y son rígidas e inexorables¹⁰.

Por otra parte, el Derecho es un fenómeno positivo y real, estriba, en último término, en la convicción de obligatoriedad, lo cual le da la característica de juridicidad a la norma social¹¹.

En otra dirección ideológica se señala que la base de la formación del Derecho es la conciencia y la razón, pero además, como indica Posada (1928), tiene una cierta calidad ética¹².

A su vez, la coacción, que la ejerce el Estado, constituye una cualidad esencial adscrita al Derecho en cuanto le sirve de garantía¹³. Jellinek señala al respecto que: «las normas jurídicas no son tanto normas coercitivas cuanto normas de garantía»¹⁴, una ligera variante del criterio anterior.

⁸ GARCÍA Aurelio, *Ciencia del Estado*, p. 184.

⁹ *Ibíd.*, p. 160.

¹⁰ JELLINEK George, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Editorial «Albatros», 1943, p. 422.

¹¹ GARCÍA Aurelio, *ob. cit.*, p. 161.

¹² POSADA Adolfo, *Tratado de Derecho Político*, Tomo I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1928, p. 36.

¹³ GARCÍA Aurelio, *ob. cit.*, p. 161.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 133.

El filósofo Hegel, en otro contexto, indica que el Estado «es la realidad de la idea ética», pues se basa en su concepción de que «lo real es lo racional»¹⁵.

Para Federico Engels, el Estado «es un producto de la sociedad en un período determinado de su evolución [...], equivale a un reconocimiento de contradicciones internas irreconciliables [...]»¹⁶.

Manuel Agustín Aguirre, teórico y dirigente socialista, ex rector de la Universidad Central del Ecuador, señala que el Estado surge para garantizar la dominación de los propietarios y poseedores de bienes, por medio de una fuerza pública (ejército y policía) «distinta de la masa del pueblo»; y que «no es más que un instrumento de coerción»¹⁷. Es indispensable destacar la calidad científica de tal aseveración.

Según otros autores, el Estado es una organización político-jurídica de la sociedad, que comprende a «la sociedad política», esto es al «aparato del Estado», y a la «sociedad civil». A la sociedad política se le denomina también el «Sector Público» o la administración pública, que comprende: el gobierno central, los diversos organismos de dirección administrativa con capacidad de decisión y ejecución, los organismos seccionales (consejos provinciales, municipios) y las instituciones descentralizadas. A su vez, la sociedad civil, agrupa a los partidos políticos, los gremios, los organismos no gubernamentales –«Ongs»–, los medios de comunicación social, el campo cultural y la opinión pública¹⁸.

León Duguit (1926)¹⁹ enseña que el Estado se conforma de gobernantes y gobernados y que estos confieren a aquellos un «mandato, a través del cual se les entrega el «derecho» y la «obligación» de propender, a todo trance, a la organización y funcionamiento de los «servicios públicos»²⁰.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶ *El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Buenos Aires, Edit. Claridad, 1998, p. 195. En general, para el marxismo, el Estado «es un instrumento de opresión (dominación) de una clase social sobre otra». Es entonces, como señala Aurelio García, un «instrumento aparente de conciliación de clases antagónicas» (*Ob. cit.*, p.55).

¹⁷ *El socialismo científico*, Quito, Editorial Universitaria, pp. 260 a 263.

¹⁸ MOREANO Alejandro, «La reforma del Estado y la descentralización», en Moreano Alejandro y otros, *Reforma del Estado*, Quito, p. 7. Moreano, además, señala que el Estado tiene dos funciones: La administrativa y la coercitiva. La primera la ejerce a través de los mandatarios y funcionarios y la segunda, de la fuerza pública, la administración de justicia y las cárceles.

¹⁹ *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda Edición Española, Beltrán, 1926, p. 16.

²⁰ Para Duguit, el Derecho Público no reside en el principio de «soberanía» o «mando» propiamente, sino en el de «servicio»; entonces, el Estado no sería más que una «gran empresa de servicio público» (*Ibidem*).– Para Enrique Ayala Mora (Ecuador Patria de todos. Manual de Cívica, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-CEN, 2004, p.113) por el contrario, el Estado es el «conjunto de personas sujetas a una autoridad soberana dentro de un territorio». En este caso, se destaca a la «soberanía» como la independencia para mantener el territorio y la organización o funcionamiento de la sociedad, esto es, el monopolio de la fuerza pública y el control con la emisión de leyes y otras normas.

En síntesis, el Estado, como entidad jurídico-política de la sociedad, que garantiza el ejercicio de derechos, comprende a todos quienes lo integramos, gobernantes y gobernados. Consecuentemente, tiene que ver con las actividades públicas y privadas, complementarias y entonces pueden ser erradas las consideraciones sobre «achicar el tamaño del Estado» o que el Estado interviene en las actividades propias de los sectores privados. Lo evidente es que estos últimos utilizan al Estado para sus negocios o contrataciones, pero también para que se dicten leyes favorables a sus intereses. Por eso es que quienes tienen el poder económico auspician candidaturas para la integración de los organismos o funciones del Estado, con lo cual logran una influencia directa y efectiva.

2. El Estado (liberal o clásico) de Derecho

El antecedente del Estado de Derecho es conocido como «Antiguo Régimen» o Estado Monárquico o Absolutista, en el cual no existían derechos subjetivos, es decir, los derechos de los ciudadanos. El único poder está en manos del Rey o Monarca²¹, y junto a él, en los miembros de la corte (cortesanos) o la nobleza; incluso tenían a su cargo la soberanía, pues no estaban sujetos a las leyes²². No había, por tanto, una diferenciación entre el monarca y el Estado, especialmente en la época del «absolutismo ilustrado», en el siglo XVIII («El Estado soy yo», decía el monarca francés).

Precisamente el «Estado de Derecho» o «nuevo régimen» aparece con la descomposición del «Antiguo Régimen». Tenemos los hechos históricos de la Declaración de Independencia de los EEUU de 1776 y la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789²³.

²¹ Los primeros estados aparecen hace aproximadamente cinco mil años en Mesopotamia, en el Perú, los Olmecas en México, en Egipto, en el valle del Indo, en la cuenca del río Amarillo, para protegerse de las sequías, plagas, para ordenar el proceso productivo y el reparto de los excedentes agrícolas, el crecimiento poblacional, las invasiones, etc. Eran estados despóticos y teocráticos, en especial en Egipto, Siria, Persia, Mesopotamia. Más tarde se conformarán estados en Grecia y Roma.

²² En esta parte se ubican las diferentes formas de estado que se conocen, como es el caso del estado esclavista, en el cual solo tenían derechos los propietarios y se utilizaba la fuerza de trabajo de manera prolongada y hasta sin pago o remuneración; existieron también sociedades vinculadas a los modos de producción asiático o andino, con características diferentes al esclavismo o a las sociedades feudales.

²³ «La Revolución Francesa contra el dominio absolutista de la monarquía borbónica y las condiciones del feudalismo tardío en la sociedad. En Europa, las condiciones capitalistas burguesas se abrieron camino. Promulgación de los Derechos Ciudadanos y Humanos con la aspiración de "libertad, igualdad, fraternidad". Este es un proceso que hasta hoy no ha sido bien ponderado, aunque «Bajo la dulce cáscara de la igualdad y libertad formales [se escondió] la amarga semilla de la desigualdad y falta de libertades sociales (Rosa Luxemburg)». (Schütrumpf Jörn, *Rosa Luxemburg o el precio de la libertad*, Berlín, Editorial Karl Dietz, 2007, 3.ª Edición, Quito, Edit. El Conejo, 2011, p. 142).

El Estado de Derecho tiene sus basamentos en el ejercicio de la autoridad mediante la ley; que todos (gobernantes y gobernados) estamos sometidos a la ley («gobierno de las leyes»); que existen garantías para los gobernados. Se le denomina también como «Estado Constitucional».

En el Estado Liberal o Clásico de Derecho, a la Constitución, ley suprema, deben someterse todas las demás leyes (que son las denominadas «secundarias»). En la Constitución consta la organización y el ejercicio del poder público, distribuido en órganos o funciones diferentes, con atribuciones de control recíproco. Consagra la primacía de la ley en toda actuación estatal y contiene una declaración de derechos individuales, denominados «de primera generación» (civiles y políticos).

Entonces, en el Estado de Derecho, el Estado se vincula al Derecho. Se debe a Robert Mohl (1832) la elaboración de esta nueva expresión, en vista de que para él, el Estado, con poder absoluto, se hallaba ya en trance de evolución hacia otras perspectivas jurídicas y de convivencia, en procura de garantizar, de un modo sistemático y permanente, las libertades y derechos individuales. Es considerado como «un supuesto fundamental del régimen político y social moderno, ha determinado la estructuración del Derecho Constitucional»²⁴.

3. El Estado Social de Derecho (luego denominado también como Estado Social y Democrático de Derecho)

Lamprea (1993) plantea que se ha pasado de la noción de Estado de Derecho a la de Estado Social de Derecho, modificación que implica el abandono del Estado simplemente intervencionista, que controlaba y vigilaba la actividad de los particulares, por otra que funda el ejercicio del poder público en la solidaridad social y en el desarrollo de la personalidad de los individuos; ello se expresa en el reconocimiento de las minorías como elementos integrantes de la nacionalidad, entre otras cosas [...]; su función esencial es «buscar la justicia social que se condiciona a la igualdad de oportunidades en el goce efectivo de los derechos»²⁵. Aquí aparecen los derechos de segunda y tercera generación, que son los derechos sociales, económicos y culturales, y los derechos colectivos.

Desde principios del siglo XX se reconoció que el Estado debe intervenir en las tareas económicas y sociales, cuando la mayoría de la población carece de

²⁴ GARCÍA Aurelio, *ob. cit.*, pp. 194 y 195.

²⁵ LAMPREA Pedro A., *Práctica Contenciosa y Administrativa*, Bogotá, Librería Doctrina y Ley, 1993, pp. 25 y 28.

los medios para subsistir, de allí su denominación de Estado Social de Derecho²⁶ y, más adelante, incluso bajo el nombre de Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual aparecen también los temas políticos fundamentales de ampliación de las libertades de la democracia participativa y de la justicia social, todo ello para conformar un Estado de Bienestar.

La novedad en la Constitución del 2008 fue la caracterización al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos, tomando en cuenta la corriente neo constitucionalista en boga, que, según sus defensores, buscaba una superación de la preponderancia de la legalidad por el sometimiento de todo el régimen jurídico a las normas constitucionales, pero también a los principios y valores, de orden objetivo, más que a las reglas, y los jueces, ya no aplican simplemente la ley sino los «derechos y/o principios constitucionales concurrentes», a través del método de la «ponderación». Estas concepciones han llevado a que la Corte Constitucional se convierta en una «supra instancia judicial de revisión». Por eso es que «el neo constitucionalismo ha encontrado...su recepción más entusiasta en las universidades elitistas y caras, en las que suelen estudiar los vástagos de las clases económica, política y socialmente dominantes»²⁷.

4. El Estado interviene para favorecer al sector privado

En nuestra Constitución de 1998 se establece el «sistema nacional de economía social» (A. 244), en donde consta que «las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal». En realidad, ya no se trata de simples alianzas o nexos sino de estructuras de entendimiento mutuo dadas, precisamente, las relaciones de dominación y control de los sectores económicos sobre la administración pública, pues los primeros tienen, en efecto, el verdadero poder.

El Estado interviene entonces para favorecer y apoyar al sector privado: para promover la producción en áreas deprimidas (agricultura, artesanía); o retrasadas (industria); o regiones menos desarrolladas; emprender actividades donde la empresa privada no tiene interés (magnitud de capitales y baja rentabilidad); rehabilitar o capitalizar la empresa privada en peligro de liquidación; y hasta para reemplazarla (bancos); actividades económicas propias (petróleo), o las famosas áreas estratégicas que últimamente fueron maneja-

²⁶ TRUJILLO, Julio César, (1994), *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, CEN.

²⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Prólogo», en: Zavala Egas Jorge, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica* (2010), Edilex S. A., Guayaquil-Ecuador, pp. 19, 20, 22.

das a discreción con los mandatarios de la última década, en especial el Vicepresidente Jorge Glas.

5. El bien común frente a los intereses particulares

La institucionalidad pública debe propiciar acciones orientadas a favorecer los intereses colectivos y no precisamente aquellos de carácter particular. Si bien los grupos o individuos tienen intereses, estos deben estar a la vista, de manera transparente. No puede entonces promocionarse la interferencia preponderante de intereses privados en la administración pública. Por tanto, deben transparentarse los intereses particulares con las responsabilidades de la gestión pública, para asegurar su imparcialidad, proteger el bien común y la confianza ciudadana en las instituciones del Estado. Una medida sería la de impedir que quienes representen intereses privados puedan acceder a las funciones públicas de control y mayor responsabilidad, y peor aún, que familiares directos de los funcionarios puedan acceder a cargos importantes de la administración, entre otras medidas.

Según Alberto Acosta (1990), «el proceso de acumulación privada se benefició también, directa e indirectamente, de la mayoría de los créditos controlados por el Estado y que, en gran escala, fueron canalizados a través del sistema financiero nacional» (p. 290).

LA FALTA DE PRINCIPIOS Y VALORES QUE DETERIORAN LA VIDA SOCIAL

*¿Saben cuál es la corruptora?
¿No saben? Yo sí sé, es Odebrecht*

GALO CHIRIBOGA (ex Fiscal)

(La corrupción) es un monstruo grande y pisa fuerte

LEÓN GIECO

La persistencia de la corrupción en el mundo

La corrupción es una consecuencia del sistema inequitativo, de acumulación, de explotación, instaurado a raíz del apareamiento del esclavismo y que se ha perfeccionado y ampliado en el capitalismo al que están sometidos las mayorías nacionales en el mundo.

No habría corrupción si no existieran estos sistemas de explotación y acumulación de la riqueza en pocas manos, mientras las mayorías marginadas carecen de los medios de subsistencia dignos.

Este sistema de explotación requiere de la existencia de una tasa alta de desempleo con el objeto de impedir que suban los salarios. A los explotadores les interesa el lucro, la renta fácil, el enriquecimiento a costa de los trabajadores que son los verdaderos creadores de la riqueza social y los productores de los medios y los servicios, de allí que la propia legislación, como ha ocurrido a lo largo de la historia, e incluso en esta última década de manera exagerada, ha creado normas que perjudican a los trabajadores y a los sectores marginados, en base a la explotación de la fuerza de trabajo, con la disminución de los beneficios y la provocación de tasas de desempleo cada vez mayores. Entonces, los corruptores no son otros que aquellos beneficiarios de la acumulación y la concentración de la riqueza, creando condiciones de desigualdad, sobre-explotando la fuerza de trabajo, disminuyendo los beneficios para las mayorías, a través de los negocios «lícitos» e ilícitos, como son el comercio de las drogas, de la trata de personas y otras modalidades de extracción de la riqueza creada por los verdaderos productores que son los trabajadores, desgraciadamente perseguidos y desorganizados por los administradores del Estado y por ciertos empresarios incapaces de competir en este mercado globalizado.

Los actos de corrupción con la participación de los sectores público y privado

Frente a los actos de corrupción se manifiestan acciones de impunidad (falta de castigo o respuesta a un hecho delictivo), dándose el caso de los denominados «delitos de cuello blanco»²⁸ en los cuales se da una relación con el poder público. «El infractor se aprovecha de la institucionalidad para cometerlos y para impedir (su sanción), organiza sistemas para cubrir sus huellas, acumula complicidades, forma asociaciones que terminan operando como entramados casi mafiosos para protegerse. Las instituciones encargadas del control, investigación, juzgamiento y sanción son condicionadas por estas personas con poder, cuando son puestos en evidencia o descubiertos siguen un guión previsible: declaran su inocencia y afirman que su honestidad es evidente; se muestran sorprendidos, incluso ofendidos, dicen ser víctimas de maquinaciones, de complots políticos. Aprovechan su posición para incrementar su presión sobre jueces y fiscales, ganan tiempo para ocultar sus huellas... Por eso la impunidad en estos delitos es más grave, en el caso Odebrecht y similares está en juego la credibilidad de todo el Estado. Ya sabemos en este caso que existen complejas tramas corruptas que involucran a familiares de funcionarios públicos...»²⁹.

²⁸ Ver el libro con parecido título de Diego Cornejo Menacho, para referirse a las actuaciones de los mandatarios Durán y Dahic en los años 90 del siglo pasado.

²⁹ FARITH SIMON: «Corrupción e impunidad», en: Diario El Comercio, Quito, 31.07.17, p. 10.

En estas últimas cuatro décadas se han producido varias condiciones de sobreprecios y abuso del poder para beneficio de los malos empresarios, que solo como ejemplos se exponen los siguientes:

- En el gobierno de Osvaldo Hurtado Larrea, que heredó muy pronto la Presidencia ante el magnicidio perpetrado en contra de Jaime Roldós Aguilera, se benefició a los empresarios que se endeudaron en dólares con la denominada «sucretización»³⁰, con recursos públicos, es decir, del pueblo ecuatoriano. Este atraco le costó al erario nacional la suma de 4.400 millones de dólares.
- En el Municipio de Guayaquil se adquiere una procesadora de basura, con el aval del gobierno, la misma que nunca operó y que fue adquirida con un enorme sobreprecio.
- También en Guayaquil se construye el terminal terrestre, bajo la administración de la agencia «autónoma» Comisión de Tránsito del Guayas –CTG–, en base a un contrato «a dedo», como ocurrió en la época Correísta que posiblemente ha concluido. Una vez entregado dicho mamotreto estructural las losas y pilares se desmoronaron, con un perjuicio para el fisco de 100 millones de dólares solo para reparar los daños, pero nadie fue sancionado. Este es uno de los atracos de los autonomistas de Guayaquil.
- En 1984, en el gobierno socialcristiano, entrega a corporaciones internacionales la explotación del petróleo, se devaluó el sucre para incrementar los ingresos de los exportadores, se aumentaron los beneficios para las empresas extranjeras, una menor participación del Estado en ciertas ramas de la economía, aun en las consideradas estratégicas.
- Durante este mismo gobierno, la vía perimetral de Guayaquil fue construida con un sobreprecio del 60 %, según informes de la época. Al gobernador Jaime Nebot se le identifica como el responsable de este negociado, quien fue objeto de un pedido de juicio político en el Congreso Nacional. Pero también se agudizó la crisis, en especial por el deterioro constante del nivel de vida de la población. Aumentaron el desempleo y la inflación.
- El gobierno de Rodrigo Borja (1988-1992) mantuvo los niveles de miseria e indigencia, dada la marcha ascendente de la inflación, los salarios han perdido su poder adquisitivo y la reforma laboral integral de 1991 esquil-

³⁰ El gobierno de O. Hurtado Larrea cedió a las presiones del FMI y el BM y estatizó la deuda privada –«sucretización», aunque la deuda estaba concentrada en pocos deudores, fueron utilizados los recursos del Banco Central. Ver: Alberto Acosta, *La deuda eterna*, CAAP, 1990, p. 285.

mó los derechos y garantías fundamentales de los trabajadores, aparte de que inició el proceso de privatización de las empresas eléctricas y otras entidades del Estado.

- Los regímenes abiertamente neoliberales de Mahahud, Bucaram, Gutiérrez, como igualmente fueron los de Sixto Durán y Noboa B., perfeccionaron las cifras del despilfarro, el entreguismo y el latrocinio.
- El gobierno de Alfredo Palacio, que sucedió al de Gutiérrez, dada su característica de transición, intentó algunas reformas económicas, sociales y políticas que quedaron inconclusas.
- Y llegamos al gobierno de Rafael Correa (2006-2017), que en más de una década ha logrado destruir la economía del país, propiciar los mayores negocios públicos con apoyo privado, dividir a las organizaciones sociales más caracterizadas, así como a otras entidades de la sociedad civil, concentrar el poder y gobernar en base a la fuerza y al autoritarismo como quizá pudo apreciarse en el gobierno de Ignacio de Veintimilla y de algunos regímenes totalitarios de principios del siglo pasado en Europa y en América.

La década «ganada» que se inicia en el 2006 y de alguna manera aún se prolonga con el nuevo régimen

Por lo menos diez reformas legales de la última década, que siguen vigentes, allanan el camino a la impunidad, fomentan la falta de transparencia y solapan la corrupción:

- La Constitución de 2008 permite la concentración del poder del Presidente de la República, y podrían señalarse al respecto estas perlas: la inclusión de dos funciones más del Estado, la de Transparencia y Control Social, y la Electoral. La primera, que a través del Consejo de Participación realiza los concursos para los funcionarios de control del Estado y la segunda, con la presencia de dos órganos, el Consejo Nacional Electoral, con funciones administrativas y el Tribunal de lo Contencioso Electoral, instancia jurisdiccional, pese a que la propia Carta Política dispone que se propenderá a la unidad jurisdiccional.
- En ese mismo año se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que elimina la necesidad del control previo de la Contraloría General del Estado en cuanto a los aspectos técnicos y económicos y de la Procuraduría General de la parte legal.
- La Ley del Servicio de Contratación Pública creó, por su parte, el régimen especial para permitir se contrate sin licitación, e incluso por la modalidad

de giro especial de negocio, seleccionando al proveedor con el visto bueno del Ministro (en ese entonces tenía estas funciones nada menos que Carlos Pareja Yanuzzelli). El correísmo se acostumbró a contratar por «decretos de emergencia», es decir, sin licitación, pues lo permitía la Ley mencionada en este acápite, instrumento expedito para este tipo de trafasías. De esta manera funcionaban a plenitud las «alianzas público-privadas»: las entidades públicas pueden contratar incluso con empresarios extranjeros sin requerir garantía alguna. En los últimos diez años se dictaron 16 decretos de emergencia solo en el sector petrolero.

- El COIP –Código Orgánico Integral Penal– crea, entre otras mágicas medidas, «el procedimiento abreviado», que rebaja hasta la tercera parte una pena cuando el acusado reconoce su culpa, naturalmente para favorecer a los funcionarios públicos y a sus socios privados.
- La «Ilustrísima» Corte Nacional de Justicia, en 2010 dispuso que antes del procesamiento de la Fiscalía a un funcionario público por peculado o enriquecimiento ilícito, debe pedirse a la Contraloría un pronunciamiento respecto de si encuentra o no indicios de responsabilidad penal. El COIP lo confirmó.

La Asamblea Nacional prácticamente ignoró o archivó los pedidos de investigación y de juicios políticos.

Y las tareas cumplidas para perseguir a quienes denuncian los atracos y actos de corrupción, con archivos de expedientes, declaratorias de denuncias maliciosas y temerarias, sentencias condenatorias a los miembros de la Comisión Cívica de Control de la Corrupción y otros valientes defensores de la dignidad ciudadana, como Fernando Villavicencio y Klever Jiménez, por ejemplo. Odebrecht, si bien no es la empresa privada más grande en los negocios con el Ecuador, se ha convertido en el símbolo de la corrupción, utilizando los beneficios obtenidos en los numerosos contratos con la complicidad de altos personeros gubernamentales. Pese a que fue inhabilitada en el 2008, en los siguientes años fue rehabilitada con mejores contratos (de cuatro proyectos subió a 15, que costaron como 4.500 millones de dólares). Al respecto, la fiscal Diana Salazar, el 25 de mayo del 2017, solicitó ya una asistencia internacional a la fiscalía del Brasil, pues se habrían efectuado pagos ilícitos desde cuentas controladas por la constructora Odebrecht a funcionarios públicos y personas particulares con el fin de conseguir contratos con el Estado. Las nuevas evidencias y denuncias, junto a delaciones de funcionarios de aquella empresa, incrementan las necesarias investigaciones y futuras acusaciones a un cúmulo de personajes de la administración pública y de las empresas privadas involucradas.

Existe una larga lista de indagados, inculpados y hasta sentenciados en el Ecuador, desde mucho tiempo anterior, que se les permitió su salida del país con la complicidad de las autoridades de control, debido a la parsimonia de las actuaciones fiscales («tibieza y lentitud»), como ha ocurrido en estos últimos años con la presencia de fiscales generales que no han actuado con la premura del caso, aunque ya se conocían las andanzas de muchos funcionarios públicos y sus cómplices o gestores desde los sectores privados. E incluso han llegado noticias de varios países en los cuales se han arrestado a ex jefes de Estado o se han difundido los informes de las delaciones o de las actuaciones de los operadores de justicia.

Tenemos el caso del ex-contralor, Carlos Pólit, quien no solo habría recibido un soborno para desvanecer los problemas técnicos y contractuales en la central hidroeléctrica San Francisco, sino que también habría recibido coimas para emitir informes favorables para los proyectos Manduriacu, Refinería del Pacífico, Poliducto Pascuales-Cuenca, Daule Vinces, etc.

Solo entre 2012 y 2015, las coimas habrían ascendido a 4,1 millones de dólares. Algo más de la mitad (2,4 millones) se pagaron en efectivo.

Por su parte, el Vicepresidente de la República, Jorge Glas (JG), quien marcó distancias con su tío materno Ricardo Rivera, aduciendo que «no ha mantenido relaciones comerciales ni contractuales, (pero) las escrituras de constitución de tres empresas de telecomunicaciones lo contradicen», y la serie de correos cursados entre ellos referentes precisamente a los negocios conjuntos en esta trama de perjuicios a los intereses públicos, en realidad se ha establecido que si tuvo participación en las negociaciones relacionadas con numerosos contratos públicos, incluyendo a la central San Francisco, y está inmerso en una serie de indagaciones y vinculaciones sobre diferentes negociados en la petrolera estatal y otras acciones de peculado, concusión y asociación ilícita. Las últimas declaraciones del ex-ejecutivo de Odebrecht, de apellido Santos, desde el Brasil, dan cuenta de las relaciones y peticiones de Jorge Glass.

Así también, el procurador, Diego García, quien no ha actuado diligentemente en la defensa de los intereses del Estado, autorizó al acta de transacción de Hidropastaza con Odebrecht para el regreso de la multinacional en el 2010.

Ahora se denuncia (septiembre 2017) por parte de Fernando Villavicencio, a pesar de la orden de detención que pesa en su contra debido a las acciones emprendidas por varios casos de corrupción, sobre un multimillonario perjuicio a los intereses nacionales por las actuaciones de los responsables gubernamentales en las ventas de petróleo a empresas chinas.

CONCLUSIONES

- Existe una controversia sobre si es indispensable destacar el papel del Estado en el desarrollo de la sociedad o en reducirlo a una función puramente administrativa y de prestador de servicios públicos; esto es, menos Estado para permitir que la iniciativa privada sea la encargada de las actividades económicas fundamentales. En esta misma línea, aparece una discusión sobre si debe sobreponerse el Estado al mercado o al revés, muchas veces sin tomar en cuenta los límites de cada uno de ellos. Otras apreciaciones tienen que ver con lo inconveniente de un Estado paternalista e intervencionista, que en este caso plantearía una disminución participativa del sector privado. En fin, aquellas diferencias, conceptuales muchas veces, no toman en cuenta que el Estado es una conjunción de los sectores público y privado, en virtud de que no puede aceptarse que este último sector pretenda hegemonizar la vida social por medio de la disminución del poder del Estado o de lo público. Es conveniente entonces hablar del mejoramiento de la sociedad tomando en cuenta el fortalecimiento de un Estado que se preocupe de desarrollar los valores democráticos dentro de sus espacios de actuación.
- Los nexos o alianzas público-privadas no son simplemente formales o coyunturales, sino que en general, son una constante a lo largo de la historia de la sociedad, pues se corresponden, se necesitan para cumplir sus propósitos. Los empresarios privados esperan las grandes inversiones públicas y, en la mayoría de los casos, logran los contratos y adjudicaciones en base a comisiones, coimas, sobornos, que incluso se encuentran previstos de antemano y hasta se establecen como algo natural.
- Quien controla el ámbito de lo público son los grupos dominantes, quienes tienen el poder económico e influyen en el poder político, no solo en el Estado capitalista sino también en la real posibilidad de construir una sociedad y un Estado socialistas, dado que lo que ha existido en ciertos países es nada más que una especie de capitalismo de Estado (Rusia, China, Vietnam, Cuba, etc.), con ciertos afanes de solidaridad social.
- Han existido vínculos público-privados que han permitido también los negocios ilícitos. Estos no serían posibles sin la concurrencia de los corruptores (empresarios privados: banqueros, industriales, comerciantes, constructores, traficantes) y los corruptos de la administración pública, los cuales, sin escrúpulos, se han enriquecido a costa de perjudicar los intereses de la sociedad y de la patria.
- La corrupción es un mal endémico en la mayoría de nuestras naciones. Por ello, los escándalos de los últimos tiempos han podido perseguirse

gracias a voluntades no contaminadas, han actuado con integridad y valentía, a pesar de las presiones y amenazas externas. En el país, se han conocido atracos como la compra de «chatarra» en vez de equipos militares, los negocios oficiales en la compra de armas, el endeudamiento externo, la «sucretización», el feriado bancario, los sobrepuestos inmensos en la obra pública, los depósitos bancarios en paraísos fiscales y una larga lista de acciones fraudulentas, con la participación de los expertos negociantes de los sectores denominados públicos y privados.

- Es necesario emprender acciones que permitan abrir reales condiciones de justicia social, en la construcción de una lógica económica y política respecto del bienestar humano, así como una postura ética de defensa de la vida, en todas sus formas³¹.
- La lucha contra la corrupción debe unirse a la búsqueda de mecanismos para iniciar la tarea urgente de dismantelar el aparato autoritario, de concentración del poder, presente en la Constitución vigente, que ha permitido las actuaciones irregulares desde la cúpula del poder político, en este caso, del propio ex-Presidente de la República, quien ha dirigido los grandes negocios de la obra pública y ha permitido superar los límites de la deuda externa, entre otras iniciativas gubernamentales.
- Los resultados de la consulta popular no deben constituirse en un simple enunciado distractor de los enormes problemas latentes en los campos económico, social, político y ético. Debe concretarse en un pronunciamiento del pueblo respecto de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, para lograr los propósitos que se debaten en cuanto a garantizar la independencia de las funciones del Estado, suprimir aquellos engendros denominados Consejo de Participación Ciudadana y Control Social³² y el Tribunal Contencioso Electoral, garantizar el ejercicio de las libertades y de la democracia; cambiar la composición de los organismos del Estado que han permitido el abuso del poder y el autoritarismo, condiciones para la expansión de los manejos corruptos de los negocios públicos con la complicidad de ciertos empresarios privados nacionales y extranjeros, como la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia,

³¹ Ver: HUTART, Francois: *El escándalo de los agro-combustibles para el sur*, 2011, Ediciones La Tierra, Quito, p. 15.

³² A raíz de la Consulta Popular del 4 de febrero de 2018, aceptada por amplia mayoría por el pueblo ecuatoriano, fue reemplazado el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuyos integrantes no solo pertenecían a un solo partido, el del gobierno, sino que habían manipulado los concursos públicos para integrar los organismos de control, por un Consejo Transitorio, el mismo que ha permitido re-institucionalizar el país e iniciar seriamente la lucha contra la corrupción. Se espera que su instalación definitiva mejore las condiciones de operación criticadas.

el Consejo de la Judicatura, las Superintendencias, la Contraloría General, la Fiscalía General, la Procuraduría General, las Defensorías; y muchas otras acciones para rescatar la confianza ciudadana en la institucionalidad, evitar los latrocinios en muchas entidades públicas, como el IESS, PETROECUADOR, en la obra pública, etc. En todo caso, repito, no debe descartarse la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente a mediano plazo, pues solo así se podrá transformar el aparato de estado concentrador que consta en la Carta Política actual.

El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países. Vista panorámica desde Puerto Rico*

Pedro F. Silva-Ruiz**

Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)

SUMARIO: I. Puerto Rico: derecho «híbrido» o «mixto». II. Derecho Civil. III. El Código Civil de Puerto Rico (1930). Otra legislación. IV. Conclusión.

I. PUERTO RICO: DERECHO «HÍBRIDO» O «MIXTO»

1. Iberoamérica comprende la península ibérica (España y Portugal), México, América Central y el Caribe, además de todo el continente suramericano. Es lo «perteneciente o relativo a los pueblos de América que antes formaron parte de los reinos de España y Portugal».
2. Es usual referirnos al derecho de estos países como Derecho Civil o *Civil Law*, opuesto al *common law* de los Estados Unidos de América y Canadá.
3. El derecho puertorriqueño puede ser descrito como uno «híbrido» o «mixto», para significar la convivencia o el entrecruzamiento de características fundamentales de los ordenamientos legales propios de las familias jurídicas romano-germánica (Derecho Civil) y anglo-americana (*common law*). Así, T. B. Smith define un ordenamiento jurídico «mixto» como aquel que es básicamente civilista y que ha estado bajo presión por el *common law* angloamericano y, en parte, ha sido sobrepuesto / sustituido (*overlaid*) por este.
4. Otro jurista señala que, el Derecho puertorriqueño, es un ordenamiento jurídico en que existe una interrelación de características significativas de la

familia jurídica romana-germánica (o Derecho Civil), particularmente el sistema legal español y el *common law* estadounidense.

II. DERECHO CIVIL

1. El Derecho Civil es el sistema de principios y normas que regula las relaciones y vínculos jurídicos que los ciudadanos establecen entre sí, en sus vidas privadas. En este sentido, el Derecho Civil estudia los atributos de las personas, tanto físicas como jurídicas, dotando de estructura jurídica a la familia y al patrimonio, así como también regula las relaciones entre particulares.

2. El contenido del Derecho Civil comprende los derechos: (i) de las personas; (ii) de familia; (iii) de sucesiones; (iv) el real; (v) el de las obligaciones y los contratos; (vi) el de la responsabilidad civil y, recientemente, también se le da relevancia particular a (vii) los derechos intelectuales (el de las creaciones producto del intelecto).

3. Para Albaladejo «el Derecho Civil es el Derecho privado general que regula las relaciones más comunes de la convivencia humana». Añade que «el Derecho Civil se halla recogido fundamentalmente en el Código Civil».

III. EL CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO. OTRA LEGISLACIÓN

1. Como el Derecho Civil se encuentra recogido fundamentalmente en el Código Civil, es entonces conveniente significar alguna información sobre el Código Civil de Puerto Rico (CCPR).

2. El Código Civil de Puerto Rico es el Código Civil de España de 1889 que se hizo extensivo a la Isla por la Reina Regente María Cristina y que entrara en vigor el 1 de enero de 1890, con algunas modificaciones. Pocos años después, en 1898, las tropas de los Estados Unidos de América invadieron Puerto Rico. Por orden militar se dispuso que el Código Civil y otras leyes relativas al derecho privado permanecieran en vigor, sustituyéndose las de Derecho público.

3. En 1930 se publicó el Código Civil revisado, que está vigente, subsiguientemente enmendado.

4. El Código Civil (CC) sirve de conexión entre Puerto Rico y otros países iberoamericanos que tienen un código similar o parecido. Así que institucio-

nes jurídicas como la propiedad, la posesión, la sucesión por causa de muerte, intestada como testada, la servidumbre y otras muchas nos son comunes.

5. En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, hay destacar que su desarrollo desde bien iniciado el pasado siglo 20, recién inaugurado el sistema judicial bajo el régimen estadounidense, ha seguido muy de cerca las doctrinas y la casuística del *common law*, particularmente de los Estados Unidos de América.

6. La cláusula penal es la convención accesoria estipulada como pacto de una obligación por la que se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso que una de las partes no cumple o cumpla irregularmente lo prometido. Son, entre otras, sus funciones: (1) coercitiva o de estímulo al deudor para el cumplimiento de la obligación y (2) liquidadora de los perjuicios resultantes del incumplimiento.

Advertimos que la doctrina de los *liquidated damages* (daños líquidos) del *common law* no es igual a la cláusula penal. El *common law* rechaza la cláusula penal, ya que dice es de naturaleza *in terrorem* (finalidad es desincentivar el incumplimiento y consiste en la predisposición de una suma de dinero a pagarse por el deudor que ha incumplido). Los *liquidated damages* son cláusulas de anticipada evaluación del daño consecuente al incumplimiento de la particular obligación considerada¹.

7. El fideicomiso o patrimonio autónomo que resulta del acto por el cual el fideicomitente transfiere bienes o derechos, y que será administrado por el fiduciario para beneficio del fideicomisario o para un fin específico, de acuerdo con el acto constitutivo y, en su defecto, conforme a las disposiciones de la Ley núm. 219 de 31 de agosto de 2012, 31 LPRA 2541 ss., que derogó una ley de 1928. Fue incorporado al Código Civil. Por su vaguedad y lagunas jurídicas previas a la ley del año 2012, el Tribunal Supremo de Puerto Rico incorporó doctrinas del derecho anglosajón, así como principios del *trust* anglosajón al interpretar sus disposiciones escritas. Véase, *Dávila v. Agrait*, 116 DPR 549 (1985). El *trust* y la donación son figuras jurídicas distintas.

8. La compraventa. Todos los Códigos Civiles regulan el contrato de compraventa, además de aquella otra que aparece en los códigos mercantiles. Véase el vigente Código de Comercio de Puerto Rico, que es el español de 1885 (ed. de 1932, enmendada). Existe un anteproyecto de Código

¹ Silva-Ruiz, «La cláusula penal (en derecho puertorriqueño)», en la *Revista de Derecho Privado*, citado, pp. 108 y ss.

de Comercio para Puerto Rico (1995). Pedro F. Silva-Ruiz, «El anteproyecto de Código de Comercio para Puerto Rico: los contratos mercantiles», en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, núm. 250, sept.-oct. 2011, pp. 389 y ss.

A la compraventa se la identifica con el comercio y continúa siendo el instrumento jurídico y económico más idóneo como también frecuente para la circulación de los bienes desde sus productores a sus consumidores, generalmente a través de intermediarios, en un circuito que no conoce fronteras².

En Puerto Rico, también rige la «Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías», hecha en Viena, Austria, el 11 de abril de 1980, ya que los Estados Unidos de América, país al que pertenece Puerto Rico³, no la excluyó de su ámbito de aplicación.

9. La propiedad intelectual, el derecho de autor. La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que la ley reconoce al autor sobre las obras que ha producido con su inteligencia, particularmente que su paternidad le sea reconocida así como respetada, permitiéndosele difundirla, autorizando o negando, en su caso, la reproducción. Todo asunto relacionado con los derechos de autor han de resolverse de acuerdo con la ley federal de *copyright* o la legislación puertorriqueña de origen civilista español.

En nuestro ordenamiento jurídico «el derecho moral [del autor] es aquel que permite a quien crea una obra gozar de los beneficios de su autoría, establecidos... [en esta ley]»⁴.

² Véase, John S. Honnold, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales...*, EDERSA, Madrid, España s/f, pg. 17 (es la traducción española de la obra *Uniform for International Sales*, Kluwer, Holanda, 1982).

³ Puerto Rico es una colonia de los Estados Unidos de América. Véase, por todos, José Trias-Monge, *Las penas de la colonia más antigua del mundo*, traducción A. J. Casares, Ed. Univ. de Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico, primera edición español, 1999 con reimpressiones, 261 págs., en particular la pág. 209 y sgtes.

Puede verse, entre otros: (i) Pedro F. Silva-Ruiz, *Same Remarks about the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods-Emphasis on Puerto Rico*, 6 *Arizona Journal of International Comparative Law* 137-146 (1987); (ii) Luis Díez-Picazo, coordinador, *La compraventa internacional de mercaderías* (comentario a la Convención de Viena), Cívitas, Madrid, España, primera edición, 1988, 762 págs. (obra colectiva que comenta, por varios profesores, artículo por artículo); (iii) Pedro F. Silva-Ruiz, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* (el art. 7), en el «Libro Homenaje a Antonio Hernández Gil, III, Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, págs. 2883-93; (iv) Alejandro Garro y A. Zuppi, *La compraventa internacional de mercaderías*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, Argentina; (v) M.^a del Pilar Perales Viscasillas, *Contract Conclusion under the CISG*, 16 *Journal of Law and Commerce* (Spring 1997) 315-344 (internet).

⁴ Adicionado como artículo 359b al Código Civil en 1988 (Ley 96 de 15 de julio de 1988).

Está vigente en la Isla la ley federal estadounidense del *copyright* –que no proviene del verbo «copiar», sino del sustantivo «copia» que significa «manuscrito»– que gobierna el derecho de autor, aunque lo sea solamente en su aspecto patrimonial/económico. Así: el derecho a reproducir la obra; y a preparar obras derivadas (una película sobre una novela); el derecho a distribuir mediante venta; el derecho a representar públicamente las obras literarias, musicales, cinematográficas, obras visuales, entre otras; el derecho a exponer en público sus obras, así como también el derecho a presentar en público mediante audiotransmisiones electrónicas, por ejemplo.

El *copyright* ocupa el campo, con carácter exclusivo. (17 USC). La expresión puede contener la idea, pero tiene que aportar algo más que esta. De lo contrario, la idea equivaldría a la expresión o viceversa y la obra no sería una protegida. Es la «doctrina de fusión», *Baker v. Selden*, 101 U. S. 99 (1879).

Finalmente, el 1 de diciembre de 1990 se aprobó la ley que se conoce como «VARA 90»: Ley Federal de Derechos de Artistas Visuales, que eleva a nivel federal dos importantes aspectos del derecho moral como son la integridad de la obra, así como la atribución de autoría, pero solamente en lo concierne a artistas visuales (ciertos artistas plásticos, escultores y fotógrafos).

10. Derecho de familia. El matrimonio no es tan sólo el heterosexual (hombre y mujer), sino que también puede serlo entre personas del mismo sexo (*same sex marriage*) o entre transexuales.

En el año 2015, el Tribunal Supremo Federal resolvió el caso *Obergefell v. Hodges*⁵, declarando válido el matrimonio entre personas del mismo sexo, descansando en derechos constitucionales. Es el derecho civil constitucionalizado del que se habla hoy día.

Y, por supuesto, el concubinato *more uxorio* o a manera de matrimonio, también puede serlo entre personas del mismo sexo.

11. Sobre los alimentos podemos señalar que comprenden, entre otros, lo que es indispensable para el sustento.

Hay que significar los alimentos (la comida) modificados genéticamente (*GMO*, por sus siglas en inglés). Esto es, los «alimentos transgénicos» o

⁵ 135 S. Ct. 2584 (2015). Este caso es obligatorio en Puerto Rico, como lo fue, en su día, y aún continúa siéndolo, *Roe v. Wade*, sobre el derecho de aborto por una mujer.

No estoy de acuerdo con *Obergefell* ni tampoco con *Roe v. Wade*. Pero los mismos son obligatorios en Derecho puertorriqueño.

«modificados genéticamente» que son aquellos que han sido producidos a partir de un organismo modificado mediante ingeniería genética al que se le han incorporado genes de otro organismo para producir las características deseadas... [como, por ejemplo] el maíz o la soja⁶.

A mi juicio, la obligación de proveer el sustento a las personas que corresponden, no puede limitarse a facilitárselos sin tomar en consideración alguna a si estos son o no genéticamente modificados o si contienen menos nutrientes. La debida rotulación de los alimentos, con la información de rigor, es indispensable y debe exigirse por ley.

Además, «en los últimos años, los investigadores del cambio climático han empezado a darse cuenta de que el dióxido de carbono (CO₂) extra que la humanidad bombea a la atmósfera no solo está calentando al planeta, sino que también está haciendo menos nutritivos algunos de nuestros cultivos más importantes». Así, «en un nuevo estudio, los investigadores han encontrado que el arroz expuesto a niveles elevados de dióxido de carbono contiene cantidades más bajas de nutrientes importantes [significativamente menos proteínas, hierro y zinc]»⁷.

12. Pasando a otras áreas, veamos la figura del daño punitivo (*punitive damages*). También conocidos como *exemplary damages* o «daños ejemplares» y *vindictive damages* o «daños vindicativos, vengativos». Daños, en Derecho Civil, es «menoscabo, deterioro o perjuicio no proveniente de delito y que da lugar a determinados resarcimientos»⁸.

En Puerto Rico⁹, como regla general, no existe la imposición de daños punitivos. Procede su concesión cuando así lo establezca legislación especial. Así, por ejemplo, la Ley núm. 131 de 13 de julio de 1960, según enmendada, ordena: «De prosperar el recurso [la acción de daños y perjuicios], el tribunal impondrá en adición a la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios causados, el pago de otra indemnización adicional, por concepto de *daños punitivos*»¹⁰.

⁶ Wikipedia (alimento transgénico), *footnote* omitido.

⁷ Brad Plumer, «El clima disminuirá nutrientes de alimentos», *El Nuevo Día*, San Juan, P. R., domingo, 10 de junio de 2018, p. 4 (*The New York Times International Weekly*) (itálicas nuestras).

⁸ De Casso y Romero y otros, *Diccionario de Derecho Privado*, tomo I, Ed. Labor, Madrid, España, 1950.

⁹ Véase, Pedro F. Silva-Ruiz, «El daño punitivo (daño ejemplar, daño vindicativo, daño compensatorio. A propósito del artículo 52 bis sobre daño punitivo, incorporado por la Ley 23.361 a la Ley 24.240, sobre Defensa del Consumidor de la República Argentina», en la *Revista de Derecho Privado*, Ed. Reus, Madrid, España, marzo-abril 2012, pp. 25-36.

¹⁰ (Itálicas nuestras): 1 LPRA 14 (daños punitivos que comprenden violaciones a lo dispuesto en las secs. 13 a 18) (por ejemplo: discrimen en los medios de transportación y viviendas – sec. 13).

A su vez, la Ley Antimonopolios establece la penalidad de triple daño por competencias injustas, desleales o métodos antimonopolísticos (10 LPRA 268a).

Los objetivos que se persiguen con la condena a daños punitivos son tres: (1) castigar al que causa un daño, (2) enseñarle que no debe de cometer nuevamente la conducta que ha causado el daño y (3) disuadir a otros con el ejemplo.

No debe dejar de mencionarse la Ley 24.240, sobre Defensa del Consumidor de 1993, enmendada en el año 2008 (Ley 26.361) de la República Argentina¹¹.

13. Expresamente dejamos para ver al final, antes de las conclusiones, el tema de las fuentes del derecho del ordenamiento jurídico puertorriqueño y el otro relacionado sobre si los jueces crean o no derecho. Esta es una cuestión polémica, controversial, vidriosa y de continuo debate en Puerto Rico.

No existe en el Código Civil de Puerto Rico (CCPR) disposición que rece, como en el CC español: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho son las fuentes del ordenamiento jurídico (art. 1, 1.º), mientras que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». (art. 1, 6.º).

Afirma Colón: «Two leading jurists in Puerto Rico, ...and Pedro F. Silva-Ruiz, [is] of the opinion that judges do create law»¹². Continúa: «He [Silva-Ruiz] asserts that the Puerto Rican Supreme Court «creates law»» ...«a single deci-

¹¹ El artículo 52 bis, sobre daño punitivo, incorporado por la Ley 26.361, dispone: «Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del daño y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley».

Véase: (1) Aida Kemelmajer de Carlucci, «Breves reflexiones sobre los mal llamados «daños punitivos» en la jurisprudencia argentina y en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012», en *Estudios de Derecho Empresario*, ISSN 2346-9404, pp. 82-89; (2) Laura Cecilia Gauna, «Los daños punitivos en el derecho argentino», en *Revista Jurídica de Daños*, núm. 18, oct. 2017 (cita IJ-CCLXXVI-656) y (3) *Machinandiarena Hernández v. Telefónica de Argentina*, L. L. de 08/06/2009, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 27-5-09. Es un *leading case* en la materia.

¹² E. Colón, et. al., capítulo 6, Informe sobre Puerto Rico, en V. V. Palmer, obra citada, *supra* nota 2; Pedro F. Silva-Ruiz, *The Puerto Rican Legal Order: A Mixed System*, en A. M. Rabello, ed., «European Legal Traditions and Israel», Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem, Israel, 1994, págs. 350-51.

El derecho de Puerto Rico es un caso único de «mestizaje jurídico americano», le llamó el jurista Sánchez del Perú. Véase, Sánchez, *La enseñanza del derecho*, 20 Rev. Jur. Univ. de Puerto Rico 239, 249 (1951). También el capt. 9 del libro de Trias Monge, *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico*, citado, págs. 227-243.

sion ... suffices to establish a precedent... Thus, a single case serves as precedent to bind the lower courts»¹³.

IV. CONCLUSIÓN

La interconexión entre los diversos países iberoamericanos puede realizarse a través de los códigos civiles vigentes, que son similares, no idénticos. Existirán diferencias, como tiene que ser, en un territorio tan inmenso, y debido a las convivencias tan variadas en la región.

Hay que reconocer, además, que las normas recogidas en estos Códigos Civiles no son interpretadas uniformemente en los varios países.

La unidad a la que hay que aspirar no es uniformidad, sino unidad en la diversidad, manteniendo diversos matices y acentos que nos enriquezcan a todos.

¹³ Colón, en Palmer, citado, págs. 380-81.

Conclusiones

Coordinador

JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI

Moderadora

ENCARNACIÓN ROCA I TRIAS

El ponente Académico Carlos Cárdenas Quirós ha presentado un excelente y extenso trabajo. Igualmente han sido excelentes los trabajos de los Académicos Juan Carlos Palmero (Córdoba), Pedro F. Silva Ruiz (Puerto Rico), Hernán Rivadeneira Jativa (Ecuador), Juan Antonio Bueno Delgado (Alcalá de Henares), Liliana Etel Rapallini (Universidad de la Plata), Lluís Jou i Mirabent (Presidente de la Academia de Jurisprudencia i legislació de Catalunya) y Salome Adroher Biosca.

En mi carácter de coordinador haré un breve resumen de cinco de ellos, atendiendo a las sugerencias de los organizadores del Congreso, y aclarando que el orden de los comentarios está ligado a la fecha de su recepción en la coordinación, y comenzaré, como parece lógico, por la ponencia de Carlos Cárdenas Quirós.

LA PONENCIA

La afirmación contenida en el inicio de la misma es fundamental para comprender el desarrollo del trabajo, cuando dice que: « la impronta marcada por el Derecho Hispano, especialmente durante el tiempo que mantuvo sus dominios en América, no ha tenido parangón en la historia, destacándose muy especialmente la enorme amplitud del territorio que comprendió.»

Y sigue: «La codificación civil Iberoamericana es la expresión tangible de un grupo jurídico singular que comparte una comunidad de origen precisamente en el Derecho Hispano».

A continuación de esta afirmación, también resalta la importancia que tuvo en nuestra región latinoamericana el Código Civil de Napoleón. Ya en 1825, Haití lo incorporó íntegramente, ya que es una copia del mismo, y hasta la sanción del Código Argentino de 2015 puede notarse una fuerte influencia del citado cuerpo legal en toda la región hispanoamericana. Pero el ponente admite que el Derecho hispano continuó vigente en muchos países hasta después de su independencia. Puedo agregar que en Paraguay, hasta finalizada la guerra del siglo XIX (1864-70), siguieron rigiendo varias leyes hispanas.

Recuerda el ponente que en 1852, en Perú, entra en vigencia el primer Código Civil redactado por juristas nacionales peruanos, y aunque también deja en claro que hay una muy marcada influencia del Código Francés en el mismo, no obstante también existen marcadas diferencias con dicho cuerpo legal, en diversas instituciones a las cuales hace mención.

Hay una interesante acotación en el sentido de que: «No hay duda que en materia de códigos civiles, el enriquecimiento entre los países ha sido recíproco, con excepción de los que se limitaron a adoptar o trasplantar el de otro. Buena parte de ellos, se ha servido de las experiencias jurídicas materializadas en los códigos precedentes de otros países para diseñar y perfeccionar los propios».

Más adelante, y en el mismo sentido, nos trae una cita del maestro Luis Moisset de Espanés: «En la lenta marcha del progreso humano, unos y otros solemos obtener provecho de los esfuerzos que han realizado los demás. España, en materia jurídica dejó sus enseñanzas en América, pero afortunadamente, podemos ver que América ha vuelto a España, y ha brindado a sus legisladores muchos antecedentes valiosos para la obra de codificación civil, hecho que actualmente comienzan a reconocer los juristas españoles. Luego, una vez más, varios países americanos recibieron el aporte de la legislación española. Creemos que hoy podemos recibir enseñanzas de la Madre Patria y brindárselas. Por su parte España podría aprovecharlas –y creo que alguna de las compilaciones forales ya lo han hecho– las nuevas normas impregnadas de equidad y solidarismo que se encuentran en el nuevo movimiento de renovación legislativa en Iberoamérica.»

A continuación hace el ponente una completa descripción de la estructura de los códigos civiles de Iberoamérica. En esa descripción puede notarse marcadamente la influencia que ha tenido el Código Civil chileno en la codificación de varios países. Lo mismo puede decirse del Código francés y del español, que finalmente son las tres fuentes más importantes de nuestros códigos. Se destaca la situación de Puerto Rico, en el que, según la indica el ponente, hay una mezcla de legislaciones, y recomiendo leer la nota al pie N.º 27, lo mismo que transcribo un párrafo de Luis Moisset de Espanés citado también por el

ponente: «en la actualidad el Derecho de Puerto Rico muestra el entrecruzamiento de dos sistemas legales; el propio de los derechos romanistas (*civil law*) y el angloamericano (*common law*) experiencia novedosa cuyo resultado final todavía no puede apreciarse debidamente».

Son sumamente importantes tres advertencias que hace el ponente con relación a la estructura de los Códigos:

La primera se refiere al tratamiento del Derecho de Familia en otro Código.

El ponente enumera los países en los que el Derecho de Familia está regulado en un Código separado del Civil. Son en verdad minoría, pero es bueno aclarar que es una tendencia que puede ampliarse. Mi posición con relación a este tema es bien clara. Creo que el Derecho de Familia forma parte del Derecho Civil a pesar de sus peculiaridades, y a pesar también de la creciente intervención del Estado en temas familiares como en el caso de los menores, o de la violencia de género que en nada cambian el estatus del Derecho aplicable. Sí soy partidario del fuero de la familia, en razón de que los jueces que deben entender en estas cuestiones, deben tener especialización. Deben ser verdaderos terapeutas de familia, y además ayudar a tomar decisiones sobre algunas que pudieran haberse tomado en base a mociones momentáneas, pero que pueden ser superadas mediante oportunas ayudas. Por lo que podría hablarse de un Derecho Procesal para esta materia que debería incluir al derecho de los menores, y quizá también para atender temas relativos a las personas con discapacidad.

Otra advertencia que hace el ponente es sobre temas del Derecho internacional privado. Y expresa de manera acertada que no todos los países tienen en sus Códigos Civiles normas de conflicto, es decir, del Derecho Internacional privado. Aunque algunos como el del Perú sí lo tienen, ya que dedica a este tema un libro separado dentro de la estructura del Código. Agrega que Chile está entre los países que han aprobado el llamado Código Bustamante, que es en realidad una Convención de Derecho Internacional privado al cual han adherido varios países de América Latina. Conviene acotar que el nuevo Código Civil de Argentina contiene expresas normas de conflicto en un capítulo dedicado al Derecho Internacional Privado.

La siguiente advertencia que consideramos sumamente importante, es la que hace con relación a la unificación total o parcial en materias civiles y comerciales. Si bien son minoría aún entre los países de Latinoamérica, es claramente la tendencia de los nuevos Códigos, como el argentino, que ha derogado su Código de comercio, salvo en ciertas materias, y el brasileño que dedica, conforme lo dice el ponente, un libro, el II al Derecho de la empresa. Pero se unifica el régimen de los contratos civiles y comerciales.

Por otra parte, nos recuerda que el Código del Paraguay, aunque un tanto más antiguo, pues es de 1985 y entró a regir el primero de enero de 1987, ha unificado sustancialmente las materias civiles y comerciales. En este sentido, el ilustre jurista paraguayo desaparecido, Dr. Ramón Silva Alonso, nos decía: «De todas las novedades ofrecidas por el nuevo código, sin duda la más importante es la *unificación de las obligaciones civiles y comerciales* en pos de la unificación de todo el Derecho privado en un código único según sucede en el Código italiano de 1942»¹.

En verdad deseo agregar que esta unificación adoptada por el Paraguay ha sido sabiamente recibida por la doctrina y la legislación de este país, y luego por códigos, como el argentino, que tienen la misma metodología y que han demostrado que su vigencia deslinda una serie de cuestiones sumamente problemáticas en el pasado, con la división en contratos y obligaciones civiles y comerciales.

El Código de Comercio fue derogado, aunque quedó vigente el libro dedicado a la navegación, y las quiebras fueron reguladas en una ley especial.

El ponente agrega que con relación a esta materia, el Código Civil del Perú ha procedido a unificar los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza, ya que todos estos contratos se rigen por el citado cuerpo legal. Para más adelante señalar, que todos los contratos, aun los innominados, quedan sometidos a las reglas del Código Civil.

En un aporte más que interesante, el ponente aborda el tema de la integración de las legislaciones civiles Iberoamericanas, preguntándose si es deseable y posible hacerlo.

Antes de llegar a una conclusión sobre este tema, hace un preciso recuento de todos los esfuerzos realizados por el Derecho Internacional privado para establecer reglas uniformes en esta materia. Y recuerda así los congresos de Lima, luego el de Montevideo, en que fue aprobado un nuevo Tratado llamado de esa forma por el lugar donde se suscribió, que fue aprobado por una gran cantidad de países. También trae a colación la sexta conferencia internacional de La Habana de 1928 donde fue aprobado el llamado Código Bustamante con la firma de numerosos países de la región.

En 1938 una nueva conferencia en Lima, y más tarde en 1940 en Montevideo donde, como se dijo, se suscribió de nuevo un importante tratado.

Existen más reuniones referentes a este tema que pueden ser vistas en la ponencia.

¹ SILVA ALONSO R. *Derecho de las obligaciones* Ed. Intercontinental Editora, p. 31.

Como conclusión, el ponente expresa que la integración es deseable por varios motivos, como ser el origen común de la legislación iberoamericana, el compartir el mismo idioma (excepto Brasil y Portugal), materias similares y equivalencia en muchos casos y la ventaja de contar con un sistema homogéneo de normas.

Pero plantea también las dificultades de esta enorme aspiración, entre ellas, la dificultad para identificar nítidamente, y luego armonizar apropiadamente, las distintas tendencias, especialmente en el orden jurisprudencial de los códigos.

También las dificultades con el lenguaje empleado, ya que si bien hay una lengua común, las palabras no siempre son de uso común, especialmente por los giros idiomáticos que tienen los países de la región, Y propone seguir y ampliar lo logrado con el Diccionario Panhispánico del español jurídico y propone concretamente, adoptar un acuerdo en este sentido.

También hay dificultades de orden técnico, sobre todo con Puerto Rico, porque convive el sistema romanista con el *common law*. Tampoco los nacionalismos contribuyen a este ideal de integración, así como la inestabilidad social y también la política, que campean en algunos países de la región.

Finalmente, plantea que se adopte un acuerdo para que las Academias Iberoamericanas tengan la iniciativa en el sentido de aunar esfuerzos privados que lleven adelante este empuje integrado.

COMUNICACIÓN DEL ACADÉMICO JUAN CARLOS PALMERO

Seguidamente analizamos la comunicación del Académico de Córdoba (República Argentina) que, en palabras muy acertadas, con profusa documentación de citas bibliográficas de alto nivel, comienza con un interrogante muy apropiado para este tema:

«¿Cuál fue la medida o el alcance de las influencias recíprocas entre ambas regulaciones, apreciadas a la luz que arrojan los derechos contemporáneos?»

Para llegar a sus conclusiones, hace un recorrido importante por los caminos de la historia, desde el descubrimiento y colonización de América, pasando luego al proceso independentista, a partir del cual los países de América comienzan a construir su propia legislación.

Pero es importante destacar, como lo hace la comunicación, citando a José Castán Vázquez que «La organización jurídica que trasladó España a sus colonias, se hizo de acuerdo con su legalidad vigente, algo que resulta lógico y

natural, sin que precise demostración alguna, porque surge como verdad obvia a tales circunstancias»².

Para extraer una primera conclusión: «a los comienzos de la conquista española y hasta la emancipación de los pueblos iberoamericanos, no existió un proceso de *conexión* entre un sistema y el otro, porque simplemente se produjo una verdadera *transfusión completa* del sistema *occidental romano hispano* que vino a ocupar espacios vacíos abarcando de esta manera, la totalidad del universo legal, tanto en lo que se refiere a lo público, como a lo estrictamente privado.»

Continúa más adelante que en cuanto al Derecho Romano «España trajo a estas tierras su conectividad con toda la compilación Justiniana, a través del *Corpus Juris Civilis*, (*Digesto*, el *Código*, *las Novelas* y las *Institutas*), estas últimas que servían como material didáctico para acceder al estudio de esta fuente inagotable del conocimiento jurídico universal.»

Luego sigue la comunicación manifestando que además del Derecho Romano, España aplicó toda su legislación, que estuvo compuesta fundamentalmente por el *Fuero Juzgo* (1241), *Fuero Real* (1255), las *Siete Partidas de Alfonso el Sabio* (1263), *Ordenanzas de Castilla* (1484), *Leyes de Toro* (1505) y de manera especial, para Argentina al menos, la *Nueva Recopilación* (1567)³, que contenía leyes que provenían del Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y el de Montalvo, como así las Leyes de Toro.

Es fácil comprender la importante aportación del Derecho español a las legislaciones americanas, ya que todas ellas, en alguno de los casos, han tomado como fuente esas normas.

Sin embargo, la novísima recopilación, así como el Código Civil español, tuvieron muy poca fuerza como fuentes del Derecho, siendo al contrario el proyecto de García Goyena el que sirvió de fuente para varios países, conforme lo demuestra con una importante cita de Rodrigo Emes.

² CASTÁN VÁZQUEZ José María: *El sistema de Derecho Privado Iberoamericano* y en igual sentido: *El sistema jurídico iberoamericano*, trabajo presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Se pregunta el autor si existe realmente un sistema de derecho iberoamericano, y luego de suministrar antecedentes de autores que lo niegan, termina reconociéndolo como dentro de la vertiente *occidental, romano-hispana*.

³ LLAMBIAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General*. Editorial errot, Bs. As., 1967, N.º 240, pág. 180: La *Nueva Recopilación* gozó de una prioridad hermenéutica como regla de resolución de conflictos, por el mayor conocimiento de jueces y jurisconsultos de la época; la seguían en orden de prelación, el *Fuero Real*, luego el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo de Castilla* y por último *Las Partidas*, circunstancia que daba lugar a mucha inseguridad al momento de su aplicación.

Hubo interesantes aportes de la doctrina española de la mano de Solórzano, Gregorio López, Antonio Gómez y José María Álvarez. Cierra esta parte de la comunicación con una referencia a la Legislación de Indias, dictada especialmente para regir en el nuevo mundo descubierto para España.

La comunicación se refiere luego, con gran aporte de datos, a lo ocurrido en el siglo XIX luego de la independencia de los países de América. En este sentido manifiesta que en cuanto al Derecho Público, muy rápidamente los países tuvieron sus propias constituciones. No ocurrió lo mismo en el Derecho privado, ya que en casi todos continuaron vigentes las leyes españolas.

Continúa Palmero aduciendo que Bolivia fue el primero en tener un Código Civil, pero que en realidad no era sino el *Code* francés adoptado. En los demás países la aparición de códigos propios fue mucho más lenta, resaltando en su escrito, que en 1871 comenzó a regir en la Argentina el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, una obra portentosa, que lastimosamente «en aras a la modernidad» fue dejado de lado por un muy discutido nuevo Código Civil para la República Argentina de 2014.

Como segunda conclusión, Palmero nos dice: «toda la legislación iberoamericana tiene como sustento cultural el *subsistema occidental romano-hispano*, de forma tal que ese trasfondo modélico básico siempre será un punto de partida para cualquier intento que pretenda la unificación o armonización del Derecho latinoamericano, tal como lo hemos puesto de relieve en múltiples ocasiones con anterioridad⁴, pues a no dudar, ha conformado una normativa uniforme por espacio de algo más de tres siglos en todas las regiones de Iberoamérica, circunstancia que imposibilitaría considerar que careció de influencia o gravitación sobre las posteriores legislaciones nacionales».

Continuando con la comunicación, esta nos presenta los puntos de conexión entre los derechos iberoamericanos, resaltando, en primer lugar, los aspectos metodológicos, que comenzando por el Código de Chile: «corrigió en su normativa, lo que la crítica científica había señalado del *Còde*, que siguiendo en este sentido a la clasificación tripartita de las Institutas de Gayo (personas, cosas y acciones), llevó a este ordenamiento a incurrir en el defecto de un libro tercero hipertrofiado, con graves consecuencias en la construcción de las diferencias que deben mediar entre las obligaciones y los contratos.»

En otro punto de conexión se encuentra la defensa de la vida desde la concepción, destacando que el Código argentino es de los primeros en seguir esta

⁴ PALMERO, Juan Carlos: «Unidad del Derecho Privado Latinoamericano», publicado en *Revista del Derecho y de las Obligaciones*, Editorial Depalma, N.º 111, del mes de junio del año 1986, pp. 380 y ss.

línea. En el mismo camino siguieron el Código Civil paraguayo, que respetando la tradición, pues estuvo en vigencia por más de un siglo el Código argentino de Vélez, siguió la misma línea de doctrina, la que también se aprecia en el Código peruano de 1985.

Finalmente y como colofón, la comunicación dice: «El Derecho sufre necesariamente los efectos de este proceso de globalización que ha logrado construir un andamiaje legal capaz de vincular los extremos más alejados del globo sobre la base de una regulación uniforme, y de esta manera todo indica como más conveniente el adecuarse a estos parámetros, que el intento solitario de elaboración de una regulación que nacería aislada del resto del mundo.

Los países se acercan cada vez más a los acuerdos bilaterales en lo que respecta a las relaciones económicas, y en este sentido, los esfuerzos de unificación o conexión se ven más impulsados por intereses propios de cada momento, antes que por una tendencia de tipo general como ocurriera a fines del siglo XIX.

Ello no obstante, si fuera necesario avanzar en este proceso de conexión de los derechos vigentes, existe una ventaja insustituible, que consiste fundamentalmente en haber compartido una base común por pertenecer al subsistema *occidental romano-hispano* y esta circunstancia ayudará, de manera notable, cualquier intento que implique una mayor conectividad entre los países iberoamericanos».

LA COMUNICACIÓN DE JUAN ANTONIO BUENO DELGADO

La comunicación del Académico Juan Antonio Bueno Delgado trae interesantes aportes sobre el tema de nuestra coordinación. Ya al comienzo nos da la tónica de su trabajo, al manifestar que: «Son muchas las conexiones que tienen los Códigos Civiles de los países que conforman la Comunidad Iberoamericana⁵, muchos los puntos en común, muchas las coincidencias, muchas las notas y características que los interrelacionan, muchos los aspectos que los interconexionan, múltiples los principios y normas semejantes que los informan y numerosas las fuentes comunes que los inspiran».

Se parte pues de la base de la existencia de múltiples interconexiones, aunque sean por la vía de las coincidencias. Claro que hace notar que el Código de

⁵ Una buena fuente donde consultar en red los Códigos Civiles de los Estados que conforman la Comunidad Iberoamericana, en Iberred (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional),

<https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

Napoleón también ha tenido notable influencia, y que a su vez ha tomado del llamado Derecho intermedio de España muchas voces latinas que provienen del Derecho Romano.

Hay alguna discordancia con otro trabajo de este grupo, con relación a cuál fue el primer Código Civil promulgado en esta región. El Dr. Juan Antonio Bueno manifiesta que es el mexicano en tanto que el ponente dice que fue el de Haití. Claro está que el primero resalta que el mexicano, tiene su base en el de Napoleón en tanto que el segundo fue el propio Código de Napoleón adoptado *in totum*, pero nos parecen diferencias irrelevantes. Lo destacable es que son los primeros códigos civiles y que con ellos se dio inicio a la codificación en la región.

La comunicación hace un importante aporte en materia del Derecho de retención de la prenda en los Códigos Interamericanos, lo que nos permite tener una visión completa de esta importante garantía de crédito. Luego viene una completa descripción del mencionado derecho de retención y la prenda en los siguientes términos:

«Como decíamos más arriba, el derecho de retención de la prenda faculta al acreedor pignoraticio a retener la cosa entregada en garantía hasta que el deudor pignorante no haya satisfecho íntegramente su deuda. Pero, como también avanzamos, el *ius retentionis* del acreedor puede llegar a extenderse más allá de los límites para los que fue constituido; de tal modo que, incluso cuando el deudor pignorante ha pagado al acreedor, este puede seguir reteniendo la garantía, si tiene constituidos con el mismo deudor otros créditos no garantizados: créditos quirografarios.»

Podemos considerar sumamente importante la investigación en materia de Derecho Comparado, en el cual pueden notarse incluso algunas contradicciones entre las legislaciones de la región, de lo que puede deducirse la importancia de esta institución.

LA COMUNICACIÓN DE LILIANA ETELE RAPALLINI

La siguiente comunicación fue formulada por la Académica Liliana Etele Rapallini, quien proviene de la Universidad de la Plata Argentina, y lo hace sobre:

«Principio de confianza mutua en la cooperación jurídica civil internacional: su implementación electrónica.»

La comunicación toma como eje central la interconexión de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, enfocándolo desde el punto de vista del Dere-

cho Internacional Privado que tantos aportes ha hecho en este sentido, a través de diferentes reuniones que se abocaron a su estudio, sea en forma de Congresos u otras modalidades, los cuales han sido patrocinados por la propia Organización de Estados Americanos. Comienza su comunicación con una introducción clara sobre la materia diciendo:

«La presente entrega responde a las inquietudes que expone la Comisión, esto es la necesidad de interconexión entre los ordenamientos jurídicos iberoamericanos a través de la voluntad y afinidad demostrada por los países que integran la región. La multiplicidad de casos con elementos extranjeros ha provocado el enriquecimiento del objeto del Derecho Internacional Privado que identificado tradicionalmente con la búsqueda de la jurisdicción internacionalmente competente y del Derecho aplicable, se ve hoy día junto a la cooperación jurídica internacional integrando los pilares fundacionales de la disciplina. El soporte papel va quedando progresivamente en el olvido frente al avance desmesurado de los progresos tecnológicos arribando así al proceso electrónico. La transmisión electrónica de rogatorias internacionales ha crecido en virtud de la reciprocidad pero requiere consolidarse a través de acuerdos y de plataformas seguras y eficaces. Arribar a un instrumento internacional sobre la cuestión traída puede conducir a plantear si lo propicio es trabajar la idea como *hard law* o como *soft law*. Empero y bajo cualquier modalidad en que se consolide, el *respeto por el debido proceso y la confianza en la jurisdicción* requerida han de conformar el marco de actuación frente a la transmisión electrónica de rogatorias internacionales.»

La comunicación hace hincapié en la aplicación de los nuevos medios tecnológicos para una cooperación judicial mucho más significativa, ya que todos los instrumentos que se envían de juez a juez, deberán hacerlo a los efectos de la celeridad.

En este sentido, puede notarse desde el comienzo que la orientación dada a la comunicación es para demostrar cómo en estos momentos, y cómo a través de los adelantos tecnológicos, el Derecho se va interconectando mediante la obra que desarrollan los jueces en varios países que a veces hasta lo hacen en forma conjunta, ya que existen firmados acuerdos de cooperación judicial entre varios países. La cooperación judicial que tanto éxito tuvo en Europa, ha tenido, según la comunicación, buena recepción en el nuevo Código Civil Argentino, ya que este dedica todo un Título del libro Sexto a disposiciones de Derecho Internacional Privado, lo que significa que ha dado un paso importante con relación a los demás, conforme se ha anotado en la ponencia de este grupo emitida por el Dr. Cárdenas Quirós.

Es así que en la comunicación se dice que:

«El Derecho Internacional Privado se va convirtiendo progresivamente y por diversos factores⁶, en una de las principales partes de la Enciclopedia Jurídica por cierto frondosa en nuestros días por el surgimiento de especialidades que responden a las expectativas contemporáneas; se trata de una rama *conciliadora* desde el momento en que un juez nacional colabora con su par extranjero o bien aplica en su propia jurisdicción un derecho que no es el propio. Una de las mentadas especialidades es precisamente, la Cooperación Jurídica Internacional –de ahora en más CJI– al punto de ponerse en tela de juicio su autonomía desprendida del Derecho Procesal Civil Internacional.

Pese a la armonía pretendida, la interculturalidad se encuentra aún presente entre los ordenamientos nacionales en lo atinente a eficacia documentaria internacional; se observan países que reconocen derechos civiles a los extranjeros con diferentes modalidades y extensión; naciones que exigen o no la *cautio judicatum solvi*, diversidad de requisitos de los exhortos, criterios permisivos de las notificaciones postales frente a otros que son restrictivos, diversidad de tratamiento según medie la existencia o no de un tratado.»

En consecuencia la comunicación termina con una serie de recomendaciones que permitirán concretar lo que sostiene a través de todo el trabajo, y que serán muy útiles de seguirse el camino trazado, pero remarcando que a criterio también de la comunicación, es necesaria la participación de organismos profesionales como los colegios de abogados o de notarios, para coadyuvar en esta tarea.

He aquí las sugerencias:

- Instrumentar en base a acuerdos *soft law* espacios virtuales iberoamericanos destinados a cooperación jurídica civil internacional; sugiero ésta modalidad por tratarse de instrumentos flexibles, cada vez más empleados y que tienden a evitar el tedioso camino de crear y dar vigencia a un Tratado;
- Que dichos acuerdos se formalicen en el marco de intervención de las Autoridades Centrales de los países de la región;
- Que los instrumentos de transmisión electrónica cuenten con firma digitalizada a fin de otorgar mayor certeza y seguridad;
- Que dichos instrumentos cuenten con formularios y guías prácticas que faciliten su implementación especialmente destinados a uniformar criterios de admisibilidad;
- Que los mismos sean de carácter bilingüe (español-portugués).

⁶ Los procesos de integración, los movimientos migratorios, los avances tecnológicos son factores concomitantes para el incremento de casos jurídicos con elementos extranjeros.

Entiendo que la comunicación es muy útil y debería ser estudiada también con todo detenimiento, pues se trata de un sistema de conectar del Derecho de diversos países a través del Derecho Internacional privado dedicado precisamente, a ventilar los conflictos de leyes que se plantean entre las diversas legislaciones y con apoyo de la tecnología y la cooperación judicial.

LA COMUNICACIÓN DE LLUIS JOU I MIRABENT

Finalmente tenemos la comunicación del profesor Lluís Jou i Mirabent que se refiere a la evolución del Derecho Civil en Cataluña.

Comienza la misma con una esmerada historia del Derecho Civil en Cataluña desde los siglos V al VIII, cuando los estados cristianos de la península tuvieron dos patrones distintos, que eran los de Castilla/León y Portugal.

El Derecho Civil catalán estaba constituido y transcribo:

«Por recopilaciones de costumbres (los *Usatges*), las leyes de las Cortes catalanas (1281-1716) y los privilegios y costumbres locales que se hetero integraban con los derechos canónico y romano, declarados supletorios por este orden en 1599 que lo completaban de una manera integral⁷. Conservado por el Decreto de Nueva Planta en 1716 tras la llamada Guerra de Sucesión, y de nuevo por el Código Civil español en 1889, una de las grandes obras del estado liberal, fue parcialmente codificado por la Compilación de 1960⁸ sin dejar de formar un sistema jurídico completo que recurría al Derecho supletorio para todo cuanto no había quedado compilado.»

Continúa con la comunicación hablando de la competencia legislativa que posee Cataluña en base a la Constitución de 1978, que permite a las autonomías legislar sobre materias del Derecho Civil. En virtud de dicho reconocimiento, el Estatuto de Autonomía de 1979, como el de 2006⁹, atribuyó al Parlamento de Cataluña la competencia exclusiva en materia de Derecho Civil. La existen-

⁷ Los Derechos Canónico y Romano fueron supletorios en Cataluña, en la práctica, desde el siglo XIII como cristalización escrita de la equidad en una evolución lenta que merecería otra comunicación.

⁸ Ley de 21 de julio de 1960. Estaba integrada por 344 artículos, la gran mayoría de considerable extensión, que regulaban extensamente el Derecho de Sucesiones, presidido por el principio de la libertad civil aplicada a la de testar, con una legítima corta, así como la donación, el régimen de la separación de bienes, los contratos entre esposos, especialidades sobre la compraventa, el usufructo, las servidumbres, la enfiteusis, las pensiones periódicas, la accesión la usucapión y la prescripción. En lo no regulado, regía como supletorio el Código Civil pero siempre tomando en consideración la tradición jurídica catalana. La Compilación facilitó la aplicación cotidiana del Derecho propio e incentivó su estudio, sobre todo a partir de la Cátedra Duran y Bas de la Universidad de Barcelona.

⁹ Artículos 9.2 y 129 respectivamente.

cia de Compilación, es decir, de Derecho Civil preexistente a la Constitución, era el requisito indispensable para la atribución de la competencia en la materia. No era un límite. El límite es, solo, aquello que la propia Constitución establece¹⁰.

En la comunicación se comenta que el Código Civil de Cataluña consta de seis libros, pero que luego existen varias leyes que lo fueron modificando, aunque, a pesar de ello, existe unidad orgánica en el Código, que se halla plenamente vigente a la fecha.

Y finalmente transcribo la conclusión a que arriba el ilustre jurista catalán y que es la siguiente: «La Constitución de 1978 y los Estatutos de autonomía han permitido a las instituciones catalanas renovar de manera consensuada y participada y sobre la base de la legitimidad democrática e histórica su Derecho Civil propio, que se fundamenta en la libertad civil de las personas. Ello se ha efectuado en una síntesis de tradición y modernidad, de refuerzo de la identidad colectiva y de la cohesión social con un gran consenso interno pero con una considerable resistencia por parte de los poderes del Estado, muestra de la lógica tensión que comporta todo proceso de descentralización. El Tribunal Constitucional ha ido interpretando el artículo 149.8 de la Constitución considerando que dicha expansión tiene cabida en ella».

CONCLUSIONES DE LA COMUNICACIÓN

Los trabajos presentados son de muy buena calidad y nos permiten formular algunas conclusiones para poder sugerir al pleno de la comisión de trabajo para su discusión.

- a) Es importante buscar una integración del Derecho iberoamericano, en base a la lengua común y a pesar de los términos utilizados muchas veces para definir las distintas instituciones que componen el contenido del Derecho Civil.
- b) También es importante buscar la conexión y armonización del Derecho Civil y seguir con atención los trabajos realizados por diferentes grupos e instituciones. En este sentido, especialmente aquellas que dependen de organizaciones internacionales como la OEA y más universales como la UNIDROIT.

¹⁰ A saber: las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del Derecho, de conformidad, en este último caso, con las normas de los derechos civiles de las autonomías con Derecho Civil propio. Dejando al margen estas materias la competencia de la Generalitat es plena.

- c) También estudiar los mecanismos de cooperación judicial, sobre todo teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos, que mucho pueden coadyuvar en este sentido. Se sugiere mirar los mecanismos de cooperación de la Unión Europea que tan buen resultado han dado.
- d) La unificación en materia de prenda a fin de evitar los abusos a que son sometidos los deudores, pero sin descuidar el derecho de los acreedores conforme lo expresa en la comunicación respectiva que ya se ha comentado.

Y para terminar, digo que así como la sangre de los pobladores de América se mezcló con la de los españoles que llegaron al nuevo mundo, así los derechos civiles de Iberoamérica están también mezclados, interconectados entre sí para beneficio de todos los que estudiamos, aprendimos y ejercemos el Derecho de alguna forma, en la maravillosa región Iberoamericana.

Sección 5

Ponente

D. JORGE R. VANOSSI

Coordinador

D. LUIS MARTÍ MINGARRO

Moderador

D. JOSÉ LUIS CEA EGAÑA

Ponencias

Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal

JORGE REINALDO VANOSSI

*Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
y Académico Honorario de la Real Academia de España de Jurisprudencia y Legislación*

CAPÍTULO 1. NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Características generales

La Constitución Nacional de la República Argentina fue sancionada en 1853, con ulteriores reformas en 1860, 1866, 1898, 1949 (abrogada), 1957 y 1994, en vigencia este último texto.

Su *sistema de protección del estatus de la persona humana* es el característico del período del constitucionalismo liberal al que pertenece: la primera parte de la Constitución contiene las «declaraciones, derechos y garantías», que forman su parte dogmática o preceptiva (artículos 1.º al 35). Allí pueden encontrarse los clásicos «*derechos individuales*» propios de *toda persona humana por el solo hecho de ser tal*; mientras que en 1957 se agregaron los «*derechos sociales*», que son propios de las personas por su *pertenencia funcional a ciertos sectores sociales* (derechos del trabajador, de la familia, de las clases pasivas, etc.). En cuanto a los «*derechos políticos*», su reconocimiento nace de la norma protectora de los derechos no enumerados (art. 33) y de la parte orgánica de la misma Constitución en cuanto se refiere a la elección de los poderes políticos de la Nación (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) y del capítulo segundo de «Nuevos Derechos y Garantías» (1994).

En conjunto, los derechos civiles, políticos y sociales que protege la Constitución Argentina son coincidentes –a pesar de su antelación cronológica– con los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que aprobaron las Naciones Unidas (1948).

La *situación de los extranjeros* es la siguiente: gozan de los mismos «derechos civiles» que los argentinos (art. 20); para obtener los derechos políticos deben adquirir la ciudadanía argentina, lo que pueden hacer después de residir dos años en el país, o aun antes si prestan servicios extraordinarios. En el orden municipal, para la elección de representantes comunales, la mayor parte de las provincias que forman el Estado Federal admiten la participación de los extranjeros en el goce de los derechos políticos a ese nivel, sin necesidad de naturalizarse argentinos.

Cabe recordar que *cada una de las provincias sanciona una constitución local*. La Constitución Nacional previó ese desenvolvimiento y, más aún, quiso evitar que alguna constitución provincial pudiera negar o retacear los derechos y garantías que proclama la Constitución Nacional. Fue con ese objeto que el artículo 5.º de la Constitución Nacional exigió a las provincias, como una condición absoluta para que la Nación les garantizase su «autonomía», que ellas aseguraran en su órbita local el sistema de derechos y garantías que la Constitución Nacional establece para todo el país y para todos los habitantes.

Por lo tanto, puede afirmarse que el régimen adoptado por la Constitución Argentina rige *erga omnes* (es decir: respecto de todos) en todo el país; y que los derechos y garantías allí establecidos pueden ser invocados y esgrimidos *frente a cualquier amenaza, provenga de cualquier fuente: gobierno nacional, gobiernos provinciales o particulares y grupales*.

Dicho con otras palabras, esto quiere significar que el sistema de la Constitución Argentina resume *en un solo acto y en un solo régimen* las protecciones que en la Constitución de los Estados Unidos de América están formadas por las diez primeras Enmiendas –por una parte– y por la Enmienda XIV –por la otra–, más la jurisprudencia del caso «Brown v. Board of Education» (año 1954).

Debemos mencionar el *papel fundamental* que corresponde al Poder Judicial, y en especial a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la protección *en concreto* de los derechos humanos reconocidos en la Constitución. Partimos de la base de sustentación que demuestra la mayor potencialidad de los «derechos humanos» cuando estos –en cualquiera de sus especies– son jurídicamente encarados y protegidos en su carácter de «derechos subjetivos» de las personas (sic).

La medida en que cada derecho resulte en la realidad protegido, dependerá de la actividad de los tribunales judiciales. Esto se debe a que en nuestro sistema, los tribunales judiciales (y en última final instancia la Corte Suprema) son los órganos que *controlan la constitucionalidad* (es decir: conformidad con

la Constitución; no contradicción con lo que ella dispone) de normas, actos, hechos y hasta omisiones.

Asimismo, toda vez que vayan a dictar una sentencia que involucre a los artículos o cláusulas de la Constitución, los tribunales deberán *interpretarla* a fin de aplicarla al caso concreto a resolver. De las pautas que los tribunales utilicen para la interpretación constitucional, dependerá la mayor o menor extensión que se reconozca a los derechos humanos, qué limitaciones se aceptarán, y bajo qué condiciones.

LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LAS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL «ESTADO DE DERECHO»

Abordar este tema supone la aceptación de que el progreso o evolución del pensamiento jurídico en la materia, se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquellos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades. Y la falta de procedimientos (o la existencia de procedimientos inadecuados) debe ser suplida por el ejercicio directo de la misión o función constitucional del juez. Cuando hay jueces, hay derechos, por lo que el órgano judicial independiente se convierte en la primera garantía general e institucional (como diría Hauriou) de los derechos humanos. Todo esto hace a la esencia del «Estado de derecho», o sea, que es elemento nuclear de esa idea, por cuanto en el entendimiento general son contenidos mínimos de su «noción material», las limitaciones de los poderes y los controles que vigilan esas limitaciones.

Pero existen diversos presupuestos de las *acciones* protectoras de los «derechos subjetivos», entre los cuales cabe mencionar:

- a) La demarcación y consiguientes relaciones entre la esfera de la sociedad y la órbita del Estado.
- b) La consideración de la libertad como un *prius* de todo el ordenamiento, o sea, la afirmación de la libertad del hombre como presupuesto de la autoridad (pues lo contrario importaría tanto como fundar el punto de partida en una sociedad de esclavos).
- c) Que todas las normas constitucionales pueden ser entendidas como normas de competencia, ya sea afirmativa o negativamente, según su redacción y el objetivo inmediato al cual se dirigen.

Por lo tanto, y desde el momento que cabe una protección *erga omnes*, no tiene sentido separar los derechos públicos subjetivos de los derechos *priva-*

dos subjetivos, sin dejar de atender al hecho de que es difícil separar en todos los casos el interés público del interés privado.

Actualmente, pues, estamos en el período de la protección *erga omnes* de los derechos, es decir, frente a toda «persona».

Podemos concluir, pues, que son derechos subjetivos los que tienen *acción*. Son derechos que están garantizados jurisdiccionalmente, es decir, que se encuentran protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se supone que hay jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin. Como consecuencia de ello, los derechos subjetivos coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación.

El aditamento «subjetivo» fue necesario como consecuencia del dualismo –tan caro a los iusnaturalistas– entre derechos naturales y derechos protegidos por el derecho positivo.

Los derechos subjetivos, por lo tanto, son derechos *garantizados jurisdiccionalmente*. En tales términos, puede decirse que la tutela judicial operativiza el derecho constitucional protegido, al dotar al titular del medio para exigir su reconocimiento, provocando la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad y eventualmente, aplicando sanciones.

A nuestro modo de ver, la doctrina «clásica» de los derechos públicos subjetivos es –por lo menos– una doctrina *superflua* en el actual estado de la cuestión. El tema es otro: o hay «derechos» o no los hay. Y habrá derechos (subjetivos) cuando el derecho (objetivo), partiendo de la aplicación de la Constitución y del ejercicio de las potestades de los jueces, brinde los instrumentos conducentes para conferir a los más variados segmentos de la libertad, los niveles de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estricta permite hablar de «derechos subjetivos».

Por ende, habrá un derecho subjetivo propiamente dicho *cuando el sujeto esté munido de acción para exigir o proteger «su» derecho con plenitud*, incluyendo la posibilidad de instar al órgano jurisdiccional para aplicar sanciones, o hasta el límite de *fulminar* las normas institucionales que lo afecten en su situación.

¡Basta de declamaciones y de catálogos de ilusiones! Ya Alberdi hablaba de las libertades concretas y no de las libertades proclamadas.

Y ya decía Kelsen que «un derecho fundamental, o libertad básica, solo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando

el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional». Y concluye afirmando: «Solo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido, lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho de libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo». Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un «poder jurídico», que se traduce en una acción¹.

Nuestra opinión es coincidente con los elementos antes señalados, por lo que estimamos que los que valen son los derechos subjetivos plenos y, por lo tanto, se entiende por «derechos subjetivos plenos» en la acepción más estricta y kelseniana: 1.º) el derecho de contar con el órgano; 2.º) el de acceder al órgano y que este pueda dictar la decisión; 3.º) que la decisión anule a la medida infractora; 4.º) que además sea reparado el daño causado; y 5.º) que eventualmente sea responsabilizado, removido o de otra forma sancionado quien dictó la medida atentatoria del derecho. Eso es un derecho subjetivo, un derecho subjetivo plenario, pues «por pleno» se abarcan esos cinco aspectos que deben reunirse para que se vuelva un poco a lo que ahora reclama el derecho ambiental: es decir, no solo la reparación, sino también la recuperación, y evitar la reiteración violatoria.

CAPÍTULO 2. LOS DERECHOS Y SUS LÍMITES

2.1. Los derechos y los deberes

Sumando el sistema del articulado de la Constitución Nacional con la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta un plexo de derechos.

Una cosa son las *declaraciones de derecho* y otra muy distinta son las *declaraciones de ilusiones de derecho de realización diferida*. Es mucho más importante hacer enunciados de derecho, con el añadido de los medios indispensables para cumplirlo, que agregar «catálogos de ilusiones». Hace varias décadas que en un congreso de juristas del ámbito del derecho público, se plantearon en Alemania el tema de la reforma a la Ley Fundamental de Bonn (1949), que sigue siendo la Constitución de la República unificada,

¹ *Teoría Pura del Derecho*, págs. 147 y siguientes, Traducción de Roberto Vernengo, Buenos Aires. Ídem, en *Teoría General del Estado*.

pues hasta hoy no ha sido modificada sustancialmente. Y la conclusión mayoritaria de esa reunión fue que no se trataba de incorporar nuevos repertorios de derechos, sino de completar la faz de operativización y ejecutabilidad de los derechos ya consagrados.

¿Qué pasa cuando se proclaman más y más derechos y no se cuenta con los medios para efectivizarlos? Los jueces hacen lo que pueden, pero sabemos que no pueden hacer lo imposible. No son dioses, no tienen poderes demiúrgicos, pues son seres humanos. Tienen limitaciones. La culpa está en todo caso en el legislador o en el constituyente, que también son seres humanos, pero que a veces, y debido a sus veleidades, parecen tener mucha menos *responsabilidad* que aquella de la que hacen gala (la «responsabilidad» es uno de los seis principios básicos de la forma republicana, junto con la democracia, la separación de poderes, la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos y la periodicidad en la función, pero los seis están mitigados por la proterva obstinación de una dirigencia incapacitada o despreparada para sus funciones).

Los derechos de algunos deben terminar donde empiezan los derechos de los demás. Esto es difícil de reconocer. Todo el mundo quiere tener derechos ilimitados, pero esa es una concepción antisocial. No se puede aceptar el abuso del derecho, tal como lo vemos cotidianamente. No se puede alterar la sustancia de los derechos, pero siempre teniendo presente que todos los derechos son relativos, para tornar armónico su ejercicio. (Arts. 28 y 14 C. N.).

Debemos recordar que hay *muchos derechos violados*, muchas situaciones que han sido menoscabadas. Sería inútil mencionarlas todas, aunque podemos priorizar algunas:

- El derecho a la vida en todas sus formas imaginables.
- El derecho a la propiedad, ya sea la propiedad material o la propiedad intelectual, a veces en las formas más sutiles, más perversas o más ingeniosas.
- El derecho al honor y al principio de inocencia, que es uno de los principios básicos de nuestro sistema, en virtud del cual nadie es culpable hasta que no se declare como tal. Pero el derecho al honor que toda persona tiene está muy vulnerado. La calumnia, la difamación, la injuria, han pasado a ser algo habitual y los medios de comunicación de masas cooperan en ello.
- Y otro derecho que está también lesionado en todas partes, es o son (porque algunos los distinguen) el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad. Ya no existe. Ya todo es público, todo pertenece a una esfera en la cual no hay pared del hogar, o no hay el límite del reposo o del descanso. Todo puede ser invadido, todo puede ser ocupado, todo puede ser en de-

finitiva difundido y divulgado y, por lo tanto, también tergiversado por aquello que decían los italianos, «traduttore, tradittore», es decir, el que traduce o el que interpreta también traiciona porque no siempre lo hace en forma fiel.

Un elemento a considerar es el *régimen fiscal o impositivo*, que es realmente importante para la seguridad de las personas. Ralf Dahrendorf, un discípulo dilecto de Popper, señala que el régimen tiene que ser sencillo, claro, razonable, perdurable, estable, es decir, al alcance de todos. Y cuando dice esto, está observando que si ese requisito no se cumple, así como la persona puede estar sometida a cualquier restricción arbitraria en materia de su libertad física y deambulatoria, también puede estar sometido a la discrecionalidad por el cobro de impuestos irrazonables que le imponen gravámenes arbitrarios o, que sin ser irrazonables o arbitrarios, son tan complejos, tan confusos y tan difíciles de entender que el más común de los ciudadanos no puede hacerlo por sí mismo, y tiene que valerse de un especialista, para saber si está cumpliendo con lo que debe cumplir o está incumpliendo y va a ser pasible de una sanción.

El desafío más difícil, estimo, es el de aumentar las oportunidades. No hablamos de igualdad de oportunidades y, mucho menos, de la expresión de la Constitución «*igualdad real de oportunidades*». Sabiendo desde ya que eso ni siquiera es una utopía, es un delirio. Sin caer en la ingenuidad, creo sí que se puede hablar de la necesidad de potenciar el aumento de las oportunidades, como forma de alcanzar mayor solidaridad en la defensa de los sistemas democráticos y liberales. No basta con defender la competencia, por más importancia que la competencia tenga. Es condición necesaria defender la competencia, pero no es suficiente para alcanzar los resultados.

¿Cuál es entonces el deber de orientación? El *indirizzo* como «plan de vida» de cada uno. Y es el constante, el permanente: el deber de *mejorar la calidad de vida*, que es lo que nos hermana. Mejorar la calidad de vida es el deber de todos nosotros, en relación con el prójimo. Y el prójimo es el próximo.

2.2. Los delitos y la violencia. El decaecimiento de los derechos humanos

¿Cuáles son hoy las peores asechanzas? La explosión demográfica, sobre la cual no se tiene verdadera conciencia cabal y en la que está el origen de un sinfín de problemas que en este momento se padecen. No solo de salud, de vivienda o de educación, sino muchos otros. El daño ecológico; las guerras regionales o locales que subsisten, pues salvo en la Unión Europea, en muchas

otras regiones del planeta se libran en estos momentos muchas batallas y muchos combates.

¿Qué podemos decir del *narcoestado*? Narcoestado que lo tenemos prácticamente instalado en nuestro continente.

Por eso no se puede, tener contemplaciones. Es fundamental, entonces, que en cada uno de los Estados el poder público recupere el monopolio de la fuerza. No pueden existir fuerzas irregulares, no pueden existir ejércitos paralelos, no pueden existir asociaciones ilícitas con vinculaciones internacionales. Y la única forma de desarmarlos, es mediante la cooperación internacional.

En cuanto al narcotráfico, la lucha no la puede hacer aisladamente un solo Estado, porque es un fenómeno universal y todos tenemos que cooperar, de buena fe y con el mayor empeño a desarmar, a desarticular, ese aparato mefistofélico y diabólico que está conmoviendo a la humanidad, que cae en la autodegradación de la persona.

También quiero agregar que el *derecho vigente debe adaptarse* al adelanto tecnológico y a las nuevas modalidades de la economía y del comercio, y de la delincuencia.

Adaptarse no quiere decir convalidar abusos, sino encauzar y dar marco a un sano realismo.

El derecho va muy por detrás de los hechos. Hay muchos países de América Latina en los que el derecho está muy atrasado, y hay prejuicios para actualizar los sistemas jurídicos.

Con respecto a las cuestiones que se están diciendo sobre los delitos y la necesidad de modificar los *regímenes penales*, creo que es necesario recordar que la ley por sí sola no cambia la realidad. Tiene, sí, una virtud persuasiva, o disuasiva, según las circunstancias. Tiene, sí, un rol de cauce o de marco para trazar la senda por la cual deben transitar las conductas de las personas. Pero también es cierto que lo fundamental está en su efectividad y en su vigencia. Y ya Montesquieu, en el siglo XVIII, advertía que lo grave no era que las penas en los códigos penales –aunque en esa época todavía no estaban codificadas todas las leyes penales– fueran leves, sino que lo grave era que no se aplicaran, porque la sensación de impunidad creaba un estímulo para cometer mayores ilícitos, y por ahí se transitaba hacia un camino, hacia un desbarranco, que hoy en día los sociólogos llaman «la anomia» o «el todo vale».

Durkheim, cuando elabora su estudio sobre el tema de la anomia, dice con palabras tan cortas y sencillas como estas:

«Todas las normas de conducta y reglas morales forman un mundo imaginario alrededor de la persona. Si en algún momento esa barrera se resquebraja, los impulsos se liberan a borbotones y sin control» (La Educación Moral, 1925).

La ineficacia, es decir, la ineficiencia llevada como principio, es también (y lo remarco) una de las expresiones más malsanas o negativas de la corrupción. Tanto como robar, o estafar, o como coimear, o como cometer latrocinios desde el poder público; y es tan grave ser ineficiente cuando se ocupan funciones o cargos para los cuales no se tiene la preparación o el título correspondiente, o no se ejercen con la dedicación que corresponde.

También, todo ello supone nuevos perfiles en el sistema institucional o político.

2.3. Los deberes

Conviene tener presente que el conjunto de derechos y garantías resultantes de nuestro sistema constitucional, no empece a la vigencia de los *deberes públicos* que la propia Constitución establece o fundamenta, y cuyo respeto asegura la ley. Estos deberes constituyen, en cierto sentido, la contrapartida de los derechos, y se integran armónicamente con ellos: Deberes públicos:

- a) Deber de fidelidad (traición a la Nación).
- b) Deber de defensa de la Patria y de la Constitución (milicias, servicio militar obligatorio).
- c) Deber de respeto a las instituciones (rebelión, sedición).
- d) Deber de impedir las exorbitancias del poder (traición a la Patria).
- e) Deber de prestaciones:
 - 1) de servicios personales (cargas públicas).
 - 2) patrimoniales (impuestos y contribuciones).

2.4. Los límites de los derechos

La Constitución Argentina admite expresamente la *relatividad de los derechos* que ella proclama (art. 14), y este principio vale tanto para los casos de proclamación expresa como implícita de derechos y garantías. La Corte Suprema tiene dicho que «un derecho ilimitado sería una concepción antisocial» (Fallos 136:170).

Las limitaciones a los derechos pueden ser de diversas clases: limitaciones de orden constitucional (que a su vez pueden ser genéricas o específicas) y limitaciones de fuente legal.

Con respecto a las *causas* de las limitaciones de la libertad, cabe considerar las siguientes: el orden social (libertad coexistente de los otros, utilidad pública, etc.), el orden físico (higiene, salud, seguridad) y el orden político (integridad de la Constitución, defensa de la Patria); tal como lo advirtiera Joaquín V. González.

En cuanto a su *duración e intensidad*, las limitaciones admiten su clasificación:

a) *Limitaciones normales y permanentes*

Esto se refiere a la «*reglamentación*» de los derechos (art. 14), que a su vez está sujeta a la limitación de la *inalterabilidad* de la sustancia de esos derechos (art. 28). Aquí se aplica el principio de la «*razonabilidad*», condicionada al «*poder de policía*» de la reglamentación de los derechos.

Se ha producido una *evolución*, que se traduce en el *tránsito de un concepto estrecho a un criterio amplio* de «poder de policía» que en la actualidad abarca la policía del bienestar y de la prosperidad, así como también la policía de la desocupación en el empleo, del abastecimiento, de la tutela del Estado democrático, etc.

b) *Limitaciones anormales y transitorias*

Las limitaciones anormales y transitorias pueden surgir a partir de las necesidades de las «*emergencias constitucionales*», fundadas en el *estado de necesidad*. La práctica ofrece distintas clases de emergencias: políticas, económicas, sociales, de guerra, etc.

Dentro de las limitaciones anormales y transitorias, la Constitución Nacional regula en particular el supuesto de «*estado de sitio*» (art. 23).

La Constitución *no contempla la existencia de otras limitaciones*, tales como la ley marcial, la movilización de particulares, el estado de asamblea, la suspensión de hábeas corpus, o la suspensión de la Constitución. Asimismo, la Constitución *prohíbe expresamente* la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo (art. 29), como así también que el Presidente pueda asumir funciones judiciales ni aun bajo el estado de sitio. En la vida política

del país se registran, no obstante ello, algunos casos de aplicación de la ley marcial (ley y jurisdicción militar) y de movilización de población civil, que los jueces encuadraron en los límites del estado de sitio (caso «Rodríguez, Ruggero y otro», del año 1962; y caso «Roberto Candelario Rodríguez», del año 1971).

c) *Estado de sitio*

Las únicas *causales* por las cuales puede declararse estado de sitio son las hipótesis de «*conmoción interior*» y de «*ataque exterior*».

La facultad para declarar ese estado de excepción pertenece *exclusivamente al Gobierno Federal*, y las provincias no pueden suspender la vigencia de los derechos y de las garantías constitucionales.

En cuanto al margen en que deben extenderse los poderes de emergencia, ha estado bien claro (para todos los constituyentes argentinos y extranjeros que incluyeron este tipo de excepcionalidades), el hecho de que *a grandes males debían corresponder grandes remedios*, es decir, que ante las *circunstancias excepcionales* de descontrol *debían correlativamente acentuarse los poderes*; pero también debían contemplarse los límites de ese ensanchamiento de los poderes.

Estaba bien entendido, como algo implícito, que *cesando las causas deben cesar los efectos*, es decir, que una vez *superada la emergencia*, debía *retornarse a la normalidad*.

El problema que se plantea cuando no se aplican tales remedios con esa tónica, está en que, al convertirse en normal el uso de tales poderes de emergencia, se desgastan y se desvirtúan, y en alguna medida su erosión los torna ineficaces, ante lo cual se vuelve necesario idear otros poderes mayores que reemplacen a los excepcionales. De allí que la *eficacia de esos remedios de emergencia* está en la dosis de aplicación y el debido control, terreno donde nuestra Corte Suprema, a lo largo de su historia, ha tenido tanto acierto, en gran medida inspirada en la observación de la experiencia que acabamos de mencionar: es decir, que un descontrol en la aplicación no solo es dañino para la libertad de las personas, sino que se vuelve a la larga aletargante para el propio sistema de excepcionalidades.

En realidad, las medidas de emergencia son las que ayudan a enmarcar *la tónica de un sistema constitucional*. En efecto, prestigiosos autores (a los cuales brindamos todo nuestro homenaje y respeto) bregaron en su momento

por la *supresión* de las medidas de excepción del artículo 23, lo que equivalía llanamente a la eliminación de los poderes de emergencia. Recuérdese que en el siglo XIX, en una histórica Convención provincial (Buenos Aires, 1870-1873), un constituyente refiriéndose al estado de sitio, lo mencionó como el *último resabio de la dictadura* que, acaso por olvido, hayan dejado los constituyentes en la Ley Suprema.

Sin embargo, la emergencia política indica que no es enteramente así, ya que el *estado de sitio no es malo en sí mismo*, sino que lo que puede ser malo es la desvirtuación de las medidas de aplicación, o cuando aquel se implanta sin que existan reales y concretos motivos que lo justifiquen. La prueba está en que en todo el constitucionalismo contemporáneo, de cualquier procedencia ideológica y de cualquier destino geográfico, existen poderes de emergencia. Aun en la mismísima Constitución Francesa de 1958, han sido muy resistidos los poderes que De Gaulle hizo incluir para situaciones que, desgraciadamente, con posterioridad, se consumaron y consecuentemente hubo que aplicarlos. Confirmose así la necesidad de tales previsiones de excepción.

De modo, pues, que este problema consiste *en saber aplicar* lo que puede ser hoy en día una *regla de oro del constitucionalismo contemporáneo*, que es la siguiente: *a mayores poderes deben corresponder mejores controles y mayores responsabilidades*. No podemos admitir que el poder público pueda sucumbir frente a los «contrapoderes», es decir, a los poderes de hecho y los poderes de tensión. Lo que debe hacerse es perfeccionar el sistema de controles en aras siempre de lo mismo: la *«eminente dignidad de la persona humana»* y la *perfección de su libertad*.

El tema del estado de sitio no quedaría completo sin referirnos a las posibilidades de control judicial, en defensa de los derechos humanos, sobre la actividad estatal relacionada con el estado de sitio, desde su declaración hasta las medidas concretas de ejecución.

El hecho positivamente valioso es que en la actualidad *no rige en nuestro país el estado de sitio*, es decir, que los derechos de las personas no se hallan sujetos a este tipo de limitaciones anormales.

El otro dato meritorio consiste en el doble control que la Corte Suprema aplica en las controversias resultantes de la aplicación del estado de sitio: el control de «causalidad» y el control de «razonabilidad», partiendo de la base de que debe mediar una relación causal entre esa declaración de emergencia (conmoción interior o ataque exterior), y la especie de limitación al derecho restringido, como también la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido.

CAPÍTULO 3. LAS GARANTÍAS

3.1. Clasificación de las garantías

Para precisar más claramente las características del sistema argentino, deberíamos señalar que en la doctrina y en la práctica de nuestro país, se utiliza el término «garantías» con diversas acepciones, que van desde la mayor amplitud hasta la más estrecha extensión; pero ello no impide resumir las «garantías» constitucionales:

A) *Garantías generales:*

- a) Garantías constitucionales (separación de poderes, etc.).
- b) Garantías mutuas (mutua protección de los derechos entre sí).

B) *Garantías especiales:*

- a) Contra abusos provenientes del Poder Ejecutivo.
- b) Contra abusos provenientes del Poder Legislativo.
- c) Contra abusos provenientes del Poder Judicial.
- d) Contra abusos provenientes de los poderes de hecho y de los particulares.

Entre las garantías, se destacan por su importancia áreas a las que dedicaremos sendos párrafos separados: la seguridad individual, las garantías jurisdiccionales (*habeas corpus*, *habeas data*, amparo y acción de inconstitucionalidad), y la igualdad, entre otras.

3.2. La seguridad individual

En cuanto a las garantías, en su artículo 18 la Constitución se refiere detalladamente a los aspectos de la «*seguridad individual*». Podríamos resumir las características del régimen de protección de la seguridad individual diciendo que *las condiciones necesarias para la dignidad eminente y natural de la persona*, que brinda la Constitución son:

- a) Protección relativa a la privación de la libertad corporal.
- b) Protección relativa a la imposición de la pena, o presupuestos jurídicos de la represión: juicio previo, ley anterior, juez natural y estado de inocencia.
- c) Protección relativa al proceso: inviolabilidad de la defensa en juicio, no declaración en contra de sí mismo y prohibición de otras formas de autoincriminación, rapidez procesal, asistencia letrada.

- d) Protección relativa a la ejecución de las penas: régimen carcelario, libertad bajo fianza, condena condicional.
- e) Prohibición de la pena de muerte por causas políticas; de toda especie de tormento y de los azotes.
- f) Garantías jurisdiccionales de la libertad; tutela judicial y sumaria de los derechos humanos (acción de *habeas corpus*, acción de amparo y *habeas data*).

3.3. Las garantías jurisdiccionales

Son garantías en el más estricto sentido de la palabra, es decir como *procedimientos específicos* para la *tutela judicial sumaria y efectiva* de los derechos humanos.

La Constitución Nacional brinda la base constitucional para el *habeas corpus* al establecer que «Nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente» (art. 18). A partir de allí, el *habeas corpus* para la protección de la *libertad física* fue regulado desde antiguo, tanto en el orden nacional como provincial, en las respectivas leyes de organización judicial y códigos de procedimientos penales. La norma actualmente vigente en el orden nacional es la Ley 23.098, de 1984, que introduce interesantes innovaciones, entre ellas la posibilidad de control judicial (para el caso concreto) del acto declarativo del estado de sitio.

Con respecto a la protección de *los demás derechos que integran la libertad*, la Corte Suprema creó pretoriamente (es decir: sin ley que lo estableciera) el «*amparo*», una acción sumaria para proteger los derechos frente a restricciones provenientes del poder público (caso «Siri», año 1957), que luego extendió para dar protección ante las restricciones originadas en los poderes privados (caso «Kot», año 1958). En 1966 el amparo fue reglamentado por el Decreto-Ley 16.986/66 del gobierno de *facto*, que recoge la creación de ese remedio excepcional de nuestro Derecho Público, pero lo hace con un *criterio extremadamente restrictivo* con respecto a las hipótesis de su viabilidad, lo cual ha sido fundamentalmente criticado por los autores. La Constitución vigente, en el artículo 43, admite la declaración de inconstitucionalidad por la vía del amparo.

La *acción directa de inconstitucionalidad* (o sea la acción judicial que tiene por *objeto principal* la declaración de inconstitucionalidad de normas, actos, etc.) *no se halla legislada* en el orden nacional. En un breve lapso (1967-1974) un par de sentencias de la Corte Suprema (casos «Outón» y «Mate Larangeira Mendes», de 1967), nos permitieron sostener que esta acción había sido admitida jurisprudencialmente como un instrumento más para la protección de la Constitución y de los derechos por ella reconocidos.

3.4. La igualdad

La doctrina considera que entre las garantías institucionales de la libertad del hombre, está incluida la «*igualdad*» en tanto y en cuanto esta es una *nota esencial de la forma republicana de gobierno*. Si bien la Constitución se refiere únicamente a la *igualdad jurídica* («ante la ley»), el reforzamiento producido por las innovaciones del constitucionalismo social (reformas constitucionales de 1994), ha avanzado hacia la *igualdad de hecho y de oportunidades*, con vista a la *consagración de una efectiva democracia social*.

También ese es el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso «Prattico» (año 1959), donde reconoce entre los derechos sociales no enumerados, la existencia de una verdadera «*libertad frente a la opresión*», que se apoya en análogos fundamentos que los invocados por la Suprema Corte norteamericana (opresión económica).

En tales condiciones, la igualdad jurídica o formal (art. 16) estaría referida a la realización constitucional del principio de la igualdad en todos los campos, a saber:

- a) Igualdad ante la ley y la jurisdicción: abolición de la nobleza, esclavitud, fueros personales y comisiones o jueces especiales (principio del juez natural).
- b) Igualdad civil: en el goce de los derechos, en la admisión en los empleos públicos y en el pago de los impuestos y de las cargas públicas.
- c) Tratamiento constitucional de los extranjeros: igualdad civil.
- d) Igualdad ante la administración pública y los servicios públicos.
- e) Igualdad de oportunidades.

Pero el principio de igualdad tampoco es absoluto. En rigor, si bien la libertad es una idea, es antes un sentimiento. En cambio, la igualdad es básicamente una idea, porque nadie se siente *prima facie* igual a los demás, trata de diferenciarse. Entonces hay una dosis de necesidad cultural muy grande para que la igualdad se pueda hacer efectiva.

No es imaginable para nosotros un sistema de igualación a la fuerza de todas las personas, lo que conllevaría la consecuencia de tener que tratar de la misma manera a quienes son sustancialmente desiguales, o se hallan en circunstancias diametralmente opuestas. Por ello resultan *constitucionalmente admitidas* ciertas *diferenciaciones o distinciones* que el Estado puede establecer para determinados supuestos, como los que menciona el artículo 75 en el inciso 23, a través de «medidas de acción positiva», que tienen la importancia de propender y estimular algo tan importante como es el acceso: ¿A qué? El

acceso a los demás derechos, que puede estar tremendamente condicionado por las limitaciones que produce la necesidad. Sabemos que la necesidad atenta contra la libertad, habida cuenta que quienes tienen más escasos recursos –por ser menos pudientes– sufren el agobio de las dificultades, y hasta las imposibilidades del gozo de una movilidad social ascendente, que le brinde el mayor disfrute de su libertad.

3.5. El derecho a los hechos como una garantía para la protección «efectiva»

Con prescindencia del eco que reciba en el terreno de los resortes del aparato estatal, la Justicia refleja y testimonia una actitud de independencia de los jueces, que de por sí es encomiable para la salud de una sociedad que aspira a la preservación final de la eminente dignidad del hombre que la compone. Al pedir «efectividad» y «eficacia» en los procedimientos, la Corte acentúa la demanda *del derecho a los hechos*, que ya está incorporado al patrimonio de las libertades humanas, como un ingrediente que no puede ser soslayado sin grave desmedro de la *seguridad individual*. Por algo será que nuestro Continente ha incorporado a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, una serie de protecciones que conviene recordar: el derecho a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Art. I); el derecho de justicia (Art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. XXV); y el derecho a un proceso regular (Art. XXVI).

3.6. ¿Cuestiones concretas y cuestiones «abstractas»?

Existen muchos casos en los que solo es aparente e irreal el supuesto carácter «abstracto» de la cuestión a decidir. En tales situaciones, parece incorrecto que el órgano judicial se abstenga de practicar el control y de pronunciarse sobre la validez de las normas o de los actos que se conviertan en el caso. El «caso» no es abstracto, sino que, por el contrario, tiene contenido y sustancia concreta, que exigen una decisión en torno a la lesión que lo origina. Nos hemos ocupado de este problema con espíritu crítico (Vanossi en «Teoría Constitucional», Ed. Depalma, Tomo II), pero con posterioridad observamos que nuevas hipótesis obligan más aún a determinar con exactitud, y muy restrictivamente, cuáles son los límites del «caso abstracto», como única forma de evitar así (con una interpretación estricta), que los jueces omitan decidir, en torno a cuestiones que realmente tienen interés concreto y actual, pero que tan solo en apariencia pueden ser cubiertas bajo el manto evasivo de las cuestiones «abstractas» (y, por ende, no justiciables).

3.7. El «peso» de las sentencias en los Derechos Humanos

Los fallos pueden tener autoridad según las razones que contengan, o, como dice Laurent, «el fallo vale lo que valen sus motivos». Y es más interesante destacar la doctrina emitida por la propia Corte Suprema a través de algunos de sus fallos: como, v. gr., cuando expresara (Fallos 200:485, autos «Cía. de Electricidad de Los Andes v. Municip. de Mendoza») lo siguiente: «...porque si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están con respecto a la ley, en la relación de dependencia de lo fundado con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley...».

No está de más recordar que la Corte también ha expresado: «La facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones» (Fallos, 131:109).

Pensamos que así debe ser, y con más razón debe serlo, ya que si en los países donde se ha desenvuelto otra corriente de ideas y ha prevalecido la regla del *stare decisis et quia non movere* en materia de derecho común, no se ha hecho una aplicación rígida de ese principio cuando se trata de la interpretación de normas constitucionales.

Las citas que anteceden no tienen otro objeto que equilibrar las reflexiones que a diario se producen acerca del tan discutido valor de la jurisprudencia. Y en la materia constitucional, con mayor razón tratándose de los «derechos humanos» y sus «garantías» jurisdiccionales.

CAPÍTULO 4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

El régimen constitucional de protección de los derechos humanos no se agota en las declaraciones generales contenidas en los textos constitucionales. Por el contrario, todo su funcionamiento *concreto* está sujeto a un *sistema de control de constitucionalidad* (es decir: de concordancia con lo establecido por la Constitución), que será aplicable –llegado el caso– a todos los actos y hechos estatales, inclusive a las omisiones; y en ciertos supuestos

hasta la actividad de los particulares puede caer bajo el ámbito de dicho sistema de control.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad es *judicial* y *difuso*. Se dice que es «judicial», por cuanto es *ejercido por tribunales judiciales* (unipersonales, v. gr. un juez; o colegiados, como las Cámaras de Apelaciones, los Superiores Tribunales de las Provincias o la Corte Suprema). Es «difuso», porque la función no se halla reservada exclusivamente a un único y determinado órgano, sino que pueden realizarla *todos los tribunales judiciales*, tanto los nacionales como los provinciales.

Ahora bien: el control de constitucionalidad *no es una atribución más* de los tribunales judiciales, sino que es *inherente a la función judicial*: en otras palabras, se halla ínsita en ella. Como consecuencia de este principio, el control se ejerce desde los primeros años del régimen constitucional de 1853-1860, a pesar de *no estar previsto expresamente en la letra de la Constitución*, y posee determinadas características.

Así, cada tribunal puede efectuar el control *al dictar sentencia, en casos judiciales concretos* para los cuales sea *jurisdiccionalmente competente*, de acuerdo con la Constitución Nacional y demás normas que regulan la materia (Constitución provincial o leyes de organización de la justicia, según corresponda). Estas limitaciones son *aplicables también a la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; y nos ha parecido conveniente advertirlo, por cuanto la importancia de la Corte y la manera corriente de hablar –en especial en los medios periodísticos, que son los que más llegan al público– pueden hacer creer erróneamente, que todo asunto de constitucionalidad puede ser planteado ante la Corte Suprema.

Además, para que el tribunal judicial se halle *debidamente habilitado* para realizar el control, se requiere que exista *petición de parte interesada* (el titular del derecho afectado; solo ocasionalmente otras personas), es decir, que el tribunal no puede promover por sí mismo el control. Este requisito estaba seriamente cuestionado por la doctrina, cada vez más numerosa, entre la que nos contamos; hasta que hoy está aceptada la declaración «de oficio» por los jueces, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema (*jura novit curia*).

Las sentencias dictadas en casos concretos *solo tienen efectos para ese caso concreto*, de manera que el tribunal se limita a *no aplicar a ese caso* la norma declarada inconstitucional, pero *no la deroga ni suspende su vigencia*. No obstante, cuando la sentencia emana de la Corte Suprema Nacional, ella puede ejercer una influencia (más moral que jurídica) sobre los demás tribunales, otros órganos estatales y los particulares.

Quedan al margen del control de constitucionalidad diversos asuntos que pensamos constituyen verdaderas «brechas» en el sistema de protección de los derechos constitucionales: las llamadas «*cuestiones políticas no justiciables*» o «*facultades privativas*» de los órganos gubernamentales (intervención federal a las Provincias, procedimiento legislativo y constituyente, valoración de las cualidades de los empleados públicos a los fines de su eventual prescindibilidad o baja, etc.), así como otros aspectos que terminan vedando a los interesados la posibilidad de obtener pronunciamiento de los tribunales sobre la constitucionalidad o no de disposiciones que afectan sus derechos (p. ej. las «*cuestiones abstractas*», el voluntario sometimiento a un régimen normativo, la igualdad en la aplicación de la ley). Creemos que estas «brechas» *deben ser cerradas*, para extender el control a *todos* los casos concretos de lesión de derechos constitucionales. La tendencia es hacia la ampliación de la «*justiciabilidad*» en todas las cuestiones regladas jurídicamente por el ordenamiento legal (el «no a la discrecionalidad»).

4.1. Control de constitucionalidad y estado de sitio

Conviene aquí analizar la posibilidad de control judicial del estado de sitio, y su evolución jurisprudencial y legislativa.

Tradicionalmente se consideraba que *todo lo relativo al estado de sitio*, por su carácter eminentemente político, constituían facultades privativas de los poderes gubernamentales y, en consecuencia, cuestiones políticas no justiciables, o sea, exentas de control judicial.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema, con el apoyo de la doctrina de los constitucionalistas, fue produciendo innovaciones trascendentales en este asunto.

Así, a partir del caso «Sofía», de 1959, se estableció la posibilidad de *control judicial sobre las medidas concretas* de aplicación del estado de sitio, aunque se mantuvo el carácter no justiciable del acto declarativo del estado de emergencia.

Se inicia de esta manera la evolución, que abarca en esta primera etapa solamente a los derechos y garantías distintos de la libertad física, sobre la base de que respecto de ella el artículo 23 C. N. otorga expresamente al presidente de la Nación las facultades de arrestar o trasladar personas.

Posteriormente, la jurisprudencia comienza a controlar también el ejercicio de las potestades que afectan a la libertad física (caso «Timerman», de 1978),

posición que ha recibido notable espaldarazo en una sentencia de la Corte Suprema, por tratarse de un supuesto que no había llegado anteriormente a los estrados de nuestro más alto tribunal. Allí, la Corte resolvió que el hecho que tales medidas (arresto y traslado de una persona) estén previstas en la Constitución Nacional, no exime a los funcionarios que la dispusieron de una eventual responsabilidad penal en el caso de que, al dictarlas, hubiesen cometido algún delito (caso «Incidente Rodríguez Varela», del 13 de junio de 1985).

Además, es de destacar una ley que mina el viejo principio de la no justicia-bilidad de la declaración de estado de sitio. En efecto, la Ley 23.098, sancionada por el Congreso Nacional en 1984, reglamentaria del *habeas corpus*, permite que a través de este procedimiento se revise –para el caso concreto, y cuando ello fuere necesario– la legitimidad de la propia declaración del estado de sitio.

Creemos que, de este modo, vamos por el buen camino para garantizar la efectiva protección de los derechos humanos, inclusive durante el estado de sitio, por medio del *control judicial*. Esperamos que algún día se complete por medio de una Ley que reglamente el ejercicio de las potestades del Poder Ejecutivo respecto del estado de sitio, convirtiendo en *facultades regladas* lo que antes era discrecional hasta el punto de la arbitrariedad.

Bajo gobierno «de facto» (dictadura), la Corte Suprema en materia de *habeas corpus*, procurando la efectivización de ese instrumento o garantía de la libertad personal, primero en los casos *Pérez de Smith* (sentencia del 18 de abril de 1977 y 21 de diciembre de 1978) y después en el caso *Giorgi* (27 de febrero de 1979), ha dispuesto que se extremen todas aquellas medidas imaginables a efectos de poder hacer «realizable» el derecho (con cita de Ihering, en su obra «La lucha por el Derecho»), tal como se expresara en Fallos 300:1282, y de allí en adelante disponiendo extremar a los jueces inferiores las investigaciones destinadas al esclarecimiento de los «desaparecidos».

Cabe destacar que en numerosos pronunciamientos sobre estas materias, está presente la búsqueda de apoyo en los llamados «*poderes implícitos*» de la Corte, que ya habían sido invocados por ella en el caso *Bianchi* (Fallos 248:398) y en algunos otros pronunciamientos anteriores (Fallos 241:50). Nunca fueron (valga el juego de palabra) tan explicitados estos poderes implícitos, que no deben confundirse con los poderes «inherentes» del Tribunal. Me atrevería a decir que la Corte ha hecho toda una elaboración sistemática de esa construcción, en virtud de la cual, y sintiéndose ella el único poder independiente del poder político, ha creído su deber reforzar la vigilancia y el control para la mejor protección de los derechos de la persona humana, que es una clara

manifestación en el sentido de que la Corte, en uso de sus poderes implícitos, debe proteger el libre ejercicio y la eficiencia de la función atribuida a los jueces por la Constitución.

Asimismo, debe señalarse la labor creadora o pretoriana de la Corte, que la convierte –como decía Wilson– en algo así como «una convención constituyente en sesión permanente», que así ha dado el sentido actual hoy y aquí (*hic et nunc*) de estos mandatos del constituyente de otrora. Y, por último, es menester destacar que el déficit, o la erosión, o la deficiencia que este sistema pueda ofrecer, no está de ninguna manera en el marco constitucional que hemos comentado, sino en las desvirtuaciones que en los casos concretos de nuestra historia política han sufrido los derechos, ya sea por acción u omisión del gobernante, o bien sea también por exceso de los grupos de hecho. Hoy en día, las sociedades dinámicas tienen grupos de interés legítimos, porque defienden intereses. Son grupos de presión, hacen *lobby*; pero también actúan grupos de resistencia y grupos ilícitos que desde la violencia, en la clandestinidad y con el terror, proceden arteramente con el objetivo de demoler a la Justicia y que no impere otra cosa más que venganza, linchamiento y arbitrariedad. Por eso, la Justicia tiene que enfrentar la «graveza». ¿Qué es la graveza? Es la carga y la dificultad que importa todo aquello que es grave, pesado o muy difícil.

Bien afirma Jorge A. Aja Espil en su consagrada tesis doctoral, que «si los poderes implícitos son los medios idóneos para hacer viables las atribuciones expresas con que la Constitución ha investido a cada uno de los tres poderes, surge el interrogante del margen de discrecionalidad con que deberán ejercerse»; para concluir sosteniendo que «la regla jurisprudencial de la *razonabilidad*... es la que determinará si existe la «relación constitucional» entre el poder expreso y el poder implícito que hace eficaz a aquel» (confr., «Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes», Ed. Tea, Bs. As., 1987, pág. 25). Este afamado maestro del Derecho, reconoció en su obra que la proliferación de vocablos empleados, tales como poderes implícitos, poderes inherentes, poderes resultantes, etc., ha generado una «gran disparidad doctrinaria» (confr. «Poderes inherentes del Poder Judicial», en «Anales» de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, marzo de 2004).

De allí que nuestra conclusión consista en desaconsejar enredarse en el bizantinismo terminológico, habida cuenta que de hacerlo, tampoco se encontrarán equivalencias exactas o totales con el lenguaje adoptado por otros textos y exégesis de Constituciones afines (v. gr., la de EE. UU.); por lo que parece más simple y útil adherir a las palabras de la propia Corte Suprema argentina, cuando se ha considerado a sí misma como poseedora de las «facultades o

privilegios *inherentes* a todo poder público, para su existencia y conservación; de ahí que tenga todas las facultades *implícitas necesarias* para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado Nacional» (Fallos 319:24).

En consecuencia, más allá del juego de palabras y de la tropicalidad semántica, queda claro que si los llamados «implícitos» son poderes que auxilian y acompañan a las facultades que en forma expresa confiere la Constitución, los denominados «inherentes» también son consecuencia de atributos propios del órgano creado por la Ley Suprema: son inseparables, pues de no serlo así, el órgano o instituto quedaría enervado o anulado en su *energía jurisdiccional*. A manera de colofón, nos permitimos susurrar que más allá del deleite literario del juego de los vocablos en danza, la verdad inconcusa radica en la necesidad imperiosa de apelar a todo lo «inherente» que sea necesario para materializar lo «implícito», o lo «explícito», en el duro desafío que se presenta ante la osadía de obstaculizar, ignorar o impedir la efectiva «realización» del Derecho.

Los jueces tienen a mano los instrumentos, las armas legales y herramientas técnicas para cumplir cabal (y no burocráticamente) su altísima *función* de justicia: los *astreintes*, el *contempt of Court*, los delitos inculpables e imputables de desobediencia e incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos, la promoción del «juicio político» a los altos jerarcas embriagados de la soberbia y la impunidad; y, especialmente, el apoyo de una sociedad que clama por la vigencia palpable, visible y concreta de la exigencia de la «responsabilidad» en el desempeño de las autoridades.

La Corte adopta una actitud institucional, en virtud de la cual asume, en condiciones prioritarias, su rol de «tribunal de garantías constitucionales», o sea, el que más puede identificar a ese órgano en el seno de la sociedad argentina con su evidente situación de «cabeza de uno de los poderes del Estado». Pero todas estas consideraciones generales, que si bien revisten un notable valor teórico, podrían acaso resultar poco tangibles para los destinatarios del poder, aparecen acompañadas de otras manifestaciones doctrinarias y, mejor aún, de algunas afirmaciones muy concretas, que deben ser comentadas y aplaudidas, en relación con la generalizada aspiración de efectividad que debe rodear a las decisiones judiciales. En pocas palabras, la Corte estima necesario recordar que la privación de justicia no se consume, y apela al efecto vinculante que el enunciado preambular de «afianzar la justicia» debe tener con relación a todos los poderes que conforman el gobierno de la Nación, de manera tal que, como lógica implicancia del sistema constitucional de poderes, los restantes poderes están obligados a brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial, para que estos

puedan hacer efectivos los derechos y garantía instituidos por la Ley Suprema (Fallos 300:1282).

Es en la cuestión de la *efectividad* de los derechos y garantías, que la Corte enfatiza la magnitud de sus atribuciones, con miras al mejor cumplimiento de los *finés* del Estado que la Constitución ordena. En efecto, apoyándose en la autoridad indiscutida de Von Ihering, el inolvidable autor de «La lucha por el Derecho», los jueces recuerdan que la función del Derecho, en general, es la de *realizarse*: lo que no es «realizable» nunca podrá ser Derecho. La Corte reclama para los magistrados del Poder Judicial, que se le proporcionen los medios necesarios para que puedan ejercer su específica función jurisdiccional, «resolviendo con la esencial efectividad que exige el derecho», las situaciones particulares sometidas a causa judicial concreta, partiendo de una situación que, de hecho, equivaldría a una efectiva privación de justicia.

O sea, «que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la *eficacia real y concreta* que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que este alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial». Y en un mismo orden de ideas, la Corte siempre subraya que en orden a salvaguardar la *eficiencia* de la administración de justicia, es menester que los jueces estén dotados de los medios conducentes al logro de *resultados efectivos*, plasmados en decisiones provistas de *concreta utilidad* para los derechos cuya protección se les demanda.

Por último, la Corte Suprema extrema su argumentación sobre la base de dos líneas de pensamiento: por una parte, hace mención de la necesaria *confianza* que en el Poder Judicial depositan los ciudadanos, en instituciones del país en aras del bien común y de la paz social (lo que nosotros llamaríamos el «poder de persuasión» de la Corte Suprema); y, por otra parte, remite el Tribunal a los recaudos y exigencias de un Estado de Derecho (en el sentido jusliberal de la expresión), señalando que su plenitud no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente «la vigencia real y segura del Derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justicialidad plena de las transgresiones a la ley de los conflictos jurídicos». Ello importa ratificar en forma terminante una línea de pensamiento que apunta, en el campo de Derecho Constitucional, a los mismos objetivos que en otras áreas tienden a la consolidación del ideal del Estado de Derecho: reducir al mínimo el ámbito de las facultades discrecionales.

CAPÍTULO 5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Corresponde ahora que analicemos el significado que este sistema, explicado muy brevemente en los capítulos anteriores, *tenía en la época de la sanción de la Constitución*, y cómo ha sido en los años posteriores hasta la actualidad.

Dada la limitación del espacio, solamente nos vamos a ocupar de la siguiente comparación: en el momento histórico en el que este sistema perfectamente orgánico de protección de la persona humana fue consagrado por la Constitución Argentina, difícilmente se podría encontrar en alguna parte del mundo un sistema semejante, de igual protección. Basta con pensar lo que era el mapa político del mundo a mediados del siglo XIX, cuando nuestros constituyentes se reunieron, para advertir que únicamente en muy contados países de Occidente podía concebirse un goce tan amplio de la libertad civil y política, que abarcara en lo primero no solo a los nacionales, sino también a los extranjeros residentes.

En Europa, en esa época, solo Inglaterra y Suiza ofrecían un ámbito de libertad protegido en términos tan amplios; y en América apenas Estados Unidos y Chile eran modelos que podían ser tenidos en cuenta, y fueron precisamente los que el constituyente tomó en su elaboración.

En cuanto a la evolución posterior, es menester destacar *la labor extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, la que *con un mismo marco de referencia* (el conjunto del articulado de la parte dogmática de la Constitución), a través de *más de un siglo y medio de aplicación*, pudo, en diversas oportunidades, dar la dimensión actualizada de la extensión y la eficacia de tales normas.

El *cambio más significativo* que se operó en la Corte Suprema, fue tal vez el de la *década del 30*, en el siglo XX, cuando los jueces del tribunal decidieron adoptar un sistema de *interpretación dinámica de las normas constitucionales*, emancipando así a las normas del cordón umbilical que las ligaba a la *voluntad psicológica del constituyente*.

Eso superó, pues, las *limitaciones de la mera exégesis constitucional (interpretación estática)*, en virtud de la cual los textos de la Constitución eran interpretados en una manera muy semejante a la de los códigos y otras leyes comunes. Así se pudo trascender, por ese camino, hacia una interpretación en la cual la norma quedaba emancipada de tal voluntad psicológica, aunque *siempre ligada a una escala de valores y a un orden axiológico* que seguía siendo el patrimonio común de todos los argentinos.

Algunos autores critican la interpretación dinámica de la Constitución, argumentando que de ese modo se está haciendo un cambio constitucional sin seguir el procedimiento de reforma previsto por la propia Constitución. No compartimos esa opinión, por cuanto la interpretación dinámica permite adaptar las normas constitucionales a los cambios que se van operando en una sociedad a lo largo del tiempo: cambios tecnológicos inimaginables años atrás, pero también cambios de la realidad económica, social y cultural a la que los mismos textos normativos deben aplicarse. Solamente podría hablarse seriamente *de un simple cambio de la Constitución* en el hipotético caso de los jueces, extralimitándose, hicieran una interpretación que estuviera antagónicamente polarizada 180 grados con aquellos valores que consagraron positivamente los constituyentes, y que siguen hoy rigiendo a la sociedad argentina (no al «rupturismo»).

Fue en los primeros años de la década de 1930, cuando se hizo visible en el seno de la Corte aquella evolución en el núcleo interpretativo; y se produjo en esa época, y no antes ni después, porque *la necesidad* lo impuso. Es probable que si la necesidad la hubiera impuesto con anterioridad, los hombres que integraron la Corte coetáneamente también habrían procedido de la misma manera. La interpretación dinámica fue necesaria en momentos en que la gran crisis económica del 29 y del 30, que afectó al orden internacional y reflejamente a nuestro país, requirió la sanción de leyes de emergencia, pero de una clase distinta de las de tipo político, como el estado de sitio.

Hoy en día hay muchas constituciones en las que están previstas también *situaciones de emergencia de tipo económico*, e incluso se puede hablar del «*estado de sitio económico*», como p. ej. la Constitución de Colombia, en su reforma de 1968, a iniciativa del ex presidente López Michelsen, quien, como constituyente, fue el autor de esa innovación, que provenía de su padre de los años treinta, López Pumarejo, también presidente.

La Corte, al adoptar el método dinámico, considera que la *escala valorativa* a tener en cuenta es la *vivenciada y compartida por la comunidad en el momento presente*, es decir, en el momento coexistente con la aplicación y el conflicto; y no como ocurriría con una interpretación estática en que debía referenciar exacta y estrictamente el orden axiológico reinante en el tiempo de la sanción de la Constitución (cabe aclarar que al referirnos a las dos formas de interpretación constitucional –estática y dinámica– hacemos aplicación de la distinción utilizada por Esteban Imaz y Julio Oyhanarte entre otros). Los norteamericanos distinguen entre la interpretación «originaria y la progresista» (la primera es conservadora y la segunda es liberal).

El caso que más palmariamente permite observar el tránsito de una interpretación a la otra, es el de la *ley de moratoria*, sancionada en los primeros años de la década del treinta, que era evidentemente un supuesto impredecible para los constituyentes, y de difícil manera se hubiera podido comprender al tiempo de Vélez Sarsfield o en la época de los estadistas ortodoxamente liberales del siglo XIX. Sin embargo, la Corte en 1934, en el caso «Avico c/ De La Pesa», con gran percepción, comprobó que tratándose de una limitación anormal o transitoria, podía tener perfecta cabida en la Constitución. Porque si bien siempre la Corte por «razonabilidad» ha entendido *una proporción entre el medio elegido y el fin perseguido*, para poder calibrar esta proporcionalidad *en concreto*, la Corte acepta –e incluso los menciona– muchos datos *de la realidad actual* (datos sociales, políticos, económicos y culturales) que sirven para que de su valorización se llegue al resultado, no de una mera extracción de tipo matemático, sino realmente de *una ponderación concreta de las circunstancias en que la sociedad argentina convive*.

A manera de síntesis conceptual, podemos afirmar que las corrientes de pensamiento y las líneas de apoyo, que sirven de fuente y sustento a los pronunciamientos judiciales de interpretación de las normas supremas que sustentan el sistema constitucional, son importantísimas, y van por cuenta de los *leading cases* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ella misma se ha autoproclamado como «la intérprete final de la Constitución», al hacer valer, ante gobernantes y gobernados, su condición de «tribunal de garantías constitucionales», y de protagonizar el rol de «cabeza del Poder Judicial» que, como es sabido, incluye la función interpretativa en todos sus fueros, instancias y jurisdicciones.

En buen tiempo, la Corte Suprema ha buscado, y ha acertado, en el hallazgo de los medios –por interpretación y por creación jurisprudencial– para alcanzar fines garantistas. Es como decía el escritor Franz Kafka: «existen las metas, lo que no existen son los caminos». ¡Se pueden encontrar!

En síntesis, es menester respetar el estilo de los fallos de la Corte; y, prioritariamente, en aquellos cuyo contenido versa sobre cuestiones de interpretación constitucional. La coherencia en las formas también «hace» a la congruencia de los contenidos y a la armonía de los fines. ¿O vamos a poner en duda que entre la ética y la estética existe una estrecha vinculación? Más aún, media una delicada interdependencia, a la que obviamente se suma la lógica como disciplina axial del pensamiento y del conocimiento. Y, desde luego, no olvidemos cuidar la identidad de los modelos, pues los paradigmas constitucionales suelen rebelarse ante la insolencia de los apartamientos caprichosos que contradicen sus «bases y puntos de partida», es decir, sus presupuestos.

Conclusión: No cabe duda de que ciertos temas históricos o doctrinarios han hecho derramar tinta con igual intensidad que sangre en las batallas. Y eso también ocurre en el ámbito del Derecho, donde la discusión en torno a temas vitales ha desatado ásperas polémicas, algunas de las cuales han alcanzado plena consagración histórica. Hay cuestiones que mantienen su vigencia a través del tiempo y del espacio, y así, por ejemplo, lo es la del valor de la jurisprudencia, la que seguirá siendo materia opinable mientras subsista la propia institución judicial que le da vida a los derechos humanos y garantías.

Es inútil querer puntualizar los límites de lo controvertible en esta cuestión. Tampoco puede sistematizarse, si no se toman en cuenta –previamente– las diferencias existentes en la base institucional que separa a las distintas realidades que son objeto de estudio. Así, y en el tema, tres enfoques pueden intentarse, si tomamos en cuenta las construcciones operadas en los Estados Unidos, en Europa y en la Argentina, como ejemplos. Estados Unidos y Argentina tienen en común su sistema representativo, republicano y federal (con matices diferenciables) que forma el *substratum* de la idea constitucional que le dio origen. Y si bien ambos adoptan el principio de la división o separación de poderes, resulta en cambio distinta su concepción de la naturaleza y alcance de la función judicial.

CAPÍTULO 6. LA PROTECCIÓN A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Todo el sistema reposa en la Constitución y en la ley, pero su implementación puede comprender la aplicación de tratados y demás convenios internacionales, que en muchos casos requieren a posteriori –para su vigencia efectiva– la sanción de normas reglamentarias que les permitan ser autosuficientes ante los jueces. Como ejemplo, pueden citarse casos referidos a las convenciones sobre eliminación de toda forma de discriminación.

La Argentina se ha mostrado y dispuesto a ratificar los «pactos especiales» que tanto las Naciones Unidas (ONU), como la Organización de los Estados Americanos (OEA), han sancionado con el fin de perfeccionar las respectivas Declaraciones de Derechos de 1948: Así la «*Convención Americana sobre Derechos Humanos*» de la OEA, firmada en 1969 y conocida también como «*Pacto de San José de Costa Rica*», fue aprobada por el Congreso Nacional el 1.º de marzo de 1984 (Ley 23.054), y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 14 de agosto del mismo año, entrando en consecuente vigor para nuestro país en esa última fecha.

En el ámbito de las Naciones Unidas, por su parte, se firmaron en 1966 el «*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*» y el «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*», así como un «*Protocolo Facultativo*» de este último. Estos tres instrumentos fueron aprobados por el Congreso nacional el 17 de abril de 1986 (Ley 23.313), y su ratificación fue efectuada por el Poder Ejecutivo el 8 de agosto del mismo año, entrando en vigor para nuestro país tres meses después.

De ese modo, nuestro país se incorporó al concierto de las naciones que reconocen y asumen internacionalmente la obligación de respetar los derechos humanos, y que se someten a los procedimientos e instituciones internacionales destinados a otorgarles efectiva protección en los casos concretos. Con la reforma constitucional de 1994, en el artículo 75 inciso 22, fueron reconocidos (y abiertos a su ampliación ulterior) la mayoría de los tratados y convenciones de «Derechos Humanos», los que tienen «jerarquía constitucional» en las condiciones de su vigencia; y advirtiendo que «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». Trece «declaraciones» y «convenciones» están hoy en vigor.

En cuanto a los pronunciamientos de la «Corte Interamericana de Derechos Humanos», como asimismo las recomendaciones de la «Comisión» homónima, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina ha exhibido una postura oscilante, habida cuenta que de su criterio favorable de aceptar el carácter obligatorio o imperativo de las sentencias de San José de Costa Rica, en tiempo más reciente ha manifestado (por voto de la mayoría) un reconocimiento al «margen de apreciación nacional», a la manera de una «zona de reserva» que limitaría el «control de convencionalidad» a una guía o pauta de interpretación, a tener o no en cuenta según la índole de los casos a resolver, toda vez que no estamos en presencia de un sistema de «integración comunitaria» de carácter continental (a diferencia del régimen de la Unión Europea y la Corte o Tribunal de Estrasburgo).

A través del desenvolvimiento y las concepciones monistas, se afianzan tres o cuatro jurisdicciones a nuestra vista en el mundo de hoy: La *justicia constitucional*, sea difusa o concentrada, cada vez en mayor número de estados. Las cortes regionales de *derechos humanos* (ya en el nuestro funcionan, en Europa desde antes). Un *tribunal penal internacional* que ha visto la luz, por lo menos en la letra, en un tratado en Roma. Y órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos de *integración*, ya sean judiciales o arbitrales, pero que son necesarios para que los procesos de integración –algunos muy precarios, como nuestro Mercosur– puedan avanzar con seguridad jurídica.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES

Nos permitimos sintetizar el espíritu de estas reflexiones, de la siguiente manera:

I) La «*Declaración de Derechos*» que contiene nuestra Constitución Nacional es *satisfactoria y completa* a los fines de una amplia protección de la persona, si sumamos a sus enunciados expresos los derechos y garantías que implícitamente protege, así como también la densa construcción jurisprudencial que completa y perfecciona a ese sistema de la Libertad Humana.

II) Sin darle forma de declaración orgánica, la Constitución prevé un conjunto de *deberes públicos*, que constituyen la contrapartida de los derechos, con los que se relacionan armónicamente.

III) La declaración de derechos de la Constitución argentina es concordante con las *Declaraciones* que han adoptado *los organismos internacionales*, y se refuerza con la ratificación argentina a las *convenciones o pactos internacionales de derechos humanos* destinados a hacerlos efectivos y brindar protección concreta a las personas a través de *instituciones internacionales*.

IV) La Constitución parte de la base de *que ningún derecho es absoluto*: todos los derechos son relativos en el sentido de que tienen límites. Estos límites puede ser determinados por el Estado, a condición de que ello se haga respetando *los principios de legalidad y razonabilidad*. El primero significa que la limitación debe establecerse por ley formal (Ley del Congreso), y el segundo importa que el contenido de la limitación no debe llegar a alterar el derecho, desvirtuarlo, ni mucho menos suprimirlo. Asimismo, el establecimiento de limitaciones a los derechos debe *ser controlable* por otros órganos, independientes del que ejerció tal potestad estatal.

V) *En situaciones de emergencia* los derechos de las personas están sujetos a la posibilidad de mayores limitaciones que en épocas de normalidad institucional. Los institutos de emergencia previstos para afrontar dichas circunstancias (en nuestra Constitución *el estado de sitio*), han sido utilizados en otros tiempos pasados, *en grave detrimento de los derechos humanos*.

Pensamos que ello no justifica suprimir esos institutos, lo que podría llevar a la indefensión de la comunidad; pero sí exige perentoriamente que sean reencauzados para *servir como instrumentos de defensa de la Constitución*. Las atribuciones del Poder Ejecutivo en tales situaciones deben ser *regladas* (por el Congreso) y *controlables* (por el Poder Judicial).

VI) *Las garantías* que brinda la Constitución nacional *son amplias y complementarias* de los derechos reconocidos, formando con ellos un todo homogéneo y coherente. Merece observarse con detenimiento la variedad de campos en los que se proyectan la seguridad individual y la igualdad.

VII) Para la efectiva vigencia de los derechos humanos, *el control debe ser potenciado* en correlación con *el crecimiento del poder*. La realidad mundial nos muestra una generalizada tendencia al aumento del poder gubernamental, pero ella debe ser compensada por la aplicación de la «*regla de oro*» del *constitucionalismo contemporáneo*, que puede expresarse así: «*a mayores poderes deben corresponder mejores controles, mayores garantías y más responsabilidades*».

En particular, este principio exige que el control sea *vigorizado aún más en las emergencias*, en las que se *produce* un aumento del poder frente a los derechos de las personas.

VIII) *El sistema judicial difuso de control de constitucionalidad* de las leyes y demás actos estatales, que pone en cada juez la potestad de revisión a los fines de custodiar así –por vía de la legalidad constitucional– al estatus de los derechos de las personas, *es el régimen adecuado* para *asegurar un perfeccionamiento constante y dinámico* del conjunto de los derechos y garantías.

Al propio tiempo, puede afirmarse que este sistema judicial es sumamente «democrático», en el sentido de que *reconoce a cada persona la posibilidad concreta y actual* de impugnar los vicios de inconstitucionalidad de las normas que le afecten particularmente en sus derechos.

Es menester *cerrar las «brechas»* que devalúan la eficacia del régimen de control; y, sin incurrir en demasías judicialistas extremas, corresponde extender la esfera del control *a todos* los casos concretos de lesión de derechos constitucionales protegidos.

IX) Conviene destacar *las garantías jurisdiccionales: habeas corpus, habeas data, amparo y acción de inconstitucionalidad*. En todos estos supuestos, se trata de procedimientos judiciales para promover el control de constitucionalidad en defensa de los derechos humanos. No son los únicos, pero se diferencian por su carácter sumario, es decir, por ser *mucho más breves y rápidos* que los procedimientos ordinarios o comunes.

X) *La interpretación dinámica* de la Constitución, dentro de las condiciones que hemos señalado, es *una técnica idónea* para poder aplicar con justicia, a la realidad de hoy, un texto constitucional redactado más de cien años atrás,

adaptándolo así a los cambios tecnológicos, sociales y culturales ocurridos en ese lapso.

Siempre quedarán –presentes o ausentes– asignaturas de enorme importancia para que, en materia de derechos y garantías, se obtenga una «tutela efectiva» por parte de los órganos jurisdiccionales. Creemos firmemente que se deben perfeccionar los controles expandiendo su amplitud, a saber, con:

1) *El control de constitucionalidad*, que es el máximo control, comprende facetas varias, y es importante tenerlas presentes. No es solamente la constitucionalidad de la norma, sino que, en concreto, incluye además el control de las llamadas anteriormente *cuestiones políticas no justiciables*, y que, en la actualidad, han quedado reducidas a una zona de reserva limitadísima, con lo cual se ha ensanchado el ámbito de las facultades regladas y disminuido el de las potestades discrecionales. Hoy en día, la Corte Suprema ha reconocido la procedencia del control procedimental de la sanción de las normas cuando se verifica una violación de las formas a cumplir.

2) *El control de la razonabilidad* que la Corte tan precisamente ha definido como la proporcionalidad necesaria entre el medio elegido y el fin perseguido en la reglamentación de los derechos (se infiere del art. 28, Const. Nacional). Como parte de este control de la razonabilidad, queda comprendido el control de la «desviación de poder» (*detournement de pouvoir*), que actúa cuando una autoridad aplica o ejerce sus potestades con una finalidad, o con motivaciones ajenas a las conferidas por la Constitución o las leyes (p. ej., favoritismo, persecución, venganza, lucro) (véase: Vanossi, «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justicialidad de las desviaciones de poder», Anales de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires, diciembre 2002).

3) *El control de la arbitrariedad* de las sentencias, que la Corte ha creado pretorianamente para revisar sentencias de tribunales inferiores (también *errare humanum est*) que pueden tener un error inexcusable.

4) *El control de la operatividad* (auto-sustentabilidad) para decidir si una norma es auto-aplicativa o necesita implementación, porque es mucho más fácil decir que no es aplicativa y, por lo tanto, diferir su plena vigencia a otro Poder del Estado. Muchas veces las normas –aun sin esperar los recursos monetarios o los recursos humanos– pueden, por vía de *la energía jurisdiccional*, adquirir una operatividad mínima suficiente para convertir en derecho efectivo aquello que está todavía en derecho proclamado. Por eso es que hemos sostenido, y seguimos sosteniendo, que así como este tema se ha considerado en el orden internacional respecto de la operativi-

dad o no de los tratados y compromisos internacionales, pues del mismo modo también en el orden interno. En caso de duda, la presunción debe ser en favor de la operatividad.

Tiene que entenderse como cuestión no baladí, sino esencial y fundamental, la necesidad de atender y comprender la «operatividad» de las *cláusulas constitucionales*, porque depende en un crecido número de casos que las cláusulas que otorgan derechos a las personas resulten de aplicación «operativa», si los jueces –y la Corte Suprema en última instancia– ponen el esfuerzo interpretativo e integrativo necesario y conducente para producir tan auspiciosos efectos. El recaudo de la «implementación» o «complementación» de ciertas normas, como necesario para poder hacer exigible el goce de un derecho o de otra protección constitucional, puede ser alcanzado merced a una adecuada hermenéutica por parte de los jueces. Así como la Corte Suprema ha puesto particular empeño, para asegurar la aplicabilidad inmediata de cláusulas de tratados y otros actos internacionales (v. gr. algunas convenciones de la O. I. T.), sería deseable que hiciera lo propio con la posibilidad de alcanzar una inmediata e incondicionada aplicación de normas con rango constitucional, de las cuales se pueden derivar para las personas ciertos beneficios en el estatus de sus derechos y garantías. Y no nos referimos únicamente a los derechos sociales (art. 14 bis) de la Constitución Nacional, que por obvias razones son los más demorados o diferidos en su exigibilidad de un reconocimiento judicial –a nivel federal–, sino de la existencia de la «acción de inconstitucionalidad» como tema de protección constitucional de los derechos humanos.

5) El control de la *compatibilidad constitucional de las normas reglamentarias*: Es menester precisar cuál es el sentido y alcance de la exigencia constitucional de que los decretos y reglamentos no violen «el espíritu de las leyes».

Si uno de los objetivos del Estado de Derecho es el afianzamiento de la seguridad jurídica, debemos pues procurar que no escapen al principio de supremacía constitucional ni las leyes, con respecto a la Constitución, ni los decretos con relación a las leyes, ni ninguna otra norma con respecto a las superiores en la jerarquía de la pirámide jurídica (que siempre culmina con la Constitución Nacional). Si esto es así, entonces debe proceder la revisión judicial a través del Recurso Extraordinario, en todos los casos en que se controvierta seriamente la compatibilidad entre una ley y su respectivo decreto reglamentario, aun tratándose de materia propia del llamado «derecho común» (por oposición a la diferencia del «derecho federal»), ya que, en esos casos, también está en juego una cuestión constitucional o cuestión regida –concretamente– por la Ley Suprema.

6) El control de la inestabilidad, ya que por otra parte, se debe garantizar el principio de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. Se debe sostener el principio de la irrevocabilidad unilateral de los actos administrativos frente a derechos adquiridos de particulares, o cuando se afecten intereses legítimos de estos. Contra lo que estamos señalando, conspira el hecho de que la seguridad jurídica tiene porcentajes muy bajos, muy por debajo de lo deseable y de lo necesario, para que se pueda operar un crecimiento adecuado de nuestra parte del continente, puesto que se requiere «contemplar necesariamente la estabilidad de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones», y por ello, ha anticipado todas las posibilidades de violación de la seguridad jurídica, habiendo advertido sobre los riesgos siguientes y subsiguientes que a ese acontecer le siguen (Fallos 316:1609, Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Con motivo de la finalización del «año judicial» del 2017, el Presidente de la Corte Suprema de la Argentina, Dr. Ricardo Lorenzetti, expuso en el Colegio Público de Abogados, su inquietud por la necesidad de una reglamentación de las «acciones colectivas» que cuente con una base legislativa, a fin de poder avanzar en la evolución jurisprudencial de los denominados «procesos colectivos». Se trata de procesos también denominados «acciones de clase» (*Class actions*) o «juicios masivos», que la Corte Suprema inició pretorianamente en el año 2009 (Caso «Halabi»), donde se trataba de usuarios de telefonía personal e internet que se consideraban lesionados en su derecho a la privacidad.

Estamos ante la necesidad de procurar la viabilidad y el andamio de «sentencias atípicas», que así pueden ser llamadas por la peculiaridad que ofrecen situaciones sorprendentes y sorprendentes de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales que son visiblemente homogéneos, en los que se apunta a una solución reparatoria o compensatoria que cubra a todos los abarcados en igual cuestión. En otras palabras, la economía procesal ayuda a que la acción incoada (individual o grupal), alcance no solo a los promotores, sino también a los demás titulares del mismo derecho (sic).

Otro cantar ofrecen las ahora consideradas «sentencias exhortativas», o sea, las que si bien no pueden brindar una solución, derivan el ruego al Poder Legislativo para que la legalidad provea el reemplazo de las normas «impeditivas».

Permítaseme traer a la memoria que el Derecho hispánico ostenta con orgullo, antecedentes que precedieran a que Inglaterra aprobara la Carta Magna en 1215: en el Fuero de Aragón del año 1198, se creaba el cargo del «Justicia». Era un magistrado al que el Fuero le otorgaba la potestad de ir con la pica y derribar la puerta, o el portón, o el puente que impidiera el acceso al sitio donde hubiera

que acudir para liberar a quien estaba injustamente prisionero, o fuera menester levantar la restricción, la proscripción o el impedimento para obtener el goce de un derecho. O sea, que el juez podía constituirse en ejecutor, si las circunstancias llevaban al triste desafío de tener que poner en juego su potestad jurisdiccional, para que el derecho no quedara en la letra de la sentencia, sino que se tradujera, en definitiva, en el restablecimiento de un derecho violado. De poco valen las sentencias «exhortantes», que valdrán como «consejo», o expondrán una «directriz», con un abundante acopio de «recomendaciones», que suenan a «bla-bla, bla»; cuando los justiciables aguardan actos concretos de *potestas*, verdaderas manifestaciones de *imperium*, el testimonio real de una disposición de *executio*, es decir, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

En el presente, en el Derecho contemporáneo los jueces pueden aplicar «astreintes», los magistrados también pueden considerar el supuesto de un «*contempt of Court*», o sea, desacato al tribunal, que es la ofensa o el agravio que se produce si el Ejecutivo, u otro poder público o privado, no cumple una decisión. Estos *remedios sancionatorios* los aplican también en el Derecho Comparado, y provienen del sistema judicial anglosajón. Y por supuesto, los jueces pueden incoar, por vía del fuero pertinente, las *acciones penales* contra actos u omisiones que impliquen la comisión de desobediencia o de incumplimiento de los deberes de funcionario público, con respecto a la autoridad que se niegue a ejecutar o dilate el cumplimiento de una decisión. Lo que no se puede admitir, es que los jueces permanezcan indiferentes antes esa situación. Hablo de mi país porque es el que conozco, donde hay casos paradigmáticos de inoperancia en la ejecución, que se inmovilizan con alarde de lenguaje «recomendatorio» y «aconsejante», que a la postre esconde eufemismos dilatorios o distractivos.

Téngase en cuenta que hoy no se trata evidentemente de predicar eso. De lo que se trata es en definitiva: no de *sustituir sino de energizar*. No de reemplazar o desplazar, sino de potenciar. Lo que se reclama de los jueces, sobre todo en nuestros países, es que pongan la mayor *energía jurisdiccional* dentro de su ámbito competencial. Hay leyes, decretos y hasta ordenanzas que no se cumplen, y aparecen fallos judiciales «exhortatorios» que quedan en la nada. Es inadmisibles resignarse ante sentencias meramente «invocatorias», con plazos que tampoco se cumplen.

Por lo tanto: nadie pretende convertir al juez en un «*führer*»; de lo que se trata es de que, con su capacidad pretoriana de creación de la norma individual, amplíe y potencie la garantía protectora de los derechos y libertades reconocidas; y para ello, basta con la apertura de un *procedimiento idóneo y eficaz*. No se piden jueces invasores ni sustituyentes de los otros poderes; basta tan solo que pongan en funcionamiento su imaginación y creatividad pretoriana.

COLOFÓN

No hay duda de que Ihering golpeó en el clavo cuando, en una frase que siempre llevo conmigo, extraída de su obra *La lucha por el derecho*, y que la ha citado muchas veces la Corte Suprema de la Nación, afirma una cosa tan sencilla como la siguiente: «La función del derecho es la de realizarse, *lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*». De alguna manera, y en estos términos tan escuetos, Ihering estaba remarcando, valga la redundancia: ese derecho a la autorrealización del Derecho depende en gran medida de la organización judicial, del Poder Judicial, de la justicia en todos sus niveles y en todos sus términos. Una de las claves de bóveda de la autorrealización del Derecho está, precisamente, en esa garantía. Entonces, queda claro ahora que no solo es *conditio sine qua non* la seguridad jurídica. El Estado de Derecho depende fundamentalmente no solo de la predictibilidad de las normas, no solo de la regla de calculabilidad, sino que depende básicamente del Poder que tiene que asegurar, en su aplicación, el cumplimiento de esos rasgos distintivos y característicos de lo que se llama «seguridad jurídica», como un componente inescindible del Estado de Derecho. No hay Estado de Derecho sin seguridad jurídica, y no perdura la seguridad jurídica si no existe el Estado de Derecho.

Creemos en la fuerza paradigmática del constitucionalismo como gran enunciado de las reglas del juego, ya que el constitucionalismo, como concepción global, ha aportado una de las cosas más positivas, desde antes que comenzara este siglo y desde antes que comenzaran los siglos XIX y XX. El establecer un régimen igualmente obligatorio para gobernantes y gobernados, que produzca efecto vinculante no solo para el que está sujeto a la ley, sino también para el que sanciona la ley y aplica la ley. La despersonalización del poder. El reemplazar la discrecionalidad por la racionalidad. Es decir, sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por el gobierno razonable de las normas. ¿Puede entonces hablarse de una *era constitucional* –si algún nombre había que darle a la era contemporánea, a partir de las tres grandes revoluciones: la inglesa, la americana y la francesa–? Yo contesto por la afirmativa. Creo que hay una era constitucional. Y creo que, como se dijo en el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Grecia, celebrado en Atenas años atrás, la gran herencia del siglo es el triunfo de un modelo: el modelo del Estado Constitucional de Derecho. Lo que queda en pie después de todo lo que se ha derrumbado, superado o reemplazado, es la idea del Estado Constitucional de Derecho. Su supervivencia es la clave de bóveda de su superioridad implícita y explícita. Hay «globalización», es cierto. Pero tengamos cuidado porque las instituciones no son todas trasplantables, no son todas injertables de por sí. Hay que tomar en cuenta lo que Heller llamaba las «realidades sociales subyacentes». Si en algún terreno las aduanas habrán de conservar alguna vigencia, es en el terreno de la importación o de la exporta-

ción de las instituciones. Porque algún cuidado debe haber en importar modelos inaplicables, tratándose de realidades distintas y distantes. Siempre vamos a asistir al choque de dos culturas. Y esto lo vemos claro en nuestro país, aunque no es exclusivo de nuestro continente. Por un lado una *cultura institucional*: los que creemos en la separación de poderes, en la libertad como un triunfo del sistema, en el juez independiente, en el pluralismo, en los partidos políticos, en los controles, en las responsabilidades. Por otro lado, una *contracultura mesiánica*: los que solo creen en la concentración, en la eternidad en el poder, en una palabra, en los sistemas autocráticos de presunta inspiración ya sea divina o ideológica. Son dos creencias en tensión permanente, porque son dos sociedades que subyacen. Por un lado, la tendencia de la sociedad que podríamos llamar *conviviente y pluralista*, que no es lo mismo que ser plural. Pluralista es tener conciencia de la pluralidad y comportarse en consecuencia. Por otro lado, la creencia *hegemónica y monocrática*. Es decir, lo opuesto a lo anterior. ¿Cuál predominará en el siglo XXI?

La gran esperanza está siempre en la concepción filosófica que tengamos del hombre. En el triunfo antropocéntrico, la concepción del ser humano y de la persona, el personalismo y no transpersonalismo, es decir, la vuelta de Radbruch: el estado es un medio; el fin, es la persona; mientras que los sistemas transpersonalistas, al invertir esta filosofía, dan pábulo a que se abra la puerta a los infiernos que son los totalitarismos. Para ello, habrá que limitar todas las grandes concentraciones de poder. Para detener el transpersonalismo, cualquiera sea su naturaleza, hay que crear defensas. Defensas, frente a los monopolios, contra el abuso o desviación del poder. Defensas frente al peor mal, que son los fanatismos, la intolerancia, los dogmatismos.

Una cosa son las convicciones, las creencias, los valores, y otra cosa es la cerrazón del dogmatismo. Y también defensa frente a la violencia irracional que hoy vemos en todas partes, no solo en la guerra, sino también en el deporte, que se ha vuelto violencia; como en los medios de comunicación, con las drogas, las que solo traslucen violencia y así podríamos seguir. Acaso se comprenda finalmente, y el Derecho tiene mucho que ver: que el orden es el precio de la libertad. Es cierto: la libertad tiene un precio que es el orden. Un orden basado en la razón, en el consenso y en la experiencia. Un orden justo nos dará otra dimensión cualitativa de la vida en libertad. Para poder gozar de más y mejor libertad, es menester el resguardo del orden.

Y extraigo una conclusión (*the last, but not least*), a propósito de los derechos y de la justicia, producto de una sabia reflexión de la Suprema Corte de los Estados Unidos, según la cual «los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad, y nuestros derechos fundamentales, no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna elección» (319 US 624, 638).

Agregaríamos: no desanimarse por los tropiezos y las contrariedades. En una palabra, hay que tener fe. Fe en todo, y, particularmente, no abdicar de «la fe en el Derecho», como nos enseñaba el maestro Sebastián Soler. De ello dependen la suerte y el destino de los Derechos Humanos y de su efectiva protección.

Palabras finales: una propuesta. El Derecho Constitucional (y todo el derecho público) argentino está maduro. Ha llegado a la mayoría de edad, y tiene acreditado un legítimo sustento en el vigor de sus estudios y en el rigor de sus análisis. Tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia, ofrecen la decantación que produce una prolongada experiencia en sus respectivos ámbitos, después de transitar por el perfeccionamiento del método y la precisión del objeto. Nadie cuestiona la seriedad de los aportes originales con que autores y jueces han contribuido a enriquecer los estudios iuspublicísticos, como así también a brindar los instrumentos imprescindibles para la solución de las cuestiones y de los problemas que, ininterrumpidamente, se han suscitado o renovado, desde 1853, hasta nuestros días. Estamos, pues, en presencia de un Derecho público autóctono que, sin perjuicio de incorporar los valiosos aportes que brinda el método comparado, está en condiciones de apoyarse básicamente en los elementos nacidos y desarrollados a través de la vida constitucional argentina. De lo dicho, se desprende que lo más recomendable para afianzar esa tendencia con el prestigio de los fundamentos propios, consiste en concentrar el mayor peso argumental de los fallos judiciales interpretativos, en la tradición de los precedentes y en los aportes doctrinarios ya consagrados, reservando la remisión a las citas de origen extranjero –pertenecientes a otros sistemas jurídicos o institucionales– para los casos en que ello resulta insoslayable, como consecuencia de la falta o insuficiencia de los elementos vernáculos. Hay que despojarse de la erudición por la erudición misma, potenciando, con el razonamiento y el análisis, lo que realmente interesa en una *ratio decidendi*: ofrecer fuerza de convicción en la solución legal y justa del entuerto a resolver, a través de una interpretación constitucional que se compadezca con la estructura del régimen vigente, e irradie credibilidad, y confiabilidad, en los justiciables en particular, y en la sociedad en general.

Comunicaciones

Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal

Raúl Enrique Altamira Gigena

*Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)*

*Académico Correspondiente Academia Colombiana de Jurisprudencia
Profesor Titular Plenario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Córdoba – Argentina*

En Homenaje a:

1. Los 400 años de la Fundación de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).
2. A la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, instaurada por decisión de Juan Bialek Massé en marzo de 1917, denominada Derecho Industrial y Obrero.
3. A los 100 años de la Reforma Universitaria de junio de 1918.

PRÓLOGO

Transitamos tiempos tormentosos, donde abundan el desconcierto, la incredulidad, la violencia y la desigualdad. Todos tenemos alguna responsabilidad con lo que acontece. Simultáneamente, se nos presenta la posibilidad de participar de la utopía de promover cambios positivos, orientados a la amistad y unión social.

Es un reto, un desafío, porque se requerirá templanza, paciencia, perseverancia y comprensión. Los valores éticos, y el esfuerzo por humanizar nuestras relaciones, deben superar al desencanto y la desesperanza.

La actualidad constituye un momento propicio para la introspección profunda, que nos conduzca a modificar comportamientos y actitudes en pos de una

comunidad que camine, sin pausa, hacia la inclusión y protección de los derechos humanos, conscientes que somos parte de un mismo destino.

Pensar en el prójimo es una forma concreta de hacer pertinente la convivencia. La tragedia de la pobreza y la indigencia, debe desafiarnos a encarar acciones correctivas conducentes. La desconfianza se arraiga cuando la palabra se trivializa y las promesas no se cumplen, con el desenfado propio de la irresponsabilidad.

Transformemos la famosa grieta, en crisis, que significa esencialmente una oportunidad del compromiso de la ciudadanía. Los que se sienten dirigentes (vecinal, político, gremial, industrial, docente) deben exponer grandeza, en especial a los de más alta graduación por sus funciones, máxime cuando lideran proyectos que procuran desechar infortunios que laceran hasta el sacrificio del olvido.

Abandonemos el apego a la prestidigitación, y coloquemos los pilares del pensamiento sistémico; rescatemos el mérito del silencio, mucho más elocuente que la atormentada verborragia vacía y estéril.

Para que los derechos humanos tengan una efectiva tutela estatal, debemos eliminar la modalidad identificada como «trabajo en negro», que crece en una forma alarmante y debe ser intensamente combatida, pero hasta el presente deja mucho que desear, porque, en vez de erradicarse, se expande sin disimulo.

La información que publica el INDEC –denominada «Encuesta Permanente de Hogares»– se mantiene atrasada, los últimos datos disponibles corresponden al tercer trimestre del año 2015, aunque estadísticas de otras áreas están actualizadas.

En el llamado «mercado laboral» actual, según el INDEC, la tasa de empleo asciende a 42,4%, el trabajo registrado a 34,4%. Lo absurdo e inexplicable que se determine con precisión la información oficial, pero no se elimine efectivamente el trabajo ilegal o «en negro», cuando la Autoridad Administrativa competente tiene que solucionar las anomalías, intimando, y en su caso sancionando, para que el empleador registre legalmente a su personal.

«Semejante anomalía solo podría explicarse en función del alto grado de ineptitud de los funcionarios de la citada área estatal, o en su defecto que es más grave, haber decidido «laissez faire, laissez passer»¹.

¹ TREBER Salvador: «La informalidad laboral crece superando dificultades y trabas», Diario Comercio y Justicia, 20/04/2018, página 7A.

Seguidamente expondremos la protección de los derechos humanos en la República Argentina desde la óptica del Derecho Constitucional, los Tratados Internacionales, los Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Capítulo I. Amparo constitucional de los derechos humanos

La Constitución Nacional, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1.º de mayo de 1853, reformada parcialmente en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, garantiza la protección efectiva de los Derechos Humanos a partir del «Preámbulo», cuando pregona «... *constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior... promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad*».

En la primera parte examina las «*Declaraciones, Derechos y Garantías*» (art. 1.º al 35), otorgando a los ciudadanos de cada provincia: el goce de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ser ciudadanos (art. 8); como también en el interior de la República, el derecho a la libre circulación de la producción o fabricación nacional (art. 10) y los de producción o fabricación extranjera, que serán libres de los Derechos de tránsito (art. 11).

Todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; usar y disponer de su propiedad; asociarse con fines útiles; profesar libremente su culto; de enseñar y aprender (art. 14).

Por el artículo 14 bis (agregado por la Convención Nacional Constituyente del 14 de noviembre de 1957), el trabajo –en particular–, en sus diversas formas (como trabajador autónomo o dependiente), goza de la protección de las leyes que asegurarán condiciones dignas y equitativas de labor. Las organizaciones gremiales de trabajadores y empleadores podrán constituir asociaciones sindicales; negociar colectivamente para celebrar convenios colectivos de trabajo, como también participar en la conciliación y en el arbitraje para la solución de los conflictos colectivos del trabajo (derechos de huelga y *lock out*). Los representantes gremiales gozan de las garantías necesarias para el cumplimiento de su misión sindical, garantizándose la estabilidad durante el mandato.

La tercera parte del 14 bis impone al Estado otorgar los beneficios de la Seguridad Social, que tienen carácter de integrales e irrenunciables, en particular, establecer un seguro social obligatorio con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con la participación del Estado, sin que

pueda existir superposición de aportes. Y por el art. 75, inc. 23, se faculta al Congreso de la Nación a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo, hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y a la madre, durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Para fortalecer los enunciados precedentes, la Nación no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, disponiendo que todos los habitantes son iguales ante la ley, admisible los empleos sin otra condición que la idoneidad (art. 16).

La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, salvo en virtud de sentencia judicial firme fundada en la ley. Ningún servicio personal es exigible (art. 17).

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces naturales designado por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y puede ser arrestado solo en virtud de orden escrita de autoridad competente (art. 18).

Las acciones privadas de los habitantes del territorio Argentino que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados judiciales.

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19).

Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles del ciudadano (art. 20).

El gobierno nacional no podrá restringir, limitar, ni gravar con impuesto, la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que ingresen para realizar actividades agropecuarias, industriales, comerciales o docentes (art. 25).

Se garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, conforme el principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, se garantizará por acciones positivas en las normas que lo regulen (art. 37).

Los ciudadanos tienen el derecho de presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados de la Nación, conforme a la reglamentación que sanciona el Congreso Nacional (art. 39).

Todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para las actividades productivas que satisfagan la necesidad de la comunidad (art. 41).

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, con relación al consumo de los bienes, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (art. 42).

Toda persona en el territorio argentino puede interponer la acción de amparo, *habeas data* y *habeas corpus*, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (art. 43).

La Constitución de la Provincia de Córdoba, reformada en 1987, respetando los preceptos de la Constitución Nacional, contiene disposiciones que protegen los Derechos Humanos en la Provincia:

Disposición Complementaria: Toda edición oficial de esta Constitución debe llevar como anexos los textos de la «Declaración Universal de los Derechos del Hombre», de la Organización de las Naciones Unidas del año 1948, y la parte declarativa de derechos de la «Convención Americana sobre Derechos Humanos» (Preámbulo y Parte I), suscripta en San José de Costa Rica en 1969, aprobada por la República Argentina a través de la ley N.º 23054 de 1984, a la cual se adhirió esta Provincia de Córdoba por Ley N.º 7098 de 1984.

Pregona que «La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos.» (artículo 4. Inviolabilidad de la persona).

TÍTULO II. POLÍTICAS ESPECIALES DEL ESTADO

Capítulo I. Trabajo, Seguridad Social y Bienestar

Trabajo

Art. 54. El trabajo es un derecho y un deber fundado en el principio de la solidaridad social. Es una actividad y constituye un medio para jerarquizar los valores espirituales y materiales de la persona y la comunidad; es fundamento de la prosperidad general. El Estado está obligado a promover la ocupación plena y productiva de los habitantes de la Provincia. La ley contempla las situaciones y condiciones especiales del trabajo para asegurar la protección

efectiva de los trabajadores. El Estado Provincial ejerce la policía del trabajo en el ámbito personal y territorial, sin perjuicio de las facultades del Estado Nacional en la materia. Igualmente, en lo que respecta a negociación colectiva en materia de conciliación obligatoria, arbitraje facultativo y arbitraje obligatorio; en este último caso, solo en situaciones de excepción, y en todos los supuestos referidos, con la misma reserva sobre las facultades del Gobierno Federal.

Seguridad Social

Art. 55. El Estado Provincial establece y garantiza, en el ámbito de su competencia, el efectivo cumplimiento de un régimen de Seguridad Social que proteja a todas las personas de las contingencias sociales, en base a los principios de solidaridad contributiva, equidad distributiva, accesibilidad, integridad e irrenunciabilidad de beneficios y prestaciones. Los organismos de la Seguridad Social tienen autonomías y son administrados por los interesados con la participación del Estado y en coordinación con el Gobierno Federal.

Actividades de Interés Social

Art. 56. El Estado Provincial promueve actividades de interés social que tienden a complementar el bienestar de la persona y de la comunidad, que comprendan el deporte, la recreación, la utilización del tiempo libre y el turismo.

Capítulo II. Protección de los derechos humanos por los tratados internacionales

Por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, «Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes».

Con relación a la protección de los Derechos Humanos, merece destacar las siguientes normas internacionales.

1. *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 10 de diciembre de 1948*

El preámbulo garantiza que todos los hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y deben conducirse fraternalmente los unos con los

otros, teniendo derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona, debiendo ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance, la cultura como máxima expresión social e histórica del espíritu, en razón de ser iguales ante la ley, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

II. *Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948)*

Ratifica y reitera los lineamientos enunciados en la Declaración Americana de Bogotá, al considerar que la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, procurando como ideal común que todos los pueblos y naciones se esfuercen para que los individuos y las instituciones promuevan, mediante la enseñanza y educación, el respeto a todos los derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación efectiva.

III. *Convención americana de derechos humanos (pacto de San José de Costa Rica, aprobada en dicha ciudad el 22 de noviembre de 1969) ratificada por Ley Nacional 23.054 de 27 de marzo de 1984*

Los estados americanos signatarios de la convención se propusieron consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, que nacen por el hecho de ser persona humana, y justifican una protección internacional, de naturaleza convencional, con el derecho interno de cada estado americano, y por lo tanto se reconoce como persona a todo ser humano, con derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, desterrándose la esclavitud y servidumbre, a la libertad de pensamiento y de expresión, de conciencia y de religión, de reunión y asociación, protección a la familia, al niño, brindando garantías constitucionales.

IV. *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (19 de diciembre de 1966) y pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por Ley 23.313 del 13 de mayo de 1986*

Garantiza a todos los pueblos el derecho de libre determinación, en su condición política y en el desarrollo económico, social y cultural, para ello todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales,

observando la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco y el derecho internacional. En ningún caso se puede privar a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

V. *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aprobada por Ley de Facto n.º 6286 del 25 de abril de 1956*

Se reconoce que el genocidio, cometido en tiempo de paz o de guerra, es un delito de Derecho Internacional que la República Argentina se comprometió a prevenir y sancionar.

Se entiende por genocidio cualquiera de los siguientes actos: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que puedan acarrear su destrucción física en forma total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo; todo ello con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

VI. *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (9 de diciembre de 1948), aprobado por Ley n.º 17.722 de 8 de mayo de 1968*

Se entiende por «discriminación racial», toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que procuren anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

El Estado debe prohibir, y, en su caso, hacer cesar por todos los medios apropiados, medidas legislativas para combatir la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones.

VII. *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18 de diciembre de 1979), aprobada por Ley 23.179 de 3 de junio de 1985*

Se entiende por «discriminación contra la mujer» toda distinción exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menosca-

bar 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.

VIII. *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (4 de febrero de 1985), aprobada por Ley 23.338 de 26 de febrero de 1987*

Entiende por el término «tortura», todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, con el fin de obtener una información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospecha que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a toda persona, o por cualquier razón basada en discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

No se considerarán «torturas» los dolores o sufrimiento que sean consecuencia, únicamente, de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

Todo Estado parte adoptará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio bajo su jurisdicción.

Ningún Estado parte expulsará, por devolución o extradición, a una persona a otro Estado, cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

IX. *Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York – Estados Unidos – el 12 de diciembre de 1995, aprobada por Ley de la Nación n.º 23.849 (22 de octubre de 1990). Enmienda al artículo 43 de la convención, aprobada por Ley Nacional n.º 25.043 (1 de diciembre de 1998)*

Adoptando los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Entiende por «niño» todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Los Estados parte respetarán los derechos de esta convención, asegurando su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención. Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, adoptarán las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, y cuando sea necesario, con el marco de la cooperación internacional.

Se reconocerán los derechos del niño a las libertades de asociación y de celebrar reuniones pacíficas.

X. *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (aprobada en la 24.ª Asamblea General de la OEA, celebrada en Belén do Pará, República de Brasil el 9 de junio de 1994), ratificada por Ley de la Nación n.º 25.556 de 18 de octubre de 1995*

Los Estados parte se comprometen: 1) A no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; 2) A sancionar a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, como también la tentativa de cometer el delito; 3) A cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y 4) A tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales, o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en esta convención.

XI. *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad, aprobada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, ratificada por Ley de la Nación N.º 24.584 del 29 de noviembre de 1995*

Son imprescriptibles los crímenes que se enumeran seguidamente, cualquiera sea la fecha de su comisión:

- a) los crímenes de guerra según la definición del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 8 de agosto de 1945, confirmada por resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 y 1995, y del 11 de diciembre de 1946, sobre las «infracciones graves» de los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra, como en tiempo de paz;
- c) la expulsión por ataque armado u ocupación;
- d) los actos inhumanos debido a la política de *apartheid*;
- e) el delito de genocidio, aun cuando dichos actos no constituyan violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Capítulo III. Protección de los derechos humanos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

1.º El trabajo decente: En 1999, Juan Somavia –primer Director General de la OIT (fundada en 1919) proveniente del hemisferio sur– presentó la institución del «Trabajo decente», caracterizado por cuatro objetivos estratégicos:

1.º- los derechos en el trabajo, 2.º- las oportunidades de empleo, 3.º- la protección social y 4.º- el diálogo social. Cada uno cumple una función en el logro de metas más amplias, como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.

Siete años después, los Ministros –en representación de todos los países del mundo, en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas– declararon: «Estamos convencidos de la urgente necesidad de crear un entorno a escala nacional e internacional que propicie el logro del empleo pleno, productivo y el trabajo decente para todos como base del desarrollo sostenible, para ello es imprescindible contar con un entorno que fomente la inversión, el crecimiento y la capacidad empresarial. Es fundamental que hombres y mujeres tengan oportunidad de conseguir un empleo productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana para lograr la erradicación del hambre y la pobreza, el mejoramiento del bienestar económico y social de todos, un incremento económico sostenido, el desarrollo regular de todas las naciones, una globalización plenamente incluyente y equitativa».

Compartimos con Rodríguez Mancini, que fue León XIII, en la encíclica *Rerum Novarum* (1891), quien enseñó de manera clara y definitiva que el trabajo «ennoblece» y manda a «los ricos y a los amos, no tener a los obreros por

esclavos»; «respetando la dignidad en la persona y la nobleza que esa persona significa, que se llama carácter cristiano».

Con palabras distintas, casi treinta años después, pero con la misma inspiración y mirada, el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919), contiene una enumeración precisa de cuáles deben ser las condiciones de trabajo indispensables para evitar el «grado de injusticia, miseria y privaciones», y proclama que «si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países».

La expresión «*trabajo realmente humano*», sintetiza el pensamiento de León XIII enunciado unas décadas antes. En 1944, se aprueba en la OIT, la conocida «Declaración de Filadelfia», donde se sintetizan esos principios, comenzando por el enunciado «el trabajo no es una mercancía», comprendido en la «*Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*» que proclama la OIT en 1998².

El fenómeno cultural de incumplimiento de la ley constituye un dato central en la sociedad argentina. Se constata desde las más elementales infracciones de tránsito, hasta las masivas evasiones impositivas, pasando obviamente por la falta de registración de los empleos, o el registro insuficiente de remuneraciones.

La noción misma de trabajo decente que se ha instalado a partir de documentos y declaraciones de distinta procedencia, nivel y obligatoriedad, no ha tenido un reflejo profundo y definitivo en las transformaciones operadas en la realidad nacional, por ello se justifica una reflexión para llamar la atención sobre este gravísimo problema social y moral, y reclamar acciones positivas de todos los responsables: todos estamos involucrados en el problema.

A partir de esta integración de los principios básicos del Derecho y, particularmente, del Derecho del Trabajo, en lo que debemos considerar el trabajo como decente, digno, lo que realmente puede llamarse «humano», sabemos que no hay otro trabajo que no sea el humano porque solo el hombre y la mujer son capaces de trabajar con el sentido y significado profundo de esta expresión.

Internacionalmente, trabajo decente es el trabajo brindado, ejecutado, sufrido o gozado, dentro de un marco legal y moralmente respetuoso de esos valores,

² RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge: «Trabajo decente», *Revista Derecho del Trabajo*, junio de 2013, p. 1.269.

su libertad y su dignidad, la misma que todos los hombres y mujeres, por el solo hecho de serlo, ostentan y deben respetar en los semejantes.

El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades. No es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social.

El trabajo ha sido, es y será, componente sustantivo del contrato social que sustenta la gobernanza de las sociedades. Por ello, los cimientos de la paz mundial se refuerzan al crearse más oportunidades de trabajo decente.

En Latinoamérica, hay ocho países para cuyos ciudadanos, el principal problema que afrontan es el desempleo. En la región estamos en un proceso de crecimiento económico sostenido. Las circunstancias favorecen la acción a favor de que disminuyan los desposeídos en nuestras tierras, y contribuirá con el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática a enfrentar el principal problema que caracteriza a nuestros países: no son los más pobres del mundo, pero sí aquellos con los mayores índices de desigualdad.

Promover el trabajo decente contribuirá a estabilizar un modelo de desarrollo –en democracia–, que ponga al centro a la persona humana y resulte, por ende, promotor de la inclusión. Así crecerá el número de satisfechos con el régimen democrático que hoy caracteriza al hemisferio.

2.º Por una globalización justa: El 24 de febrero de 2004, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, publicó su informe *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*.

- Para el entonces director general, Juan Somavía, hay seis cuestiones políticas de alcance general con miras a una reflexión más detallada: 1) las políticas nacionales para abordar la globalización; 2) el trabajo decente en los sistemas globales de producción; 3) la construcción de una base socioeconómica mínima; 4) la economía global; 5) el movimiento transfronterizo de personas y; 6) el fortalecimiento del sistema de normas internacionales del trabajo. –Dicha propuesta fue aceptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT–.
- La situación actual, reconociendo que en el funcionamiento de la economía global se observan desequilibrios, persistentes y profundamente arraigados, resulta inaceptable desde un punto de vista ético, e indefendible desde el punto de vista político. La economía se hace cada vez más global,

mientras que las instituciones sociales y políticas siguen siendo de alcance local, nacional o regional.

- El desequilibrio entre la economía y la sociedad trastorna la justicia social:
 - a) En la mayoría de las sociedades existe una división, cada vez mayor, entre la económica global formal y la economía local informal, que no deja de crecer. La mayor parte de la población vive y trabaja en la economía informal, sin participar en los mercados ni acceder a derechos.
 - b) Los beneficios de la globalización se han repartido en forma desigual dentro de los países y entre ellos. La brecha entre los más ricos y los más pobres se ha ensanchado.
 - c) Se ha liberalizado el comercio de los productos manufacturados, mientras que sigue el proteccionismo en el sector agropecuario. En tiempos de crisis, los países desarrollados cuentan con más opciones en materia de política macroeconómica que los países en desarrollo, que deben atenerse a los «ajustes».
 - d) Mundialmente, el cambio estructural –sin regulaciones sociales ni económicas– ha generado la incertidumbre y la inseguridad a trabajadores y empresas, especialmente las pequeñas y medianas.
 - e) El desempleo y el subempleo continúan siendo una realidad en la mayoría de la población mundial.
 - f) La globalización ha convertido a la opinión pública en una vigorosa fuerza política, que ejerce presiones insistentes sobre todas las instituciones estatales, privadas, partidos políticos e instituciones religiosas y la OIT, lo cual origina una nueva tensión entre la democracia representativa y la democracia participativa. El actual proceso carece de medios para mantener el equilibrio entre los mercados y la democracia.
 - g) Hay que modificar los aspectos negativos, buscando una globalización con dimensión social, que preserve los valores humanos y mejore el bienestar de la gente en términos de libertad, prosperidad y seguridad. Los aspectos fundamentales de esta dimensión social incluyen: un compromiso internacional que garantice el cumplimiento de los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; una vía de desarrollo sostenible; y una gobernanza más democrática.

¿CÓMO LOGRARLO, POR DÓNDE EMPEZAMOS?

- La gobernanza de la globalización debe basarse en valores universalmente compartidos y en el respeto por los derechos humanos.
- La globalización se ha desarrollado en un vacío ético donde la cuestión del éxito o el fracaso de los mercados, tiende a convertirse en una norma última de comportamiento.

Capítulo IV. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación protegiendo los derechos humanos

Desde siempre, y en distintos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ), ha puntualizado de qué manera debe entenderse la obligación estatal de vigilar y controlar celosamente los derechos humanos, la prevención en orden a la seguridad y salud laboral, procurando un «trabajo decente y digno, seguro y estable».

Para el máximo tribunal nacional: «Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional, no es conclusión solo impuesta por el artículo 14 bis de la C. N., sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994».

«La Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, los hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano. («VIZZOTTI, Carlos A. c. AMSA S. A.» 14.09.2004).

«La prevención en la protección de la salud es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana» («Aquino c. CARGO S.A.», voto de la Jueza Highton de Nolasco). Esa obligación estatal indelegable, no se basta a sí misma, requiere la participación activa y responsable de quienes disponen de los poderes de dirección cuya mayor justificación, se halla precisamente en la seguridad y la salud de los que han de prestar su labor con arreglo a tales poderes.

«La obligación de los que utilizan los servicios, es la preservación de quienes los prestan, tiene un indudable sustento en criterios normativamente comprendidos en la Constitución Nacional» («S. A. Compañía de Seguros El Comercio de Córdoba c/ Instituto de Previsión de la Provincia de Córdoba»), porque la subordinación –como elemento esencial del contrato de trabajo– supone como correlato «la subordinación del interés de la empresa a las exigencias fundamentales de la dignidad humana –individual y familiar– de quienes trabajan en ella». («Martín y Cía. Ltda. c/Erazo», Fallos 208:47).

«Las reglamentaciones del derecho a la estabilidad que pueden atender al origen y regularidad de las designaciones y otras disposiciones, no pueden desnaturalizar la efectiva aplicación de la protección contra el despido arbitrario, por ello en caso de cesantía injustificada merece ser reparado (indemnización

o reincorporación según el caso – del voto de la Dra. Argibay en la causa «Modorran María c/ Administración Nacional de Aduanas» 03/05/2007).

«El valor de la vida humana no resulta apreciable solo sobre criterios exclusivamente materiales, porque no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de las víctimas, o según su producción de bienes económicos con el trabajo, porque las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de las personas («Aróstegui, Pablo c/ OMEGA A. R. T S. A.», del 08/04/2008).

«Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 41 inciso a, 44, 48 y 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales N.º 23.551, y ordenar al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJyP, Ley 19.032), se abstenga de realizar cualquier acto discriminatorio en materia de franquicias y licencias gremiales» («Nueva organización de trabajadores estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo, de 24 de noviembre de 2015).

«En el supuesto de despido discriminatorio, es procedente la reinstalación en el cargo, porque guarda coherencia con lo previsto por numerosos instrumentos, convenios y decisiones jurisdiccionales internacionales sobre la protección del derecho a trabajar, no es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia preponderantemente económica («Álvarez Maximiliano y Otros c/ Cenco Sud. S. A s amparo» del 07/12/2011); entre varios.

EPÍLOGO

Para soñar el futuro de la protección de los derechos humanos, necesariamente debemos referirnos sintéticamente al presente.

Compartimos el análisis de Noemí Real, en la clase magistral que expuso en la Especialización en Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho – Secretaría de Postgrado UNC, el viernes 01 de junio de 2018), sobre *Trabajo y crisis*, «los cambios producidos en el mundo del trabajo y sus consecuencias sobre las relaciones laborales, generaron una profunda desigualdad y pobreza–».

Dan Gallin, secretario general de Trabajadores de la Alimentación, de la Federación de Sindicatos Nórdicos, escribió hace varios años sobre el fenómeno del mercado laboral mundial y las consecuencias sobre los trabajadores en general, y los países emergentes especialmente. Todos vivimos en una econo-

mía global, sin fronteras, por las nuevas tecnologías en comunicación y transporte. Se ha generado un mercado en directa competencia con la fuerza de trabajo, donde la mano de obra es 10 o 20 veces más baja, al tiempo que aumenta el desempleo y caen los niveles salariales en los antiguos países industrializados, pero la ironía es que los puestos de trabajo que se crean en los países emergentes, son de inferior calidad, empleos precarios, sin protección social, que contribuyen al deterioro mundial del empleo decente.

Ya en el año 2007 el Maestro de Bologna, Umberto Romagnolli, nos advertía de la transformación que sufría el trabajo asalariado, y nos prevenía sobre las consecuencias en el Derecho del Trabajo. El contrato de trabajo por cuenta ajena por tiempo indeterminado, ha sido el instrumento más idóneo para satisfacer la demanda de continuidad de la renta, reclamando seguridad en una proporción creciente de personas que tenían un oficio, pero ya no eran capaces de ejercerlo de manera autónoma, por obra de los profundos cambios producidos en la organización de la producción, del trabajo y del naciente capitalismo industrial. Por ello, la evocación de la historia jurídica del contrato de trabajo asalariado por tiempo indefinido, puede considerarse concluida.

Alain Supiot recuerda que la Comisión Europea le había encomendado, con un grupo de investigadores, un informe sobre las transformaciones del trabajo y el futuro del derecho del integración del trabajo y el futuro del derecho del trabajo, frente al desempleo masivo y la precariedad laboral, que predecían la fractura social. Pero los profundos cambios políticos que se produjeron en el seno de la Unión Europea, y el giro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que olvidó su inspiración anterior de equiparación por la vía del progreso, se decide a permitir que las empresas instaladas en países con bajos salarios y débil protección social utilicen plenamente esta «ventaja competitiva».

En la actualidad, una multitud de actores estatales y no estatales, desempeñan un papel crucial a la hora de configurar la evolución de la globalización. Estas redes emergentes se relacionan entre sí a través de lazos comunes. Implican una gran cantidad de actores que interactúan desde el ámbito local, hasta el global. Las nuevas tecnologías, y las redes que se basan en ellas, están creando las condiciones adecuadas para que surjan nuevas modalidades de interacción creciente; se trata de un conjunto fragmentado que no afecta a los millones de personas que viven en el umbral de la subsistencia.

Cuando el crecimiento de la productividad general sobrepasa el crecimiento total del salario, entonces la participación del trabajo cae. La caída en la participación del salario se traduce en la distribución personal estancada o lenta.

En el trabajo, dos ejemplos son muy interesantes porque se trata de países con diferentes políticas laborales. En Estados Unidos, el crecimiento real del ingreso, entre 1979 y 2007, existió, pero la distribución fue muy despareja. En la pirámide de distribución, el quintil superior creció 278 % mientras que el quintil inferior solo el 18 % y el intermedio el 35 %.

En los países nórdicos, los ingresos de los trabajadores altamente cualificados aumentaron, pero un fuerte estado de bienestar apuntaló los ingresos de los débiles, evitando de esa manera la polarización del ingreso.

En Francia, por su parte, los salarios de los grupos con ingresos más bajos, continúan siendo apoyados por el salario mínimo y el alcance de la negociación colectiva.

La globalización produjo un fuerte debilitamiento del poder político del trabajo, como se manifiesta en la baja en las tasas de sindicalización en el mundo industrializado, y en algunos países emergentes. La debilidad del trabajo para actuar como fuerza compensatoria significó, en algunos países, que se instauraran reformas que afectaban negativamente a los trabajadores.

El desafío que nos exige la protección de los derechos humanos, nos obliga a analizar los contextos nacional e internacional:

- 1) La globalización y la transnacionalización de los capitales ha generado un cambio sustantivo en la creación y pérdida de los puestos de trabajo, generando más desigualdad, en especial, en los países emergentes, pero impactando también en el mercado de trabajo de los países industrializados (los altos índices de desocupación en Francia, España, Grecia, Portugal, y los países del Este dan cuenta de este fenómeno).
- 2) La negociación colectiva afronta el difícil desafío de trascender las fronteras nacionales para poder interactuar con las empresas multinacionales, o centros económicos internacionales. A nivel internacional, se han propuesto diferentes formas de negociación supranacional, de escaso desarrollo, limitadas por la soberanía de los países y por los propios intereses de cada uno de ellos en el mercado común.
- 3) En nuestro país, los sindicatos, la representación empresarial, como todas las asociaciones que representa la voluntad de un colectivo (basta observar la crisis de representación en otros ámbitos como los partidos políticos, a las asociaciones civiles), deben encontrar el camino para incorporar los cambios, democratizar sus estructuras e interactuar en forma permanente con los trabajadores que pretenden representar. En el

sistema de representación de nuestro país, no basta con la personería gremial, hay que legitimar permanentemente la representación exclusiva que surge de ella, asumir el compromiso de ampliar su representación para garantizar su legitimidad.

- 4) Finalmente, a los fines de una «efectiva tutela a los derechos humanos», el Estado debe mantener valores adecuados en las «bonificaciones por familia numerosa, escolaridad de los hijos» (establecimientos primarios, secundarios, terciarios y universitarios), de los empleados en relación de dependencia. A los autónomos se les otorgará un subsidio por escolaridad igual a los que perciben los dependientes, todo ello para fomentar y estimular la educación de los jóvenes y, seguramente, disminuirá la cantidad de jóvenes que ni estudian ni trabajan.

La educación es un cometido estatal que ha sido descuidado desde hace varios años y contribuye a los derechos humanos. No debemos olvidar que los pueblos pobres son los que carecen de educación o es muy deficiente.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS:

- GALLIN, Dan: «Marcando las líneas de batalla», *Revista de Trabajo* –año 1995.
- ROMAGNOLI, Umberto: «Desde el estado de bienestar hacia el estado de malestar» *Revista de Derecho Social*. N°. 36, octubre-diciembre, 2006.
- SUPIOT, Alain: «Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo»

¿Un precedente histórico del reconocimiento universal de los Derechos Humanos?: La Carta de autoridad y confirmación del Rey de Aragón, Sancho Ramírez, Otorgada en 1063

Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat

*Profesora titular de Historia del Derecho en la Universidad de Zaragoza
Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
Académica de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*

SUMARIO: 1. *¿Un precedente histórico del reconocimiento universal de los derechos humanos?* 2. *Origen, contenido y valor de la «Carta de autoridad y confirmación» del rey de Aragón Sancho Ramírez, de 1063.* 3. *Paralelismo y diferencias de la «carta de las libertades» del rey inglés Juan I «Sin Tierra» de 1215, con la Carta del rey Aragónés Sancho Ramírez de 1063.* 4. *Origen, contenido y valor de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948.* 5. *Paralelismo de la carta de la declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 y la «Carta de autoridad y confirmación» del Reino de Aragón de 1063. Epílogo. Anexo: breve referencia histórica.*

1. ¿UN PRECEDENTE HISTÓRICO DEL RECONOCIMIENTO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Mi propósito al acudir a este X Congreso de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, es presentar un documento, que bien podría ser considerado un precedente histórico de los Derechos Humanos, tal como fueron recogidos en la Declaración Universal de 1948, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre del citado año, en París, Declaración en la que se recogen un conjunto de princi-

pios y normas en garantía de la persona frente a los poderes públicos, derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco, de 26 de junio de 1945.

En febrero de 2015, los ingleses celebraron el 800 aniversario de la «Carta Magna de las Libertades» otorgada por Juan I, conocido como «Juan Sin Tierra», con el objetivo de reivindicar los valores recogidos en la citada Carta como fundamento del «*rule of law*» –del imperio de la ley–.

El Presidente del Comité del 800 Aniversario de la Carta Magna, Robert Worcester, señaló que «el documento aún es relevante», si bien lo limitó a los regímenes autoritarios.

La conmemoración del referido aniversario es el motivo y la razón de dar a conocer un documento, cuya fecha de otorgamiento resulta ser anterior a la Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215, y por cuyo contenido podría ser considerado un precedente histórico en la regulación de los derechos humanos, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La «Carta Magna de las Libertades» otorgada por el rey Juan I de Inglaterra en 1215, «ha sido emparentada con mérito con los Fueros aragoneses en el escenario de las monarquías medievales y tiene el valor reconocido de consagrar un límite preciso al poder absolutista en favor de los ciudadanos...»¹.

2. ORIGEN, CONTENIDO Y VALOR DE LA «CARTA DE AUTORIDAD Y CONFIRMACIÓN» DEL REY DE ARAGÓN SANCHO RAMÍREZ, DE 1063

La «Carta de autoridad y confirmación» otorgada en 1063 por el rey de Aragón Sancho Ramírez, conocida como Fuero de Jaca, contiene 25 disposiciones referentes a privilegios y exenciones, en connivencia con libertades, prácticas, gracias o consuetúdes, donde se suprimen unos fueros calificados de «malos» y se conceden otros, llamados «buenos» otorgados bien a iniciativa real, o a petición «de los hombres de Jaca», comprensiva de derechos y libertades políticas, personales, jurídicas, económicas o religiosas, con el objetivo de que la capital del Reino de Aragón, resida en una ciudad que «esté bien poblada».

¹ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Aranzadi, 1992, p. 46.

En sus sucesivas ampliaciones realizadas en los dos siglos siguientes, la ciudad de Jaca se nutre con nuevos fueros, donde son de destacar la consolidación y el reconocimiento de valores tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia o la justicia.

Valores todos ellos que coadyuban en el empeño de alcanzar una convivencia en paz, dentro del marco de la legalidad.

Deteniéndonos en las libertades jaquesas medievales, son dignas de destacar las de carácter individual y colectivo, entre las que se encuentran las siguientes:

- Libertad de circulación de gentes.
- Libertad de circulación de mercaderías.
- Libertad de circulación de monedas, sean libras, sueldos, dineros, mancusos o morabetinos.
- Libertad de lenguas: las romances aragonesas, sobrarbenses, ribargozanas, pamplonesas, la d'Occ, o el latín eclesiástico.
- Libertad de cultos y creencias de cristianos, musulmanes o judíos.
- Libertad de testar.
- Libertades tendentes a favorecer el asentamiento de una población permanente, a las que hay que añadir..
- Libertad de pastos.
- Libertad de molienda, si bien con una concreta exclusión respecto de los judíos y de todos aquellos que se dedican a la venta de pan.
- Libertad de adquisición de inmuebles por la posesión de año y día, lo que conlleva favorecer la propiedad privada.
- Libertad al preso que pague la fianza impuesta.

Además, el ordenamiento jurídico jaqués:

- Castiga el allanamiento de morada.
- Protege a la mujer.
- Protege a la ganadería en general y a la trashumante en particular.
- Permite el libre aprovechamiento de bosques y aguas.
- Limita el duelo judicial, o
- Limita el servicio al rey.

Libertades jaquesas, que de tal forma protegen a las personas, individual o colectivamente, que es de ver cómo algunas merecerían tener hoy alcance constitucional.

3. PARALELISMO Y DIFERENCIAS DE LA «CARTA DE LAS LIBERTADES» DEL REY INGLÉS JUAN I SIN TIERRA DE 1215, CON LA CARTA DEL REY ARAGONÉS SANCHO RAMÍREZ DE 1063

Por la exposición realizada, he considerado oportuno relacionar la «Carta inglesa de las Libertades» de 1215 de Juan «Sin Tierra», pese a sus rasgos feudales, al haber sido impuesta al rey, por la turbulenta y procelosa nobleza laica y eclesiástica, que le había negado su fidelidad, frente a la «Carta de autoridad y confirmación» del rey de Aragón, Sancho Ramírez, que con el carácter de pacto, entre el monarca y «los hombres de Jaca», es otorgada siglo y medio antes².

En las características de la Carta inglesa, son de destacar, como señalara Jiménez de Parga, que en el documento «hay que distinguir lo que literalmente en él se dice y lo que las generaciones posteriores han interpretado que en él se decía», por cuanto que «da unas soluciones precisas» a determinados problemas, no contiene por tanto una declaración abstracta de derechos. Y cuando se refiere al hombre libre, *homo liber*, es únicamente al barón. Siendo de significar que cuando las libertades inglesas corren peligro se recurre a la Carta. Max Redin opina que fue el juez Coke (1552-1643) el que la transformó en el símbolo de la lucha contra el poder arbitrario.

A mayor abundamiento, parece oportuno recordar, que en nombre de la Carta inglesa de 1215, declararon su independencia en septiembre de 1783 con la firma del Tratado de París, las 13 Colonias británicas sitas en la costa Este de América del Norte, y al evocar la Carta medieval, se busca una comunidad espiritual con los ingleses. Por lo que se acaba convirtiendo en un mito³.

Tras estas breves reflexiones, considero que la «Carta de autoridad y confirmación», otorgada a la capital del Reino de Aragón, con sede en Jaca, en 1063 por Sancho Ramírez, al ser anterior a la «Carta inglesa de las libertades» de Juan Sin Tierra de 1215, merece ser considerada aquella, y no esta, el precedente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en París en 1948.

Siendo de destacar que un análisis del término «confirmación», nos indica que procede del verbo latino *confirmo*, con el significado de asegurar, conso-

² Según los Historiadores del Derecho: 152 años tomando como cierta la fecha de 1063, o según los Historiadores de Historia General 138 años antes tomando como fecha de otorgamiento del Fuero la de 1077. La duda se suscita por faltar un dígito en el documento original. Y por considerar que la expresión «rey de los pamploneses» se halla interpolada. Dado que Sancho Ramírez, fue rey de los pamploneses en 1076.

³ JIMÉNEZ DE PARGA, M.: *Los regímenes políticos contemporáneos*. Editorial Tecnos, S. A. Tercera edición. Madrid, 1965, pp. 279, 293 y 294.

lidar o fortalecer (VOX) y significa también: ratificar, aprobar o legalizar. (Casares). Se trata por lo tanto de la existencia de un Derecho anterior a 1063 que ahora merced a la *auctoritas* del monarca es puesto en valor.

4. ORIGEN, CONTENIDO Y VALOR DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948

Características de la Declaración:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es un documento al que cabe calificar de declarativo y orientativo, sobre derechos políticos, personales y jurídicos, económicos y religiosos, adoptada y proclamada por la 183.^a Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Y aprobada por los 58 Estados miembros de la Asamblea General de la ONU.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye una importante fuente interpretativa y síntesis de la Declaración. Contiene 7 Considerandos.

Comienza diciendo: *«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».*

Considera que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, deben disfrutar de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Considera esencial que los Derechos Humanos deben ser protegidos por un régimen de Derecho.

Considera que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad, en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social, y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Por lo que recogiendo este espíritu, la Asamblea General, en su artículo 1.^o proclama que *«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse frateralmente los unos con los otros».*

El artículo 2.º indica que *«Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole»*.

Los artículos 3.º al 11.º recogen también derechos de carácter personal, donde tienen cabida el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, prohibiendo todo tipo de esclavitud o servidumbre. Así mismo, protege la presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley.

Los artículos 12 al 16 recogen derechos de la persona en relación con la comunidad. Tales como la injerencia arbitraria en su vida privada, la libertad de circulación, elegir la residencia en el territorio de un Estado o buscar asilo. Salir y regresar al país propio.

El artículo 17, declara el derecho a la propiedad individual y colectivamente, y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Los artículos 18 a 21 recogen derechos sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; así como libertades políticas.

Los artículos 22 al 27 recogen derechos económicos, sociales y culturales. En referencia al derecho a un nivel de vida adecuado, tendente a asegurar la libre elección del trabajo, la vivienda, la familia, la salud o la educación.

Los artículos 28 al 30 recogen las condiciones y los límites en los que los derechos humanos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos, solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley.

Derechos y libertades que tienen su reflejo en el Fuero de Jaca, si bien en la época medieval es muy prematuro poder designar el conjunto de derechos y libertades de que disfrutaban los habitantes de la ciudad, con el nombre de Derechos Humanos, porque el proceso de su reconocimiento por las Naciones será muy lento, pero sin duda el germen se encuentra en el articulado del Fuero.

En el Fuero es prioritaria la seguridad jurídica de sus habitantes, los cuales se encuentran protegidos materialmente por la obligatoriedad del «cerramiento» de sus viviendas, cada cual, según sus posibilidades, según se dispone en la Carta de Sancho Ramírez, y más adelante por la construcción de la muralla.

5. PARALELISMO DE LA CARTA DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948 Y LA «CARTA DE AUTORIDAD Y CONFIRMACIÓN» DEL REINO DE ARAGÓN DE 1063

La «Carta de autoridad y confirmación» o Fuero de Jaca de Sancho Ramírez, otorgado en 1063, al que se suman sus sucesivas ampliaciones y mejoramientos suscitados en los dos siglos siguientes, y la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, presentan unos puntos de conexión sobre los derechos de carácter individual y colectivo, que merecen ser destacados por su paralelismo.

La Declaración Universal, recoge los siguientes derechos:

Los artículos 2.º, párrafo 1.º, y 18 proclaman los derechos y libertades sin distinción de idioma, o de cultos, al indicar que «*Toda persona tiene derecho a la libertad de religión o de creencias, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*», donde incluso los términos utilizados son coincidentes con el ordenamiento jurídico aragonés, en concreto los de «práctica», «y «observancia».

El artículo 3.º de la Declaración indica que: «*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*».

Las libertades de pastos y de molienda, en el sentido recogido en el artículo 7.º, donde se recoge el principio de que «*Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley*».

Permite en su artículo 12.º la Libertad de testar en el sentido de «*injerencia arbitraria en la vida privada*».

La libertad de utilización y circulación de moneda.

El artículo 13.º en sus párrafos 1.º y 2.º recoge el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Favorece la propiedad privada, al decir en su artículo 17, 1.º que «*Toda persona tiene derecho de propiedad, individual y colectivamente*». Aumentando la seguridad jurídica cuando en su apartado 2.º añade que «*Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad*».

Y como queda referenciado *supra* el Fuero Jaqués castiga el allanamiento de morada. Protege a la mujer, protege a la ganadería en general y a la trashu-

mante en particular, permite el libre aprovechamiento de bosques, limita el duelo judicial y el servicio al rey.

EPÍLOGO

Concluyo señalando que merced a los principios de legalidad y seguridad jurídica recogidos en la «Carta de autoridad y confirmación» o Fuero de Jaca, otorgado por Sancho Ramírez en 1063, constituye, sin duda, un precedente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, mediante el cual se pretendió alcanzar una convivencia en paz, dentro del marco de la legalidad.

Como lo demuestra el ramillete de libertades jaquesas medievales pertenecientes al orden del Derecho privado referenciados, que convirtieron a la ciudad Real de Jaca en los siglos XI, XII y primera mitad del XIII en una ciudad refugio.

ANEXO: BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

El historiador del Derecho aragonés, Manuel Lasala y Ximénez de Bailo (1803-1874) en su obra titulada: *Reseña histórico-política el antiguo Reino de Aragón*, publicada en Zaragoza en 1865, y en su Apartado dedicado «A mis lectores», (pág. 5) dice lo siguiente:

«...Conviene recordar los grandes merecimientos de nuestro antiguo Reino, si no con relación a las armas (porque en esto bástale su propio nombre), sí respecto de la sabiduría de sus instituciones y el amor de sus libertades, en que tampoco ha conocido rival ninguno, ni antes, ni después de la Edad Media, pudiendo hoy mismo servir de enseñanza a los pueblos que en más se estiman por sus progresos en el desarrollo de sus franquezas populares».

Y rinde culto y admiración a nuestros mayores cuando dice: *«...que el Reino de Aragón ni podía ni debía existir sin su Libertad».*

En el mismo sentido, los también juristas e historiadores del Derecho, Joaquín Costa (1846-1911) y Salvador Minguijón (1874-1959), nos dicen que «Aragón se distingue por su Derecho», que «Aragón se define por su Derecho».

Y José Antonio Escudero indica que «Sancho Ramírez facilita un Derecho igualitario y en un clima de libertad, Jaca queda constituida en Ciudad»⁴.

⁴ ESCUDERO, J. A.: *Manual de Historia del Derecho*. Madrid, 1985, 1.ª edición, p. 476.

Y he aquí un exponente del merecimiento de ese calificativo, de ese reconocimiento.

El argumento, es el siguiente:

Tras el óbito del emperador de los pamploneses Sancho III Garcés, apodado «El Mayor», tiene lugar el nacimiento del Reino de Aragón, con carácter independiente del de los pamploneses, hecho que se produce en la primera mitad del siglo XI, en concreto en 1035, al heredar su hijo natural, el infante Ramiro, unos territorios regados por las aguas de los dos ríos que le dan nombre: el Aragón propiamente dicho y el Aragón Subordán.

Con este motivo se manifiesta a la vida del Derecho un ordenamiento jurídico escrito, que se reconoce fiel a la tradición de los antepasados.

Ramiro I y Sancho I –conocido por la historiografía como Sancho Ramírez–, respectivamente hijo y nieto del emperador de los pamploneses, serán los artífices de un ordenamiento jurídico que convertirá el antiguo castro romano y villa de Jaca, en ciudad y en la capital del nuevo Reino, elegido por ser «el lugar más adecuado dentro de su territorio».

Esta acertada iniciativa real se consolidó apoyada en dos pilares fundamentales: las alianzas matrimoniales de los primeros monarcas aragoneses⁵ con la dinastía franca de los Capeto (987-1316) e inglesa de los Plantagenet (1154-1399), y principalmente con el decidido apoyo del pontificado⁶.

La creación de la ciudad de Jaca se consolida, así mismo, por ser la sede no solo de la residencia real, sino también la sede episcopal de Aragón, que será el motivo y la razón de comenzar la construcción, entre los años 1040 y 1042 de una catedral, primera de estilo románico, erigida en territorio hispano.

El ordenamiento jurídico que recibe la ciudad en 1063, es el resultado de un pacto, realizado bajo la inspiración de Ramiro I y concluido, entre su hijo Sancho Ramírez y los hombres de Jaca, en virtud del cual ambas partes pretenden conseguir una convivencia en paz, impulsando un proyecto de vida en común merced al principio de legalidad.

⁵ A la que se suma la Casa Real de los pamploneses, en 1067 y así permanecerá hasta su separación definitiva que tendrá lugar en 1135, tras el fallecimiento de Alfonso I «el Batallador» y como consecuencia de las discrepancias surgidas, entre aragoneses y pamploneses, por las disposiciones contenidas en su testamento.

⁶ Destacando las actividades de Benedicto IX (1032-1044); Nicolás II (1061-1073); Alejandro II (1073-1085); Gregorio VII (1086-1087) y Urbano II (1088-1099).

Para lograr este objetivo, el monarca Sancho Ramírez de los aragoneses, otorga una Carta a la que denomina «de confirmación y autoridad» que contiene 25 privilegios y exenciones a los que la historiografía conoce con el nombre genérico de Fueros, en la cual señala el propio monarca, que suprime unos fueros a los que califica de «malos», sin duda en el sentido de gravosos, y otros a los que califica de «buenos», otorgamiento que realiza no a iniciativa propia, sino a petición de los hombres de Jaca, de ahí la consideración de pacto que debe darse a este documento. Hombres que pese a estar asentados en territorio de realengo tienen la consideración de hombres libres.

Estos originarios 25 Fueros, fueron ampliándose en los dos siglos siguientes, con elementos jurídicos muy variados, con origen en consuetúmenes, franquezas o franquicias, gracias, prácticas, libertades o *iuditias*.

Como consecuencia de las sucesivas confirmaciones, realizadas por Ramiro II en 1135, Alfonso II en 1187, Pedro II en 1197 y en 1208 y Jaime I «el Conquistador» en 1225, lo fueron con la condición, indica el monarca, de que «la ciudad se mantenga en la fidelidad y lealtad al rey».

El ordenamiento jurídico jaqués constituye la base del Derecho aragonés; pese a la extraordinaria difusión y expansión que obtuvo, en más de cuarenta ciudades y villas, mantuvo su carácter local, alcanzando carácter territorial con la promulgación, en 1247, de la Compilación de los Fueros y Observancias de Aragón, la cual recoge casi en su totalidad el Fuero de Jaca y sus sucesivas confirmaciones, hasta tal punto que de los 313 preceptos que llegó a tener el Fuero extenso, 262 pertenecen al ordenamiento jurídico jaqués, por lo que únicamente 51 son fueros nuevos.

Compilación que fue elaborada bajo la autoridad de Jaime I y el saber jurídico del obispo de Jaca-Huesca don Vidal de Canellas, saberes jurídicos en «uno y otro Derecho» (*utroque ius*) adquiridos como estudiante en la Universidad de Bolonia.

Nueve años antes, en 1238, el prestigio alcanzado por el Concejo municipal jaqués es tal, que por delegación del monarca Jaime I, redacta unas Ordenanzas para el Buen gobierno de la ciudad, en cuyo articulado crea el Concejo de Ciento, que debido al acierto de sus disposiciones es imitado más tarde, en 1249, por el Condado de Barcelona, en base al cual crea la estructura de su gobierno municipal⁷.

⁷ BANDRÉS y SÁNCHEZ-CRUZAT., Rosa María: «El Derecho Foral de Jaca en los siglos XI, XII y XIII». *Colección El Justicia de Aragón*, N.º 59. Zaragoza, 2018.

Sobre los Defensores de los Derechos Humanos

María Bernal Sanz

Abogada

Secretaria General de la Asociación Española de Mujeres Juristas (AEMJ)

A MODO DE PREÁMBULO

En la ciudad de San Francisco, y al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se firmó la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945. Posteriormente, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, este instrumento constituyó el tratado internacional fundador de la organización que entró en vigor el 24 de octubre de 1945, después de ser ratificada por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, organismo encargado de mantener la paz y seguridad en el mundo. La Carta estableció como premisa, que las obligaciones que de ella derivan están por encima de las obligaciones del resto de Tratados.

Con anterioridad se había conformado un organismo internacional, creado por el Tratado de Versalles, al finalizar la Primera Guerra Mundial en 1919. Lo cierto es que la llamada Sociedad de Naciones no logró evitar un nuevo conflicto internacional dando lugar a la segunda contienda.

Era necesario establecer la cooperación entre los gobiernos, basados fundamentalmente en asuntos referentes al Derecho Internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y, sobre todo, los derechos humanos.

Cuando en 1948 se proclamaron las Naciones Unidas, nadie podía imaginar que a lo largo de casi un siglo de existencia, la preocupación por los derechos humanos fuera una de las razones principales para la creación de las Naciones Unidas. La vulneración de los Derechos fundamentales del hombre, y el genocidio de la Segunda Guerra Mundial, contribuyeron a un consenso para que la

nueva organización se planteara la perentoria necesidad de trabajar en una estrecha unión para prevenir tragedias similares en el futuro. El paso más importante en este sentido, fue la creación de un marco jurídico para la protección de los hechos sobre violaciones de los derechos humanos.

Era necesario y urgente crear un régimen jurídico que contemplara las necesidades más acuciantes, regulando tanto las relaciones humanas como el modo de llevarlas a cabo en todos los ámbitos. Fue unánime la propuesta de establecer una norma jurídica universal que sirviera de instrumento general, con el fin de conseguir la paz que todos deseaban. En 1945 prácticamente el mundo estaba en ruinas, el aspecto de las ciudades más importantes era desolador, y precisamente ese sentimiento de soledad e impotencia ante el desastre, fue el que condujo a mover las conciencias hacia la consecución de unos fines estabilizadores de paz y concordia entre las naciones.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en París el 10 de diciembre de 1948. El preámbulo de este documento, en su comienzo afirma: «*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; ...*», y finaliza con la proclamación de la Asamblea confirmando que «*...la presente Declaración Universal de Derechos Humanos es el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.*»

No cabe la menor duda sobre la necesidad de dotar a la Organización de un estamento u órgano judicial encargado de llevar a la práctica esta tarea, por lo que se considera el momento idóneo para dotar a las Naciones Unidas del instrumento por excelencia: la Corte Internacional de Justicia, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, estableciéndose en 1945 con sede en La Haya. A partir de 1946, fue la continuadora de la Corte Permanente de Justicia Internacional instaurada al finalizar la Primera Guerra Mundial con el Tratado de Versalles de 1919. Este órgano de justicia se constituyó mediante un tratado independiente al Pacto de la Sociedad de las Naciones en 1921. La Corte Internacional de Justicia está dotada de un estatuto independiente y es parte anexa de la Carta de las Naciones Unidas.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Internacional de Justicia, como primer órgano judicial de las Naciones Unidas, es el encargado de resolver las controversias jurídicas entre los Estados Partes, emitiendo una serie de razonamientos de orden consultivo

para las Naciones Unidas y sus organizaciones especializadas. Las funciones de la Corte se basan principalmente en desempeñar una doble misión: por un lado, trata de solucionar las controversias de orden jurídico entre los Estados que le sean sometidas por estos dentro de un procedimiento contencioso, y por otro, emite dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas que le sometan los órganos u organismos de las Naciones Unidas, lo que da lugar a un procedimiento consultivo.

La Corte está conformada por 15 Magistrados, elegidos cada nueve años por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pudiendo ser reelegidos. La elección se basa en los méritos de los Magistrados. Si falleciera en el ejercicio del cargo se elegirá uno de la misma nacionalidad, no pudiendo haber dos Magistrados que sean nacionales de un mismo Estado. Un Magistrado no puede tener ocupación profesional o de cualquier índole mientras dure su mandato. Tampoco pueden los Magistrados intervenir en la decisión de cualquier asunto en que hubieran intervenido anteriormente en cualquiera de las funciones, como abogados o parte representativa de los intervinientes, bien como agente o consejero. Así mismo están eximidos los que fueran miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora.

La jurisprudencia internacional no es una fuente del Derecho. Según el artículo 38, 1, d. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es un «*medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho*». Los dictámenes y decisiones en asuntos contenciosos forman parte de esta jurisprudencia internacional, cuya función principal es la de servir como elemento de interpretación del Derecho Internacional, haciendo uso indistinto como precedentes de sus dictámenes y sentencias, sistema que ya era practicado por la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1921. Como consecuencia de la firma de la Carta de las Naciones Unidas, cada Estado Miembro se compromete automáticamente a obedecer cualquier sentencia de la Corte Internacional de Justicia en cualquier asunto del que sea parte.

La Corte Penal Internacional tiene sus orígenes en 1872, ante la necesidad de crear una corte permanente como consecuencia de los crímenes de la guerra Franco-Prusiana, conflicto considerado como el más importante en Europa después de las Guerras Napoleónicas y anterior a la Primera Guerra Mundial. Se dio la circunstancia de que uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, fuera el que propuso instaurar una corte permanente. Gustavo Moynier era un jurista suizo de reconocido prestigio promotor del Instituto de Derecho Internacional, una sociedad científica sin carácter oficial, que tuvo como principal propósito promover el desarrollo del derecho internacional a través de distintos cauces: «...*formulando principios generales, colaborando en la codificación del Derecho Internacional, contribuyendo a la solución de casos jurídicos especialmente problemáticos o buscando, dentro de sus límites,*

el mantenimiento de la paz, entre otros» como consta en el Artículo 1 de los Estatutos del Instituto.

A partir de 1919, finalizada la Primera Guerra Mundial y a través del Tratado de Versalles, se concibió una corte internacional para juzgar a los criminales de guerra alemanes, pero esto no llegó a suceder. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, los aliados establecieron los tribunales de Nuremberg y Tokio para juzgar a los criminales de guerra de las potencias intervinientes.

Al aparecer la ONU en el escenario internacional, en 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, en la cual se llama a los criminales a ser juzgados *«por los tribunales penales internacionales que tengan jurisdicción»*, invitando a la Comisión de Derecho Internacional a *«estudiar la posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para juzgar a las personas acusadas de genocidio»*. La Comisión Internacional de Codificación elaboró un borrador del Estatuto a principios de 1950 que contemplara estos planteamientos, pero la llamada «Guerra Fría» contribuyó a suspender estos trabajos y esfuerzos, consiguiendo que la Asamblea General abandonara la idea hasta que se acordara una exacta y concreta *«definición del crimen de agresión y el Código de Crímenes Internacionales»*.

En este orden de cosas se puede afirmar que la Corte Penal Internacional es un órgano independiente, conformado por un Tribunal de Justicia Internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, guerra, agresión y lesa humanidad. Tiene personalidad jurídica internacional propia, y es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, por lo que solo podrá actuar cuando las cortes nacionales no puedan o no quieran hacerlo. No forma parte de las Naciones Unidas, aunque ambas están relacionadas en los términos que señala su norma fundacional del Estatuto de Roma. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, tiene su sede en La Haya.

A partir de los años 90, la Sociedad Civil promovió una Coalición por la Corte Penal Internacional, constituida sobre una red de 2.500 organizaciones de 150 países de todo el mundo, que trabajan conjuntamente con el objetivo de fortalecer la cooperación internacional con la Corte Penal Internacional y abogando por una Corte justa, efectiva e independiente, haciendo que la justicia sea universal y fomentando leyes nacionales más eficientes, que puedan ofrecer justicia a las víctimas de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio.

Se consiguió que los Estados negociaran un Tratado fuerte, con disposiciones capaces de asegurar una Corte independiente de las Naciones Unidas, com-

puesta por Magistrados y un Fiscal independientes, imponiendo que no exista inmunidad para Presidentes, Generales y otros funcionarios gubernamentales, de forma que el contenido de las normas sea lo suficientemente estricto para la defensa, que se celebren juicios justos al mismo tiempo que las víctimas tengan capacidad de participar en los procedimientos. En definitiva, la Coalición por la Corte Penal Internacional fue un auténtico éxito de la Sociedad Civil.

LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

La expresión «*defensor de los derechos humanos*» define a la persona que, individual o conjuntamente, se esfuerza en promover o proteger esos derechos. Su forma de actuar es notable y sus hechos lo demuestran claramente. La mejor forma de explicar el contenido de sus funciones, consiste en describir sus actividades y gran parte de los contextos en que actúan.

La elección de los miembros que forman parte del elenco de Defensores de los Derechos Humanos, se realiza a través de un régimen de doble escrutinio. Es necesario que haya contado con una mayoría absoluta de votos en la Asamblea General de las Naciones Unidas y en el Consejo de Seguridad.

En 1889 se creó la Corte Permanente de Arbitraje, en la primera Conferencia de la Paz de La Haya, siendo la más antigua institución dedicada a la resolución de controversias internacionales. Por lo general la Corte celebra sesiones plenarias, pero también puede constituir unidades más pequeñas, denominadas «*Salas*», cuando las partes lo soliciten. Las decisiones sometidas a la Corte se deciden por la mayoría de los jueces presentes pero las sentencias dictadas por las Salas se consideran dictadas por la Corte en pleno. La Corte ha constituido además una Sala de Asuntos Ambientales.

Los magistrados deben realizar, en la primera audiencia pública en la que el miembro del Tribunal esté presente, la declaración jurada solemne: «Declaro solemnemente que cumpliré mis deberes y ejerceré mis atribuciones de juez, honrada y fielmente, con absoluta imparcialidad y con toda conciencia».

SUS FUNCIONES

En primer lugar, promover y proteger derechos civiles y políticos, además de conseguir la promoción, protección y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Los defensores abordan todos los problemas de derechos humanos, que pueden comprender desde las ejecuciones sumarias

hasta la tortura, la detención y prisión arbitrarias, la mutilación genital de las mujeres, la discriminación, las cuestiones laborales, las expulsiones forzadas, el acceso a la atención sanitaria o los desechos tóxicos y su impacto en el medio ambiente.

Los defensores actúan en favor de derechos humanos tan diversos como el derecho a la vida, la alimentación y el agua, el nivel más alto posible de salud, una vivienda adecuada, un nombre y una nacionalidad, la educación, la libertad de circulación y la no discriminación.

En determinadas ocasiones defienden los derechos de categorías de personas, por ejemplo, los derechos de la mujer, el niño, los indígenas, los refugiados y desplazados internos, y de minorías nacionales, lingüísticas o sexuales.

ÁMBITO DE ACTUACIÓN

Los defensores de los derechos humanos actúan en todas las partes del mundo: tanto en los Estados que están divididos por conflictos armados internos, como en los que son estables, en los que carecen de sistema democrático y en los que el ejercicio de la democracia está firmemente asentada, en los económicamente desarrollados y los clasificados como países en vías de desarrollo. Además, establecen un orden de prioridades para promover y proteger los derechos humanos en el contexto de diversos problemas, en particular el VIH/SIDA, el desarrollo, la migración, las políticas de ajuste estructural y la transición política.

La mayoría de los defensores de los derechos humanos desarrollan su actividad en el plano nacional o local, en defensa del respeto de esos derechos en sus propias comunidades y países. En esas situaciones, sus principales homólogos son las autoridades locales encargadas de garantizar el respeto de los derechos humanos en una provincia o el país en su conjunto. Sin embargo, algunos defensores actúan en el plano internacional o regional. Por ejemplo, pueden supervisar una situación regional o mundial en materia de derechos humanos y remitir información a mecanismos regionales o internacionales, incluidos los relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos y los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas.

Su labor es cada vez más variada: se concede atención prioritaria a las cuestiones de los derechos humanos en el plano nacional y local, pero mantienen contactos con los mecanismos internacionales y regionales que puedan ayudarles a mejorar la situación en sus países.

Los defensores de los derechos humanos investigan casos de vulneración de esos derechos, reúnen información sobre ellos y presentan informes al respecto. Por ejemplo, pueden aplicar estrategias de presión para que sus informes lleguen a la opinión pública en general y a determinados funcionarios políticos y judiciales, a fin de que se tenga en cuenta su labor de investigación y se examinen dichas violaciones. Lo más frecuente es que esa labor se lleve a cabo por conducto de las organizaciones de derechos humanos, que publican informes periódicos sobre sus conclusiones. Sin embargo, también puede reunir y difundir información un individuo que se concentre en un caso concreto.

La mayor parte de sus actividades consisten en establecer medidas de apoyo a las víctimas de violaciones de derechos humanos, debido principalmente a que el hecho de investigar y hacer públicos esos delitos, puede contribuir a ponerles fin, evitando que se repitan, lo que ayuda a las víctimas a llevar sus casos ante los tribunales. Algunos defensores prestan asistencia letrada profesional y representan a las víctimas en los procesos. En otros casos, ofrecen asesoramiento y apoyo a efectos de rehabilitación.

La actividad de muchos defensores tiene por objeto lograr que se rindan cuentas de la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, tomando medidas para garantizarlas y conseguir el fin de la impunidad. En términos generales, esta labor puede consistir en ejercer presión sobre las autoridades y promover la realización de mayores esfuerzos por parte del Estado, para cumplir las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que ha contraído al ratificar los Tratados Internacionales.

Concretamente, la importancia atribuida a la rendición de cuentas puede suponer que los defensores denuncien, bien sea en un medio público o ante un tribunal, violaciones de derechos humanos que ya se han producido. De esta manera contribuyen a que se haga justicia a las víctimas, acabando con las pautas de impunidad, y evitando así violaciones futuras. Un gran número de defensores, a menudo por conducto de organizaciones establecidas al efecto, concentran sus esfuerzos exclusivamente en poner fin a la impunidad.

Los grupos de defensores podrán promover el fortalecimiento de la capacidad del Estado para enjuiciar a los autores de violaciones, lo que se puede lograr impartiendo capacitación en materia de derechos humanos a los fiscales, jueces y policía.

En cuanto al apoyo que pueden prestar a una política de gestión pública y de gobierno más eficaz, en una gran mayoría hay defensores que tratan de lograr que el gobierno cumpla las obligaciones que le incumben en materia de dere-

chos humanos, por ejemplo, publicando información sobre su historial con respecto a la aplicación de las normas en este ámbito, haciendo un seguimiento de los progresos realizados. Otros defensores conceden prioridad a una buena gestión de los asuntos públicos, promoviendo la democratización, el fin de la corrupción y el abuso de poder, explicando a la población cómo ejercer su derecho de voto y las razones por las que es importante participar en las elecciones.

SU CONTRIBUCIÓN A LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS

Los defensores pueden aportar una importante contribución, especialmente por conducto de sus organizaciones, a la aplicación efectiva de los tratados internacionales de derechos humanos. La mayoría de las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales, participan en la ejecución de proyectos de vivienda, salud y generación de ingresos sostenibles en favor de las comunidades pobres y marginales, impartiendo capacitación básica y proporcionando equipos que faciliten el acceso a la información.

Este grupo merece especial atención, ya que no siempre se considera a sus miembros defensores de los derechos humanos, y ellos mismos pueden obviar la denominación de «derechos humanos» al informar sobre su trabajo, por lo que prefieren emplear los términos salud, vivienda o desarrollo para definir su ámbito de actividad. Muchas de estas actividades de apoyo a los derechos humanos se describen, en términos generales, como acción pro-desarrollo. La mayoría de las Organizaciones No Gubernamentales y órganos de las Naciones Unidas están integradas en estas categorías. Su trabajo, como gran parte del que realizan otros defensores, tiene una importancia decisiva para lograr el respeto, la protección y la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, y necesitan y merecen la protección que la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos ofrece a sus actividades.

CAPACITACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Cabe destacar la labor educativa que desarrollan los defensores. En algunos casos, consiste en enseñar a aplicar las normas de derechos humanos en el contexto de una actividad profesional, bien por magistrados, abogados, policías, soldados o supervisores de los derechos humanos. Por otro lado, el sistema educativo puede ser más amplio y desarrollarse en las escuelas y universidades o bien mediante la difusión de información sobre la normativa vigente entre la población en general o grupos vulnerables.

En resumen, la labor de los defensores de los derechos humanos, a menudo consiste en reunir y difundir información, llevar a cabo una actividad de promoción y movilizar a la opinión pública. También pueden proporcionar información para potenciar o capacitar a otras personas, participando activamente en la facilitación de los medios materiales necesarios para hacer realidad los derechos humanos, por ejemplo, construyendo viviendas, suministrando alimentos, reforzando el desarrollo y cualquier otra función que contribuya a potenciar estos fines.

Es importante resaltar que se esfuerzan en conseguir una transformación democrática que suponga una mayor participación de la población en la adopción de las decisiones que conforman sus vidas y una mejor gestión de los asuntos públicos. También contribuyen a mejorar las condiciones sociales, políticas y económicas, a reducir tensiones sociales y políticas, a consolidar la paz a nivel nacional e internacional y a promover la toma de conciencia con respecto a los derechos humanos en el plano nacional e internacional.

¿QUIÉN PUEDE SER DEFENSOR DE LOS DERECHOS HUMANOS?

No existe una definición concreta de quién es o puede ser defensor de los derechos humanos. En la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos se cita textualmente en el preámbulo:

ANEXO I

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos

Aprobada por la resolución 53/144 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998

Es decir, se hace referencia a «*los individuos, los grupos y las instituciones [que contribuyen] a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y los individuos*».

De acuerdo con esta definición general, pueden ser defensores cualesquiera personas o grupos de personas, que se esfuercen en promover los derechos humanos, desde organizaciones intergubernamentales asentadas en las mayores ciudades del mundo, hasta individuos que trabajan en sus comunidades locales. Los defensores pueden ser de cualquier género, tener distintas edades, proceder de cualquier parte del mundo y tener cualesquiera antecedentes profesionales o de otro tipo.

Es importante observar que los defensores de los derechos humanos no solo desarrollan su actividad en Organizaciones No Gubernamentales y organizaciones intergubernamentales, sino que, en algunos casos, también pueden ser empleados del Estado, funcionarios públicos o miembros del sector privado.

DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES

Evidentemente, los defensores más cualificados están encuadrados entre aquellos cuya actividad cotidiana consiste en promover y proteger los derechos humanos, los supervisores en esta materia que trabajan en organizaciones nacionales de derechos humanos, los mediadores o los abogados especializados en estos asuntos.

Sin embargo, lo que más caracteriza a un defensor de los derechos humanos no es su título o el nombre de la organización para la que trabaja, sino el carácter de la actividad que desarrolla. No es necesario que la persona de que se trate sea conocida como activista en el campo de los derechos humanos o que trabaje en una organización reconocida por su dedicación a la defensa de los derechos humanos. Muchos funcionarios de las Naciones Unidas actúan como tales defensores, a pesar de que su trabajo cotidiano se lleve a cabo en otra esfera distinta. Asimismo, el personal nacional e internacional de Organizaciones No Gubernamentales de todo el mundo que se dedica a asuntos humanitarios, normalmente pueden considerarse defensores de los derechos humanos. Cabe decir lo mismo de las personas que realizan una labor de educación de las comunidades en relación con los defensores de los derechos de los pueblos indígenas, los ecologistas y los voluntarios del desarrollo, los cuales desempeñan una función decisiva de defensores de los derechos humanos.

En el desempeño de su actividad profesional, muchas personas son remuneradas, sin embargo, en una gran mayoría trabajan con carácter voluntario, sin recibir remuneración alguna. Las organizaciones de derechos humanos por lo general, tienen recursos muy limitados, por lo que el trabajo de los voluntarios es inapreciable.

Muchas actividades profesionales no siempre suponen un trabajo en favor de los derechos humanos, pero pueden tener una vinculación ocasional con ellos, como es el caso de los abogados mercantilistas. Pueden actuar como tales al ocuparse de algunos casos, en cuyo marco contribuyen a promover o proteger esos derechos. Asimismo, los dirigentes sindicales que desempeñan muy diversas tareas, muchas de las cuales no tienen relación alguna con esos derechos, pero cuando se esfuerzan concretamente en promover o proteger

los derechos humanos de los trabajadores entonces sí pueden calificarse de defensores de tales derechos.

Igualmente, la función del periodista que cumple el amplio mandato de reunir información y difundirla públicamente por medio de la prensa, radio o televisión, informando de abusos y actos que ha presenciado, que atentan a la dignidad y a los derechos humanos. En cuanto al área de la enseñanza, los maestros que enseñan a sus alumnos los principios básicos de los derechos humanos cumplen una función análoga. Los médicos y otros profesionales de la medicina que tratan y curan a víctimas de violaciones de los derechos humanos también pueden considerarse defensores en esta materia en el contexto de ese trabajo por las obligaciones profesionales especiales contraídas en virtud del juramento hipocrático.

CONCLUSIÓN

Son innumerables los grupos de personas y equipos de voluntariado que actúan como defensoras de los derechos humanos, fuera de todo contexto profesional o laboral. El habitante de una comunidad rural que coordine una manifestación para protestar contra la degradación ambiental de las tierras de cultivo, causada por desechos industriales, también podría definirse como tal. El político que denuncia la existencia de corrupción endémica en el gobierno, los testigos en juicios contra autores de violaciones de derechos humanos, y los testigos que proporcionan información a los órganos internacionales de derechos humanos o a tribunales nacionales para ayudarles a juzgar las violaciones, también se consideran defensores de los derechos humanos en el contexto de esas acciones.

En todas las regiones del mundo hay personas que luchan para lograr el pleno disfrute de los derechos humanos, de acuerdo con sus circunstancias y a su propio modo. Los nombres de algunos defensores son internacionalmente conocidos, pero la mayoría de ellos permanecen en el anonimato. Sea un individuo que trabaja en la administración local, un policía que hace cumplir la ley o un presentador que en la realización de su trabajo denuncia injusticias, todos ellos pueden contribuir al respeto y consideración de los seres humanos de su entorno. De aquí que lo importante sea considerar cómo actúan los individuos en apoyo y defensa de esos derechos. Por último, las acciones que se realicen deben ser pacíficas, con arreglo a lo establecido en la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos.

Es decir, resulta materialmente imposible catalogar la enorme variedad de contextos en que actúan los defensores. Sin embargo, el denominador común

de la mayoría comparte el compromiso de ayudar a sus semejantes. Por cierto, se trata de un compromiso para con las normas internacionales de los derechos humanos, una creencia en la igualdad y la no discriminación, una fuerte determinación y, en la mayoría de los casos, la demostración de un enorme valor.

No se requieren requisitos especiales para calificar el grado de defensa de los derechos humanos, todos podemos serlo si nos lo proponemos. No obstante, existe una cuestión importante en cuanto a la validez de los argumentos. No es imprescindible que los argumentos presentados sean los requeridos para ser un auténtico defensor. Lo más importante es si la persona defiende o no un derecho humano en cualquier parte del mundo, lo que viene a concluir con la aceptación del carácter universal de estos derechos tal y como se proclamaron en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

La universalidad de los Derechos Humanos a los setenta años de la Declaración Universal

Antonio Blanc Altamir

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Lleida (España)*

*Académico de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Con ocasión de la celebración del setenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos planteamos reflexionar sobre uno de los temas que siempre han estado presentes en torno a la cuestión de la protección de los derechos humanos, como es el relativo al de su universalidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, junto a los dos Pactos adoptados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituye lo que se conoce como la «Carta Internacional de los Derechos Humanos», supuso un hito considerable al ser el primer instrumento de carácter general –aunque formalmente no vinculante– que incorporaba un catálogo específico de derechos humanos, proclamado por una organización internacional con vocación universal.

El texto final de la Declaración constituye el resultado de un ajustado equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones existentes sobre los derechos humanos en aquel momento, aunque en algunas partes del mismo parece prevalecer una cierta visión occidental, que sería precisamente uno de los argumentos utilizados más tarde para cuestionar su validez universal.

Sin embargo, es evidente que la Declaración pretende incorporar una concepción universal de los derechos humanos, superadora de ideologías, culturas o

religiones, y basada en la dignidad humana. Así se desprende del primer párrafo del Preámbulo:

«... 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»¹,

y de su primer artículo:

«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».

Tras un análisis sobre la delimitación conceptual y el contenido de la universalidad, así como de las diferentes impugnaciones doctrinales a la misma, nos centraremos en el análisis específico de la dignidad humana, en cuanto que valor predicable o atributo intrínseco y al mismo tiempo específico de todos los seres humanos, que constituye el fundamento último de los derechos humanos y de su universalidad.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CONTENIDO DE LA UNIVERSALIDAD

Plantearse la cuestión de la universalidad de los derechos humanos equivale a preguntarse si tales derechos son predicables respecto de todos los seres humanos con independencia del contexto político, social, cultural, espacial o temporal.

Desde esta perspectiva, afirmar la universalidad de los derechos humanos supone llevar a cabo una abstracción de las diferentes situaciones históricas, políticas, religiosas e incluso éticas, para reafirmar que tan solo se requiere el requisito de ser humano para ser titular de tales derechos. Ello implicaría igualmente la necesidad de superar el marco jurídico positivo existente en un momento determinado, en la medida en que los derechos humanos son anteriores al derecho positivo y en que, además, se encuentran fuera del ámbito exclusivo de la jurisdicción doméstica de los Estados como consecuencia del proceso progresivo, y al mismo tiempo imparabile, de su internacionalización.

¹ El propio Preámbulo reitera en su párrafo quinto que «... los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...»

En definitiva, la universalidad de los derechos humanos comporta aceptar su propia existencia, pues ambas cuestiones –universalidad y existencia– caminan indisolublemente unidas, en la medida en que en ningún caso podría admitirse que los derechos humanos lo fueran tan solo respecto de ciertas categorías o grupos humanos, como mujeres, niños, ancianos, blancos, negros o discapacitados.

El hecho, por otra parte constatable, de que determinados grupos se encuentren en situación vulnerable, lo que justifica la adopción de determinadas medidas especiales de protección, incluso de discriminación positiva, no implica, en absoluto, que deba ponerse en cuestión la universalidad. La situación de discriminación en que se encuentra la mujer en muchas partes del mundo, o la hambruna que acecha cíclicamente a millones de seres humanos en el África subsahariana, amenazando uno de los derechos más básicos y fundamentales como el derecho a no padecer hambre y a la propia supervivencia, no significa que deba ser puesta en duda la universalidad de los derechos humanos. Muy al contrario, estas situaciones, absolutamente inadmisibles al inicio del tercer milenio, deben ser combatidas en nombre de la universalidad, pues los derechos humanos son, por propia esencia, los derechos de todos los seres humanos, cualesquiera que sean sus características y con independencia del factor temporal o espacial. Por el contrario, aceptar el relativismo de sexos, culturas, color o religión, equivaldría a renunciar a un hito importantísimo del progreso conjunto de la humanidad y con él, a la destrucción del concepto de ser humano y de su dignidad intrínseca, base y fundamento de los derechos humanos.

La universalidad de los derechos humanos implica, por lo tanto, aceptar que tales derechos se adscriben a todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto, y que son predicables respecto de todos los seres humanos, precisamente porque dicha adscripción se realiza al margen de cualquier circunstancia temporal, espacial, política o cultural². La noción de universalidad comporta un aspecto procedimental, en la medida en que supone la instauración de mecanismos internos e internacionales susceptibles de asegurar su protección, y, al mismo tiempo, material, desde el momento en que los derechos humanos deben ser protegidos siempre, en todo lugar, en relación con todos los hombres sin distinción alguna y de una forma plena, es decir con la máxima cobertura posible, que incluiría igualmente las necesidades futuras que puedan derivarse de la evolución social o tecnológica, en particular de los progresos de la genética³.

² FERRAJOLI, L.: «Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. XLI, N.º 122, pp. 1135-1145.

³ KAKOURIS, C. N.: «L'universalité des droits de l'homme. Le droit d'être différent. Quelques observations», en *Hacia un orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 415-426.

De la noción de universalidad de los derechos humanos se derivan una serie de ámbitos de significación muy dispares. Entre ellos, se ha identificado el subjetivo, en la medida en que se predicen respecto de la totalidad de sus posibles titulares; el objetivo o material, pues aquellos cubrirían todos los intereses dignos de protección; el cultural, en cuanto que las diferentes concepciones culturales no afectarían sustancialmente su reconocimiento; el cronológico, ya que su validez y predicabilidad son indiferentes al paso del tiempo; y finalmente el político, pues su proyección superaría toda organización política o jurídica⁴. Estas diferentes dimensiones de la universalidad se encuentran estrechamente relacionadas y vinculadas entre sí, pues, en definitiva, aceptar la universalidad de los derechos humanos, implica su reconocimiento respecto a todos los miembros de la especie humana, con independencia del momento histórico y del contexto sociocultural o político.

A sensu contrario, negar la dimensión universal de los derechos humanos, equivale a no aceptar que puedan ser invocados contra todas las amenazas provengan de donde provengan, lo que implicaría, no solo renunciar al gran progreso que para la propia humanidad supone la universalidad de los derechos humanos, como ya ha sido apuntado, sino también ignorar que esta garantiza su propia efectividad⁵.

La larga marcha hacia la universalización de los derechos humanos no ha estado exenta de progresos y retrocesos constantes, que le atribuyen todavía hoy un carácter de proceso inacabado, a modo de pretensión permanente. En efecto, la indiscutible existencia de divergencias sobre la concepción de los derechos humanos, o al menos sobre algunos de ellos, así como sobre la conveniencia de reforzar la efectividad de los mecanismos de garantía o la actitud de la comunidad internacional ante las violaciones graves y masivas, entre otras cuestiones, no impide que existan igualmente convergencias definidas que marcan una tendencia nítida hacia la universalización⁶.

3. LAS IMPUGNACIONES A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las impugnaciones a la universalidad de los derechos humanos se basan en diferentes argumentos, no siempre coincidentes. En particular, que su

⁴ DE CASTRO CID, B.: «La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito? *Derechos y Libertades*, n.º 13, 1996, pp. 389 y ss.

⁵ Cfr. BADINTER, R.: «L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste», *Revue universelle des droits de l'homme*, 1989, vol. 1, n.º 1-12, pp. 1-5.

⁶ CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 75 y ss.

protección queda limitada a un ordenamiento jurídico determinado que posibilita tanto su reconocimiento como su protección efectiva, lo que no será posible fuera de un ámbito espacial específico. Otro de los argumentos utilizados para objetar la universalidad de los derechos humanos, radica en el hecho de que en ocasiones, se exigen adicionalmente condiciones o requisitos complementarios a los sujetos destinatarios de la protección, como pueden ser, entre otros, la nacionalidad o la edad. En otras ocasiones, se argumenta desde una posición marcadamente positivista que, más allá de criterios de carácter moral, aquellos no son plenamente efectivos hasta que no son reconocidos por el Derecho positivo, o que la diversidad de tradiciones culturales relativiza de una forma inequívoca la universalidad de tales derechos.

La universalidad de los derechos humanos comporta al menos dos planos diferentes: el de la definición de los derechos y el fáctico, respecto de los cuales no hay, ni ha habido, una coincidencia absoluta entre los autores⁷. En efecto, históricamente se han presentado determinadas objeciones a la universalidad, que se refieren al primero de los planos apuntados, pues es evidente que por lo que respecta al segundo, parece indiscutible que los derechos humanos no están garantizados universalmente, en todo momento y circunstancia, por lo que puede afirmarse que todavía hoy existe una contradicción patente entre su proclamación teórica –suficientemente consolidada– y su inobservancia práctica –ampliamente constatada–.

En efecto, y a pesar del reconocimiento jurídico alcanzado por los derechos humanos tanto a nivel internacional, en particular a partir de la creación de las Naciones Unidas⁸, como a nivel interno, no se han evitado ni los genocidios, ni las limpiezas étnicas, ni las hambrunas, ni otras violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

El contraste existente entre la teoría y la práctica universalista de los derechos humanos, ha llevado a algunos autores a adoptar una actitud escéptica ante la universalidad, ante la constatación de que la Declaración Universal sigue siendo una bella promesa incumplida para amplios sectores de la humanidad⁹.

⁷ DE LUCAS, J.: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*. Madrid, 1994.

⁸ FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*. Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2013.

⁹ PÉREZ LUÑO, E. A.: «La universalidad de los derechos humanos», en López García, J. A.; y Del Real, J. A. (Eds.) *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 51- 68.

Las frecuentes críticas e impugnaciones a la universalidad de los derechos humanos pueden sistematizarse en torno a tres dimensiones diferentes: filosófica, política y jurídica. Centrándonos en esta última perspectiva, y partiendo del hecho de que solo podemos considerar los derechos humanos desde la óptica de la efectividad, en la medida en que sean reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos, la carencia fáctica de aquella determinaría para algunos autores que la universalidad jurídica de los derechos humanos seguiría siendo, en la actualidad, una falacia o una quimera. Para Ferrajoli, esta sería la perversa consecuencia de confundir derechos y garantías, pues nos llevaría a descalificar en el plano jurídico las dos conquistas más importantes del constitucionalismo del siglo XX: la internacionalización de los derechos fundamentales, y la constitucionalización de los derechos sociales, pues, en ausencia de las debidas garantías, quedarían aquellas conquistas reducidas «a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes»¹⁰.

Por lo tanto, y al margen de las perspectivas filosófica y política, la óptica jurídica proporcionaría poderosos argumentos a los impugnadores de la universalidad de los derechos humanos. Un intento de sistematización de aquellos nos llevaría a focalizar las críticas teniendo en cuenta los bienes jurídicos tutelados, los titulares de los derechos y los sujetos obligados¹¹.

En relación con los bienes jurídicos tutelados, las críticas se centrarían tanto en el contenido de los derechos, en la medida en que desde la perspectiva interna no existe un catálogo igual de derechos en todas las Constituciones de los Estados, como en sus mecanismos de protección, que igualmente variarían de un Estado a otro. Si ello ocurre desde la perspectiva interna, es evidente que desde la internacional, la debilidad de los mecanismos de protección, proporcionaría todavía más argumentos a los críticos de la universalidad.

Por lo que respecta a los titulares de los derechos, las críticas se focalizan en el hecho de que siendo aquéllos todos los derechos humanos sin excepción desde la óptica de la universalidad, la mera observación fáctica constata que no es así, pues existen derechos específicos para determinadas categorías de personas, persistiendo, por otra parte, exclusiones en relación con el género, los pueblos indígenas o los extranjeros.

¹⁰ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4.ª ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 59.

¹¹ GUTIÉRREZ, F. J.: «Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas». Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

Finalmente, y en relación con los sujetos obligados, las críticas que cuestionan la universalidad de los derechos humanos se centrarían en el hecho de que no existen instancias seguras a las que dirigirse para exigir su respeto en caso de incumplimiento, dado que no existen deberes universales correlativos a los derechos universales¹². Situándonos en la perspectiva del Derecho internacional, aunque observamos una tendencia a la universalización de los derechos humanos, que va acompañada de una progresiva institucionalización, este proceso es todavía incipiente e insuficiente, pues no ha logrado desplazar el elemento central de la soberanía de los Estados, que aunque limitada, permanece en el centro del sistema.

Los particularismos derivados de la propia diversidad cultural existente en la actual sociedad internacional, constituyen igualmente un desafío permanente a la universalidad. Es evidente que el objetivo perseguido es la búsqueda del siempre difícil equilibrio entre la universalidad y el respeto a las particularidades nacionales y regionales, sin que suponga que los Estados puedan ampararse en ellas para eludir el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

En definitiva, podemos afirmar que el relativismo cultural no puede servir para justificar las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, pero tampoco puede aceptarse que en nombre de la universalidad, se imponga coactivamente un modelo cultural eurocéntrico a países que tienen tradiciones culturales y políticas propias, siempre y cuando no representen formas de tiranía que nieguen o violen los derechos humanos más fundamentales¹³.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LA UNIVERSALIDAD

El reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos más allá de cualquier diferencia étnica, cultural, régimen político o desarrollo económico, tan solo puede basarse en la dignidad humana, común a todos los hombres, que como proclama la Declaración Universal en su primer artículo, «nacen libres e iguales en dignidad y derechos...».

Dignidad que se deriva de la común condición de todos los seres humanos, en la medida que pertenecen a una especie única y diferente del resto del

¹² DE LUCAS, J.: «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos...», *op. cit.*, pp. 259-312.

¹³ PÉREZ LUÑO, E. A.: «La universalidad de los derechos humanos». *Derecho y cambio social*, N.º 9, 2007, p. 11.

reino animal, dotada de naturaleza libre y racional, así como de un conjunto irreductible de potencialidades entre las que destacarían la libertad y la sociabilidad. El concepto de dignidad humana, aunque nace en la época premoderna con una marcada connotación religiosa, se desarrolla y reformula en la época moderna, manteniendo su carácter antropocéntrico pero desvinculándose de cualquier origen divino. Partiendo de esta nueva concepción, que reconoce la igualdad de todos los seres humanos, y por lo tanto la necesidad de un trato respetuoso entre ellos, se articularán las herramientas jurídicas que deberán garantizar la igualdad jurídica y política de los individuos, a pesar de las innegables diferencias sociales y de otra índole. Con la aparición de la fundamentación teórica de los derechos humanos, la dignidad humana tendrá un alcance no solo vertical, en la medida en que los seres humanos son superiores al resto del reino animal, sino también horizontal, pues determinará la igualdad entre ellos con independencia de la posición que ocupen en la sociedad¹⁴.

Desde esta concepción, de orientación marcadamente iusnaturalista, cabría afirmar que el postulado de la dignidad humana descansaría por lo tanto en la unicidad y singularidad del género humano¹⁵, que conferiría a los pertenecientes a este una titularidad sobre los derechos humanos¹⁶, o al menos, sobre los más básicos y fundamentales, independientemente del contexto social o político.

Aunque el concepto de dignidad humana, que para el filósofo Robert Spaemann, es más antiguo que el de los derechos humanos¹⁷, puede analizarse desde la óptica de otras disciplinas, es la perspectiva jurídica la que proporciona las herramientas para garantizar su respeto a través de la construcción de la teoría de los derechos humanos. Por esa razón, centraremos fundamentalmente nuestro análisis desde esa perspectiva general, fijando nuestra atención particular desde una óptica jurídica internacional.

La dignidad intrínseca del ser humano constituye, un «nuevo principio constitucional que la Carta de las Naciones Unidas introdujo en el Derecho

¹⁴ PELÈ, A.: «Aproximación al concepto de dignidad humana». *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2005, N.º 1, 2004-2005.

¹⁵ La concepción sobre la universalidad, unicidad y singularidad del ser humano tiene un claro precedente en Francisco de Vitoria y, en general, en la Escuela española del Derecho Natural y de Gentes de los siglos XVI y XVII.

¹⁶ ARENAL, C. Del: «La visión de la sociedad mundial en la escuela de Salamanca», en Mangas Martín, A. (Ed.): *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*. Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Salamanca, 1993, p. 32.

¹⁷ SPAEMANN, R.: «Sobre el concepto de dignidad humana». *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 1988, N.º 19, p. 16.

internacional»¹⁸, cuya relevancia y consecuencias jurídicas ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. La dignidad humana se ha convertido, por lo tanto, en un «principio generalmente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo», del que la Carta y la Declaración Universal son «expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias»¹⁹, que confieren a los Estados la obligación de asegurar el respeto de los derechos humanos, en la medida en que estos constituyen la cristalización y la expresión más directa de esa dignidad²⁰.

Es precisamente esta concepción, sobre la que se basaría la universalidad de los derechos humanos, la que nos proporciona, a su vez, argumentos para contrarrestar las objeciones formuladas contra aquella, ya mencionadas con anterioridad.

En primer lugar, porque si aceptamos que la razón última de la universalidad radica en la dignidad humana, aceptamos igualmente que el respeto de los derechos humanos no depende de que un ordenamiento jurídico determinado los reconozca y de que adopte los mecanismos de garantía y control correspondientes. Es más, siguiendo esta orientación, la validez de las normas adoptadas por un Estado en clara violación de la obligación general de respetar los derechos humanos, podría ser puesta en entredicho, lo que ocurrió, por ejemplo, en relación con las normas que institucionalizaban el *apartheid*, adoptadas durante décadas por el régimen sudafricano²¹.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la objeción de que para el ejercicio efectivo de determinados derechos se exigen requisitos adicionales, como la edad o la nacionalidad, o que con frecuencia se reconocen derechos a determinados colectivos de personas, conviene advertir que el reconocimiento específico de derechos a determinados colectivos, como las mujeres, los niños, los trabajadores migrantes o a los refugiados, entre otros, no tiene como objetivo incorporar un catálogo de derechos cuya titularidad solo afectaría a las personas pertenecientes a dicho grupo, sino que, partiendo de su situación de especial vulnerabilidad e indefensión, se adoptan instrumentos específicos de

¹⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A.: «La Declaración Universal de Derechos Humanos ¿es universal?». *Tiempo de Paz*, 2008, n.º 90, p. 10.

¹⁹ CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Hacia un orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 178.

²⁰ *Vid.* En este sentido ROLDÁN BARBERO, J.: «La dignidad como Fundamento Universal de los Derechos Humanos», en Proner, C; Olasolo, H. y otros (Coords.): *70.º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 285-294.

²¹ BLANC ALTEMIR, A.: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 215 y ss.

reconocimiento y protección para reforzar el respeto de los derechos humanos fundamentales, incluso con la incorporación de determinados mecanismos de «discriminación positiva».

Sin embargo, desde la perspectiva de la efectividad y aplicación práctica de tales derechos, conviene recordar que no pueden confundirse los planos de lo moral y de lo jurídico, pues «los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse al Derecho positivo»²². Por lo tanto, y dado que para sostener la universalidad de los derechos humanos no es oportuno hacerlo, *a priori*, desde la positividad, pero tampoco desde la óptica exclusivamente moral, habrá que aceptar con dicho autor que las pretensiones morales, que son la base de la dignidad humana y de los grandes valores de igualdad, libertad, seguridad o solidaridad, tan solo se convierten en derechos cuando se positivizan.

Y ello llevado al plano del Derecho internacional, equivale a afirmar que, desde la misma perspectiva, tan solo serían auténticamente universales las normas que hayan sido aceptadas por todos los Estados, con la excepción de las normas de *ius cogens*, que al tratarse de normas imperativas de Derecho internacional general, no requieren de su consentimiento y se imponen a su voluntad más allá de todo vínculo convencional. Normas que, por otra parte, y en la medida en que no admiten acuerdo en contrario, solo pueden ser modificadas «por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter», como proclama el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que implica igualmente la nulidad de todos los acuerdos que estén en oposición con tales normas.

La existencia de particularismos derivados de la propia diversidad cultural presente en la actual sociedad internacional, implica que debemos prestar una atención específica al denominado relativismo cultural, que determina una diferente concepción de los derechos humanos, e incluso de aquellos que deben considerarse como fundamentales, en función de los regímenes políticos vigentes o de las tradiciones culturales dominantes.

Sin lugar a dudas, y para concluir, debemos afirmar que la universalidad conceptual y programática de los derechos humanos, debe afrontar el desafío permanente de la diversidad que se manifiesta en todos los ámbitos. Se impone, por lo tanto, una relación armónica, y al mismo tiempo dinámica, entre la universalidad y el respeto a la diversidad, un denominador común que, aceptando la diferencia, garantice de forma inequívoca el respeto exquisito de los

²² PECES-BARBA, G.: «La universalidad de los derechos humanos». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1994, N.º 15-16, vol. II, p. 622.

derechos humanos más fundamentales que constituyen el núcleo duro e indestructible, en la medida en que reflejan unos valores universalmente admitidos y que cristalizan la expresión de una conciencia universal basada en la igual dignidad de los seres humanos.

¿Puede el Estado garantizar la tutela efectiva de los Derechos Humanos?

José Luis Cea Egaña¹

*Presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales
Instituto de Chile*

Esta sección se reúne para examinar la tutela efectiva de los derechos humanos por el Estado. Lo hace con el ánimo de conmemorar setenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por las Naciones Unidas².

Se han presentado varias ponencias, todas del mayor interés y adecuadamente concebidas y redactadas. Especialmente meritoria es la disertación central del profesor Jorge Reinaldo Vanossi. Sin excepción, demuestran un tono más alentador que pesimista.

Sin caer en el abatimiento ni el escepticismo estimo, sin embargo, que resulta también coherente con un análisis riguroso, reconocer que el tema cuyo estudio nos congrega puede ser objeto de enfoques distintos. Efectivamente, el título ya insinúa que el Estado es el destinatario de la tutela efectiva que se demanda o a la cual alude. Pero esa interpretación o entendimiento es susceptible, a su vez, de una digresión o, tal vez, de varios alcances. Por ejemplo, planteadas como interrogantes o preguntas: ¿fue el Estado alguna vez, en algún país, aquel destinatario? ¿tuvo ese rol reconocido con carácter único y excluyente de otros actores? ¿dónde? ¿sirvió tal función con eficacia³, es decir, efectivamente? ¿por qué, si hubiera sido así, se plantea hoy un tema que puede

¹ Ponencia leída en Madrid, en la Sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el 24 de noviembre de 2018 en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

² Adoptada por la Asamblea General, reunida en San Francisco (California) el 10 de diciembre de 1948. Véase una descripción de la Declaración en Concepción Escobar Hernández: «La protección internacional de los derechos humanos» (I), en Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid, Ed. Tecnos, 2007) pp. 649 ss.

³ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2015) define en T. I., p. 865, el sentido natural y obvio de la *eficacia* como la capacidad de lograr el efecto que se desea o espe-

ser entendido en términos de dudas, o sea, que nunca ha sido efectiva, práctica o real dicha tutela, no digo que para todos los derechos humanos sino que, por lo menos, para la mayoría de la población titular de los más atributos subjetivos de *primera generación*?⁴

1. UN SUPUESTO DECLARADO

Lejos de sumirme en actitudes pesimistas, me siento en el deber de plantear una cuestión previa a cualquier respuesta a las preguntas precedentes. Tal premisa la resumo así: vivimos, con ritmo constantemente más acelerado en las últimas décadas, un cambio de época que, sin opacar el brillo de la Declaración Universal de 1948, exige interrogarse acerca de movimientos e ideas aparecidas después de ese año y que imponen evaluar la tutela⁵ de los derechos humanos por quien es obligado en favor de su titular efectivo.

Imposible condensar aquí, ni siquiera mediante un esquema, las razones principales que configuran el cambio de época. Aun así, avanzaré en mi tesis, circunscribiendo la exposición a las tres ideas matrices siguientes, todas relacionadas con el tema que nos ocupa:

Primera, son irrefragables los rasgos de expansión, especificación, progresividad y universalización de los derechos humanos, habiéndose llegado a tres generaciones de derechos. Pues bien, ¿sigue siendo el Estado-Gobierno destinatario de tales cambios? ¿y, en el evento afirmativo, cuáles son los cambios que ha tenido el Estado para tutelar efectivamente los derechos humanos?⁶;

Segunda, esos rasgos ¿son secuela del enriquecimiento de la democracia, la cual ha perdido parte de su calidad formal o solo representativa para incorporar instituciones de la democracia directa, *vgr.*, el referendo decisorio o consultivo, el plebiscito, la revocación de ciertos mandatos políticos y el impulso popular a las modificaciones constitucionales o legales?; consecuentemente, el cambio de época ¿se ha hecho ostensible en el aumento de la ciu-

ra, es decir, en nuestro caso, la protección real y no quimérica, dudosa o nominal de los derechos humanos y de los deberes correlativos.

⁴ LOVERA, Domingo: «Destinatarios de los derechos fundamentales», en Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores): Manual sobre derechos fundamentales. Teoría General (Santiago, LOM editores, 2017) pp. 161 ss.

⁵ *Tutela* es amparo, defensa o cuidado de los derechos fundamentales, deber esencial para que adquieran vigencia efectiva. Consúltese II Diccionario de la Real Academia cit., p. 2.199.

⁶ La doctrina distingue entre Estado-Gobierno y Estado Nación o Estado Sociedad. El primero es el conjunto de instituciones y órganos estatales que ejercen la soberanía en y entre los Estados; el segundo es la comunidad humana regida por el Estado Gobierno, de acuerdo con la Constitución y las leyes establecidas, legítimamente, en un espacio geográfico delimitado.

dadanía en la participación política y en el control concreto de los gobernantes?; y

Tercera, han irrumpido, con vigor incontenible si se pretende legitimar a los sistemas políticos, los derechos de la segunda generación o derechos sociales, presenciando la configuración, cierto que aun incompleta e imperfecta, de los atributos de la tercera generación, por ejemplo, a la paz, al desarrollo humano y no solo socioeconómico, a las migraciones y a la protección del ambiente, incluyendo el cambio climático. Entonces, renuevo mi inquietud preguntando ¿ese enriquecimiento del concepto de derechos humanos, ha sido tutelado efectivamente por el Estado?

2. CONCEPTOS EN REPLIEGUE

¿Cuál era la idea del Estado-Gobierno dominante en 1948?⁷ ¿subsiste esa idea o, como parece razonable suponer, ha cambiado? Prueba del cambio es la expansión de los organismos regidos por tratados internacionales, las jurisdicciones de esa naturaleza, las comisiones que vigilan el respeto de los derechos humanos con base en las denuncias que reciben o las inspecciones que practican de propia iniciativa, en fin, la cooperación entre países para aliviar secuelas del hambre, la miseria, las guerras, la peste y otras enfermedades y la discriminación, más que nada en perjuicio de la mujer, de la niñez, de la juventud, de la tercera edad y demás sectores excluidos de políticas de bien común.

Usualmente, se justifican cambios como los descritos pensando en la dignidad de la persona humana y los derechos inalienables que emanan de ella⁸. Ciertamente, esa premisa es correcta y la comparto sin reticencias. Pero ¿basta tal aseveración para explicarse los cambios de época que vivimos? ¿o será que se conservan, casi intocados, conceptos fundamentales, como la soberanía de los Estados, los principios de no intervención por terceros Estados en otro, o más todavía, la concepción de la democracia singularizada por la imposición, desde arriba, de ideas del contrato social afines a Hobbes más que a Locke, Rousseau y Montesquieu, quiero decir, que la dominación soberana se hace efectiva porque el hombre es el peor enemigo del hombre? ¿no se apartan o rebajan con ello los esfuerzos para forjar relaciones humanas de cooperación

⁷ CARRÉ DE MALBERG, Raymond, (1922) *Teoría General del Estado* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998) pp. 64 ss.

⁸ INVERNIZZI ACCETTI, Carlo: «Religious Thruth and Democratic Freedom», en Jean L. Cohen y Cecile Laborde (editores): *Religion, Secularism and Constitutional Democracy* (New York, Columbia U. Press, 2016) pp. 293 ss.

y solidaridad, esenciales si se aspira a mayores y mejores niveles de libertad, igualdad, justicia y gobernanza?

Prefiero dejar ahí el argumento, para plantearme la pregunta que me intriga en relación con el tema cuyo análisis nos congrega. Me refiero a que el cambio de época parece no haber alterado la idea del Estado-Gobierno que existía, en la mayoría de las democracias, en 1948. Ese Estado, configurado por los cinco elementos que le asigna generalmente la doctrina europeo-continental y latinoamericana⁹, continúa razonando sobre la base de la soberanía y su expresión máxima de poder que es el Derecho¹⁰, territorial o geográficamente delimitado, tesis que ya no es tal desde ninguno de los puntos de análisis que he mencionado. En la actualidad, el foco se encuentra en el grupo humano, en el bien común como finalidad del Estado, más que en la servicialidad de esa forma de organización política, dejando en el pasado la razón de Estado¹¹.

3. PANORAMA QUE VIVIMOS

El *dictum* de Bodino va siendo superado¹² por los hechos que singularizan el cambio de época. Efectivamente, el Derecho vivido ya no es única, ni tal vez principalmente, el formulado por el legislador estatal. Por el contrario, el impulso es día a día más fuerte hacia las fuentes internacionales de normas jurídicas y a la autorregulación de las asociaciones, grupos y entes de la Sociedad Civil que van elaborando, dictando e infundiendo efectividad a ordenamientos emanados de ellos mismos¹³.

La segunda vertiente mencionada, es decir, el Derecho que nace, aunque sea subsidiariamente, de la autonomía de la Sociedad Civil, es uno de numerosos fenómenos expresivos de la necesidad, ya apremiante, de reformar el Estado-Gobierno, renovando o remozando los parámetros subsistentes desde

⁹ Este es un tópico de interés para las fuentes mencionadas. Por ejemplo, puede reputarse clásico Nicolás Pérez Serrano: *Tratado de Derecho Político* (Madrid, Ed. Civitas, 1976). Merece cita también Georges Burdeau: *II Traité de Science Politique. L'Etat* (parís, LG. D. J., 1967) pp. 77 ss. La doctrina anglosajona no se ocupa del tema. Véase al respecto Martin Loughlin: *Foundations of Public Law* (Oxford U. K., Oxford U. Press, 2010).

¹⁰ BODIN, Jean: (1576) *Los seis libros de la República* (Madrid, Ed. Tecnos, 2006) pp. 47 ss., lugar en que se lee que la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república (...) el príncipe está exento de la autoridad de las leyes (...) la ley no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder(...) el primer atributo del soberano es el poder de dar leyes sin consentimiento de superior, igual o inferior.

¹¹ BOBBIO, Norberto: *Teoría General de la Política* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 248 ss.

¹² BARRAUD, Boris: *Le droit postmoderne. Une introduction* (París, L' Harmattan, 2017) pp. 46-49.

¹³ COHEN- TANUGI, Laurent: *Le Droit sans l'état* (París, PUF, 1985) pp. 41 ss.

los *Pactos de Westfalia, de 1648*, y del *Congreso de Viena, de 1815*¹⁴. Ilustraré lo dicho seleccionando, por ser numerosas, las evidencias de la obsolescencia del Estado-Gobierno en su versión tradicional. Lo haré, primeramente, con relación a la tutela diaria de los derechos humanos y de los deberes correlativos, pasando después a las crisis institucionales que han asolado, especialmente, a América Latina.

3.1 Estado-Gobierno frágil

Una visión panorámica permite mencionar los hechos siguientes:

Arcaísmo en seguridad humana, evidenciada por la violencia, la delincuencia común y terrorista, el hacinamiento en los presidios y la inoperancia de programas de reinserción social para jóvenes y delincuentes condenados;

Inutilidad de servicios públicos esenciales, paralizados por demandas de grupos de presión o de tensión, dirigentes resueltos a desbordar a las instituciones mediante paros, huelgas, paralización de labores, asonadas incendiarias y otras manifestaciones de anarquía o próximas a ella, sometiendo a la población y al Estado-Gobierno a parálisis por exigencias salariales, defensa de pretensiones rupturistas o expresiones de crapulaje por inadaptados;

Instituciones políticas con niveles de desempeño mediocre, trátase del legislador, la judicatura, los organismos de control, tornando al Estado de Derecho en un ideal apenas cumplido y a la democracia representativa en un régimen con baja representatividad;

Corrupción masiva y no sancionada, con evasiones o manipulaciones inverosímiles de la fiscalización, abarcando a órganos estatales civiles y uniformados, especialmente a la policía con desfalcos, extorsiones y mil formas de enriquecimiento ilícito;

Migraciones desreguladas y descontroladas con miles de seres humanos que demandan la satisfacción de los derechos subjetivos, especialmente los sociales, con prontitud y sin exigencias mayores;

Finalmente, *explosión de enfermedades* derivadas de la marginalidad, la miseria y la falta de higiene, la masificación del tráfico y consumo de drogas y la trata de personas.

¹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid, Alianza Universidad, 2005) pp. 121 ss.

3.2 Crisis de instituciones

Con alta probabilidad, esta crisis es la experiencia más trágica para la tutela de los derechos humanos ¿Por qué? Pues por su magnitud, secuelas devastadoras y escollos para recuperar la estabilidad institucional. Resulta irrefutable, nadie lo duda, la incidencia de los quiebres institucionales, en sus diversas causas, sobre la vigencia efectiva de los atributos esenciales del ser humano. Tampoco se requiere enfatizar el impacto que tales rupturas tienen en la reanudación del clima de respeto a tales tributos, único inherente a la democracia real. Sin justificar jamás lo ocurrido, duele admitir que resulta todavía insuperable, como si el tiempo no disminuyera su intensidad, la tesis que pregona la aplicación de justicia irrestricta sometida al *mantra* concebido desde lo ocurrido aunque sea *sin historia, perdón ni olvido*¹⁵.

4. IMPERATIVOS DE LA RENOVACIÓN

El enunciado precedente debe ser completado con patologías de *anomia o ausencia, más o menos generalizada, de falta de respeto a las normas elementales, de Derecho y moral, que infunden a la convivencia un nivel razonable de predictibilidad*. He aquí algunas ilustraciones.

La obsolescencia del Estado-Gobierno en su configuración tradicional se percibe, tanto o más elocuentemente, a raíz de la globalización de las comunicaciones, los mercados y los centros de poder económico y científico.

Efectivamente, en la economía, por ejemplo, hoy no se sabe quiénes, cómo, desde dónde y con qué designios manejan las finanzas internacionales. La moneda y el billete, acuñados e impresos, respectivamente, por bancos centrales están asediados por los medios de pago virtuales y las amenazas provenientes de ellos para la estabilidad de los flujos económicos y el intercambio ordenado de bienes y servicios¹⁶.

La ciberseguridad va siendo cada día más amenazada por bandas nacionales e internacionales, diestras en el manejo de técnicas elusivas que dejan en la inoperancia a las políticas de prevención o en la indefensión a los Estados.

¹⁵ Véase LARRAÍN FERNÁNDEZ, Hernán y NÚÑEZ MUÑOZ, Ricardo (editores): *Las voces de la reconciliación* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2013).

¹⁶ Consúltese BAUMAN, Zygmunt y BORDONI, Carlo: *Estado de crisis* (Buenos Aires, Ed. Paidós, 2016), especialmente pp. 25 ss.

En fin, se entronizan prácticas mafiosas, toleradas por el relativismo moral que se ha hecho patente en vastos sectores de muchas sociedades. La postverdad, la información falsa y desorientadora, la manipulación impune de las redes informáticas, son algunas ilustraciones del fenómeno aludido. El individualismo, no rara vez promovido por aquel relativismo, lleva a la erosión de instituciones sociales básicas como la familia, o al relajamiento de valores como el respeto, la disciplina y el esfuerzo en cuanto vector de la movilidad y la igualdad de oportunidades.

5. RUTA RECTIFICADORA

He enunciado rasgos del Estado-Gobierno contemporáneo¹⁷. Lo hago pensando en Chile, pero no por ello admitiendo que tales rasgos se restringen a mi país. No he silenciado tampoco la ruina de los derechos humanos en dictaduras, insurrecciones castrenses, guerrillas, asonadas de paramilitares, secesiones territoriales y otros hechos semejantes.

Sobrevienen inquietudes tanto o más acuciantes que las planteadas en las secciones anteriores de esta ponencia. Me refiero a la amplia gama de discriminaciones que lesionan los más diversos derechos humanos. Piénsese en la niñez y juventud nacidas fuera de la familia, por hallarse destruido u hondamente erosionado el matrimonio y la institución familiar; téngase presente a la mujer, desde la adolescencia, sometida a desigualdades odiosas, acoso sexual, postergaciones laborales, obstáculos en su carrera académica, pago de remuneraciones injustas y barreras en su movilidad ocupacional para gozar de la igualdad efectiva de oportunidades; recuérdese, por último, a la tercera edad, sumida en pobreza o miseria por regímenes de previsión social con beneficios insuficientes para llevar una vida digna y no indigente, y menos todavía, miserable.

EPÍLOGO

Reconozco haber acentuado los aspectos críticos, pero al fin y al cabo ¿cómo podía no haberlo hecho así cuando mi preocupación es responder a la pregunta que motivó esta ponencia, es decir, si puede o no el Estado-Gobierno

¹⁷ La literatura en el punto es abundante. Una síntesis de ella aparece en BARREDA, Mikel y RUIZ RODRÍGUEZ, Leticia M. (coordinadores): *Análisis de la política. Enfoques y herramientas de la ciencia política* (Barcelona, Ed. Huygens, 2016) pp. 91 ss., sobre el concepto y sentido del Estado Social, no restringido a la prestación de beneficios asistenciales sino que, exactamente, a la perspectiva propugnada en esta ponencia, consúltese TROPER, Michel y CHAGNOLLAUD, Dominique (directores): *II Traité International de Droit Constitutionnel* (Paris, Dalloz, 2014) pp. 208 ss.

tutelar efectivamente la realización de los derechos humanos y de los deberes correlativos?

He realizado la angustia por la brecha que existe entre las proclamaciones, de un lado, y la realización, sociológicamente concebida, en punto a la tutela de los derechos esenciales, de otro.

No haré más hincapié en el ambiente de irreconciliación y fragilidad de las instituciones que he bosquejado; tampoco insistiré en preguntar si aquella tutela es nada más que circunstancial (ideológica o de otra índole) en cuanto al tiempo y al espacio. Pero no puedo callar que la Sociedad Civil se integra, cada día más, por ciudadanos que han conquistado un nivel de poder político, económico y social que ya dejó en el pasado su condición de ciudadanía pasiva, quiero decir, gobernada.

Hoy, el ciudadano exige que le sea reconocido, en nombre de la legitimidad democrática, su potestad de demandar a todas las autoridades estatales, la rendición de cuentas por sus acciones y omisiones, cuestionarlas y requerir correcciones, rechazos o complementaciones. Después, los ciudadanos decidirán si se aprueban o no tales explicaciones, incluyendo las concernientes a la tutela efectiva de los derechos humanos en la plenitud que he señalado en esta ponencia.

Termino reconociendo que la dignidad humana es un valor absoluto. Tal aseveración implica respetarla y realzarla por todos y siempre, sin excepción alguna. Tan elevada exigencia básica, esencial y universal, primordial en países con democracia real y civilización humanista consolidada, demanda la sinergia del Estado-Gobierno y la Sociedad Civil. Esa conjunción de esfuerzos se proyecta al orden internacional y tiene que transcurrir permeable a la incidencia de aquel orden en el ámbito interno.

Solo así será posible avanzar en la concreción del ideal, jamás consumable por completo, de la tutela efectiva de los derechos y deberes fundamentales de la persona en el mundo entero.

La Protección de los Derechos Humanos por el Estado

Eduardo Gago Fernández-Rubalcaba
Facultad de Derecho UCM

INTRODUCCIÓN

Fueron los compositores de los derechos humanos de la segunda generación quienes dedujeron que no había otro medio mejor que el Estado Social para poner en práctica sus valores. El Pacto de 1966 legitima la intervención del Estado en la sociedad, en cualquiera de los campos necesarios, esto es, en casi todos, al objeto de llevar a cabo las aspiraciones de los derechos humanos. El Estado no solo salvaguardará los derechos, también será el actor principal como realizador de sus múltiples contenidos. De modo que el Estado podrá legitimar cualquier intervención en la sociedad, a la vez que se adaptará a nuevas exigencias procedentes del sistema internacional.

EL ESTADO

El liberalismo no regalista juzga al Estado Social asistencial como un fracaso en la prestación de servicios, al haberse convertido en un mecanismo rutinario en el que se acumulan las peticiones de los ciudadanos. La causa es que la administración, que tiene como función la prestación de servicios, ha llegado a ser una burocracia alejada de todo sentimiento –un tipo de cosificación–. Además de ser utilizada para fines personales, de carácter político, económico, de poder, etc.

La intervención del Estado ha podido desfigurar al individuo en un triple sentido: 1. Propiciando el relajamiento en el cumplimiento moral respecto a los demás, al encargarse de ello los servicios institucionales correspondientes, que, por interés, tampoco serían partidarios de un voluntariado operativo. Debido a la profesionalización de la asistencia, se reduce la acción del volunta-

riado. 2. La frialdad funcional carente de sentimiento ha extendido la indiferencia en las relaciones sociales. 3. Buena parte de la sociedad aprovecha las ayudas y prestaciones que se ofrecen para beneficiarse, no siempre honestamente, sin querer entender que con este tipo de acciones se está estafando al resto de la sociedad. De manera que, casi siempre sin pretenderlo, la solidaridad estatista ha generado un sentido de aprovechamiento de cada uno sobre los demás¹⁸. De este modo los principios morales se desvirtuarán, corriendo el riesgo de que los servicios sean una obligación surgida de la propia conformación de la organización creada para ello. Motivo por el que los más interesados en mantenerlo son los profesionales que viven de las actuaciones, faltando el ingrediente principal que justifica su existencia: la obligación moral de ayudar al otro. Además, presumiblemente surgirán las contradicciones por la aplicación de los valores imprescindibles que habrán de regir en la vida comunitaria, corriendo el riesgo de que se desvirtúen por una inadecuada aplicación, sea por la incapacidad del gobernante, los errores de la administración, etc.

También hay otro problema inachacable a su puesta en práctica: no hay manera de hacer una praxis basada en la exactitud del método científico, esto es, no hay una ciencia de la aplicación de los derechos humanos. Basta un ejemplo: Un fin principalísimo de los derechos es dignificar a los seres humanos, pero al depender de tal cantidad de variables, muchas medidas que se tomen podrían faltar, sin pretenderlo a la dignidad humana. No se trata de que haya actos en los que se dignifique el ser humano, sino que siempre ha de permanecer digno. Para ello se requiere una sucesión ininterrumpida de acciones que le mantengan en la dignidad, siendo el Estado el principal garante, y el que pondrá los medios para su constante adaptación. En gran medida requerirá una conversión de las estructuras para que funcione, sin que se produzcan violaciones de los derechos, tanto por parte de la administración, como en la toma de decisiones políticas. Por tanto, en el orden social habrán de confluir ininterrumpidamente actos ajustados a los derechos, siendo previsible que surjan con normalidad encuentros beneficiosos que reduzcan notablemente las coordinadas negativas.

Para llegar a una situación óptima en la relación entre el Estado y los derechos, habría que responder a las siguientes cuestiones: ¿Son los derechos intrínsecamente positivos? ¿Podrían aplicarse tan perfectamente que no surgirían las contradicciones entre ellos? ¿Habrá que esperar que la intervención del Estado Social siempre será beneficiosa para la sociedad? ¿El Estado Social perdería los posibles caracteres negativos que tiene la política en cualquiera de sus formas históricas? ¿El poder siempre obrará acertadamente cuando aplique los derechos? Si se realizan una buena parte de los contenidos de los derechos

¹⁸ Me aprovecho porque todos al fin y al cabo intentan hacer lo mismo.

humanos, ¿cambiaría la conciencia de las personas, adaptándose a unas nuevas estructuras y a los compromisos que adquiriría a partir de unos momentos concretos? Si el Estado se pone al servicio de los derechos, ¿dejará de tener intereses propios y asumirá siempre los de la sociedad? Si el poder político dependiera de los derechos, ¿sería para depurar lo negativo que pudiera surgir de las relaciones sociales?

Aparte de las estructuras temporales, hay que contar con las que varían por razón de los acontecimientos, las llamadas variables históricas, que servirían para conocer hasta dónde podrán llegar en la aplicación de los derechos. Sería un error desaprovechar la enseñanza histórica para refrendar algunos de los rasgos constantes que se repiten en cualquier época.

CONCIENCIA DE LOS INDIVIDUOS

A los Estados, las sociedades y a las personas, parece no quedarles más remedio que dejarse llevar por ciertos rasgos de la llamada postmodernidad, que al requerir la extensión universal de los derechos, reclama otros parámetros y otras formas de intervenir por parte de las nuevas instituciones, muy diferentes a las de cualquier otra época. Por lo que habría que saber si continuarán siendo válidas las categorías políticas y jurídicas que, adoptando diversas formas, han determinado la condición humana.

Si el Estado debiera dar un giro radical en su proceso humanitario, también lo tendrán que hacer las sociedades. Porque la unidad no puede provenir de los intercambios de diverso tipo, incluidos los culturales, sino de la disponibilidad de cada uno de los individuos hacia los demás componentes de las sociedades. Más bien el impulso procedería de un renacer ocultado o de una nueva predisposición, natural o heredada. A tenor de la observación de la realidad que habrá de ser objeto de la corrección principal por parte del Estado, habría que preocuparse de la indiferencia que él mismo crea o impulsa entre los sujetos que lo integran –no deja de ser en gran medida un aparato procedimental–, que acepta solo como un prestador de servicios, para inhibirse de sus obligaciones morales. Motivo por el que la obligación y la prestación necesaria deberían ir en paralelo.

Es indispensable que se transforme la conciencia de cada ser humano hasta llegar a formar una conciencia universal, abandonando progresivamente la adscripción a cada unidad social. Lo que, contradictoriamente, hará que el individuo se recoja sobre sí mismo, siendo consciente que será una parte minúscula de una entidad que superará lo local, esto es, formará parte de los miles de millones de conciudadanos que se desconocerán entre sí. También se

requerirá implantar otras categorías desde una perspectiva ética, a fin de que se purifiquen los seres humanos de todos los condicionantes que puedan infectar las relaciones. Causa de que tenga que ponerse en marcha la confección de otro ser humano distinto al que ha aparecido en la historia. Si no fuera así, los derechos humanos podrían llevarse a la práctica con los altibajos propios en cada una de sus proyecciones, estando a merced de las decisiones que se tomarán por el poder y la administración a tenor de sus exigencias.

De modo que la exigencia que han de afrontar los Estados Sociales, además de institucionalizar los contenidos de los derechos y establecer una solidaridad universal, se basará en que el cambio sea voluntario, teniendo lugar primeramente en la conciencia individual. De esta manera sería posible humanizar las instituciones, cumpliendo con sentimiento y racionalidad la obligada función que se les encomiende. Pudiéndose utilizar el término sentimiento humanitario, justo, fraternal y desinteresado, que son términos que, con el transcurso del tiempo, la maquinaria estatal parece haber olvidado. Acaso porque se ha convertido en un formalismo adaptado por los encargados de prestar los servicios.

Asimismo, el Estado Social tendrá que ascender en su escala de perfección, ahora como Estado de los derechos humanos, donde el organigrama de la institución obligará a la conversión de los funcionarios en los más estrictos y adecuados exponentes de la aplicación. Por eso algunos de los presupuestos de la política se tendrán que abandonar paulatinamente. Incluso sería prioritario que la política internacional, se transforme en política global o cosmopolita de los derechos humanos. Porque si se quiere hacer efectiva la universalidad de los derechos humanos, habría de desaparecer la enemistad. En este caso la eticidad jurídica se impondrá sobre el campo normativo de la política y de lo político, dejando de estar localizada en ámbitos delimitados hasta hacerse universal.

El problema es saber cómo se puede conjuntar el ámbito del Estado con la universalidad. El primero ha tendido a ejercer sus funciones en una sociedad concreta, mientras que la segunda se determina lógicamente en la humanidad. El Estado decidirá si tendrá que ir perdiendo sus funciones, prerrogativas, autoridad y potestad, para transferirlas a entidades superiores, a unas instituciones universales, facilitando la creación de la forma política mucho más compleja, un Estado mundial, que es la opción más lógica para que lleguen los contenidos de los derechos a todo el conjunto humano.

Una vez aceptado que el Estado ha de convertirse en el instrumento fundamental para la realización de los derechos humanos, se precisa acomodar las funciones del Estado a sus contenidos, sea para protegerlos, o para

incentivar su realización por las fuerzas sociales. El cambio ha de ser radical, porque la política en muchas ocasiones será un impedimento. En principio, porque el Estado estará obligado a tener funciones que difícilmente podrá ejercerlas con eficacia, aunque sea en régimen de monopolio público¹⁹. Teniéndose que añadir otra actividad más importante: la de ir reduciendo sus competencias, para trasladarlas a un organismo supranacional y suprahistórico. No será una mera declaración de intenciones que el poder se autolimite y transfiera su fuerza a otra entidad superior, en la misma proporción que lo requiera la sociedad. Una vez establecido un sistema global, se verán afectados, en mayor o menor medida, todos los seres humanos. Causa suficiente para exigir la formación de instituciones más amplias para dar cabida a la mayor cantidad de reclamaciones de derechos, que en los Estados mínimamente desarrollados se encargaban las propias instituciones.

Cabe plantear si no habrá que deshacer los diferentes aparatos de poder, las organizaciones y la burocracia de los Estados, cada uno con sus peculiaridades, en aras de un bien superior. Es decir, que la tendencia natural al crecimiento del poder²⁰ por efecto de la eticidad, sea voluntariamente, o por la presión de las sociedades, se debilitará una vez que vaya transfiriendo su autoridad a otra entidad, que, a su vez, estará obligada a ser una fuerza controlada, eficiente y realizadora de los derechos a la manera de los Estados democráticos actuales. El Estado tendrá que asumir la tendencia a desintegrarse por mor de un proyecto genérico, a fin de seguir la necesaria consecuencia de la implantación global de los derechos humanos, iniciado por el Estado Social, hoy muy cuestionado.

El Estado Social tendrá una nueva función que poco a poco se irá materializando. Consiste en hacer transferencias de su ser hacia una institución universal. Es decir, que el Estado de Derecho que en el transcurso del tiempo se ha transformado en un Estado Social de Derecho –algunos prefieren llamarlo Estado Constitucional–, ahora habrá de convertirse en un Estado de los derechos humanos. El Estado Social, y a cualquier otro tipo de unidad política que haya aceptado su nuevo desempeño en el ámbito internacional, asumirá su ser transitivo, efectuando la ampliación objetiva de los derechos, en aras de constituirse como la máxima voluntad que quiere mejorar sustancialmente la condición humana. En este tránsito lógico del Estado, será la expresión de la objetividad, puesto que, como aparato mecánico (Friedrich Julius Stahl), encarna

¹⁹ O posiblemente por ello.

²⁰ Título de un célebre estudio de Bertrand de Jouvenel, cuya tesis años después él mismo relativizaría.

la eticidad, que no hay que confundir con los valores éticos del Derecho (Luis Sánchez Agesta).

El panorama que se vislumbra no tiene precedentes históricos, salvo los que provienen de los imperios que han existido en la historia, por cierto muy pocos, aunque ninguno de ellos alcanzó una amplitud de relaciones como las que previsiblemente serían necesarias, ni se crearon instituciones en las que estuvieran representados todos los pueblos de la tierra, al menos hasta llegar al objetivo final: el pueblo humano o la humanidad como pueblo.

Estaríamos ante una variación radical respecto a la idea que desde Maquiavelo se tiene de la política como campo normativo con sus propios caracteres. La política tendrá que pasar a depender de los principios éticos de los derechos. Por consiguiente, de una ética máxima, no mínima²¹, a la que estarían sometidos los demás órdenes. Si la política, en su forma más avanzada, el Estado Social nacional, acepta el pluralismo moral, el nuevo Estado de los derechos humanos tendrá que transformarse completamente. Para desaparecer, estará obligado a hacer otro tipo de política²², la universal, lo que supuestamente sería un estado mundial, global o cosmopolita²³, que tendría por objeto realizar los derechos humanos, concebidos en un doble planteamiento: como derechos subjetivos y como derechos universales. Por tanto, inobjetable.

El problema de fondo es que las tendencias localistas del Estado tienen que asumir que deben desintegrarse voluntariamente, adaptándose a una situación donde se ha de imponer el universalismo, sin que quepa objetar las categorías de lo político. Inevitablemente aparecerán otros problemas, como mantener el equilibrio entre los derechos humanos particulares y los derechos universales. El problema se hará más complicado si tuviera que basarse en la libertad. Para solventar este problema, que obligaría a actuar más responsablemente a la sociedad, a la vez que requerir menos la presencia de las instituciones, al orden cosmopolita no le quedaría más remedio que implantar la mayor igualdad posible, mediante la distribución de propiedades, recursos, posiciones, etc. y la adaptación constante de lo particular a lo universal, a fin de que no se produzcan desequilibrios. Quizá sea esta la única manera de que se defendieran los derechos sociales, que, por otra parte, al intentar cuadrar la combinación de lo jurídico, lo ético y lo político, se corre el riesgo de someterse a un imperio de los valores y poner en marcha un activismo judicial que reclamaría un protagonismo excesivo, teniendo en cuenta, además, que muchos problemas sociales no podrá resolverlos el orden jurídico.

²¹ El mínimo ético necesario defendido por lord Devlin no serviría.

²² Lógicamente estaría alejada del tipo imperial benevolente.

²³ Como proponía Kant.

A medida que vayan creciendo los derechos sociales, la nueva generación de derechos exigirá la creación de nuevas instituciones internacionales equiparables al Estado. Habrán de ser, pues, los organismos internacionales los que vayan acumulando las funciones que les transfirieran las diferentes unidades políticas. De modo que las funciones de las instituciones internacionales no serán solo económicas, sino que al abrirse a tantos campos y órdenes, con exigencias dispares, deberán recomponer todo el panorama atendiendo a las necesidades de una sociedad civil y global.

Si la vocación principal de los derechos humanos consiste en que sean respetados por todos los habitantes del planeta, se habría de eliminar cualesquiera límites y barreras que impidieran o frenaran su implantación. De modo que el Estado Social, convertido en principal instrumento de los derechos humanos, yendo más allá de su propia funcionalidad, será el estilete que elimine las barreras que impidan el progreso de la globalización. Por este motivo su principal obligación consistirá en transmitir sus funciones a las instituciones internacionales, al tiempo que las tendrá que controlar. Al acumular poder y funciones, estas por aquel o aquel por estas, exigirá que sean controladas por la sociedad, o por otros organismos formados para operar de forma transnacional, sin descartar que sean controladas por las instituciones de los Estados, aunque estén en trance de descomponerse.

En esta situación, forzosamente hay que saber si el Estado ha intervenido en la sociedad porque desconfía de ella, o acaso la tiene por incapaz, no solo de afrontar las violaciones de los derechos, sino realizar algunos de ellos, requiriendo de la fuerza de un aparato organizacional para llevarlos a cabo.

Otro problema que ha sido asumido, al menos teóricamente, es la dificultad de controlar las instituciones, entre otras razones porque los individuos, al dispersarse socialmente, se desprenden de actuar con la necesaria sensibilidad y con la conciencia de que todas las personas son parte de la comunidad, debiendo estar disponibles para la ayuda mutua.

Los cambios demandarán un cuerpo de funcionarios dispuestos a tener una voluntad afectiva hacia las personas, que es compatible con cumplir con sus obligaciones. Es decir, que el principio moral no acabaría con la prestación material, sino que continuaría con la satisfacción moral del cumplimiento sentimental. No obstante, el Estado, como aparato, no es un complejo sentimental, sino una institución de organizativa racionalidad marcada por unos principios. Hay que añadir que los derechos humanos no han encontrado otra institución mejor para realizar sus contenidos. Aunque dada la experiencia de hace unos cuantos años y la ineficiencia de algunas de sus funciones, parece imprescindible que se transforme en profundidad, que ponga por delante la

eficacia ética, y que sea capaz de subsanar, con racionalidad y sentimiento, las deficiencias que podría cometer la nueva funcionalidad organizativa.

El papel que desempeñaría el Estado de los derechos humanos tendría una dimensión diferente, no tanto por sus nuevas ocupaciones, lo que le acercaría a ser una especie de imperio confederal, voluntariamente aceptado, sino por la aplicación benevolente de los derechos, aunque en el caso de que hubiera resistencias, podría recurrir a la fuerza cuando fuera necesario. Parafraseando la conocida idea roussoniana, al ciudadano se le obligará a ser solidario. Si se constituyese un ciudadano cosmopolita habría que obligarle a respetar los derechos y a realizarlos dentro de sus posibilidades.

Con la universalidad se evitaría discriminar por razones de cultura, raza o pertenencia a una u otra sociedad política. Los derechos serán los primeros a los que se encargará de reunir y consolidar lo humano, sin las distinciones y diferencias excluyentes tan propias, por ejemplo, de los nacionalismos. Por eso, los derechos tendrán que ser inclusivos. Y el Estado Social, al transferir sus funciones a las instituciones internacionales, con el transcurso del tiempo se convertirá en una institución local que irá perdiendo autoridad y poder²⁴. En cuanto al otro movimiento, el procedente de las propias sociedades, se hará en paralelo al del Estado. Si bien todos estos movimientos de la sociedad serán los que lleven a la adaptación de las instituciones a los nuevos requerimientos, cada vez más globales.

Hay que recordar que la globalización no solo se ha producido por la extensión de los derechos humanos. En los diferentes contextos internacionales hay desigualdades y faltas de correspondencia entre los distintos órdenes. Es decir, que no van parejos el desarrollo económico, con el ejercicio político, ni las personas se suelen adaptar rápidamente a los cambios, ni las leyes se crean automáticamente a tenor de las necesidades que vayan surgiendo. La hoja de ruta no está marcada y la percepción sobre los objetivos a alcanzar son muy próximos. Imaginar un futuro ideal a largo plazo, solo lo pueden hacer «científicamente» las ideologías deterministas, respondiendo a aspiraciones ajenas al sentido de la razón como muestra de la realidad.

Que exista un catálogo de derechos universales no significa que se puedan llevar a cabo, ni siquiera en condiciones óptimas. Por ahora se han aplicado limitadamente en unas determinadas condiciones sociales, aunque ya parece ser el momento de trasladarlos al campo internacional. Para hacerlos efectivos se requerirá una doble fuerza: 1. Recuperando los derechos de la persona igno-

²⁴ En un sentido judicialista el poder se somete al Derecho, sin que deba llevar al imperio del Derecho, por tanto, dando un papel fundamental al juez.

rados en gran parte de la historia humana, hasta el extremo de que a un número incontable de gente se les ha privado de todo derecho, caso de la esclavitud. 2. Ajustando los derechos a las nuevas necesidades que van apareciendo y que afectan a todos los seres humanos. En parte, son los derechos de siempre, adaptados a los nuevos ámbitos de la realidad presente en ámbitos diferentes. Pero también derechos nuevos, constituidos a tenor de las diferentes formas que se establecen entre las personas. Ni siquiera a veces estas últimas lo imaginarían, puesto que al ser de reciente aparición, se necesita también que sean probadas, al igual que saber cómo adoptar la imprescindible experiencia de lo jurídico. El proceso ha reclamado la aparición de nuevas generaciones, con el objetivo de proteger a las personas en los nuevos contextos y dar respuesta adecuada a las surgientes necesidades. Teniendo en cuenta que hoy, más que nunca, hay graves problemas que afectan a toda la humanidad.

Para algunos, o para muchos, probablemente sea este el momento, por decirlo en términos maoístas, de dar «el gran salto adelante». Es decir, que sin haber arreglado los problemas políticos, morales, etc., se cree que lanzándose hacia esferas mucho más amplias, las propias del universalismo, y afrontando los retos de la humanidad entera, será mucho más factible dar con las soluciones adecuadas para las colectividades y para los individuos, porque, en realidad, muchos de ellos nacen a causa de la separación que provoca la dispersión en las diversas agrupaciones humanas. Esta idea está basada en que muchos de los problemas son ficticios, procedentes, aparte de la desagrupación, de no querer afrontar los problemas a partir de lo común. De ser cierto, significaría que sería más fácil solucionar las dificultades colectivas, una vez que se superasen las desigualdades y dejara de haber intereses particulares. Por tanto, las medidas tomadas de amplitud universal se afrontan más fácilmente que la multitud de intereses particulares, que, como es lógico, tienen un perfil simple, aunque, agrupados, suelen ver más complejos. Así pues, esta idea parte de que los factores estructurales globales son más fáciles de asumir con las medidas comunes de aplicación de los derechos humanos. De este modo las injusticias no se perpetuarían, sino que conocerían una nueva forma de acabar con ellas. En suma, que dar respuesta a las necesidades colectivas es mucho más fácil que afrontar la justicia (conmutativa) que se debe a los particulares. Por decirlo de otra forma, que solucionando las injusticias estructurales generales y universales, se solucionarán las particulares. Pero, ¿acaso no se han afrontado los problemas de los derechos humanos a partir de los dogmas de las doctrinas colectivistas?

EL ESTADO EN PROCESO

La dicotomía especulación intelectual y realidad es necesaria, porque aquella traza el proyecto y la realidad lo delimita. Los derechos no solo han escogido

el Estado como medio principal para llevarlos a la práctica, sino que es posible que sean, *par excellence*, el contenido instrumental. En otras palabras: que el Estado podría formar parte de los derechos como un instrumento fundamental a su servicio. En concreto, todos los Estados tendrán una función operativa principal que es la de realizar los derechos, aunque sean varios los caminos a elegir. La exigencia lógica es que primero tendrán que crearse unas estructuras conformadas a sus contenidos. A la par, los individuos deberán adaptarse a las nuevas premisas impuestas. El Estado se comportará como un ente neutral, y estará enteramente al servicio de las diversas sociedades y de cuantos individuos exijan que se les presten los servicios a los que tienen derecho.

El Estado no solo se convertirá en una institución de obligaciones, tanto para sí mismo como para imponerlas a quienes son sujetos de los derechos. Cabría hacer uso de su fuerza sin menoscabar su autoridad, intentando convertirse en la más perfecta composición de la justicia, la libertad y, sobre todo, de la igualdad. Sería el aparato perfecto comteano de poder positivo. En modo alguno para sí mismo, sino para los derechos, como el instrumento adecuado para su traslación a la sociedad. Y la única autoridad capaz de determinar lo justo, dar los derechos a cada uno, según los criterios éticos morales que en cada caso sea necesario aplicar. La subjetiva-objetividad tendrá cabida en los derechos universales.

El victimismo nacionalista como fenómeno político

Pedro Francisco Gago Guerrero
Facultad de Derecho UCM

Hay que diferenciar entre ser víctima y hacerse la víctima. Se califica como víctima a una persona, o un conjunto más o menos grande de personas, sobre los que se ha ejecutado la fuerza, violando alguno de sus derechos. En cambio, el victimista no es una víctima. Hace creer que sufre una regresión y una indefensión jurídica. De modo que para crear y proseguir la farsa, se inventará para justificarse tanto lo sustancial como lo accesorio de sus fines, adoptando una estrategia de la que saldrán las acciones que convengan a sus propósitos.

De hacerse las víctimas un grupo numeroso de gente, surgirá la corriente victimista. Es, pues, una utilización inmoral de una aparente opresión, al convertirse principalmente en una estrategia para alcanzar el poder y someter a todos los campos sociales y órdenes a sus objetivos. Motivo por el que pasará a ser una de las categorías cínicas de la política. Que los victimistas intenten imponer sus propios criterios políticos, jurídicos y morales, no significa que no haya que juzgarlo, precisamente, con los fundamentos de la justicia y de la moral.

El victimismo es un movimiento ecléctico que se nutre de muchas doctrinas, y que al ser impulsado por varios radicalismos se compondrá, simplificando, de fanáticos puros y de falsos fanáticos. Los primeros tienen una mentalidad predispuesta a creer cualquier disparate, habiéndose construido ellos mismos una personalidad bipolar, dominada por el empeño de seguir a la mentira y defenderla hasta la extrema exageración, añadiéndola y sustentándose con dos ingredientes decisivos: el odio y el resentimiento. Los segundos, los falsos fanáticos, saben muy bien cuándo detenerse y utilizar todas las artimañas para beneficiarse del movimiento y de quienes lo componen.

Cuando se indaga sobre su aparición, se podrá comprobar que el victimismo nunca podrá nacer de una sociedad bien conformada, sino en un estado de

degradación. La causa se debe a que una parte destacable de la sociedad carece de recursos vitales, incapaces de realizarse individualmente, sin referencias, viviendo en un profundo relativismo y aceptando la hipocresía como modo de vida. Siendo estos individuos sentimentaloides, frustrados, carentes de nobleza, apoyarán lo que pueda ser más negativo para los demás, elegirán la destrucción del enemigo que ellos mismos han constituido para justificar su tendencia al mal. Por eso el victimismo no surge por causa de la represión, sino de una interesada actitud individual de quienes no pueden vivir sin odiar a un gran grupo abstracto, a partir del cual canalizar las frustraciones, que podría derivar en una violencia extrema. Así que todos los sentimientos negativos los dirigirá contra el que califica de enemigo, al tiempo que en su vulgar existencia, mediocre y ordinaria, pero sobre todo enajenada, querrá sentirse superior sobre quienes desprecia. Una vez que el odio ha inundado cada espíritu particular, apenas los victimistas podrán tener una conciencia de lo justo, teniendo que eliminar de su vida la verdad y el bien.

Actualmente, el movimiento, por lo demás bastante amorfo, está compuesto por descerebrados que hacen gala de su incultura, sin líderes auténticos, aunque hayan sido capaces de ascender institucionalmente. En este caso la mediocridad, acaso por la corrupción del régimen político, se eleva institucional y socialmente, tanto que parece pertenecer a una categoría superior. En realidad, entre los líderes hay muchos deformes psíquicos, aunque muy aclamados por el rebaño, que adquirieron cada vez más fuerza por la incapacidad del oponente, quien, en mayor medida sí coincide con un representante de la «opresión», sea otro deforme político que no querrá utilizar los medios útiles para imponerse.

La corriente victimista aparece y se desarrolla en un contexto en que, bajo la apariencia de debilidad, el «oprimido» logra aumentar su fuerza. Se aprovechará de la extinción global del humanitarismo pacifista, que apoyará a todo aquel que invente cualquier tipo de opresión, especialmente por los presuntos liberadores de la humanidad, y por cualquier clase de tiranía –la tiranía que apoya a otra potencial tiranía–. De modo que en este contexto, el victimismo, al integrarse en el humanitarismo, tendrá muchas posibilidades de imponer sus conceptos y categorías, de modo que los opresores se convierten en los oprimidos, los explotadores pasan por explotados y los generadores de mentiras ininterrumpidas, serían los portadores de la verdad histórica.

Una vez el victimismo se convierta en una corriente que cuenta con un destacable apoyo, intentará, mediante una estrategia aparentemente pacífica y defensiva, desmarcarse del poder político dominante, a fin de componer sus propias estructuras oligárquicas. Motivo por el que confeccionará una estrategia de enfrentamiento, basada en falsear la realidad, utilizando preferentemente los medios verbales y acogiéndose a cualquier recurso que pueda pro-

pagarlo. Estimaré prioritario mantener o elevar la tensión cuando lo crea conveniente, utilizando todos los medios que les acerque a sus objetivos, con lo que conseguirá pequeños logros en los diferentes enfrentamientos –un paso atrás, dos pasos adelante (Lenin)–.

El principal fundamento del victimismo es la MENTIRA, a partir de la cual se pondrá todo el empeño en la estrategia a adoptar, recurriendo a toda clase de procedimientos que se irán adaptando a las exigencias circunstanciales. La estrategia general tendrá más éxito cuando, en mayor medida, el calificado como enemigo sea permitido. Siendo una prioridad contar con una población a la que pueda suministrar la mentira a través de la educación y la propaganda.

Si en un régimen democrático un objetivo político se permite en tanto respete los cauces establecidos, los actos victimistas, cuando rechazan la Constitución o algunas de las leyes del ordenamiento jurídico, son ilegales. Pero también injustos, porque podrían provocar daños de diverso tipo a otras personas que no quieran sumarse al movimiento, o someterse a la presión de los grupos que lo apoyan.

El problema es que el victimismo se forma a partir de un objetivo que a priori es ilegítimo. Su intención es desprenderse de la matriz a la que debe la identidad. Y también es un movimiento inmoral, cuyo fundamento principal es el proceso basado en una estrategia adaptable a las circunstancias¹. Su posición, dentro de unas coordenadas internacionales, se evaluará por el éxito, o el fracaso de su estrategia. Es decir, que se impone el criterio político al juzgar si sus acciones son acertadas, sin considerar si son justas o injustas.

Como el victimismo nacionalista lo forman corrientes heterogéneas, incorporan muchos elementos, la mayor parte de ellos procedentes del opresor. Al carecer de fundamentos legítimos, intentará obligar a que los demás acepten su nueva moral, de beneficio propio –los intereses de la moral situacionista particular–. Por el mismo motivo justificará la creación de su propio derecho. Por tanto, intentará convertir sus actos en modelos de nuevas reglas morales, en realidad inmorales, y componer un nuevo sentido de la justicia, esto es, de la injusticia, plasmado en un ordenamiento jurídico basado en un supuesto derecho colectivo, en el que sus fundamentos se asientan en la mentira consciente y persistente.

Su estrategia tendrá éxito en cuanto la oligarquía de la corriente victimista tenga la capacidad suficiente para engañar a los incautos y a los predispuestos

¹ En los momentos actuales apenas importa que su pretensión sea inmoral en una situación dominada por el relativismo.

a aceptar sus caprichos. En modo alguno los conductores del movimiento querrán hacer el bien a los simpatizantes; y menos aún tendrán la prudencia de que sus acciones pueden dañar a las personas inocentes. Entre otras razones porque para los integrantes del victimismo moralista, los que no compar-ten el objetivo o la estrategia, son criminalmente culpables. Según la nueva moral que habrá de regir para los demás, estando ellos excluidos, se les deberá aplicar cualquier tratamiento que elimine su peligrosidad. En realidad, el victimismo que quiere pasar por ser un conjunto al que se violan o eliminan sus derechos, no es inocente. Sus componentes serán siempre los verdugos de la libertad de las personas que no acepten sus premisas. Son estos los que tienen que sufrir, en realidad, la violencia psíquica o física de los «oprimidos», por tanto las verdaderas víctimas, las que muestran la faz oculta del victimismo, los que prueban que sufren una presión y persecución de los auténticos represores: los victimistas.

No obstante, estos son conscientes de que al presentarse como víctimas de una «opresión» inexistente, recabarán muchos apoyos. Igualmente son conscientes de que dependerá de su capacidad operativa para que sus proyectos lleguen a ser aceptados por otros Estados y por mucha gente. Están seguros de que siempre hallarán muchos individuos dispuestos a aceptar acriticamente todo lo que se les diga. De ahí que la estrategia consistirá en dedicarse a hacer un ejercicio político que requiere constancia sin interrupciones, construyendo una maquinaria que funcione como productora permanente de la adaptación de la mentira a la táctica del presente. Por ello, en la práctica, será menos importante el objetivo que la estrategia, porque de ella saldrá lo más conveniente para lograr lo que se desee; como la utilización espuria de los medios, el juicio de la forma en que las acciones son llevadas a cabo, los procedimientos, etc.

Si bien la conducta victimista es condenable moral y jurídicamente, en tanto que sea ilegal, podría ser políticamente adecuada y oportuna. Esta es una de las razones por las que casi todos los victimistas eligen el maquiavelismo leninista como medio para conseguir el fin buscado. Causa también por la que el victimismo deberá ser tratado como una estrategia política.

Si este movimiento político-social es persistente, irá arrastrando hacia él progresivamente a buena parte de la sociedad civil. Sabe aprovecharse de la benevolencia que hoy se tiene con los delincuentes y demás elementos antisociales, teniendo la seguridad de que sus dirigentes serán tratados con respeto, aunque están corrompidos. Con esta lógica, es fácil suponer que cuanto peores sean los dirigentes, más posibilidades tendrán de convertirse en héroes y de ser defendidos por las turbas enajenadas, convenientemente utilizadas por los protagonistas principales como mercancía humana de escaso valor, en disposición de sacrificarlos si la situación lo requiriera.

En el mismo sentido, forma parte de su estrategia utilizar el Estado de Derecho. Están seguros de que el Estado de Derecho no transgredirá sus propios fundamentos. El victimista estará atento a provocar las contradicciones y aprovecharse de sus miedos y complacencias. Las garantías jurídicas que ofrece el Estado de Derecho las utilizarán para transformarlas en garantismo discrecional. Por ello reclamarán la protección de todos sus derechos, aunque nunca respetarán los derechos de quienes se oponen al movimiento. De modo que los derechos subjetivos se convertirán en instrumentos de fuerza de la estrategia para debilitar al «opresor». Es fácil demostrar que no hay represión, pero los victimistas conocen la manera de manipular la información para que no se descubran sus falsedades, incluso les podría dar una fuerza suplementaria. Igualmente esperan que los gobernantes propongan el diálogo, que significa solo ceder sin contrapartidas. Con seguridad se sabe² que tras una petición concedida surgirán otras muchas, porque la maquinaria victimista no puede detenerse, ni aun después de alcanzar el objetivo.

La injusticia de trato por parte del Estado que se da a las falsas víctimas, y a los verdaderos reprimidos, será uno de los motivos principales por el que el movimiento conseguirá sus propósitos. La oligarquía victimista espera, además, que el gobernante del «Estado opresor» opte por debilitarse voluntariamente. Su triunfo mayor lo alcanzará si el gobernante, en vez de apoyar a los que rechazan la existencia de discriminación, y quieren seguir dependiendo del Estado, les niegue el apoyo. Bien saben los victimistas que los gobernantes están obligados a proteger sus derechos, incluidos los políticos, y que probablemente, si gobiernan débiles personajillos, dejarán desamparados a quienes sufran los ataques de los que se hacen las víctimas.

El victimista, aunque parezca contradictorio, también quiere que el «opresor» se reprima a sí mismo y no tome medidas de fuerza efectivas. Sabe que un gobernante acomplejado, o simpatizante de su causa, se abstiene de toda acción eficaz para no ser tachado de opresor. Es decir, que no actúe inteligentemente porque reforzaría su posición. El nihilismo victimista cuenta con que el aparente opresor no puede mentir, ni actuar de la misma manera. Si así lo hiciera se pondría a su mismo nivel. Que no responda con los instrumentos de la política, se deberá a que por cobardía, desidia o por un sentido equivocado de la moral, no querrá actuar contra el victimismo, por lo que irá perdiendo continuamente terreno.

El victimista solo teme al gobernante capaz de utilizar la fuerza del Estado sin complejos, endureciendo las leyes contra la insurrección y la violencia política. En un caso extremo, que sería admisible políticamente, el gober-

² Incluso el político menos capacitado para ejercer sus funciones.

nante podría defenderse lícitamente con todas las fuerzas represivas contra el victimismo y si además lo lleva a cabo, en un inteligente ejercicio político, tendrá muchas posibilidades de desbaratar su estrategia. El gobernante cumplirá entonces con la primera de sus obligaciones: mantener la unidad política.

Seguramente el victimismo tiende a superar las conductas y los objetivos de cada uno de los órdenes, dislocando sus principios. El problema tiene un fondo complicado, no tanto por las justificaciones del movimiento, como por otros aspectos que dificultan que haya una adecuada confluencia entre los órdenes, ya que en la práctica no siempre es posible ajustarlas. Por ejemplo, una coincidencia política, podría divergir en cuanto no se corresponda con las conductas que reclama el orden económico. Y cuanto más desarrollada esté la sociedad, más complicado será poner de acuerdo a los numerosos individuos. La tendencia a unificar o acoplar a los integrantes de la comunidad en un interés común, es un objetivo prioritario de la política, aunque difícil de mantener. La excepción será los casos de guerra, o cuando se produzcan tragedias colectivas en que haya una imperiosa necesidad de que el objetivo principal sea compartido por todos³.

Si el victimismo se basa en una inventada «represión», y en falsear la realidad, lógicamente no admitirá el Bien. Al partir de una mentira extendida ilimitadamente, es lógico que el Bien no tenga cabida en su planteamiento. Ni siquiera dependerá de las circunstancias para atenerse a él. Por ello, el Bien no serviría como idea salvo para ser utilizada como engaño, esto es, que la mentira pase por ser un Bien. Deduciéndose entonces que el Bien común será también inaceptable. En cambio, el mal tiene muchas posibilidades de cuadrar en la estrategia victimista.

El victimismo también es una corriente que quiere implantar un totalitarismo. Se presentan como un pueblo en movimiento formando una unidad temporal de conveniencia, excluyendo y persiguiendo a quienes no comparten el proyecto, para apropiarse tanto del territorio como de la llamada conciencia social. Ante la imposibilidad de conseguir la unanimidad de los ciudadanos, el victimismo, como otras corrientes políticas, justifica todas las acciones que provengan, al menos aparentemente, de una sola voluntad, de modo que podrá emplear todas las argucias, mecanismos y tácticas para conseguir una acción unitaria sin detenciones. Por ello, como las demás, utilizará los términos pueblo, sociedad, humanidad, etc., adaptados al presente. Manipulando las palabras e interpretando a su conveniencia, los totalitarismos consiguieron

³ Es casi imposible conseguir el pleno apoyo de la población. Ni siquiera en los casos más extremos se podría impedir que algunos individuos se aprovechen de las desgracias colectivas.

que casi desaparecieran los fundamentos de los diferentes órdenes. Esta situación es la que habrá de tenerse en cuenta, ya que para el victimismo será el modelo de desarrollo a partir del cual adaptará los órdenes a fin de que funcionen conforme a la mentira implantada.

A estos rasgos generales cabe añadir otros igualmente importantes que suelen determinar el movimiento victimista: 1. Los victimistas instrumentalizan la moral convirtiéndola en moralina, una burda base de real inmoralidad⁴. Será entonces la moralina lo que se convierta en una categoría política fundamental, o la política lo que se subordine a la moralina. Los victimistas quieren que la mentira sea un medio moral. De manera que así se crearán nuevos códigos de una ética de uso alternativo a su conveniencia, preferiblemente basados en la constancia y en la degradación de la moral, para así viciar cualquier tipo de convivencia. De manera especial la que afectará al núcleo familiar. En su radicalidad podrían llevar la estrategia a una situación extrema de conflicto, aunque hubiesen iniciado el movimiento de forma pacífica. El victimismo suele emplear los recursos más inmorales con el correspondiente cinismo –la galería de lo aparente–, al objeto de situar al «represor» dentro de la enemistad diabólica. Por eso cabe esperar que esté a la espera de llegar a la violencia extrema. 2. Cualquiera que sea la respuesta del «represor», el victimista siempre tendrá propensión a extremar el engaño, radicalizando las acciones mediante una táctica que obligue al Estado «violador de los derechos» a reprimir violentamente y a causar muchas víctimas. Dado que el victimismo no puede presentar víctimas auténticas, intentará por todos los medios que surjan. La oligarquía carente de sensibilidad, siempre preferirá que aparezcan mártires y se derrame mucha sangre. Siempre habrá unos cuantos lerdos que voluntariamente se encargarán de suministrar víctimas. Así, justificará aumentar las acciones del movimiento con la intención de captar nuevos adherentes. 3. Tratará de dividir al «opresor». Lo conseguirá cuando una parte de la población se ponga de su lado, en contra de su nación y del resto del cuerpo político. Desde la perspectiva patriótica le interesa que haya muchos traidores a su nación. Por el contrario, perseguirá a los que rechazan el único patriotismo posible: el que habrán de tener todos los ciudadanos de la misma «nación». 4. Ciertas medidas que se tomen en la política nacional podrían tener relevancia en la política internacional, en un grado que dependerá de la fuerza de cada Estado. La experiencia prueba que en una confrontación de intereses, el Estado que se debilita tiene más posibilidades de salir perjudicado. De manera que el país dividido, si se desestructura y se divide, disminuirá su capacidad en el sistema de fuerzas

⁴ Por ejemplo, adaptan a su conveniencia el derecho a la autodeterminación, como si fuera una liberación del colonialismo.

de la política internacional. Por eso, los victimistas podrían ser utilizados para otras naciones, para debilitar a un país adversario o enemigo. Lograrían un éxito doble: debilitar la fuerza del «Estado opresor», y tenerlos como subordinados, por lo que tanto unos como los otros, serían mucho más fáciles de dominar en tiempos posteriores. 5. Corrientemente casi todas las actividades de los victimistas se harán con el apoyo económico de las instituciones opresoras, con el desinteresado propósito de no sufrir ningún desgaste patrimonial individual. Quizá podría decirse que el «gobernante opresor», que formaría parte de los gobernantes bobos, secundaría los latrocinios de la oligarquía victimista. De modo que el dinero de los «ciudadanos opresores» será utilizado, entre otras actividades, para subvencionar y pagar a los intelectuales y periodistas victimistas que se encargan de justificar los objetivos, de inventarse hechos, o de cambiar por completo el sentido de los sucesos. Es este un buen ejemplo de la falta de ética de muchos periodistas –en realidad trileros que persiguen ideología informativa–, y del intelectualismo mercenario –profesionales contratados para acabar con la verdad–. 6. El victimismo como corriente predominantemente nihilista y racista, es una expresión de la política demonológica. El victimismo nacionalista actualiza el racismo y la xenofobia, empleándolos como elementos unificadores contra el mal absoluto: el «represor». Apelan a las personas sensibles para que puedan comprender que hay pocas cosas más crueles que sentirse reprimidos por seres inferiores, catalogados como infrahumanos. Una creencia que cualquier individuo menos dotado de inteligencia, tomará por una prueba científica irrefutable. La superioridad racial victimista está basada en la creencia de que su naturaleza está más evolucionada y que al poseer capacidades superiores, conseguirá las mejores prestaciones psíquicas, sexuales, artísticas, etc. Esta superior constitución contrastaría con la escasa evolución, o la involución, de otros organismos humanos inferiores, como los de los «represores», que utilizando diferentes artimañas animales, han logrado imponerse a los seres mucho mejor dotados. Se infiere que el victimismo nacionalista, recogiendo el evolucionismo racista, coincide en lo esencial con el nacionalsocialismo. A fin de evolucionar, muchos de los victimistas con un ADN «inferior», provenientes de la emigración, se incorporan al movimiento para mejorar su genética mediante trasplantes de lo que considera sangre pura superior, para así dejar atrás su pertenencia a la etnia inferior⁵. De ahí que tengan tanta conexión con el nacionalsocialismo, aunque les falte su escenografía. Siendo este racismo tan científico, ¿cómo no comprender que los victimistas no harán lo imposible por liberarse del dominio del genéticamente inferior? Es dudoso que aunque llegaran a conseguir sus objetivos, los «liberados», incluso siendo genéticamente superiores, no podrían construir una

⁵ Se inventarán un pretérito los que apenas han sido algo en la historia de la humanidad.

sociedad mínimamente justa al nacer de la mentira, de la superioridad étnica, del espacio vital en que debe vivir el victimista para no ser asfixiado por los animales poco evolucionados y de la represión contra otra parte de la sociedad, excluyendo a quienes no participan en el ágape falso estructural. Al ser el victimista un producto del encanallamiento individual, forma parte de los arios ignorantes de la virtud. Probablemente con el tiempo será excluida en la sociabilidad de los elegidos o predestinados. 7. Todo victimismo lleva consigo afanes imperialistas. Al entender que son superiores a aquellos que les oprimen, entienden que merecen incorporar el territorio de los antiguos «represores». Probablemente se pasará de la aparente «represión», a invadir los territorios en que haya una similitud de cultura, lengua o raza. Dado que, por lo general, la gran mayoría está contagiada del veneno victimista, se creará una sociedad asentada sobre bases revan-chistas, que intentará devolver los presuntos daños al opresor, porque el odio no desaparecería aunque se consiguiera el objetivo. La mentira habrá de continuar aunque dejara de existir el «opresor». 8. Los individuos que integran el victimismo no suelen caracterizarse por su valentía, aunque la estrategia les obliga a ser constantes en la presión sobre los cobardes «opresores», y no les importaría pasar a la servidumbre si con ello logran desprenderse del dominio de los seres humanos genéticamente atrasados. Es este un gran recurso para el nihilista, de escasa inteligencia cultural y social. En el fondo hay una envidia al «opresor», pues, por lo general, tendrá muchos más méritos históricos, aparte de que su pasado lo ha debido en gran parte de la nación que cree que le oprime. 9. Los victimistas se basan en una estrategia revolucionaria para conseguir sus propósitos, como paso previo a la destrucción de todas las instituciones que no llegaron a controlar. Entre ellos hay diferencias, que se sitúan desde los más aprovechados que buscan el poder y la riqueza, hasta los antisistema que quieren el desorden revolucionario para introducir la tiranía totalitaria. Su negatividad se proyecta como una contrariedad, al buscar hacer el mayor daño. Es probable que oculten sus aspiraciones de formar una sociedad lo más parecida posible a un campo de exterminio.

CONCLUSIÓN

En esta exposición no se han agotado los rasgos del victimismo, pudiendo aparecer, según el contexto, características propias de los movimientos sin renunciar a sus fundamentos. Si bien es cierto que el victimismo forma parte de una época pacifista, en él hay potencialmente ingredientes violentos que en cualquier momento podrían manifestarse. No en vano, el victimismo es una estrategia de poder, basada en una mentira que fácilmente la realidad podría descubrir: la inventada opresión.

Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal en ámbito del Derecho Penitenciario Español. Especial referencia a los permisos ordinarios y extraordinarios de salida

Josefina García García-Cervigón

*Doctora en Derecho; Académica Correspondiente de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación de España*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los Derechos Humanos.* 3. *Derechos Humanos, Constitución Española de 1978 y Derecho Penitenciario.* 4. *Efectiva tutela estatal de los Derechos Humanos en el ámbito de los permisos ordinarios y extraordinarios de salida.* 5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La línea a la que se adscribe esta Comunicación es la titulada: «Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal». El tema expuesto se centra en el contexto general aplicado al ámbito del Derecho Penitenciario, más concretamente, a los permisos de salida. No se refiere esta exposición a todos los permisos de salida, sino que se hará referencia únicamente a los permisos ordinarios y al extraordinario por motivos sanitarios, basándonos en unos casos concretos de fuga de presos que disfrutaban de permisos y que han supuesto, si no una alarma social, sí un cuestionamiento por parte de la sociedad española acerca del Derecho Penitenciario y de su eficacia o efectividad.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término «tutela» tiene diversas acepciones con un difícil encuadre en este estudio. No obstante, la procedencia latina del término destacada en este Diccionario sí es

perfectamente válida para el estudio que se quiere exponer. «Tutela» proviene del latín *tutela* que significa amparo o defensa¹.

Según el mencionado Diccionario, el adjetivo «efectiva» también tiene diferentes acepciones, de las cuales la más propicia es la relativa a «eficaz»². Eficaz se define como que tiene eficacia, es decir, «la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera»³.

Si a tutela y a eficaz se les une el adjetivo estatal o relativo al Estado, se ha de considerar que el tema objeto de exposición implica la capacidad de defensa o amparo por parte del Estado de los Derechos Humanos.

Siendo el título de la Comunicación esa eficaz tutela estatal en relación al Derecho Penitenciario español y, más concretamente, a los permisos ordinarios de salida y el extraordinario por motivos sanitarios, pudiera pensarse que en este estudio se abordará la eficaz respuesta de la Administración Penitenciaria, como representante del Estado, en la concesión de estos permisos a los condenados. Sin embargo, el planteamiento es diferente por el cuestionamiento de la sociedad española sobre los permisos de salida a presos peligrosos que se han fugado aprovechando la concesión de ese permiso.

Por tanto, hemos de cuestionarnos hasta qué punto el cumplimiento de una pena privativa de libertad por un condenado, en un Centro Penitenciario español, bajo el escrupuloso respeto de los Derechos Humanos, puede chocar con los derechos del resto de la ciudadanía. En definitiva, analizar si la tutela efectiva estatal de los Derechos Humanos de los condenados, cuando se ejecuta la pena privativa de libertad, puede suponer un punto de fricción respecto de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos (todo ello dentro del marco de la Constitución de 1978).

2. LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de abordar la esencia del tema, es importante analizar qué se entiende por Derechos Humanos y ver cuáles de los Derechos Humanos recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 guardan relación con

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>.

² *Ibid*; disponible en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=EOlq6RM>.

³ *Ibid*; disponible en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=EPQzi07>.

el tema de la Comunicación presentada en este X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

¿Qué son los Derechos Humanos? Según la definición dada por la ONU en su página web, «los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna»⁴.

Es importante mencionar cómo la ONU reconoce «el derecho internacional de los derechos humanos» estableciendo «la obligación de los Gobiernos a actuar de una manera determinada o abstenerse de emprender ciertas acciones, para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o de los grupos»⁵. Destacando como uno de los grandes logros de las Naciones Unidas «la creación de una normativa integral sobre los derechos humanos: un código protegido a nivel universal e internacional al que todas las naciones pueden adherirse y al que toda persona aspira»⁶. Las Naciones Unidas definen un amplio conjunto de derechos que han sido aceptados internacionalmente, entre los que se encuentran derechos de carácter civil, cultural, económico, político y social. Además, la ONU ha establecido mecanismos para promover y proteger estos derechos y también para ayudar a los Estados a ejercer sus responsabilidades.

Las mismas Naciones Unidas consideran que el marco normativo internacional se fundamenta en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobadas por la Asamblea General en 1945 y 1948⁷.

⁴ ONU, disponible en el sitio web: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

⁵ *Ibid*; disponible en el sitio web: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

⁶ *Ibid*; disponible en el sitio web: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

⁷ Además de estos dos instrumentos, la ONU destaca otros instrumentos normativos con los que ampliar la legislación de Derechos Humanos. En este sentido las mismas Naciones Unidas destacan: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en 1976; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su primer Protocolo Facultativo, que entraron en vigor en 1976 y el Segundo Protocolo Facultativo, que fue aprobado en 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); disponible en el sitio web: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

En este contexto internacional se reconocen una serie de Derechos Humanos amplia. No obstante, a los efectos del objeto de estudio (Derecho penitenciario español y permisos de salida) es importante destacar unos artículos concretos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, pues hacen referencia a derechos que guardan directa relación con el tema desarrollado.

En este sentido se citan los siguientes artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

Artículo 3, que reconoce el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

Artículo 5, que establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 7, que reconoce la igualdad ante la ley y, sin distinción, el derecho a igual protección de la ley, teniendo igual protección contra toda discriminación que infrinja la Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 22: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

Artículo 25, que reconoce entre otros derechos que «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».

3. DERECHOS HUMANOS, CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y DERECHO PENITENCIARIO

Todo lo expuesto hasta ahora, no tendría sentido si el ordenamiento jurídico español no reconociera ni aceptara los Derechos Humanos de la Declaración Universal de 1948 y demás instrumentos internacionales.

El reconocimiento y aceptación de los Derechos Humanos viene recogido expresamente en la Constitución de 1978⁸.

⁸ BOE N.º 311, de 29/12/1978, disponible en el sitio web: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

El artículo 1.1 de la CE establece 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». Además de este artículo que, al reconocer el Estado de Derecho, configura todo el ordenamiento jurídico español, está el artículo 10. 1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»; y el artículo 10.2 de la CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Estos dos artículos delimitan el contexto en el que desarrollar todo el ordenamiento jurídico español, al ubicarse en el Título Preliminar de la CE, afectando al conjunto de preceptos posteriores. Por tanto, también inciden en el Derecho Penitenciario.

El reconocimiento del Estado de Derecho, de la justicia como valor y de la igualdad como valor y como principio (como derecho se reconoce en el artículo 14 CE), constituyen dos pilares fundamentales del ordenamiento jurídico que han de seguirse en todas sus ramas y, por ende, en el ámbito penitenciario; a ellos se une el reconocimiento y defensa de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inviolables así como el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Ahondando en el tema que nos ocupa, el Derecho Penitenciario se define como «el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de todas las sanciones penales privativas de libertad sean penas o medidas de seguridad»⁹. Se sigue una definición estricta y restringida de Derecho Penitenciario, pues la orientación del tema desarrollado se centra en las penas privativas de libertad¹⁰.

La conexión entre los Derechos Humanos y el Derecho Penitenciario es evidente, y así se ha puesto de manifiesto en diversos estudios. En alguno de ellos se destaca, inspirándose en Marx, entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano. Son libertad, igualdad, seguridad y propiedad los derechos del hombre reconocidos en la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, siendo el aislamiento la función del binomio «seguridad-libertad»¹¹.

⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho Penitenciario*, Valencia, 2016, pág. 23.

¹⁰ No obstante, hay otras definiciones más amplias de Derecho Penitenciario; véase, TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N.º 255, 2011, pp. 9-34.

¹¹ Para ampliar el tema, véase, MAÑALICH, J. P.: «El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos», en *Derecho y humanidades*, N.º 18, 2011, pp. 163-178.

Ante ese binomio, el Estado de Derecho, a la luz del concepto seguido por Naciones Unidas¹², impregna todo su campo de actuación. De tal forma que la igualdad de derechos entre todos los ciudadanos ha de ser primordial. En este sentido, el Estado ha de amparar y defender los derechos tanto de un ciudadano libre como de un ciudadano condenado que cumple su pena privativa de libertad en un Centro Penitenciario, y ello no supone alterar la seguridad del conjunto de la ciudadanía ni que su libertad se pueda ver afectada.

En este momento es importante traer a colación el artículo 25.2 de la CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

4. EFECTIVA TUTELA ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LOS PERMISOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DE SALIDA

Hasta ahora se ha expuesto todo lo relativo a los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y el Derecho Penitenciario de forma general. Sin embargo en este epígrafe se ha de considerar la eficacia de la tutela del Estado de Derecho de forma concreta, esto es, en relación a los condenados que cumplen pena privativa de libertad en un Centro Penitenciario, respecto de un supuesto: la concesión de permisos de salida. Y a continuación, cuestionarnos si la concesión de estos permisos de salida puede chocar frontalmente con la eficacia de la tutela de los Derechos Fundamentales, como manifestación constitucional de los Derechos Humanos universalmente reconocidos, del conjunto de la ciudadanía.

El punto de partida se concreta en tres casos de presos peligrosos fugados cuando disfrutaban de un permiso de salida. La fuga en un brevísimo espacio

¹² El Secretario General de Naciones Unidas define el Estado de Derecho, en *Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 2004, pág. 5, como «un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal».

de tiempo, sobre todo de dos de ellos, ha supuesto, si no una cierta alarma social en España, sí un interrogante acerca de la necesidad de la concesión de estos permisos y de la eficacia con la que el Estado protege a la ciudadanía frente a estas situaciones anómalas.

4.1. Supuestos

El 4 de septiembre de 2018 se publica una noticia con el siguiente titular: «Una media de un preso al día no vuelve a la cárcel tras obtener un permiso de salida»¹³. El autor del artículo destaca que en 2017 se fugaron 400 presos, y en los tres primeros meses de 2018, la cifra se situaba en 91 presos; es el 0,37 % el porcentaje de presos fugados en un año. No obstante, en muchos casos no hay fuga, sino que el fallecimiento, o los problemas de salud, son los que causan no regresar al Centro Penitenciario tras el permiso de salida concedido.

Este artículo se publica después de que en un breve espacio de tiempo se fugaran tres presos peligrosos, tras concederse el permiso de salida correspondiente y la sociedad española, junto con los medios de comunicación, se cuestionaran qué está sucediendo.

Los supuestos a los que hacemos referencia son:

- a) Guillermo Fernández Bueno, un preso peligroso, tras concedérsele un permiso de salida de varios días, huye en julio con su pareja, que era educadora social en el Centro Penitenciario del Dueso donde Guillermo cumplía una condena de veintiséis años y medio por violación y asesinato. Se le había denegado el tercer grado en dos ocasiones pero disfrutaba de permisos de salida ordinarios desde 2012 y había seguido varios programas de reinserción. Siempre había regresado¹⁴. Fue capturado en Senegal a los pocos días¹⁵.
- b) Fernando Iglesias Espiño, tras asesinar a su mujer, a su hija y a su hijo, cumplía la pena de veinticinco años en el Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar en Orense, estando clasificado en tercer grado. Observaba

¹³ REQUIJO, A.: «Una media de un preso al día no vuelve a la cárcel tras obtener un permiso de salida», en *Voz populi.com* (4-5-2018); disponible en el sitio web: https://www.vozpopuli.com/espana/vuelve-carcel-obtener-permiso-salida_0_1169284148.html.

¹⁴ LÁZARO, F.: «El violador y asesino fugado de la cárcel de Dueso huyó con su pareja, una educadora social», en *El Mundo*, 27-7-2018; disponible en el sitio web: <http://www.elmundo.es/espana/2018/07/27/5b5ae941e5fdea366f8b4679.html>.

¹⁵ MORCILLO, C. y MUÑOZ, P.: «El asesino de El Dueso y su esposa se fugaron en el ferry de Algeciras en una furgoneta de ella», en *ABC*, 31-7-2018; disponible en el sitio web: https://www.abc.es/espana/abci-asesino-dueso-y-esposa-fugaron-ferry-algeciras-furgoneta-ella-201807310305_noticia.html.

- una conducta correcta. Se fuga en un permiso de fin de semana, en septiembre de 2018, que disfrutaba habitualmente al estar en tercer grado¹⁶.
- c) Benito Ortiz Perea, preso peligroso, se fuga en agosto de 2018 mientras era trasladado del hospital a la cárcel de Zuera donde cumplía una condena de veinticinco años y ocho meses por secuestro de una mujer y posterior atraco donde resultó herido el dueño del negocio. El historial delictivo de este preso es largo¹⁷. Se fuga aprovechando el permiso extraordinario por motivos sanitarios que se le concedió. Los medios de comunicación se hacen eco de que «la escasez de médicos, que se suma a la de funcionarios, forzó un traslado innecesario con un dispositivo de seguridad incompleto por la falta de guardias civiles y que reveló la ineficacia de la privatización parcial de la vigilancia del penal»¹⁸.

Estos tres casos sirven de ejemplo de lo que sucede con más frecuencia de lo que sería deseable. Por ello, ante esta situación ¿se puede cuestionar no solo el sistema penitenciario español sino la eficacia del Estado de Derecho que ha de proteger los derechos del conjunto de los ciudadanos?

4.2. INTERROGANTES SOBRE LA EFICAZ TUTELA DEL ESTADO DE DERECHO, DE LOS DERECHOS DE LOS CONDENADOS Y DE LA CIUDADANÍA

La ciudadanía, ante la fuga de estos tres presos peligrosos, se puede cuestionar si ha de concederse un permiso de salida a un condenado peligroso gracias al cual puede fugarse y cometer de nuevo los graves delitos por los que estaba preso.

El Estado de Derecho, manifestado en la Constitución de 1978, en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹⁹ y en el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario²⁰, es claro al respecto.

¹⁶ «La policía pide ayuda para hallar al preso fugado de Ourense, condenado por matar a su mujer y sus dos hijos», en *20 Minutos*, 4-9-18; disponible en el sitio web: <https://www.20minutos.es/noticia/3429031/0/preso-carcel-ourense-condenado-matar-mujer-hijos-fuga-durante-permiso/#xtor=AD-15&xts=467263>.

¹⁷ ORTEGA, J.: «Un peligroso delincuente se fuga de la cárcel de Zuera mientras regresaba del hospital», en *El Mundo*, 29-8-2018; disponible en el sitio web: <http://www.elmundo.es/espana/2018/08/29/5b868e78468aeb9d748b45e9.html>.

¹⁸ BAYONA, E.: «La fuga de la cárcel de Zuera delata los recortes en el sistema penitenciario», en *Público*, 1-9-2018; disponible en el sitio web: <https://www.publico.es/sociedad/fuga-fin-de-fuga-carcel-zuera-delata-recortes-sistema-penitenciario.html>.

¹⁹ BOE N.º 239, de 05/10/1979.

²⁰ BOE N.º 40, de 15/02/1996.

El artículo 25. 2 de la CE establece que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria».

Además, la legislación penitenciaria, también manifestación del Estado de Derecho, contempla los permisos de salida ordinarios (art. 47.2 LOGP de 1979) y los extraordinarios (ya sea por motivos sanitarios, novedad regulada en el art. 155 RP de 1996 o por motivos familiares o personales, regulados en los arts. 47 y 48 de la LOGP de 1979). Los permisos ordinarios están enfocados a preparar la vida del preso en libertad y son potestativos, a diferencia de los permisos extraordinarios por motivos sanitarios, que son imperativos (la Constitución reconoce el derecho a la vida y a la protección de la salud). Indudablemente esto guarda relación con la preservación de todos los derechos como ciudadanos de los condenados a pena privativa de libertad, exceptuando los derechos limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Los condenados son también ciudadanos y como tal ha de tratárseles, evitando las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). A ello se une que la Constitución de 1978, en su artículo 25.2, proclama que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. De ahí que el sistema penitenciario intente, con diferentes mecanismos, preparar al preso para su futura vida en libertad.

Por tanto, los permisos de salida, ordinarios u extraordinarios, son manifestaciones de derechos reconocidos constitucionalmente a los condenados a penas privativas de libertad. El hecho de que pueda haber alguna fuga cuando un condenado disfrute de un permiso de salida, no supone un desamparo de los derechos del conjunto de los ciudadanos. Es un riesgo asumido por el Estado. Para ello, el propio Estado de Derecho tiene mecanismos de defensa a través de la propia legislación y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ese derecho a la seguridad, u otros derechos de los ciudadanos que podrían verse amenazados ante la fuga de algún preso peligroso, es un coste mínimo que el Estado de Derecho asume en aras de otros derechos reconocidos, pero en ningún caso supone una ineficaz tutela de los derechos reconocidos al conjunto de la ciudadanía. Se busca un equilibrio entre el reconocimiento y ejercicio del Estado de Derecho en el ordenamiento jurídico y pequeños escollos que pueden surgir en el ejercicio diario de ese Estado de Derecho en cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico.

Ante aquel binomio «seguridad-libertad», a que hacíamos referencia en otro epígrafe, en un Estado de Derecho prima más la libertad que la seguridad pues, en otro caso, estaríamos ante una perspectiva dictatorial.

5. CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones van referidas al ordenamiento jurídico español.

- Los Derechos Humanos y el Estado de Derecho van intrínsecamente unidos.
- El Estado de Derecho es la base en la que fundamentar el ordenamiento jurídico (el desarrollo del Derecho Penitenciario español se hace bajo el amparo y reconocimiento del Estado de Derecho).
- La tutela de los derechos por parte del Estado de Derecho es eficaz y no supone indefensión o desamparo por parte del conjunto de la ciudadanía aunque, a veces, haya fallos del propio sistema. El propio Estado de Derecho tiene mecanismos de defensa.
- Los condenados a penas privativas de libertad tienen derechos reconocidos por el Estado de Derecho y esto, no conculcan los derechos del conjunto de la ciudadanía. Ese reconocimiento, a veces, supone un coste ante fallos del propio sistema, que se asume, en aras de la preferencia de la libertad frente a la seguridad en un Estado de Derecho.

Acceso democrático a la jurisdicción constitucional

Ernesto Jinesta Lobo¹

*Presidente de la Academia Costarricense de Derecho
Ex Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica*

INTRODUCCIÓN

Para estar en condiciones de hablar de una verdadera efectividad o justiciabilidad de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos nacionales, es absolutamente imprescindible contar con una jurisdicción constitucional abierta y plenamente accesible para toda persona. En el contexto de una justicia constitucional cerrada e inaccesible, los derechos fundamentales son una mera entelequia, carente de verdadera eficacia jurídica.

En nuestro criterio, tampoco basta con instituir una jurisdicción constitucional que le establezca a las personas obstáculos y barreras formales de acceso, por cuanto la efectividad de los derechos fundamentales estará garantizada a medias y no plenamente.

Peter Häberle ha planteado la «teoría de la sociedad abierta o plural de los intérpretes constitucionales», en el sentido que los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales no interpretan monopólicamente la Constitución

¹ Doctor en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Profesor Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano coordinado por la Universidad de La Coruña con 10 universidades de Iberoamérica, Profesor de la Diplomatura en Derecho Administrativo Iberoamericano del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, Miembro Instituto Internacional de Derecho Administrativo, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

(«sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales»)², también, lo hacen los ciudadanos, grupos, organizaciones sociales cuando plantean un asunto y, por consiguiente, un modo de interpretación del parámetro de constitucionalidad, por más trivial o insignificante que se estime.

Esencialmente, Häberle ha propuesto una forma de «democratizar la interpretación de la constitución», pero todo dependerá de las posibilidades efectivas de acceso de los ciudadanos a los estrados constitucionales.

Este mismo jurista ha estimado que mediante el proceso de amparo, el Tribunal Constitucional se erige en un verdadero y auténtico «Tribunal ciudadano» por su cercanía con los ciudadanos³. Pero, nuevamente, tal rol dependerá de las posibilidades efectivas de acceso al proceso de amparo que tengan las personas ante una jurisdicción constitucional nacional determinada.

Uno de los grandes cuestionamientos de la labor creativa desplegada por el juez constitucional (activismo judicial sano y progresista o gobierno de los jueces), es la presunta ausencia de su legitimidad democrática directa. Desde nuestra perspectiva, precisamente, la plena y fácil accesibilidad de las personas a la jurisdicción constitucional fortalece su legitimidad democrática.

En esta ponencia, nos proponemos identificar y distinguir los factores que determinan una jurisdicción constitucional más accesible y más democrática. Nuestra propuesta parte de la base del sistema de la jurisdicción constitucional costarricense, que presenta las siguientes características singulares: a) Accesibilidad directa o principal, sin requisitos previos; b) informalidad y sumariedad; c) posibilidad de ejercer la defensa material y, por consiguiente la no necesidad de la defensa técnica o del patrocinio letrado y d) la gratuidad.

Esta propuesta, contiene y propone ideas polémicas o, si se quiere, heterodoxas en el contexto del derecho procesal constitucional tradicional, empero, precisamente, su objetivo es generar el debate crítico y constructivo.

1. Accesibilidad ciudadana democrática a la jurisdicción constitucional

Resulta importante determinar qué entendemos por accesibilidad democrática a la jurisdicción constitucional. En nuestro criterio, esa condición de una

² V. HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, México, Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 149-162.

³ V. HÄBERLE, Peter: *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de amparo*, México, Fundap, 2005, *in totum*.

jurisdicción constitucional está referida a la posibilidad efectiva de accederla o de interactuar con esta de manera fácil, sencilla, informal y directa. Debe tratarse de una jurisdicción amigable, comprensible o inteligible para las personas, por cuanto se trata de la tutela efectiva de las libertades públicas fundamentales de la organización social y política.

Entendemos que, también, se refiere a la posibilidad de las personas o grupos de estas, de participar, activamente y sin barreras, en la construcción del bloque de constitucionalidad y, específicamente, en la puntualización o extensión del contenido esencial de los derechos fundamentales, proponiendo nuevos modos de interpretar o de leer la constitución en su parte dogmática.

2. Factores determinantes de la accesibilidad democrática

Podemos identificar varios factores que determinan un volumen superior de accesibilidad democrática de la jurisdicción constitucional, tales como los siguientes: A) Tiempo de acceso; B) lugar de acceso y medios alternativos de acceso; C) barreras u obstáculos de acceso; D) facilidades para el acceso; E) materias sobre las que resulta accesible; y F) reglas jurídicas para accederla (legitimación).

A. Tiempo de acceso

Respecto de la jurisdicción de la libertad⁴, es decir, los procesos de amparo y *habeas corpus*, que han cobrado gran protagonismo, siendo que el primero supone, en promedio, entre el 85-90 % del trabajo de los Tribunales, Salas, Cortes Constitucionales, la regla debe ser la posibilidad de acceso sin plazos de caducidad o prescripción. Con mayor razón, cuando la amenaza o violación persisten o son de efectos continuos (continuados) y no cesan.

Esta regla se impone, por mayoría de razón, respecto de los derechos fundamentales o humanos que no tienen un contenido patrimonial, ya que, en ese caso, se puede establecer un plazo de prescripción o caducidad a partir de la cesación de la amenaza o perturbación.

Al respecto, es esencial la existencia en los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales, de un turno o guardia, que le asegure a las personas una protección de sus derechos fundamentales las veinticuatro horas, los siete días de la

⁴ Expresión empleada por CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Lima, Palestra, 2010, in totum.

semana y durante los trescientos sesenta y cinco días del año. No cabe la menor duda de que las perturbaciones, amenazas o violaciones de las libertades públicas fundamentales por los poderes públicos y los sujetos de derecho privado, no dejan de producirse en periodos de vacaciones colectivas o feriados, y no pueden esperar para su tutela judicial efectiva.

En materia de derechos fundamentales, sin duda, existen cuestiones urgentes o urgentísimas respecto de las que es preciso tomar medidas cautelares positivas (innovativas, anticipatorias, etc.) fuera de la jornada ordinaria laboral, los fines de semana, los cierres por festivos, en las vacaciones colectivas, etc. Piénsese, a modo de ejemplo, en ciertas materias especialmente altamente sensibles como el derecho a la libertad personal (deportaciones, expulsiones, prisiones preventivas, apremios corporales decretados en procesos de alimentos, etc.) o el derecho a la salud (provisión de medicamentos, tratamientos urgentes a pacientes o usuarios en un estado crítico de salud) o ciertas situaciones que demandan una tutela impostergable como en lo referido a desalojos o demoliciones, bajo ciertas condiciones.

La existencia de un turno 24/7 le brinda tranquilidad y seguridad a las personas usuarias de la jurisdicción constitucional, por cuanto saben que siempre existe plena disponibilidad para recibir, atender y proveer su caso, hasta con la adopción de medidas cautelares urgentes. Al respecto, debe tenerse presente que las violaciones o perturbaciones de los derechos fundamentales, y los medios para evitarlas, no pueden esperar los ritmos de una justicia lenta e indiferente.

Otro aspecto asociado con el tiempo de acceso a la jurisdicción constitucional, sobre todo en lo referente al proceso de amparo, es lo relativo a si es preciso agotar la vía administrativa y jurisdiccional ordinaria (naturaleza residual) o si resulta posible sin cumplir con ese requisito (carácter principal).

La opción de un sistema de jurisdicción constitucional por un modelo u otro (subsidiario o principal) impacta el momento del acceso, si resulta más pronto o más diferido y, eventualmente, puede incidir en los efectos de la justicia constitucional, sea mediante una reparación por equivalente con una condena estrictamente pecuniaria –pago de daños y perjuicios– o *in natura*, mediante el restablecimiento de la situación jurídica sustancial.

Un modelo de jurisdicción constitucional de la libertad principal, obvia el tiempo consumido en etapas previas y suprime los riesgos de una justicia constitucional retardada (denegada). Adicionalmente, por su celeridad y rapidez, permite una reparación *in natura* en lo posible y, en lo que no, por equivalente.

El modelo del amparo principal, sin necesidad de agotar, previamente, la vía administrativa o jurisdiccional ordinaria, actúa de mejor manera el derecho a un proceso constitucional en un plazo razonable y a una tutela jurisdiccional constitucional efectiva.

Tal característica, aunque puede entrañar el riesgo de generar una hiperinflación de la estadística de los procesos constitucionales, indudablemente, democratiza la jurisdicción constitucional y aproxima el amparo a los conceptos de «*recurso sencillo y rápido (...) efectivo*» del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que incuestionablemente, debe ser el norte en la configuración legislativa de la justicia constitucional en los países miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

No cabe duda de que los procesos ordinarios, y aun los sumarios o abreviados ante la jurisdicción ordinaria, como requisito previo para acceder a la jurisdicción constitucional, no permiten que el amparo asuma las características que impone el Pacto de San José. Al contrario, su agotamiento preceptivo tiene el efecto de generar una justicia constitucional retardada y que brinda respuestas irrazonablemente lentas a los justiciables.

Cabe agregar que una jurisdicción constitucional plenamente electrónica, lo que imponen las nuevas exigencias de la gobernanza digital y el gobierno abierto, por supuesto que acorta los tiempos de reacción y de respuesta de la justicia constitucional. Piénsese que la sola posibilidad de efectuar votaciones electrónicas y de notificar inmediatamente las sentencias vertidas a los justiciables, en tribunales colegiados, conformados, usualmente, por más de cinco miembros, supone un gran ahorro de tiempo, por ejemplo, del consumido en la recolección física de firmas. Una justicia constitucional electrónica supone una tutela de los derechos fundamentales más célere, rápida, expedita y efectiva.

B. *Lugar de acceso y medios alternativos*

La regla fundamental para garantizar una accesibilidad efectiva es mediante la regionalización o desconcentración de la jurisdicción constitucional («justicia constitucional abierta»). El problema surge cuando el Tribunal, Corte o Sala Constitucional tiene un asiento único en la capital u otro lugar, y todo justiciable debe desplazarse, con los respectivos costos temporales y económicos del traslado espacial, circunstancia que, además, puede disuadirlo de acudir a la justicia constitucional.

El tema del asiento en la capital o en una región determinada, es paliado en el marco de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, producto de la Revolución Digital, mediante el uso extensivo e intensivo de las nuevas tec-

nologías de la información y del conocimiento (TIC). Se debe dar el paso hacia una jurisdicción digital o electrónicamente accesible (e-justicia constitucional). Lo anterior no descarta la posibilidad de usar otros medios alternativos de acceso tradicionales, como el fax, el telegrama o, incluso, el correo tradicional.

En lo concerniente a los medios alternativos de acceso, fuera del lugar de asiento del tribunal o corte constitucional respectivo, existen diversas herramientas para acercar al ciudadano, como, por ejemplo, establecer un «call center» o centro unificado de llamadas, consultas e información, con una línea telefónica gratuita para los siguientes fines: a) obtener información sobre el estado de tramitación de un expediente; b) realizar consultas telefónicas o electrónicas de cómo presentar un proceso, sobre estadísticas, noticias del Tribunal, asuntos pendientes de votar o votados; y c) obtener jurisprudencia constitucional o votos relevantes.

C. *Barreras u obstáculos de acceso*

No cabe la menor duda de que una jurisdicción constitucional regida por el principio de accesibilidad democrática, impone que tales barreras u obstáculos deben ser los menos. El legislador ordinario, al configurar y desarrollar la jurisdicción constitucional, debe reducirlos a su mínima expresión.

D. *Facilidades de acceso*

Una justicia constitucional democrática y plenamente accesible, exige, por lo menos en lo relativo a la jurisdicción de la libertad (amparo y *habeas corpus*), ciertas facilidades básicas o elementales de acceso. Dentro de tales podemos reseñar las siguientes: a) La absoluta informalidad o informalismo, incluso, con plazos de subsanación, corrección de defectos o aclaraciones, tolerancia en cuanto a la indicación de la autoridad pública demandada; b) La ausencia de patrocinio letrado o de autenticación de un profesional en derecho, tanto del escrito inicial de interposición como de las gestiones ulteriores; c) La gratuidad, de modo que la persona que acude a estrados judiciales no pueda resultar condenada al pago de las costas procesales y personales, incluso si no prospera el proceso, salvo ante casos evidentes y manifiestos de temeridad, mala fe o abuso y ejercicio antisocial del derecho.

E. *Materias sobre las que resulta accesible*

Una jurisdicción constitucional plenamente accesible y democrática, es la que le permite a las personas fiscalizar, ante un Tribunal Constitucional, cualquier

conducta (activa u omisiva) de los poderes públicos. De lo que se trata es de actuar y dar plena efectividad al principio de la «jurisdicción constitucional plenaria y universal»⁵, de acuerdo con el cual, no deben admitirse ámbitos exentos de fiscalización o, por lo menos, deben ser los menos posibles.

Obviamente, el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de conformación de la jurisdicción constitucional, puede establecer, excepcionalmente, ciertas materias excluidas, las que, reiteramos, deben ser las menos para actuar los principios de una justicia constitucional plenaria y universal y el de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, de lo contrario, son vaciados de contenido.

Merece la pena insistir en la amplitud del objeto y la materia de la jurisdicción constitucional en dos renglones específicos, como lo son el proceso de amparo y el control de constitucionalidad, por cuanto, tradicionalmente, se han establecido en las legislaciones nacionales exclusiones bastante polémicas y cuestionables.

En el caso del proceso de amparo, debe permitirse respecto de los siguientes ámbitos: a) Posibilidad de impugnar tanto amenazas, o perturbaciones, como violaciones consumadas; b) actuaciones materiales, omisiones formales y materiales, actividad formal (actos por escrito, previo procedimiento) de los poderes públicos; c) en lo que respecta a la actividad formal, tanto la dictada en ejercicio de la función administrativa, como de la función de dirección política (actos políticos o de gobierno); d) actos políticos adoptados por la Asamblea legislativa, sea por el Directorio, plenario, comisiones y sub-comisiones, incluso *interna corporis*, que sean lesivos de derechos fundamentales, por ejemplo, de minorías –mujeres legisladoras según la igualdad real y efectiva en la conformación de órganos legislativos–, del debido proceso y la defensa, etc.; e) actos emitidos («recomendaciones») por las comisiones legislativas especiales de investigación en el ejercicio del control político; f) por aplicación de la teoría de la irradiación de los derechos fundamentales al ámbito privado o de su eficacia horizontal, resulta relevante la recepción del amparo contra acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando actúen en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de hecho o de derecho, en una posición de poder, y los remedios jurisdiccionales ordinarios o comunes resultan insuficiente o tardíos.

Tocante al control de constitucionalidad, se debe dar el paso para la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de normas y actos de cualquier natu-

⁵ Sobre el desarrollo de este principio en el modelo de justicia constitucional costarricense V. JINESTA LOBO, Ernesto: *Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 1.ª Edición, 2014, *in totum*.

raleza, estén o no sujetos al derecho público. En el caso de Costa Rica, se ha contado con una grata experiencia para los justiciables al anular, por inconstitucionales, preceptos de reglamentos de clubes privados abiertamente discriminatorios.

La importancia de emplear la expresión «norma», radica en que el control de constitucionalidad no queda limitado a las leyes y reglamentos, en sentido formal y material, pudiendo impugnarse, también, todo acto de alcance abstracto y general que tenga cualquier otra denominación (*nomen iuris*) pero que contiene preceptos o produce efectos jurídicos que vulneran el parámetro de constitucionalidad, como podrían ser directrices, circulares, etc.

La ventaja de la referencia a los «actos sujetos al derecho público» radica en que existen algunos de gran entidad y transcendencia en la vida política, económica y cultural de los países, por ejemplo, los actos políticos o de gobierno adoptados por un presidente, que no son normas jurídicas en sentido estricto y que, eventualmente, no infringen ningún derecho fundamental, no pudiendo ser residenciados en el amparo o *habeas corpus*, pero sí vulneran un principio o norma esencial de la parte orgánica de la constitución. En tales casos, esos actos no pueden quedar inmunes al control de constitucionalidad, por cuanto, se provoca en la ciudadanía un sentimiento justificado de frustración.

Un tema sumamente polémico, que vale la pena dejar sobre el tapete de discusión, es la posibilidad de impugnar, en la sede constitucional, las reformas parciales o enmiendas a la Constitución, sobre todo, por cuanto, el constituyente derivado es un poder constituido que tiene límites, existen cláusulas constitucionales eternas o pétreas y lo que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha sido denominado por la Corte regional respectiva como el «control de convencionalidad» que debe ser ejercido, incluso, *ex officio*.

No debe caber la menor duda de la posibilidad del control de constitucionalidad respecto de las omisiones absolutas o relativas del legislador ordinario e, incluso –lo que resulta más polémico–, del poder de enmienda para ajustar la constitución al parámetro regional o internacional de protección de los derechos humanos.

Es preciso, también, la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de la jurisprudencia emanada de las altas Cortes o Tribunales de casación, por cuanto, ante la creciente admisión de fuentes no escritas de Derecho, se establecen por esa vía normas jurídicas respecto de las que debe admitirse su fiscalización constitucional, con el objeto de remover cualquier aspecto contrario al bloque de constitucionalidad que perjudique a los justiciables.

F. Reglas jurídicas para accederla (legitimación)

La amplitud y elasticidad, mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados, en materia de legitimación para acceder a los procesos constitucionales, es un factor determinante para marcar la diferencia entre una jurisdicción constitucional abierta, accesible, democrática, participativa, plenaria y universal y otra cerrada, inaccesible, restringida y opaca.

Las reglas deben variar si se trata de la jurisdicción constitucional de la libertad o del control de constitucionalidad. En el proceso de amparo y de *habeas corpus*, debe imperar, por principio, la legitimación vicaria, de modo tal que cualquier persona pueda interponerlos en favor de otra, a condición de que se pueda individualizar el tutelado y este no exprese voluntad en contrario.

En el amparo, donde se tutelan derechos o intereses de vocación colectiva (v. gr. protección del consumidor, salud pública, ambiente, agua potable, etc.) debe admitirse la legitimación para la protección y defensa de tales situaciones jurídicas. Desde luego, sin llegar al extremo de la acción popular.

En el control de constitucionalidad concreto, que precisa de un asunto previo, debe admitirse la posibilidad de que revista esa condición, tanto un procedimiento administrativo en sede gubernativa, como un proceso de amparo y de *habeas corpus*. El control de constitucionalidad abstracto, sin cuestión previa, debe ser posible tanto cuando no exista una lesión individual y directa, como cuando se trate de la protección de intereses colectivos, sean corporativos o difusos.

CONCLUSIÓN GENERAL

Ciertamente, Dominique Rousseau ha sostenido que la legitimidad democrática de los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales deriva de sus funciones esenciales de mantener la supremacía constitucional y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y humanos⁶.

Nosotros agregamos, que la legitimidad democrática de un Tribunal, Corte o Sala Constitucional también se afirma cuando la ciudadanía o, en general, las personas o los diversos grupos sociales, organizados o no, pueden acceder a esa instancia de manera cotidiana, activa, directa, sin barreras o restricciones, proponiendo nuevas maneras de interpretar el texto constitucional.

⁶ ROUSSEAU, Dominique: *La Justicia Constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 20-31.

Los esfuerzos de un sistema de justicia constitucional se deben enfocar en permitirle a los ciudadanos, personas o grupos sociales, que contribuyan, abierta y directamente, en la configuración de la «realidad constitucional», en la construcción de la «constitución viviente o material» o en la «actualización de la constitución».

En definitiva, la jurisdicción constitucional debe ser un poderoso instrumento para construir una sociedad más democrática, abierta, participativa y pluralista.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos como consenso jurídico imperativo (convergencia) internacional y límite de los ordenamientos jurídicos de las naciones

Francisco La Moneda Díaz

Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura

A lo largo de los siglos de la humanidad, muchas han sido las teorías o doctrinas sobre la existencia o no de un Derecho innato en la naturaleza del ser humano. No va a ser este un estudio sobre las distintas doctrinas y tendencias a este respecto, que para ello existen cualificados historiadores del Derecho o filósofos de esta disciplina, así como importantes y relevantes estudios científico-jurídicos que recogen las relevantes aportaciones desde distintos confines de nuestro universo jurídico.

Para Aristóteles será fundamental el *telos* humano, que no es otra cosa que descubrir el objetivo o causa final, como objetivo natural. Va escudriñando ello partiendo del concepto de felicidad o *eudaimonia*. Para ello, el filósofo de Estagira diferencia, de forma notoria, entre la meta buscada por sí mismo y los medios o instrumentos que pueden acercar o aproximar a ella, de tal suerte que la fama o el placer no serán la felicidad en sí misma, sino formas instrumentales o medios para alcanzar aquella que es buscada por sí misma. Pero hay que tener en cuenta que el concepto de felicidad en Aristóteles, no es el que hoy entiende gran parte de la población, es decir, como un estado emocional positivo, sino que el término *eudaimonia* vendría a ser más omnicompreensivo, algo equivalente a «éxito vital global»⁷. Para avanzar en ello, en la Ética a Nicómaco, explica que será fundamental conocer la función del ser humano,

⁷ Así lo expresa CONTRERAS PELÁEZ en *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Madrid, 2014, p. 18.

lo propio del mismo (*ergon*), es decir, lo característico del hombre, que no será en ningún caso la función sensitiva y nutritiva, pues estas las encontramos en las plantas y en los animales también. Lo propiamente humano es la razón. Por tanto, al igual que el escultor alcanza su felicidad realizando una obra bien esculpida, el ser humano alcanzará la felicidad realizando correcta y adecuadamente aquello que le es propio conforme a su naturaleza, es decir, con el mayor desarrollo de aquello que le es propio, la razón, lo cual denomina Aristóteles como vida virtuosa «que no necesita en modo alguno del placer como de una especie de añadidura, sino que tiene el placer en sí misma»⁸, por lo que el placer no sería el fin, sino que será la recompensa para el que ejercita la «virtud». La naturaleza de una cosa, es precisamente su fin⁹. Aristóteles, al igual que Platón y Sócrates, luchan contra el relativismo de los sofistas. Para el sofista Protágoras¹⁰, tanto la organización política como la moral, son plenamente convencionales y ello se demuestra por el hecho de que si la moral fuera insertada en el hombre por un dios, los hombres conocerían qué es lo bueno y qué es lo malo, cuando sin embargo no existe unanimidad de criterio al respecto de qué sea bueno o malo, justo o injusto, y además los valores y las normas cambian según el tiempo y la cultura. Para los sofistas solo es única la naturaleza humana en su estado natural (a la que habría que despojar de aquello que se ha enseñado) y lo más comúnmente natural en el ser humano es la búsqueda del placer y la ley del más fuerte. Por tanto, para ellos el establecimiento de una moral común sería algo antinatural, al tener que someter lo verdaderamente natural¹¹.

El tomismo, en la línea aristotélica, considera que la ley natural debe tener como fin el bien y evitar el mal, pues el «*bien tiene naturaleza de fin*», y las cosas a las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas como buenas por la inteligencia humana. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo a los preceptos de las inclinaciones naturales: conservación de la vida, evitar amenazas, unión hombre-mujer, cuidado de hijos, vivir en sociedad... Por ello la ley humana, la ley escrita, no puede ir contra de la naturaleza, pues la voluntad humana no puede cambiar aquella¹².

Ya en el siglo XVII, Locke mantendrá posturas iusnaturalistas, aunque con una fundamentación religiosa más marcada que la del propio Tomás de Aquino.

⁸ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómano*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid Edición 2017. Traducción María Araujo y Julián Marías.

⁹ ARISTÓTELES: *Política I*. Ed. Alianza. Madrid, 2009, pp. 45 y ss.

¹⁰ ARISTÓTELES en *Metafísica* (Libro Cuarto, V. Espasa. Madrid, 2013. Traducción: Patricio de Azcárate).

¹¹ PROTÁGORAS y GORGIAS (1985). *Fragments y testimonios*. Traducción, introducción y notas de José Barrio Gutiérrez. Barcelona: Ediciones Orbis, S.A.

¹² TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*. <https://www.dominicos.org/estudio/recurso/suma-teologica/>.

no. Pero no vamos a detenernos en el análisis pormenorizado de todos los autores que, a lo largo de los siglos, han ido desarrollando, asumiendo o rechazando la ley natural, pues ello nos llevaría varios tomos que aun así no agotarían la rica y abundante doctrina consolidada en diversos sentidos por los autores de todos los tiempos. Es este un campo que hemos de dejar a los filósofos del Derecho.

No obstante, antes de analizar el estado de la cuestión en los tiempos modernos, tenemos que referirnos a Francisco de Vitoria. Algún autor, refiriéndose a él, ha definido el Derecho natural como «el conjunto de todas las exigencias postuladas por la naturaleza misma del hombre»¹³. El padre Vitoria consideraba al Derecho natural como «*derecho necesario*», porque depende de la esencia misma del hombre y tiene valor universal para todos ellos en cualquier tiempo y lugar. Para el mismo, el derecho positivo, sin embargo, depende de la voluntad y del beneplácito del legislador, que puede cambiar según tiempo y lugar y las conveniencias de los hombres. El mismo autor trae a colación el significado en Derecho Romano «lo que la razón natural ha establecido entre todos los hombres»¹⁴. Para el creador del Derecho Internacional¹⁵, el Derecho natural es «todo aquello que por la luz natural es claramente conocido como justo por todos los hombres y conforme a la recta razón»¹⁶, él mismo lo traduce aludiendo a la frase evangélica de que «no hagas a otro lo que no quieras para ti».

Ya en los tiempos modernos, es imprescindible partir de la figura de uno de los padres de la Constitución austriaca (tras el derrumbamiento del imperio austrohúngaro) que fue Kelsen. Para el mismo autor en su Teoría Pura del Derecho, el único y verdadero Derecho es el derecho positivo, considerando que todo lo demás, incluido el Derecho natural, no son más que un conjunto de propuestas morales, y solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral, cabe calificarlo de bueno o de malo. El Derecho como ciencia es ajeno a juicios de valor, y solo se limita a comprender la naturaleza del mismo y analizar su estructura. Para él, el Derecho no es un fin, sino un medio, que además puede tener cualquier contenido. La norma jurídica establece una fría relación entre dos hechos. De hecho, llega a preguntarse por qué la condena a muerte de un asesino no es asesinato, contestando que por el hecho de que aquella está contemplada en una norma jurídica, pues la primera es la aplica-

¹³ HERNÁNDEZ, RAMÓN O. P.: *Los Derechos Humanos: Francisco de Vitoria*. Salamanca 2003. Pág. 240.

¹⁴ FRANCISCO DE VITORIA: *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*. Ed. de Beltrán de Heredia. Salamanca, 1932, p. 8.

Para HOFFNER, en *La ética colonial española en el Siglo de Oro*, al que se remite HERNÁNDEZ RAMÓN, la palabra «entre» es lo que para nosotros hoy sería «en».

¹⁵ Nos referiremos a este derecho, que tuvo su incuestionable inicio en este dominico de la Escuela de Salamanca, al tratar la Declaración de Derechos Humanos.

¹⁶ *Op. Cit.*

ción de un acto estatal lícito. Para la validez de la norma solo se requiere que haya seguido un método específico. Es evidente que esta teoría, va a dar fundamento a gran parte de los sistemas totalitarios del siglo XX, precisamente por un autor que fue depuesto por el régimen nazi como catedrático de la Universidad de Colonia, teniendo que huir a Ginebra, y marchando posteriormente a la Universidad de Harvard y otras de Estados Unidos. No obstante, Bobbio¹⁷ sostiene que se ha venido interpretando mal a Kelsen, dado que aquel autor sostenía únicamente que la ciencia jurídica se tenía que ocupar solo de la validez del Derecho, no de su valor, por lo que el jurista, a nivel personal, puede opinar que la norma, aunque válida (indiscutible para Kelsen y Bobbio) pueda considerarla injusta¹⁸. Los argumentos de Bobbio están orientados a mostrar que el consenso es una manera de fundamentar los derechos humanos que puede ser probada factualmente¹⁹.

Por el contrario, Radbruch, aunque tuvo una evolución en su pensamiento, a raíz de los horrores de la II Guerra Mundial, coetáneo de Kelsen, postula que el derecho extremadamente injusto no es derecho y sostiene la separación entre derecho positivo y la idea del Derecho. La idea del Derecho se basa en las ideas de justicia, utilidad y seguridad. Defiende la existencia de un «Derecho supralegal» que está por encima de las leyes abiertamente injustas y arbitrarias. Cuando la ley positiva sea incompatible con los principios de justicia sustancial, es contraria al principio de igualdad que es el verdadero fundamento de toda justicia, y el juez no debe aplicar esa ley²⁰. En referencia a las leyes nazis dice que «cuando el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcanza una dimensión insostenible... cuando la justicia ni siquiera es buscada, cuando la igualdad que es el núcleo de la justicia, es negada conscientemente por el Derecho positivo, entonces la ley positiva no es simplemente «Derecho incorrecto», sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica... puede definirse al Derecho como una ordenación cuya finalidad es servir a la Justicia... Carecerían de carácter jurídico todas aquellas leyes que trataban a algu-

¹⁷ Para HERNÁNDEZ, A, de la Universidad Autónoma de Aguascalientes (México), en su estudio sobre «Fundamentación o Protección de los Derechos Humanos: Tesis de Bobbio y de Beuchot» (en Revista Fundamentos filosóficos de Derecho. Escuela de Derecho. Universidad Central de Chile. 14 de octubre de 2006) glosando a BEUCHOT dice que: «El derecho estaría en función de la naturaleza racional de los seres humanos y en ella existiría un sustrato permanente de principios y leyes inmutables que otorgarían a la ley natural estabilidad e historicidad a la vez que universalidad y particularidad.». Vid también BEUCHOT, M. Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas, n.º 22. 1995.

¹⁸ BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*. A. Ruiz-Miguel. Madrid. 1990.

¹⁹ HERNÁNDEZ, *op. cit.*

²⁰ RADBRUCH, G.: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1962.

nos seres humanos como subhombres que les negaban los derechos humanos y la dignidad humana»²¹

Jacques Maritain va haciendo un recorrido lógico-deductivo partiendo de una premisa sencilla: Existe una naturaleza humana, y esta en todos los hombres está presente, y en todos se da. Igualmente da por supuesto que el ser humano está dotado de inteligencia y el ser humano puede determinarse a sí mismo. El ser humano tiene unos fines comunes a todos los seres humanos que responden a esa naturaleza humana, que por tanto son iguales «igual que todos los pianos, cualquiera que sea su tipo particular y el lugar en el que están, tiene como fin producir sonidos precisos. Si no producen esos sonidos, son malos pianos y es preciso afinarlos o deshacerse de ellos como algo que no vale nada». Por tanto, dado que el hombre tiene una naturaleza humana y una inteligencia que tiende a sus fines ,quiere decir que «hay un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y según la cual la voluntad humana debe actuar para ajustarse a los fines necesarios del ser humano. La ley natural no es otra cosa que esto»²².

C. S. Lewis nos habla de que existe algo común a todas las culturas (hinduismo, budismo, cristianismo) que es la doctrina del valor objetivo, la convicción de que ciertas actitudes son realmente verdaderas y otras realmente falsas respecto a lo que es el universo y a lo que somos nosotros²³.

Para el profesor Santiago, la cuestión de la dignidad y el bien común, son fundamento de las democracias constitucionales. Parte de la base de que el principio de igualdad y dignidad de la persona humana, es el que fundamenta y orienta todo el proceso democrático, y considera que igualdad y dignidad son anteriores al multiculturalismo, al derecho a la diferencia, al pluralismo político y al relativismo ético²⁴.

Rawls, en el último tercio del siglo XX, nos traslada una concepción convencionalista de lo que será el concepto de justicia, entre otros, por tanto estos principios no serían válidos por sí mismos sino en función del debate del que emanen sea justo. En realidad no está estableciendo unos principios «verdaderos» sino «aceptados».

²¹ *Opus cit.*, pág 356.

²² MARIATAIN, J.: *Los derechos del hombre. Cristianismo y democracia*. Madrid, 2001, pp. 54-55.

²³ C. S. LEWIS: *La abolición del hombre*. Madrid, 2008, p. 23.

²⁴ SANTIAGO, A.: *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales** Buenos Aires, 2010, pp. 72 y 73.

Fue quizás la codificación el momento en el que por algunos autores se ha visto como la plasmación o positivación del Derecho natural. Bobbio distinguió entre el positivismo jurídico como teoría del derecho y el positivismo jurídico como ideología. Hart sostiene que, a menudo, se solapan el derecho y la moral, por lo que, a menudo, un ordenamiento jurídico expone las concepciones morales propias de una sociedad determinada, si bien para él esta coincidencia no es parte del concepto de derecho.

Dworkin, también en el último tercio del siglo XX, hace una distinción de conceptos entre el derecho y la moral. Reconociendo que el positivismo jurídico en el último siglo había exigido cierta distancia sobre el aspecto valorativo, añade que la legislación debe incluir una «teoría de la legitimidad» relacionada con teorías filosóficas sobre la naturaleza humana o la objetividad de la moral²⁵. Para este autor, en el derecho cumplen un papel importante los principios y las directrices.

Quizás una de las más poderosas teorías de los últimos tiempos viene determinada por la denominada doctrina de las «razones públicas», uno de cuyos máximos exponentes, es precisamente, el mencionado Rawls. Este autor considera que la existencia humana flota en el misterio y que hay posibles explicaciones de la vida y del mundo, todas ellas aceptables pero ninguna de ellas «*abrumadoramente evidente*». Es lo que él denomina «*el hecho del pluralismo razonable*». El problema consistirá en poner de acuerdo²⁶ a esas sociedades plurales, compuestas por personas que mantienen concepciones de la vida totalmente distintas. Se trata de buscar puntos comunes de encuentro²⁷ entre personas con principios o creencias absolutamente distintos.

Aun partiendo de postulados evidentemente distintos, señala Joseph Ratzinger en su debate con Habermas, que la Iglesia de hoy, en su diálogo con la

²⁵ CONTRERAS PELÁEZ, *opus cit.*

²⁶ SPAEMANN, R.: *Crítica de las utopías políticas*. Pamplona, 1980, pp. 191 ss. «1) Existe un interés común a los hombres y cabe obtener un consenso sobre él a través de un diálogo racional. O sea, que existe la verdad en política y que cabe conocerla: el solo hecho de que aceptemos dialogar ya significa que reconocemos la existencia de intereses comunes. 2) El consenso fáctico de la mayoría no siempre es expresión de este interés común; el consenso no es racional a priori: la mayoría puede querer algo que no sea susceptible de ser aprobado por las personas razonables. El interés racional, en cambio, puede estar en cualquier hombre, aunque su postura sea minoritaria. 3) En principio, es posible que los hombres actúen guiados por un interés racional... Cuando Platón invoca la figura del rey-filósofo está señalando que debe mandar no simplemente aquél que impone su voluntad, sino quien es capaz de anticipar el consenso racional de todos».

²⁷ GARCÍA HUIDOBRO, J.: *Antígona: el descubrimiento del límite*. Persona y Derecho, 39 (1998): pp. 85-106. Dice que el problema en Antígona es el problema de los límites. Pero hoy día se habla de límites, pero sin embargo se renuncia al fundamento de los límites. Este autor hace referencia en otros interesantes libros, a la figura del Anillo de Giges, y al hermano de Platón en la *República II*.

sociedad secular y con otras comunidades de fe, ha apelado a la razón común y ha buscado las bases para un entendimiento acerca de principios éticos en una sociedad secular pluralista²⁸. El propio Ratzinger, en su discurso ante el parlamento federal alemán el 22 de septiembre de 2011, proclamó que, para el desarrollo de la humanidad, «los teólogos cristianos tomaran posición contra el derecho religioso que requiere la fe en la divinidad, y se pusieran de parte de la filosofía, reconociendo la razón y la naturaleza en su mutua relación como fuente jurídica válida para todos». En el discurso en Westminster Hall el 17 de septiembre de 2010 manifestó «que las normas objetivas para una acción justa de gobierno son accesibles a la razón, prescindiendo del contenido de la Revelación».

A diferencia de lo que Jacques Maritain consideraba como aquellas exigencias que derivan de la naturaleza humana, Rawls considera que hay que cuestionarse el propio concepto de naturaleza humana, es decir, si la naturaleza no humana no es sino un conjunto de mecanismo inertes y azares bioquímicos²⁹. En ese caso no podría derivarse ninguna conclusión de contenido ético. Un paso más delante de esta teoría, que niega la existencia de una exigencia dentro de la naturaleza humana, sería la conclusión de que lo único que puede ponerse como denominador común entre la pluralidad de pueblos, civilizaciones, naciones o culturas es «aquello que se pueda esperar razonablemente que sea aceptado por todos los ciudadanos a la luz de principios e ideales de su razón humana común»³⁰.

Es decir, «lo que cada uno puede razonablemente esperar que los demás aceptarán». Esta visión tiene como clara tentación la posibilidad de que se acuda a meras cuestiones de estadística, o a elevar a categoría de derechos los meros deseos o caprichos que sean, o aquellos que mayoritariamente puedan vencer en ciertas encuestas. Ello teniendo en cuenta que, previamente, antes de realizar la encuesta correspondiente, habrá existido una labor ideológica por parte de distintos movimientos, grupos, confesiones, partidos, prensa, lobbys, etc. Es decir, esta absoluta neutralidad, negadora del clásico fundamento de la naturaleza humana, nos dejaría al albur de los grandes movimientos de los poderes económicos o emporios ideológicos, que a su vez puedan movilizar campañas tendentes al reconocimiento y aceptación mayoritarios de nuevas concepciones, principios, directrices o la nueva definición de derechos. No será fácil establecer unos principios comu-

²⁸ RATZINGER, Joseph: «Posicionamiento en la discusión sobre las bases morales del estado liberal». <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/06abril/anexo%20IV%20dossie.pdf>.

²⁹ GONZÁLEZ, Ana Marta: «El fundamento de la ley natural», Publicado en: Trigo, T. (ed.), *En busca de una ética universal: un nuevo modo de ver la ley natural*. Documento de la Comisión Teológica Internacional y comentarios, Eunsá, Pamplona, 2010, pp. 147-166.

³⁰ RAWLS: *Political liberalism*. Nueva York, 1993, p. 136.

nes totalmente asepticos entre miles de millones de creyentes en lo sobrenatural y entre otros que nada creen al respecto, pues la concepción del hombre de unos y otros, y su fundamento último, va a determinar el contenido de esos principios o común denominador. Pero lo que ha de defenderse es que tanto una visión como otra, son absolutamente aceptables, por tanto no deberá imponerse ninguna de ellas sobre la otra, intentando buscar el punto de encuentro con criterios de razonabilidad, y sin perder de vista que pueden alcanzarse visiones objetivas con este método, aunque de verdaderos mínimos, sin obviar en ningún caso una premisa a tener en cuenta en esta compleja apuesta por alcanzar el mínimo exigido. Nos estamos refiriendo al concepto, a la función, al desarrollo y a la visión que del ser humano se ha tenido desde los tiempos iniciales de los que tenemos conocimiento del ser humano sobre la tierra hasta la fecha. Es decir, por mucho que queramos y busquemos la asepsia antropológica y filosófica, a fin de alcanzar escrupulosamente unos mínimos puntos de encuentro, en ese trayecto, no podrán obviarse las únicas concepciones conocidas del ser a lo largo de los siglos, como única (aunque múltiple y diversa) realidad empírica cognoscible frente a concepciones apenas desarrolladas e incipientes de que el ser humano no es más que una suma de células en la que tienen lugar químicas reacciones. Esto último es un hecho, pero un hecho primario y básico, y que por sí solo no explica el hecho de la conciencia o la aparición en el hombre de ideas como el altruismo o la solidaridad. Reconocemos que la doctrina de las razones públicas, como el imán de los principios básicos sobre el que existirá universal consenso, debe estar abstraído de puntuales o concretas referencias a ideologías, filosofías o religiones (que hasta el mismo Ratzinger apoya). Pero esta doctrina no se ha desarrollado para una sociedad ideal, etérea o imaginaria, sino para un mundo concreto que cuenta con una notoria historia que no puede desconocer, ni en sus errores; ni en sus aciertos. Algo tan sencillo como excluir aquellas medidas, acciones o hechos que han provocado la extinción de seres humanos (aunque sea un argumento meramente numérico o estadístico), ha de ser recogido como negativo y nocivo, por lo que la experiencia del ser humano sobre la Tierra deberá ser tenida en cuenta como experiencia vital, capaz de legislar por sí misma qué derechos o valores han de ser reconocidos y promovidos para evitar aquellos sucesos que, por las circunstancias que fueran, provocaron la extinción, el dolor o el sufrimiento objetivo de seres humanos (algunos dirán que también el concepto de sufrimiento es relativo). Si relativizamos todo y nos cuestionamos los últimos fundamentos de cualquier concepto o idea, acabaremos recorriendo el camino, deshaciendo el trabajo del camino recorrido. No se puede estar permanentemente viendo «a través de», y así sucesivamente ir cuestionando la idea que se encuentra detrás, y la que existe aún detrás de esa y así, sucesivamente. Como dice Lewis «es inútil intentar ver a través de los principios últimos. Si uno trata de ver a través de todo, entonces todo es transpa-

rente. Pero un mundo totalmente transparente es un mundo invisible. «Ver a través de» todas las cosas es lo mismo que no ver nada»³¹.

Sí parecen un denominador común en todo tiempo, civilización y pueblo que el sufrimiento, la marginación, la persecución y el homicidio de seres humanos es algo objetivamente deleznable o negativo, aún abstrayéndonos de concepciones religiosas o ideológicas de cualquier clase. Podríamos decir que es aquello sobre lo que existe práctica unanimidad de la raza humana, algo que, de por sí, ya supone un enorme avance para la búsqueda de ese denominador común, un criterio de base absolutamente fundamental para centrar el foco del problema que tratamos de desentrañar. Ese «consenso» sobre lo que incuestionablemente, históricamente, comúnmente y estadísticamente es contrario a cualquier concepción filosófica, religiosa o ideológica del ser humano, entendemos que es el mayor fundamento a *sensu contrario* de la que podemos partir. Las teorías y doctrinas, cualquiera que sea su procedencia, que busquen la mayor neutralidad o asepsia en la búsqueda del punto intermedio, no podrán oponer a esta teoría ninguna objeción o contaminación iusnaturalista o de cualquier otra índole, pues lo que una parte no puede desconocer, ni desplazar, ni ignorar, es el contexto del todo, sin el que esa parte quedaría vacía de contenido. Es decir, el ser humano, aun en una visión lo más reduccionista posible del propio ser como mero animal, o como casual conjunción de reacciones fisicobioquímicas, no puede dejar de lado, en su riguroso y escrupuloso análisis, la única trayectoria conocida de ese ser sobre la faz de la tierra. Igualmente, a este análisis solo habrá que añadir un consenso actual y secular sobre el deseo abrumadoramente (por no decir casi unánime) por supervivir o el deseo de su sobrevivencia.

Es precisamente en este marco donde entendemos que debe encuadrarse el desarrollo de los estudios, convenciones y reuniones que dieron lugar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, tras la barbarie que supuso la exterminación racial y la propia II Guerra Mundial, declaración que conmemora su 70 aniversario.

Tal vez, en la línea del consenso que recogía Bobbio y otros que hemos mencionado, es donde sin duda tenemos que movernos para, aparte de las importantes disquisiciones filosóficas, entender que los ciudadanos del mundo de hoy, encontraron hace décadas un amplio consenso en la consideración de los derechos humanos. Por supuesto que, sin duda, aquellas doctrinas filosóficas que nacieron en Grecia, y que se desarrollaron por diversos pensadores a lo largo de los siglos, y en las que ocupa un lugar destacado la Escuela de Salamanca, sirvieron de esencial sustrato para la elaboración de aquellas

³¹ C. S. LEWIS, *opus cit*, p. 79.

declaraciones y forjaron paulatinamente el espíritu necesario para la consecución de tal consenso.

Creemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es la plasmación de aquel necesario consenso mundial. La génesis de aquel singular, difícil y espectacular entente, ha sido descrito y narrado con particular maestría por la norteamericana Mary Ann Glendon³², que accediendo a los diarios, memorias y documentación desclasificada, ha contado los entresijos de los verdaderos artífices de varias nacionalidades que dejaron lo mejor de sí mismos para lograr tan universal acuerdo. Lo que hace enormemente peculiar a esta declaración, es comprobar, a través de este magnífico trabajo, cómo aquella carta magna no fue el mero resultado de influyentes diplomáticos europeos, filósofos cristianos o de la aspiración de filántropos occidentales. El chino Peng-Chun, el juez francés y premio Nobel de la Paz, René Cassin, el filósofo libanés Charles Malik y Eleonor Roosevelt fueron los cuatro más destacados actores de aquella hazaña. Peng-Chun sostuvo, por ejemplo, que la idea de la fraternidad era muy anterior en su cultura (que la denominaban «mentalidad de dos personas») a la Ilustración francesa.

Los derechos humanos comenzaban a traspasar una frontera infranqueable hasta entonces, que era el hecho de considerar que los derechos de los ciudadanos eran una cuestión interna de cada país. No resulta lícito ahora dar cabida a las escasas y sectarias voces que dicen que la declaración responde a meros principios occidentales más que universales, pues en sus comisiones, además de europeos y estadounidenses, hubo seis representantes de Asia, nueve países con predominio de cultura del Islam, tres con población budista, seis representantes del continente africano, seis países comunistas europeos, numerosos latinoamericanos³³, etc. Desde luego prevaleció la visión de la tradición jurídica de la Europa continental y latinoamericana de la dignidad humana, frente a posturas más individualistas de la tradición anglosajona reconocedora de derechos pero no tanto de sus límites.

En cualquier caso lo importante es, como se ha dicho, que una idea sea buena y en beneficio del desarrollo de la humanidad y no a quién se le ocurrió primero. «El argumento de la singularidad cultural no puede superar la realidad

³² GLENDON, M. A.: *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Universidad Panamericana. Méjico. 2011, quien a lo largo de 428 páginas relata los antecedentes de la Declaración y los debates internos de los intervinientes.

³³ La autora destaca la importancia de Latinoamérica en la Declaración Universal, recordando las declaraciones previas a la misma por parte de diversos países, así como la «Declaración en defensa de los Derechos Humanos» aprobada diez años antes, en 1938 en la ciudad de Lima por la Conferencia Interamericana condenando la persecución racial y religiosa, destacando los derechos de la mujer y el derecho a la libre asociación de los trabajadores, entre otros.

de que compartimos los atributos más elementales:... todos sentimos dolor, hambre y cientos de formas de perversión... la idea de derechos humanos universales comparte el reconocimiento de una humanidad común y ofrece una pequeña solución para enfrentar sus miserias»³⁴.

El primer artículo de la Declaración que establece 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*», responde al primer Considerando de la misma carta que parte de la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca, de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, que son la base de la libertad, la justicia y la paz del mundo. Es decir, las naciones del mundo se han puesto de acuerdo en la aceptación explícita de unos mínimos reconocimientos a todas las personas, con independencia de sus religiones, razas, nacionalidades, sexos, colores o idiomas, estableciendo un común denominador universal de contenido idéntico, alcanzado con el consenso de divergentes culturas, filosofías, religiones, o ideologías y con la inequívoca voluntad de no meramente declarar unos principios programáticos, sino de exigir su respeto, consolidando con ello un cuerpo firme y una doctrina clara y contundente para todos los habitantes de la Tierra. Con ello, la humanidad, contará a partir de 1948 con la concreción de lo que venía considerándose una vieja disquisición filosófica. Seguirá habiendo lugar, no obstante, como veremos, a dialécticas filosóficas sobre el fundamento de tales consensos.

Podríamos decir que esta declaración conformaría ese núcleo de principios comúnmente aceptados. Esto nos llevaría a la consideración de que estamos ante un nuevo positivismo jurídico y cuyo fundamento no sería otro que la propia declaración referida. Pues bien, sea como fuere, Derecho Natural o Positivo, es preceptiva e imperativa la referida Declaración tanto para los positivistas como para los iusnaturalistas.

Y como derivada de ella, y teniendo en cuenta que uno de los mayores males que aquejan a la humanidad en su conjunto, es el hambre que padecen cientos de millones de seres humanos, que atenta directamente al núcleo esencial de los principios comúnmente aceptados, y que denominamos Declaración Universal de Derechos Humanos, se hace imprescindible crear y activar mecanismos que permitan la aplicación y efectividad de los mismos.

La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de

³⁴ DANIEL S.: LEV, mencionado por GLENDON M. A. *op. cit.*, p. 325.

la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta³⁵. En su artículo 1, tras reconocer que los Propósitos de las Naciones Unidas son entre otros, «mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz», recoge en su punto 2: «Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico... o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos». En su artículo 2 añade «Para la realización de los Propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII»³⁶. El Capítulo VII se refiere a las acciones en caso de amenazas o quebrantamientos de la paz afirmando que «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales»³⁷.

Es decir, se trataría de que previamente la ONU estableciera unos criterios, parámetros y directrices internacionales de carácter económico a nivel internacional y en relación con el PIB de cada país³⁸, su riqueza interna, su número de habitantes, sus estructuras, etc., a fin de establecer unos

³⁵ El Preámbulo dice así: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos A preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad... y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos.... Hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar estos designios... y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas».

³⁶ Previamente, el Cap. VI, concretamente su art. 33 se refiere a la solución pacífica previa de todo tipo de controversias: 1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. 2. El Consejo de Seguridad, si lo estimara necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

³⁷ Estos artículos mencionados, el 41 y 42, se refieren a intentos de solucionar de forma amistosa los conflictos, y en su defecto la intervención de fuerzas navales, terrestres y aéreas.

³⁸ En la UE, vgr., existe el procedimiento de déficit excesivo que se inicia si un Estado miembro incumple el criterio de déficit público máximo, fijado en el 3 % del PIB. La interpretación técnica de los términos del pacto se realiza conforme al Sistema Europeo de Cuentas (SEC) de elaboración de cuentas nacionales.

objetivos mínimos (llámese renta *per cápita* mínima, renta de subsistencia media, ratios máximos de pobreza, etc.) que hayan de cumplir los Estados y cuyo incumplimiento, pueda provocar la intervención económica por un grupo de «gestores azules», cuya denominación poco importa ahora (a similitud de los cascos azules), para garantizar el alimento indispensable de los seres humanos de todos los pueblos (mediante la intervención de la economía de forma directa), premisa elemental del derecho a la vida, que es el fundamento sobre el que se construye y asienta cualquier otro derecho fundamental. Por supuesto que hay muchas pobreza, no solo la económica, sino la cultural, educacional, socio-sanitaria, etc., en cuyos campos habrá que ir igualmente progresando con similares medidas. Se trata de intentar emular, en cierta medida, los programas de intervención financiera de los países miembros de la Unión Europea³⁹. Evidentemente, no somos ingenuos y conocemos las enormes diferencias de los estatus jurídicos y sociales entre ambos campos (el europeo y el internacional), y por descontado, la extraordinaria dificultad del establecimiento de tales parámetros, y no digamos ya de su aplicación, en cuanto que requeriría enmiendas a la Carta Fundacional (que ha sufrido ya varias) y nuevas Convenciones, con la dificultad de la adhesión de ciertos países, probablemente los más necesitados de la aplicación de las referidas medidas. Y todo ello sin olvidar las distintas doctrinas económicas existentes, desde la marxista a la neoliberal. La solución puede parecer ingenua, quimérica e ilusoria, pero ideas que en otro tiempo parecieron más increíbles se han hecho realidad. Es incuestionable que nadie pudo predecir durante miles de años, ni indiciariamente, la existencia de un marco jurídico internacional de intervención militar consensuado por la gran mayoría de las naciones del mundo, ni la existencia de un Banco Mundial o un Fondo Monetario Internacional (ni la captación de agua en Marte, el acelerador de partículas, la caída de la URSS...). Quizá la intervención interna de gestores económicos y financieros en un Estado, no resulte mucho más traumático o drástico que la entrada en territorios soberanos de fuerzas militares internacionales por tierra, mar y aire, en un Estado independiente. En este sentido, entendemos como un paso acertado por la ONU, los denomina-

³⁹ En 1992 se firma el Tratado de Maastricht por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Unión para recoger la Unión Económica y Monetaria. Fijaba una serie de condiciones económicas de convergencia, denominadas criterios de convergencia, relativas a la estabilidad de los precios dentro de unos parámetros marcados, al déficit público, a la deuda pública y a los tipos de cambio, que eran de obligado cumplimiento para los países que quisieran integrarse en la UEM. Es evidente que algo así no es lo propuesto en esta comunicación, dado que ello implicaba la creación de una única moneda europea, previo a lo cual se creó el Instituto Monetario Europeo, como predecesor del Banco Central Europeo. Posteriormente la Resolución sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que fue adoptado por el Consejo Europeo de Ámsterdam, celebrado en junio de 1997.

dos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁴⁰, también conocidos como Objetivos Mundiales, que son una llamada universal a la adopción de medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad. Son 17 Objetivos puestos en marcha en 2016 y durante quince años, que están interrelacionados. Pero son eso, «una llamada...», metas, objetivos y desafíos en su gran mayoría loables, para 170 países⁴¹. En su Plan Estratégico hay temas clave, incluidas la mitigación de la pobreza, la gobernabilidad democrática y la consolidación de la paz, el cambio climático y el riesgo de desastres, y la desigualdad económica. Plausible también, salvo criticables excepciones, es la labor del Fondo Monetario Internacional⁴², el Banco Mundial⁴³, el BIRD (Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a cuyas instituciones no le faltan críticos. Ese nuevo orden económico reposaba en tres reglas (cada Estado debía definir su moneda en relación con el oro o con el dólar estadounidense, el valor de la moneda debía fluctuar únicamente en un margen de 1 % con relación a su paridad oficial y cada Estado estaba encargado de defender esta paridad velando por el equilibrio de la balanza de los pagos). Es evidente que dichas reglas pueden servir de base con las variaciones que se consensúen. Durante las negociaciones de Bretton Woods, el representante británico, el economista John

⁴⁰ Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se gestaron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en 2012. El propósito era crear un conjunto de objetivos mundiales relacionados con los desafíos ambientales, políticos y económicos con que se enfrenta nuestro mundo. Los ODS sustituyen a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), con los que se emprendió en 2000 una iniciativa mundial para abordar la indignidad de la pobreza. Los ODM eran objetivos medibles acordados universalmente para hacer frente a la pobreza extrema y el hambre, prevenir las enfermedades mortales y ampliar la enseñanza primaria a todos los niños, entre otras prioridades del desarrollo.

⁴¹ «Erradicar la pobreza está en el corazón de la Agenda 2030, y también lo está el compromiso de no dejar a nadie atrás», dijo el Administrador del PNUD, Achim Steiner.

⁴² Un país miembro tiene acceso automático al 25 % de su cuota si experimenta dificultades de balanza de pagos. Si necesita más fondos, tiene que negociar un plan de estabilización.

En la cumbre de G20 de 2009, el FMI cuadruplicó su capacidad financiera a un billón de dólares. Además se le encargó supervisar si los países están estimulando suficientemente a sus economías y si están reformando sus sistemas regulatorios, además de alertar sobre problemas financieros. Cerca de 500.000 millones de dólares serán destinados para rescatar a las economías en problemas. Principales intervenciones del FMI: 1994: crisis económica de México, 18.000 millones de dólares. 1997: crisis financiera asiática, 36.000 millones de dólares. 1998: crisis financiera rusa, 22.600 millones de dólares; 1998: 41.500 millones de dólares. 2000: Turquía, 11.000 millones de dólares. 2001: crisis económica argentina, 21.600 millones de dólares. 2010: crisis financiera en Grecia, 110.000 millones de euros (139.730 millones de dólares). 2011: crisis financiera de Portugal, 78.000 millones de euros (99.080 millones de dólares). 2018: Argentina, 50.000 millones de dólares.

⁴³ Su propósito declarado es reducir la pobreza mediante prestamos de bajo interés y créditos sin intereses y apoyos económicos a las naciones en desarrollo. Está integrado por 189 países miembros. Fue creado en 1944 como parte del Acuerdo de Bretton Woods. En 1945, nace el sistema financiero de Bretton Woods integrado por dos instituciones fundamentales: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y el Fondo Monetario Internacional(FMI).

Maynard Keynes, sugirió la creación de una institución más importante, una verdadera Banca Central Mundial que emitiese una moneda internacional, el «Bancor». Esta proposición fue rechazada porque habría significado para los Estados Unidos, una pérdida de su influencia con el dólar⁴⁴.

Es evidente que a la vista de los objetivos de la Carta Fundacional de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como de los retos marcados por la ONU en los Objetivos de Desarrollo Sostenible hasta 2030, y los notables fines del FMI y del Banco Mundial, cuyas instituciones nacieron tras la II Guerra Mundial, se hace preciso y necesario seguir avanzando para que tales declaraciones no sean meras programáticas o de intenciones (hoy únicamente efectivas en materia de Seguridad), y armonizar los mecanismos existentes para crear un remedio efectivo, ejecutivo y concreto que permita poner remedio *in situ* a situaciones de pobreza previamente diagnosticadas conforme a los parámetros preestablecidos, interviniendo las economías de países en los que la incompetencia, el latrocinio o la corrupción sean la consecuencia directa e indirecta de la indignidad y de la muerte de sus habitantes (en una gran mayoría de casos en países con enormes fuentes de riqueza interna). «La función del derecho es la de realizarse, lo que no es realizable nunca podrá ser derecho»⁴⁵.

Las declaraciones indicadas de las Naciones Unidas establecen principios. Por otra parte, en el terreno de las entidades bancarias internacionales de carácter oficial, acuerdan operaciones crediticias de distinto rango. Entre estas entidades y los órganos de las Naciones Unidas, se hace preciso un nuevo órgano ejecutivo (versión económica del Consejo de Seguridad) que, aprovechando las sinergias de todas las instituciones y mecanismos ya existentes, coordine, ordene y ejecute (mediante los «gestores azules») la aplicación de las medidas directas y ejecutivas de intervención económica cuando un Estado incumpla los compromisos (obligaciones) establecidos e incorporados vía enmiendas en la Carta Fundacional. Como dice Vanossi⁴⁶ «de lo que se trata es en definitiva: no de sustituir sino de energizar. No de reemplazar o desplazar, sino de potenciar».

Es evidente que una acción determinante y valiente por parte de las naciones en este sentido (nada fácil, lo sabemos), como ya hicieron hace 70 años, pro-

⁴⁴ Algunas de las críticas más intensas han partido de Joseph Stiglitz, economista jefe del Banco Mundial de 1997 a 2000 y Premio Nobel de Economía 2001.

⁴⁵ VANOSI, Jorge Reinaldo: «Los derechos humanos y su efectiva tutela estatal». Ponencia en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica. Madrid. 2018, dice «No hay duda de que Ihering golpeó en el clavo cuando en una frase que siempre llevo conmigo, extraída de su obra "La lucha por el derecho" y que la ha citado muchas veces la Corte Suprema de la Nación, afirma una cosa tan sencilla como la siguiente: "La función del derecho es la de realizarse, lo que no es realizable nunca podrá ser derecho"».

⁴⁶ *Opus cit. ut supra.*

vocaría además, como efecto inmediato, el cese del enorme drama de la inmigración de seres hambrientos e iría decreciendo la necesidad de los mismos de huir de la miseria de sus países de origen, de donde preferirían no tener que salir. La mayor violencia contra el ser humano es, acaso, el hambre, el mayor maltrato físico y psíquico para los cuerpos de niños, hombres y mujeres, ancianos... con responsables concretos directos y conocidos, que les arrebatan y les hurtan impunemente el pan y la dignidad. Cada muerte por hambre es un fracaso del Ordenamiento Jurídico Internacional, al que le sobran medios, personas y recursos legales e intelectuales para salir del campo de las buenas intenciones y adentrarse sin ambages, con las armas políticas, económicas y militares del Derecho Internacional, en las trincheras de la delincuencia institucionalizada, que amparados en su ausencia de conciencia y en su impunidad o en su incompetencia, dejan a los ciudadanos en la más vergonzosa miseria, cuyos desnutridos cuerpos claman silenciosos el respeto a los más elementales derechos de todos los seres humanos.

Identidad de los menores y reclamación de paternidad extramatrimonial

Carlos Lasarte

*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación
Presidente del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España*

1. INTRODUCCIÓN: LOS APELLIDOS FAMILIARES

Con independencia de otros efectos (a la hora de adquirir la nacionalidad o la vecindad civil, o de contraer matrimonio, por ejemplo), sean matrimoniales o extramatrimoniales, los hijos ostentan los siguientes derechos respecto de sus progenitores o, en su caso, respecto del progenitor cuya filiación haya quedado determinada:

- 1.º Apellidos.
- 2.º Asistencia y alimentos (cfr. art. 110 del CC).
- 3.º Derechos sucesorios (cfr. arts. 807 y ss. del CC).

Desarrollaremos en esta aportación únicamente el primero de los derechos reseñados, pues los derechos sucesorios deben ser objeto de estudio separado y con el debido detalle, dada la problemática del fenómeno sucesorio *mortis causa*, y, por su parte, los aspectos relativos a los alimentos y a la asistencia que los progenitores deben prestar a los hijos, nos obligarían a extendernos sobremanera, de manera tal que superaríamos los márgenes propios de una comunicación como la presente.

2. LOS APELLIDOS EN LA LEY 31/1981

En relación con los apellidos, establecía el artículo 109 del Código, según la redacción dada por la Ley (postconstitucional) 11/1981, de 13 de mayo, *por la*

que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (conforme a su denominación oficial) que «la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos».

La remisión que el primer inciso de la norma hacía «a lo dispuesto en la ley» debía entenderse referida, entonces, de manera obligada, a la legislación propia del Registro Civil, lo que presentaba la dificultad y la paradoja de que no había sido objeto de reforma o adecuación a los nuevos parámetros normativos de la filiación instaurados por la Constitución de 1978 y desarrollado posteriormente por la citada Ley 11/1981. Por tanto, y por ejemplo, el primer párrafo del artículo 55 LRC seguía afirmando que «la filiación legítima o natural determina los apellidos», en contra de la general equiparación de efectos respecto de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, establecida por primera vez en nuestra Constitución democrática de 1978.

Cerrando los ojos frente a semejante desajuste (de cierta gravedad desde el punto de vista de política legislativa), el sistema español se caracteriza desde antiguo, de forma encomiable a nuestro entender, porque la persona adquiere los dos apellidos, el paterno y el materno, unidos por la copulativa «y» (arts. 53 de la LRC y 194 del RRC); en contra de cuanto ocurre en buena parte de los ordenamientos jurídicos extranjeros, sobre todo en los sajones, en los que el apellido materno resulta casi irrelevante, perdiéndose ya en primera generación.

Naturalmente, ello solo puede ser así en los casos en que tanto la paternidad, cuanto la maternidad, se encuentren determinadas legalmente. Si solo se conoce la paternidad o la maternidad (arts. 55 de la LRC y 198 del RRC), el hijo tendrá los dos apellidos del progenitor conocido o identificado, pudiendo alterar el orden de los apellidos maternos por obvias razones de no ir prediciendo públicamente la inexistencia del otro progenitor. A los hijos de origen desconocido debería imponerles el Encargado del Registro unos apellidos de uso corriente y generalizados en la Nación (art. 55.3 de la LRC), evitando el recurso al apellido «Expósito» u otro indicador de origen desconocido (art. 196.1 del RRC).

3. LA LEY 40/1999, SOBRE NOMBRE Y APELLIDOS Y ORDEN DE LOS MISMOS

La evolución apenas apuntada respecto del orden de los apellidos se cerró el último año del siglo XX con la aprobación de la Ley 40/1999, de 5 de noviem-

bre, *sobre nombres y apellidos y el orden de los mismos*. Dicha Ley dio nueva redacción al artículo 109 del Código Civil y al 55 de la Ley de Registro Civil.

Conforme al artículo 109.1 del Código, «si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción regirá lo dispuesto en la Ley».

Pues bien, en relación con el orden de los apellidos, los apartados 3 y 4 del artículo 109 CC, conforme a la redacción de la Ley 40/1999, disponen que:

- «El orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo».
- «El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos».

Por su parte, el artículo 55.2 de la LRC ordena que «en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos».

Así pues, frente a la rigidez histórica sobre el orden de los apellidos, cabe afirmar que a finales del siglo XX tal orden puede determinarse libremente por los progenitores, al tiempo que la nueva redacción del artículo 109.4 del Código sigue otorgando la posibilidad de que «al alcanzar la mayor edad» cualquier hijo (o persona) pueda solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

En consecuencia, si los progenitores no indican nada en contra, la aplicación de los artículos 109.1 CC y 48 y 53 LRC determinan que el primer apellido de cualquier persona será el paterno y el segundo, el materno.

La posibilidad instaurada por el segundo inciso del artículo 109 del Código de que el propio interesado, al llegar a la mayoría de edad, altere el orden de sus apellidos fue introducida *ex novo* por la Ley 11/1981, pues anteriormente era desconocida en nuestro ordenamiento. La novedad legislativa fue muy criticada por algunos especialistas en la legislación registral (en general muy conservadores, políticamente hablando y más aún en la consideración de la materia desde el punto de vista técnico); y, en el otro campo, muy aplaudida, sobre todo por los sectores feministas (aunque algunos seguían reclamando en aquellas décadas que, también en este aspecto, debería haber una absoluta igualdad de trato entre el apellido paterno y el materno).

En realidad, al menos a nuestro juicio, la nueva norma no podía considerarse atentatoria contra *el pretendido principio de la inmutabilidad del nombre* (principio que será o, mejor, habrá sido tal, hay que decirlo, hasta que el legislador ha decidido lo contrario), sino que, al contrario, viene a reconocer el hecho indiscutible de que, en la sociedad contemporánea, muchas personas son identificadas, o recordadas, mediante el apellido materno, cuando el paterno es tan corriente y usual que acaba por caer en desuso o convertirse en una mera inicial, que siempre induce a la confusión.

En todo caso, conviene retener algunos extremos de importancia, como los siguientes:

1.º) Los apellidos serán siempre dos para las personas de nacionalidad española, y serán siempre el primero del padre y el primero de la madre, pues solo se puede decidir el orden, pero no se pueden elegir otros patronímicos a capricho (el segundo o quinto del padre, el cuarto de la madre...).

2.º) Hay supuestos en los que no se puede imponer el cambio de orden, como ocurriera por ejemplo en el caso, importante y trascendente, resuelto por la STC 167/2013, de 7 de octubre: si el menor lleva más de cuatro años ostentando el apellido materno como primero, y se identifica con él en los ámbitos familiar, escolar y social, imponer que el primer apellido pase a ser el del padre por falta de acuerdo ente los progenitores sobre el orden, cuando se determina o determinó la filiación paterna, es contrario al interés del menor, y a su derecho fundamental al nombre como dato o factor integrante de su personalidad, que entendemos puede calificarse, con toda justicia y justeza, como identidad personal del sujeto de derecho.

A partir de dicha sentencia del Tribunal Constitucional, y siguiendo su senda, en el último quinquenio la doctrina establecida ha sido reiterada y aplicada de manera constante por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (y en particular por el Pon. en varias sentencia, Sr. Baena Ruiz), señalando que, en efecto, en casos de reclamación tardía de la paternidad extramatrimonial es sumamente difícil compartir la pretensión del padre de ver reproducido su apellido, como primero del menor de edad, con la atención del interés preponderante y superior del menor en seguir siendo conocido e identificado con el primer apellido con el que fue inscrito y con el que el mismo menor se identifica y reconoce (cfr. SSTS 658/2017, de 1 de diciembre; 659/2016, de 10 de noviembre; 15/2016, de 28 de octubre y 621/2015, entre otras).

3.º) Hay regulación específica para los cambios, no ya de orden, sino del apellido mismo, por ser contrario al decoro, ocasionar graves inconvenientes, para evitar la desaparición de un apellido acendradamente español, a punto de

desaparición, o simplemente para ostentar el usual, y por supuesto para todos los casos de adopción.

4. EL CAMBIO DE APELLIDOS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

De otro lado, es necesario recordar que la disposición adicional vigésima de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, relativa a la violencia de género, bajo la rúbrica de «*Cambio de apellidos*» ha añadido un nuevo párrafo al artículo 58 de la Ley del Registro Civil, redactado de la siguiente forma:

«2. Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiriera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento».

El desarrollo reglamentario de dicha Ley ha sido llevado a cabo por el Real Decreto 170/2007, de 9 de febrero, conforme al cual se han introducido en el artículo 208, RRC, algunos pasajes normativos referidos a los supuestos de violencia de género.

5. EL RÉGIMEN DE LOS APELLIDOS CONFORME A LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL

La nueva Ley de Registro Civil (Ley 20/2011, de 20 de julio) introdujo naturalmente modificaciones normativas en la materia que venimos tratando y de las que debemos dar cuenta, a pesar de que, dada su amplia *vacatio legis*, dado que aunque la propia LRC determinaba su entrada en vigor para el día 22 de julio de 2014, después ha ido siendo pospuesta, de manera reiterada y sucesiva, de bienio en bienio y por ahora, hasta el 30 de junio de 2020, por la reciente Ley 5/2018, de 11 de julio (BOE del 12), intitulada oficialmente de *modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas*, en la que, de paso, se ha insertado una disposición final primera, modificadora de la final décima de la propia LRC.

Siguiendo el hilo del epígrafe anterior, por comodidad expositiva, debemos indicar, que en relación con los supuestos de violencia de género, el artículo 55 de la nueva LRC mantiene una línea de absoluta continuidad en la materia,

permitiendo el cambio de apellidos «por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados reglamentariamente».

En términos generales, el artículo 49 sigue afirmando que «la filiación determina los apellidos», por lo que sigue siendo necesario distinguir entre los casos (más frecuentes y comunes) de que la filiación esté determinada por ambas líneas y aquellos en que solo hay una filiación conocida (generalmente, la materna).

Para los supuestos de doble filiación, establece el artículo 49.2 que «los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral», esto es, que por acuerdo de la pareja cabe tanto anteponer el apellido paterno cuanto el materno, aunque ha de tenerse en cuenta que, al final del apartado, se subraya que dicho orden vinculará el orden de los posteriores nacimientos con dicha filiación. Es decir que si, por ejemplo, Federico García y López de Garmendia, y Arancha Zuzunaga Zabaleta deciden llamar a su primera hija Pilar Zuzunaga García, los restantes descendientes de la pareja (matrimonial o no) habrán de mantener dicho orden, por obvias razones de facilidad de identificación de las líneas y grados de parentesco.

¿Y qué ocurre en caso de que no haya acuerdo de la pareja? El precepto considerado establece que el «el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores [...] para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de los apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor».

Es sumamente llamativo que un funcionario administrativo (ocasionalmente «el Encargado»), dada la desjudicialización de que hace gala la nueva Ley del Registro Civil, pueda convertirse en intérprete supremo del interés superior de un menor al que no conoce, ni cuyas circunstancias familiares domina. Por ello, la norma ha sido muy criticada y previsiblemente lo seguirá siendo. Tanto como una alternativa que, durante el periodo de elaboración de la Ley, se ha manejado por política/os y parlamentaria/os de renombre (¿merecido?) que, enloquecidos por el paroxismo igualitario, han llegado a proponer algo tan protector del interés superior del menor como el sorteo entre los apellidos paterno y materno, demostrando una jocosa y risible profundidad de análisis y pensamiento.

En realidad el nombre (del que debemos hacer gracia ahora) y, sobre todo, los apellidos, son elementos identificadores de las personas de importancia, pero que nos vienen dados efectivamente por nuestra propia filiación, y si nuestros progenitores no logran ponerse de acuerdo en ello, habría que objetivar un

criterio decisorio que permitiera incentivar el aspecto identificador del apellido que sea menos común y que, en consecuencia, tenga mayor capacidad individualizadora o identitaria.

Frente a los millones de personas que, con todos los respetos, llevan como primer apellido el de García, Fernández, González, Rodríguez, López, o Martínez, patronímicos de origen vasco sumamente extendidos en toda la nación española, probablemente habría que incentivar el uso de otros apellidos maternos o paternos en vía de extinción o, en todo caso, de escasa presencia en nuestra ciudadanía (solo 23 personas, llevan como propio el apellido Zuzunaga, por ejemplo).

En todo caso, no debemos cerrar el tema sin poner de manifiesto que, por fortuna, el tema tratado no martiriza en absoluto a la población y que pese a la aceptación social generalizada de que actualmente los apellidos pueden colocarse en cualquier orden, anteponiendo el materno o el paterno, lo cierto es que atendiendo a las estadísticas reales, solo un 0,3% de las familias antepusieron el apellido materno al paterno en 2010. Conclusión: hay mayor sentido común en la ciudadanía que en algunos sectores políticos que parecen empeñarse en identificar problemas donde no los hay... quizá para destacar su propio (y, por fortuna, pasajero) papel rector en la sociedad y su capacidad de «hacer» frente al común de los mortales aunque sus propuestas carezcan de fundamento.

Para los casos en que solo haya una filiación reconocida, dispone el artículo 49 LRC que «esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos», manteniéndolos en el mismo orden en que él o, mejor, ella, pues tiene más importancia el supuesto de determinación exclusiva de la filiación materna, como enseguida veremos, lleva ambos apellidos o alterando el orden, como ha sido muy frecuente y legalmente establecido en el pasado en el caso de madres solas.

Para finalizar este punto, es obligado poner de relieve que algunos preceptos de la nueva LRC (Ley 20/2011) se encuentran en vigor, en concreto los artículos 44 a 47 relativos a la inscripción de nacimiento y filiación (modificados por la Ley 19/2015 y declarados en vigor por la propia disposición final 10.^a de dicha Ley), e incluso los apartados 1 y 4 del artículo 49, relativos al contenido de la inscripción de nacimiento; pero carece de vigencia aún, sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto, en el que se establece en concreto, la determinación y el orden de los apellidos.

La conclusión es obvia: al día de hoy, encauzado ya el año 2018 hacia su punto final, debemos seguir atendiendo a la regulación anteriormente considerada

en cuanto al orden de los apellidos, hasta que entre en vigor completamente la LRC de 2011 (en 2020... o será en 2022??? *Chi lo sa!*). Un ejemplo más del olvido radical de la buena técnica legislativa y de la precipitación de algunos políticos que quieren pasar a la historia como legisladores de renombre, cuando realmente actúan con rumbo erróneo y dejándoles de herencia a la ciudadanía más problemas que soluciones.

Retornando a la consideración del artículo 49 de la LRC (Ley 20/2011), es probable que resulte cómodo al lector tener su texto íntegro a la vista, que incorporamos en nota¹, para considerar la eventualidad hartamente frecuente de que, llegado el momento del parto o nacimiento, la mujer que da a luz desee ocultar la línea paterna, sobre todo en los supuestos en los que, tratándose de filiación extramatrimonial, no puedan entrar en juego las presunciones de paternidad características de la filiación matrimonial, ya sea en su formulación histórica o en la actual y a las que, aquí, hemos de hacer gracia por obvias razones de extensión.

6. LA DETERMINACIÓN EXCLUSIVA DE LA FILIACIÓN MATERNA

En nuestro sistema normativo, al igual que en la generalidad de los ordenamientos, la filiación materna viene determinada por el parto, aunque resulta

¹ Artículo 49. Contenido de la inscripción de nacimiento y atribución de apellidos.

1. En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación. Constarán asimismo el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido.

2. La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley.

3. También se incorporará a la inscripción el código personal asignado.

4. Constarán, además, y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los progenitores: nombre y apellidos, Documento Nacional de Identidad o Número de identificación y pasaporte del extranjero, en su caso, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario para el cumplimiento del objeto del Registro Civil al que se refiere el artículo 2 que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados. Si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurará a efectos estadísticos.

curioso que el Código Civil, en realidad no contenga, ni haya contenido a lo largo de su historia, ninguna regla expresa en este sentido, y haya sido la Ley 35/1988, sobre *reproducción asistida*, la que haya consagrado por primera vez en nuestro derecho, con carácter formal, este criterio.

No obstante, dicha aparente paradoja se explica perfectamente si se tiene en cuenta que, hasta el advenimiento y generalización de la reproducción humana asistida, resultaba impensable que la madre gestante no fuera la madre genética, por lo que la afirmación expresa de que la maternidad estaba determinada por el parto resultaba superflua. Solo desde el momento en que ambas *maternidades* han podido disociarse, prácticamente ya en el siglo XXI, ha surgido la necesidad de establecer algún criterio para resolver los eventuales conflictos entre ellas.

Por tanto, la filiación materna viene determinada por dos circunstancias: que la interesada haya dado a luz, y que el hijo nacido sea aquel de cuya filiación se trata. Así se deduce del artículo 139 del Código Civil, cuando establece que «La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo» (la inscripción de esta filiación y los problemas que planteaba el art. 47 LRC lo veremos más adelante).

A los efectos de la determinación de la filiación materna es indiferente que dicha filiación sea matrimonial o no matrimonial; aunque esta diferenciación, en cambio, siga teniendo importancia tratándose de la filiación paterna, por el juego de las ya referidas *presunciones de paternidad* a favor del marido.

7. LA RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Evidentemente en los tiempos contemporáneos, la determinación exclusiva de la maternidad no excluye la posibilidad de que, transcurrido un periodo temporal más o menos extenso, el progenitor paterno pueda reclamar la paternidad amparado en la generalización de *la búsqueda de la verdad biológica*, a través de las pruebas de paternidad o maternidad, establecidas en el artículo 39.2 de la Constitución de 1978.

Desde entonces y hasta ahora, no han sido precisamente extraños los casos de reclamación de la paternidad extramatrimonial, con el corolario de que en casi todas las actuaciones judiciales al respecto, el reclamante pretende la primacía y prelación del apellido paterno, al ser esta la regla histórica y también la normativa básica para los supuestos más generalizados de filiación matrimonial.

Tal *desiderátum* es el que se considera actualmente abusivo y fuera de lugar, ya que la identificación nominal del menor cuando «solo era hijo de su madre» puede y, en la generalidad de los casos planteados, debe considerarse digna de ser mantenida, salvo que pudiera acreditarse que el cambio pretendido por quien lleva a cabo una reclamación tardía o, en todo caso, extemporánea, de paternidad pudiera resultar especialmente beneficioso para el menor y, al mismo tiempo, la madre y el menor lo consientan, tal y como se contempla con detenimiento al final del fundamento jurídico segundo de la STS 658/2017, de 1 de diciembre, cuyos dos últimos párrafos textualmente transcritos a continuación, nos pueden servir como remate o colofón de esta comunicación al *X Congreso Inter-Academias de Jurisprudencia y Legislación* y que nos permitimos reproducir seguidamente:

«... 3.- Se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las sentencias 621/2015, de 27 de octubre, 15/2016, de 28 de octubre, tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que "no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales".

Por todo ello ha declarado (STS 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cuál será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

4.-Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala Segunda, 167/2013, de 7 de octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que "es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona".

5.- Para salir al paso de esa posible inducción a error se dictó la sentencia de pleno 659/2016, de 10 de noviembre, en la que se puntualiza que "la interro-

gante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor".

Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso.

Los argumentos de la parte recurrida obedecen a unos esquemas de desigualdad superados por la CE y por la Ley de Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, pues se detienen en que en el día de mañana sería muy beneficioso para la menor que su primer apellido fuese el del padre, pero no justifica por qué, salvo que se refiera a la diferencia de sexo, pues, sin negarle su interés o preocupación por la hija, tampoco cabe negárselo a la madre.»

Actuación del Letrado de la Administración de Justicia y garantías constitucionales

Óscar Daniel Ludeña Benítez

Académico Correspondiente

Letrado de la Administración de Justicia

D. E. A. en Derecho Procesal. Doctorando en Derecho

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la actualidad política de nuestro país sufre de cierto grado de convulsión. Uno de los factores que más inestabilidad está ocasionando, es el denominado «procés» que las autoridades de la Comunidad Autónoma de Cataluña están intentando llevar a cabo para conseguir la independencia de dicho territorio. El Estado Español no consiente, en aplicación de la legalidad vigente, el mencionado intento de segregación y, por ello, pone en marcha los mecanismos de los que nos hemos dotado –empezando por los que la propia Constitución de 1978 establece– para sofocar y, en su caso, castigar, dichas actitudes. Se dice que el llamado «procés» tiene una vertiente política y otra jurídica, y se ha llegado a acusar al Gobierno y los partidos que aplicaron el artículo 155 CE el 27 de octubre de 2017 (PP, PSOE y Ciudadanos, principalmente), de utilizar únicamente la vía jurídica sin tener en cuenta la política. Sin embargo, mientras se encuentra la solución política, el Estado de Derecho como tal no puede más que defenderse de estos ataques. Y en esta defensa del Estado de Derecho, toma un papel protagonista fundamental la Administración de Justicia, donde los Jueces y Magistrados investigan y sentencian todos aquellos hechos que, de una manera u otra, son punibles tanto desde el punto de vista de la estabilidad institucional como de la defensa de las arcas públicas. Uno de los momentos claves que se están investigando de los hechos ocurridos entre septiembre y octubre de 2017 en Cataluña, es la entrada y registro a la Consellería de Economía, clave de la investigación por rebelión, puesto que no se dejó, en principio, hacer su trabajo debidamente tanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguri-

dad del Estado, como a la Letrada de la Administración de Justicia, que tuvo que salir por la azotea. Las concentraciones que cercaron la Consellería, animadas por diferentes dirigentes políticos y de organizaciones independentistas, sometieron a los que, legítimamente, cumplían con su deber, a una situación de presunta violencia que pretendía, de alguna manera, condicionar, cuando no impedir, el resultado de la entrada y registro que había sido acordada por un Juez en el marco de una investigación, cumpliendo con lo que las leyes vigentes permitían. Y, en este caso, toda esta concentración animada por ciertos dirigentes, trataba de impedir el normal desarrollo de la aplicación del Estado de Derecho. Se vio directamente involucrada una Letrada de la Administración de Justicia que intentaba realizar su trabajo y dar fe pública judicial de lo que en esa diligencia de entrada y registro ocurría, como garantía del Estado de Derecho y actuando, en ese caso y como titular de la fe pública judicial, con total autonomía e independencia, con exclusividad y plenitud (arts. 452 y 453 LOPJ). Por ello, que pretendo realizar un análisis de la trascendencia de la fe pública judicial aplicada a un caso concreto, todo ello en defensa de la legalidad constitucional.

II. LA FE PÚBLICA JUDICIAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

La fe pública es la calidad que el Estado otorga a una serie de personas en virtud de la cual se consideran ciertos y veraces los hechos que reflejan, produciendo los efectos privilegiados que el Derecho les otorga (TORO PEÑA/BERNABÉU PÉREZ¹). Dice MONTERO AROCA² que, en un proceso primitivo, simple y oral, la única figura necesaria –además de las partes– es el Juez; en él radica todo el poder de incipiente Estado. Cuando el proceso se va complicando, junto al Juez van a aparecer otras figuras que irán adquiriendo relieve, siendo la más importante de ellas el denominado actualmente Letrado de la Administración de Justicia (hasta 2015, Secretario Judicial). Por ello es por lo que a partir de la recepción del Derecho común, que configura un procedimiento escrito y complicado, el Escribano adquirirá carta de naturaleza en el proceso. A partir de ahí nuestra historia es la de una complicación de figuras y nombres que hoy no es fácil de comprender. Se hablaba así de «Escribano de actuaciones», de «Escribano de cámara», de «Actuarios», «Relatores»... La Ley de Notariado de 1862 separó las funciones de la fe pública judicial y la extrajudicial, pues hasta entonces esta función estaba encomendada a un único funcionario. El artículo 1 de la Ley del Notariado establece que, «el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a

¹ TORO PEÑA, Juan Antonio / BERNABÉU PÉREZ, Isaac: Voz «Fe Pública». *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Madrid, 1998, Tomo 10, pp. 5541-5548.

² MONTERO AROCA, Juan: *Derecho Jurisdiccional I*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 181.

las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios». De este modo, la legislación aplicable a la fe pública extrajudicial en el momento actual es: la mencionada Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado; Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944; Modificación del Reglamento de la organización y régimen del Notariado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; y Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica³.

Con el tiempo, los Secretarios Judiciales (hoy Letrados de la Administración de Justicia), herederos de los antiguos Escribanos, fueron adquiriendo mayor protagonismo, hasta convertirse en un cuerpo autónomo respecto de los demás cuerpos superiores del Estado. Los Letrados de la Administración de Justicia, aunque no tienen atribuidas funciones jurisdiccionales, son unos profesionales cuya labor es absolutamente imprescindible, en opinión de DAMIÁN MORENO⁴, ya que garantizan la existencia de los actos que se llevan a cabo en su presencia. En el ejercicio de sus funciones están sujetos a las mismas causas de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los Jueces, a excepción de la relativa a la pertenencia a partidos políticos. Les afectan las mismas causas de recusación ya que tienen –al igual que los jueces– el deber de ser imparciales (art. 100 LEC).

En la LOPJ de 1870 se intentó la unificación de los Escribanos judiciales en el término «Secretario Judicial» pero no se logró porque las disposiciones transitorias mantenían de hecho la situación anterior. La unificación se logró, por fin, en el Decreto de 1 de junio de 1911, pues a partir de él se habla solo de «Secretarios Judiciales» y por este término hay que traducir los otros que aparecen en el resto de leyes. El número de disparejas funciones es difícilmente reducible a una unidad de concepto y de ahí la dificultad con que siempre se enfrenta la doctrina con esta figura, de la que se enumeran funciones, pero no se da una definición. En 2015 se ha cambiado la denominación de Secretario Judicial por la de «Letrado de la Administración de Justicia», al quererse –en teoría– potenciar más las funciones jurídicas de este profesional que las estrictas de fedatario⁵.

³ TORO PEÑA, Juan Antonio: Voz «Notarios». *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Madrid, 2008, Tomo 14, pp. 8229-8238.

⁴ DAMIÁN MORENO, Juan: *Introducción al sistema judicial español*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 109-110.

⁵ Diario «El País», versión en línea: http://politica.elpais.com/politica/2015/02/27/actualidad/1425060827_186389.html

Como destaca CASADO RODRÍGUEZ, el nuevo nombre obedece al contenido cada vez más jurídico de las tareas que realizan estos profesionales. Así se acredita mediante los decretos dictados para la admisión de las demandas y para poner fin a los procedimientos en ciertas circunstancias. De todos modos no hay que olvidar que, de todas las variopintas funciones que tiene en

La fe pública judicial es la que cualifica a las representaciones documentales de los actos realizados dentro del proceso. La persona reconocida por el Estado para el ejercicio de esta fe pública judicial es el Letrado de la Administración de Justicia (antes denominado Secretario Judicial), que es funcionario público que constituye un Cuerpo Superior Jurídico único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejerce sus funciones con el carácter de autoridad⁶.

En el ejercicio de sus funciones, los Letrados de la Administración de Justicia están sujetos a los principios de legalidad e imparcialidad en todo caso; al principio de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial; así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica (artículos 452 a 462 LOPJ). Estas funciones no serán objeto de delegación ni de habilitación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 451.3 LOPJ⁷.

El ejercicio de la fe pública judicial corresponde, por tanto, con exclusividad y plenitud, a los Letrados de la Administración de Justicia (art. 453 LOPJ). Dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante este y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias. En las actuaciones orales, vistas y comparencias que se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, el acta a extender por el Secretario Judicial cumplirá los requisitos establecidos en la Ley, pero en los casos en los que el contenido del acto procesal no sea recogido en aquel soporte, el acta debe contener, además, el reflejo más fiel y exacto posible del resultado de las actuaciones practicadas (como en los casos de las entradas y registros en lugar cerrado).

la actualidad el Letrado de la Administración de Justicia, en la única que ejerce sus funciones con el carácter de Autoridad es en el ejercicio de la fe pública judicial, que ha sido su función tradicional y esencial. Aunque para CASADO RODRÍGUEZ, la fe pública judicial adquiere dimensión, como consecuencia de la evolución hacia las nuevas tecnologías, pues la forma en la que se extienden actas y se documentan las actuaciones, con el formato electrónico, ha cambiado radicalmente. Pero, sin embargo, todo ello no debe hacernos cejar en el empeño de conservarla –aunque reconvertida de acuerdo con las nuevas tecnologías– y defenderla. En garantía de la seguridad jurídica, los justiciables y, en definitiva, la Justicia. Vid. CASADO RODRÍGUEZ, Ernesto P.: «La reforma del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial; los Letrados de la Administración de Justicia». En *Diario La Ley*, 8591, Sección Documento *on-line*, 27 de julio de 2015. Editorial La Ley.

⁶ Vid. Guías Jurídicas Wolters Kluwer, concepto «Fe Pública» en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSBf1jTAAAUmJjc0NjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA0G-s8jUAAAA=WKE

⁷ Excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de Letrados de la Administración de Justicia, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del Letrado de la Administración de Justicia, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.

Así, la fe pública judicial en el Letrado de la Administración de Justicia constituye una garantía para el desenvolvimiento correcto del procedimiento y para el respeto de los derechos de las partes y de los profesionales que actúan en el proceso (ASENCIO MELLADO⁸), y por ello tiene trascendencia constitucional, dentro del derecho al proceso debido, público y con todas las garantías (art. 24 CE) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Como consecuencia, la fe pública es también definida como la potestad del Estado que tiene por finalidad dotar de seguridad jurídica a los actos procesales (dimanantes del órgano judicial o producidos por las partes del proceso o quienes tengan interés legítimo), en cuya virtud se establece la presunción de veracidad de aquellas actuaciones autorizadas por el Letrado de la Administración de Justicia, que es un tercero independiente tanto respecto del Juez como de las partes, que puede ser destruida mediante la prueba en contrario (GÓMEZ POZUETA⁹). Dicha presunción de veracidad –para ser desvirtuada– requiere una sentencia penal de condena por falsedad documental (CUBILLO LÓPEZ¹⁰). Solo el Letrado de la Administración de Justicia, mediante la completud y suficiencia del acta, y en condiciones de absoluta independencia, puede asegurar que no se produzca ningún tipo de exceso y que el poder de los Jueces se canalice adecuadamente. De este modo, los Juzgados quedan válidamente constituidos con el Juez y el Letrado de la Administración de Justicia, y las actuaciones judiciales no autorizadas por el Letrado de la Administración de Justicia son nulas de pleno derecho. Dicha sanción deriva de su potestad de documentación, de manera que todo lo que acontezca en el proceso habrá de ser documentado por este, siendo esta competencia una forma, históricamente mantenida, de control de la potestad jurisdiccional (ASENCIO MELLADO¹¹).

El Letrado de la Administración de Justicia, en la medida en que ejercita la fe pública, levantando actas o dictando diligencias (453 LOPJ, 146 LEC) es una «Autoridad imparcial» y su estatuto se asemeja al del Juez. Por esta razón, su estatuto jurídico es similar al de los Jueces y Magistrados, y por la misma, y para preservar su imparcialidad, han de abstenerse por las mismas causas que estos y, si no lo hacen, pueden ser recusados (446 LOPJ y 103.1 LEC). Ejercen pues, siguiendo a GIMENO SENDRA¹², con absoluta independencia la «potestad de instrumentación» que, implícita en la potestad jurisdiccional declarativa,

⁸ ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 126.

⁹ GÓMEZ POZUETA, Carlos Jaime: «El Cuerpo Jurídico Superior de Secretarios Judiciales: una visión sobre su nueva posición y relevancia del mismo», en *Noticias Jurídicas* www.juridicas.com, Zaragoza, octubre 2008.

¹⁰ BANACLOCHE PALAO, Julio / CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José: *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. 2.ª Edición. Ed. La Ley, Madrid, 2014, p. 110.

¹¹ ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción...* cit., p. 133.

¹² GIMENO SENDRA, V.: *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Colex. Madrid, 2010, pp. 202 y ss.

tiene por objeto otorgar el carácter de documento público con autenticidad formal intrínseca, de manera que las actas y diligencias, en las que intervienen, producen, sin necesidad de intervención de testigos, constancia fehaciente de los actos procesales por ellos intervenidos (art. 453 LOPJ).

Hay autores defensores de que, en una futura reforma de la Constitución Española, el Letrado de la Administración de Justicia deberá figurar como una institución del Poder Judicial dentro del Título VI de la CE, como sucede en Austria y Alemania, por similares razones que el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, teniendo en cuenta el precedente de las Partidas del Alfonso X «el Sabio», en las que se dice que «*nombrar Escribanos corresponde al Emperador o Rey y que esto es tanto como uno de los ramos del señorío del Reino*» (SEOANE CACHARRÓN¹³).

3. LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO Y SU ALCANCE CONSTITUCIONAL

Artículo 569 LECRIM (Redacción actual, Ley Orgánica 22/1995)

«El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Si aquel no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad.

Si no lo hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo haya autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

Si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen no apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acta a la parte interesada si la reclamare.»

¹³ SEOANE CACHARRÓN, Jesús: «El Secretario Judicial, órgano principal en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria». *Diario La Ley*, 7906, Sección Tribuna, 20 de julio de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley.

Hoy en día, la intervención del Letrado de la Administración de Justicia en un Juzgado de Instrucción, y en concreto cuando este se encuentra de guardia, gira en torno a actividades como la documentación y fe pública de las declaraciones de imputados, detenidos, testigos..., información de derechos al detenido (art. 775.1 LECRIM), asistencia con el Juez a la diligencia de levantamiento de cadáver cuando la muerte ha sido violenta (art. 778.6 LECRIM), inscripción de las órdenes de protección, sentencias condenatorias y penas en los Registros públicos (Registro Central de Violencia Doméstica – artículo 544 ter. 10 LECRIM y Registro Central de Penados y Rebeldes), obtención de antecedentes penales, fe pública en ruedas de reconocimiento... entre otras. Sin embargo, una de las más destacadas por su importancia, es la de su intervención en la entrada y registro en lugar cerrado¹⁴, donde la fe pública judicial adquiere una destacada importancia.

La fe pública judicial es una garantía procesal básica de los ciudadanos, que puede llegar a tener categoría constitucional, pues si sirve para defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, su trascendencia es evidente. Sin garantías procesales no hay artículo 24 de la Constitución. No hay un proceso debido, con todas las garantías.

La STS de 17 de enero de 1994 dice –en relación a la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado– que la *«presencia o ausencia del fedatario judicial en dicha diligencia es algo directamente conectado con los derechos fundamentales consignados en los arts. 18.1 y 24.2 de la CE»*.

Durante las últimas décadas ha existido una polémica jurisprudencial en relación a la trascendencia probatoria de la presencia o ausencia del Letrado de la Administración de Justicia en las entradas y registros en domicilio.

Es interesante destacar la STS de 8 de abril de 2003: *«La presencia del Secretario judicial no era de ineludible observancia en el momento en que se dictaron los autos judiciales de entrada y registro. La redacción originaria del art. 569.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectivamente la exigía (‘se practicará siempre a presencia del Secretario y dos testigos’), pero el legislador modificó tal precepto, mediante reforma operada en 1992 (Ley 10/1992, de 30 de abril), permitiendo al juez autorizar a un funcionario de la policía judicial u otro funcionario público a hacer sus veces, cuando no interviniere el propio Secretario Judicial. En Junta General de unificación de criterios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 1994, se abordó la pro-*

¹⁴ Vid. LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel: «Presencia y ausencia del Secretario Judicial en la entrada y registro en el domicilio: historia de una polémica jurisprudencial», en *Noticias Jurídicas*, www.juridicas.com

blemática surgida de la reforma indicada, y en concreto se planteó la cuestión de si hecha la delegación a funcionario de policía, adquiere este la facultad de otorgar la fe pública judicial. La Sentencia de 22 de abril de 1994, primera que adoptó el acuerdo alcanzado, declaró que la autorización del acta por el funcionario de policía designado, no supone irregularidad alguna en la aplicación de la ley ordinaria, pero como aquel no da fe del acto con plenitud de efectos, que solamente compete a los secretarios judiciales, el registro no pasa de ser una diligencia más de investigación policial, sin alcanzar la naturaleza de prueba preconstituida; y para alcanzar estos efectos, que son los idóneos para desmontar la presunción de inocencia, es preciso que los funcionarios policiales sean llamados al juicio oral y comparezcan en él a fin de ratificar el acta y exponer ante el juez o tribunal, bajo contradicción procesal, todo lo ocurrido en su presencia. Por Ley 22/1995, de 17 de julio, se da una nueva redacción al art. 569.4.º LECrim disponiéndose que "el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiere autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado"; el Secretario podrá ser sustituido en caso de necesidad en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial. De modo que no hubo ilegalidad en la práctica de los registros domiciliarios, y su resultado fue introducido en el plenario a través del testimonio de los agentes policiales; así en el acta del juicio oral, figuran las declaraciones de los guardias civiles».

Sin embargo, otras resoluciones, como la STS de 18 de septiembre de 2002, estimaban que el testimonio de los policías presentes en la diligencia no era válido: «(...) pero esta nulidad es procesal y no constitucional, y por ello no impide que el propio acusado y testigos puedan deponer en el juicio oral respecto de lo que oyeron y vieron. En esta fórmula general no pueden entrar los policías que instan y realizan el registro, pues al haber sido los autores de un acto procesal nulo, no puede sanarse esta nulidad a través de sus propias declaraciones».

Por ello, aunque se llegue a entender que una entrada y registro sin Letrado de la Administración de Justicia no implica una nulidad constitucional y solo puede ser considerada nulidad procesal, no cabe duda que –para el buen fin del proceso– la presencia del fedatario público judicial es esencial. Y lo es, en cuanto que garantiza el carácter de prueba preconstituida de la diligencia y otorga una fundamental fortaleza a la instrucción, sin que las posibles irregularidades que se hayan cometido en la misma (por la no presencia del fedatario) tengan que ser suplidas posteriormente, lo que puede llegar a frustrar todo lo que allí se consiguió investigar. Sin duda, la actuación del Letrado de la Administración de Justicia es muy relevante y garantiza con su acta la seguridad jurídica.

IV. LOS HECHOS OCURRIDOS EN LA ENTRADA Y REGISTRO A LA CONSELLERIA DE ECONOMÍA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA EL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2017

La Guardia Civil (con el apoyo de los Mossos) realizó varios registros en distintas Consellerías y administraciones de la Generalitat de Cataluña –acordados por el Juzgado de Instrucción n.º 13 de Barcelona– el 20 de septiembre de 2017¹⁵, por el referéndum previsto para el 1 de octubre de 2017 y suspendido por el Tribunal Constitucional. Uno de ellos fue en la Consellería de Economía. Ante estos registros y las doce detenciones que se produjeron (entre las que destacan las de Josep María Jové, secretario general de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda; Lluís Salvadó, secretario de Hacienda, y Pere Aragonès, secretario de Economía), el presidente de la Asamblea Nacional Catalana, Jordi Sánchez, llamó a «manifestarse pacíficamente» ante la Consellería de Economía. La realidad, sin embargo, parece que fue otra, y fueron inevitables ciertos actos violentos que impidieron realizar normalmente su labor a los profesionales que la tenían encargada por decisión de un Juez. La Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado número 13 de Barcelona, tuvo que abandonar el edificio de la Consellería de Economía por la azotea y alejarse del lugar camuflada ante el acoso de la multitud, que protestaba por el registro de la misma¹⁶.

La Letrada de la Administración de Justicia manifestó¹⁷ que el responsable del dispositivo de la Guardia Civil le trasladó a primera hora de la tarde que había pedido a la intendente de los Mossos d'Esquadra que solicitara los medios necesarios para garantizar el orden público, ya que era la encargada de la seguridad del edificio. La intendente de los Mossos respondió que había llamado a su superior y que no tenía por qué producirse ninguna alteración del orden y que no solicitaría apoyo, "considerando que los dos mossos d'esquadra de seguridad ciudadana que había custodiando la puerta eran suficientes".

Así pues, según la Letrada de la Administración de Justicia, el registro se siguió desarrollando bajo la «constante presión» de los «gritos y arengas» de

¹⁵ Noticia: «Protesta ante la Consellería d'Economia por el registro de la Guardia Civil», en *La Vanguardia*, <http://www.lavanguardia.com/politica/20170920/431421782485/jordi-sanchez-anc-manifestacion-pacifica-guardia-civil-registro-conselleria-economia.html>

¹⁶ Noticia: «Llarena da protección a la secretaria judicial que huyó por el tejado del asedio a la Consejería de Economía», en *El Mundo*, <http://www.elmundo.es/espana/2018/05/16/5afc5af5468aeb277c8b456e.html>

¹⁷ Noticia: «La secretaria que salió por el tejado de la Consellería: «Jamás ha sentido mayor vergüenza y humillación», en *El País*, https://www.huffingtonpost.es/2017/10/27/la-secretaria-que-salio-por-el-tejado-de-la-conselleria-jamas-ha-sentido-mayor-verguenza-y-humillacion_a_23258641/

«determinadas personas públicas», entre las que precisa que figuraban el vicepresidente de la Generalitat y conseller de Economía, Oriol Junqueras, y el diputado de ERC en el Congreso, Gabriel Rufián.

Hasta el punto de que se les impidió salir del edificio para conseguir comida, por lo que únicamente tenían agua y refrescos de una máquina situada en los bajos del edificio. El registro finalizó a las 20:40 horas, siendo «absolutamente imposible» salir del edificio, porque había miles de personas concentradas a las puertas de la Consellería. A las 21:30 horas, la Letrada de la Administración de Justicia se dirigió al vestíbulo principal de la Consellería para solicitar ayuda al responsable de la Guardia Civil para poder huir. Según la funcionaria, *«Él mismo estaba entrevistándose con Jordi Sánchez sobre la forma de permitirnos la salida con seguridad y garantía de nuestra integridad, no pudiendo asumir dicha responsabilidad el señor Sánchez. Se me ofreció salir por la puerta principal acompañada de un par de Mossos de seguridad ciudadana hasta la primera esquina libre y que siguiera "por mi cuenta", manifestando que no saldría si no era con el resto de la comisión judicial, para lo cual no habían establecido ninguna medida de seguridad»*. Hacia las 22:30 horas, cuando seguían los gritos de «no pasarán» y «aquí los esperamos», y ante la «evidencia» de que no podría salir del edificio, la funcionaria contactó con el Juez de Guardia de incidencias para explicarle lo que estaba ocurriendo, llamando el Juez de Guardia al mayor de los Mossos d'Esquadra apercibiéndole para que dictara las órdenes oportunas para poner fin a la «retención ilegal» que sufría la Letrada de la Administración de Justicia. No fue hasta las 23:30 horas cuando se le ofreció salir por un acceso trasero, opción que la funcionaria acabó aceptando aunque no era compartida por la Guardia Civil.

Según manifestó la fedataria pública judicial, *«Esta letrada jamás ha sentido mayor vergüenza y humillación al verse obligada a escapar cual delincuente, escondiéndose de la vista de unos alterados, cuando únicamente había cumplido con mi deber y representado el poder judicial como así se había encargado»*. Pero la realidad es que *«miles de personas bloquearon durante todo el día la salida a la comitiva judicial»*¹⁸. Prosigue la funcionaria: *«Pongo de manifiesto la sensación de absoluto abandono que padecí y el terror de ver aquella cantidad de gente enardecida y fuera de control»* y a las 23.30 horas, cuando ya no podía «soportar más la presión» por el acoso de los concentrados, con un edificio completamente taponado por «una masa de gente gritando y enarbolando banderas», aceptó el ofrecimiento para salir del edificio por un acceso trasero, «trepando y escalando tejados y azoteas».

¹⁸ Noticia: «La secretaria que salió por el tejado de la Consellería: «Jamás ha sentido mayor vergüenza y humillación» en *El País*, https://www.huffingtonpost.es/2017/10/27/la-secretaria-que-salio-por-el-tejado-de-la-conselleria-jamas-ha-sentido-mayor-verguenza-y-humillacion_a_23258641/

Para la Guardia Civil la situación se alargó más tiempo. Los Mossos d'Esquadra tuvieron que cargar contra un grupo de manifestantes situados ante la Consellería de Economía de la Generalitat, para intentar asegurar la salida de la comitiva judicial y de los guardias civiles que habían entrado a realizar un registro, por orden judicial, a las ocho de la mañana, y que concluyó pasadas las 07:00 horas del día siguiente, momento en el que los quince agentes restantes abandonaron el edificio. Tras algunas cargas y empujones, la policía autonómica logró crear un cordón de seguridad, donde se encontraban aparcados tres vehículos de la Guardia Civil que quedaron totalmente destrozados por los manifestantes, al grito de «*Esta noche os vais sin coche*»¹⁹.

5. LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD VIGENTE Y DEL ESTADO DE DERECHO POR SUS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. CONCLUSIÓN

La situación que se produjo en la Consellería de Economía es un buen ejemplo, como se ha dicho, de defensa de la legalidad frente a determinadas asociaciones y partidos políticos que pretenden subvertir el orden constitucional.

Y no solo fue lo que ocurrió en la Consellería de Economía, explicado en el epígrafe anterior. También posteriormente, tal como ha ido avanzando la investigación, se han producido todo tipo de ataques por parte de algunos miembros del entorno independentista (por acción u omisión) hacia miembros de la Guardia Civil, Policía Nacional, Jueces, políticos de signo contrario... Y, en concreto, hacia la Letrada de la Administración de Justicia actuante en dicha entrada y registro del 20 de octubre de 2017. Hasta el punto de que el Juez instructor ha tenido que dar protección a la misma como testigo del juicio por rebelión y otros delitos que se está instruyendo en el Tribunal Supremo²⁰. La declaración que había de prestar la Letrada de la Administración de Justicia en el curso de la instrucción de la causa el 16 de mayo de 2018, fue suspendida porque las defensas no han aceptado que prestase testimonio oculta tras un biombo, una circunstancia que la Fiscalía había reclamado el pasado viernes dada la situación de acoso a la que estaba siendo sometida la funcionaria. El abogado defensor del ex vicepresidente de la Generalitat, Oriol Junqueras, D. Andreu Van den Eynde, manifestó que si se consideraba a la Letrada de la Administración de Justicia como testigo protegido y debía declarar detrás de un biombo, «las condiciones en las que se iba a producir (la

¹⁹ Noticia: «La comitiva judicial y la Guardia Civil, bloqueados en la Consellería de Economía» en *20 minutos*, <https://www.20minutos.es/noticia/3140302/0/comitiva-judicial-guardia-civil-bloqueados-consejeria-economia-barcelona/>

²⁰ Noticia: «Llarena da protección a la secretaria judicial que huyó por el tejado del asedio a la Consejería de Economía», en *El Mundo*, <http://www.elmundo.es/espana/2018/05/16/5afc5af5468aeb277c8b456e.html>

declaración) no eran acordes con los derechos fundamentales de sus clientes». Sin embargo, el motivo por el que la funcionaria ha solicitado dicho estatuto de testigo protegido, es porque aseguró que se sentía vigilada²¹.

De igual modo, se intenta atacar a la Letrada de la Administración de Justicia, insinuando su falta de independencia a través de su solicitud de recusación. Los abogados de la defensa alegan que *«informaciones periodísticas revelan que la letrada de la Administración de Justicia es seguidora de varias páginas de Facebook de «ideología ultra» que podrían cuestionar su imparcialidad, siguiendo a Unidad Nacional Española, Leridanos contra la independencia o Ciudadanos, con una clara línea en contra del independentismo y el nacionalismo catalán»*. *«La información que consta en la red social de la letrada de la administración de justicia es de un alto contenido ideológico patriótico españolista, que pone de manifiesto su falta de independencia»*, sostiene el escrito presentado por uno de los abogados en el incidente de recusación. Por todo ello consideran afectada la imparcialidad de la Letrada de la Administración de Justicia: *«ha quedado afectada y solo su abstención o recusación puede garantizar un proceso con todas las garantías»*²².

Las asociaciones de Letrados de la Administración de Justicia apoyan a la Letrada de la Administración de Justicia. La Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia, en concreto, realizó un comunicado el 5 de junio de 2018²³, en el que denuncia la difusión de datos personales que identifican a los profesionales, de alusiones a su ideología, como es el caso de la compañera titular del Juzgado de Instrucción 13 de Barcelona, *«afectando de forma flagrante a nuestros derechos a la intimidad e integridad incluso física, a través de la exposición y difusión de datos e imágenes que nos identifican y ponen en situación de total desamparo, riesgo y desprotección, no solo a nuestra persona, sino también a nuestras familias»*. Todo ello vulnera el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (reglamento General de Protección de Datos de la UE), que refuerza la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En el concreto caso de la Letrada de la Administración del Juzgado de Instrucción n.º 13 de Barcelona y otros en similares circunstancias, *«la inacción de cualquiera que sea el equipo ministerial constituye una irresponsabilidad por la continua vulneración del derecho a la*

²¹ Una situación que el Magistrado Llarena ha asegurado comprender (*«tengo que ir con cuatro escoltas»* y *«me miran siete veces en cada esquina»*), ha dicho el Juez según han citado textualmente las fuentes).

²² Noticia: *«Las defensas de investigados por el 1-O plantean la recusación de la secretaria judicial»*, en *El Periódico de Catalunya*, <https://www.elperiodico.com/es/politica/20180606/investigados-referendum-1o-piden-recusar-secretaria-judicial-6860528>

²³ *«Comunicado de apoyo a la Letrada de la Administración de Justicia de Instrucción 13 de Barcelona»*, en *página web de la Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia*, <http://www.upsj.org/3567-2/>

imagen protegido por el artículo 18.1 C.E. y del derecho a la libertad ideológica e igualdad, reconocidas en los artículos 14 y 16 de la misma C.E. hacia quienes dependemos de él jerárquicamente». Como dice la UPLAJ, la función de los Letrados de la Administración de Justicia es garantizar los derechos de los ciudadanos en las actuaciones judiciales y como tal, debe recibir la máxima protección del Estado, concretamente del Ministerio de Justicia del que dependen siendo «intolerable que no se hayan adoptado por parte del hasta ahora Ministro, las acciones y medidas necesarias para intervenir ante semejantes y flagrantes vulneraciones y más aún, que no se haya recibido ni una muestra de apoyo, ni una sola comunicación o noticia hacia la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción n.º 13 (...), o hacia aquellos otros que también se han visto o se están viendo en circunstancias difíciles».

Como se puede comprobar, ante estas situaciones tan difíciles, cobra mayor mérito la labor que, en defensa de la Constitución y del Estado de Derecho, realizan tantos y tantos funcionarios públicos que no se dejan amedrentar por todas estas actitudes contrarias a la legalidad. Nos podemos sentir orgullosos de todos aquellos funcionarios que cumplen, simplemente, con su deber. Debemos estarles agradecidos porque son la garantía de nuestros derechos y libertades y de que ninguna «revolución» (a estas alturas de la Historia) tumbará el sistema político que consensuada y pacíficamente nos hemos dado. Aunque el asunto está *subiudice*, y hay que esperar a que se dicte una sentencia justa, que determine exactamente los delitos por los que los autores serán –en su caso– condenados, lo deseable sería que nunca más una Letrada de la Administración de Justicia tenga que volver a decir que salió de una entrada y registro «obligada a escapar cual delincuente, escondiéndose de la vista de unos alterados, cuando únicamente había cumplido con mi deber y representado el Poder Judicial como así se había encargado». De ese modo, el Estado podrá tutelar efectivamente el ejercicio de todos los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados Internacionales, la Constitución y las Leyes, en defensa del conjunto de ciudadanos.

Sobre la inviolabilidad del «Domicilio Constitucional»

Agustín Luna Serrano

Catedrático de Derecho Civil

Académico de las Academias de Legislación y Jurisprudencia de Aragón y de Cataluña

1. LAS DIFERENTES PROYECCIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO

En nuestro ordenamiento, para cualificar el domicilio o centro espacial de ubicación de desenvolvimiento de la persona física a efectos jurídicos, se acoge en la actualidad la idea básica de superar el tradicional criterio personalista o voluntarista del *animus manendi* y de sustituirlo por el más realista o sociológico de la «residencia habitual», la cual puede ser fijada libremente, según proclama el artículo 19.1 de la Constitución, si bien en su caso con el acuerdo del otro cónyuge si se trata del domicilio conyugal, como se desprende de cuanto dispone el artículo 70 del Código Civil (sobre la figura relativa a la ubicación de la persona se destaca la contribución de ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «El domicilio», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 549 ss). Tal planteamiento de la conceptualización del domicilio resulta claramente del artículo 40.1 del propio Código, definidor del mismo, «aunque solo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales», puesto que, como se señala luego, «el concepto de domicilio abarca una dimensión plural amplia» (STS 30 enero 1993)¹. La misma idea se evidencia también del artículo 149 del mismo Código, cuando se refiere a la posibilidad de prestar en su «propia casa» los alimentos debidos el obligado a procurarlos y se refleja igualmente, por lo demás, a propósito del lugar en que han de cumplirse las obligaciones, según refiere el artículo 1171.3 del propio cuerpo legal. La concepción naturalista o realista resplandece también cuando el legislador refiere la ausencia a la desaparición de la persona

¹ STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

de su domicilio o del lugar de su última residencia, según señala el artículo 183.1 del Código Civil.

La indicada conceptualización de carácter realista o social trasciende en la acepción del domicilio que determina, en principio, la competencia judicial, que el artículo 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil refiere al lugar del domicilio del demandado, y así mismo a dicha concepción naturalista y no voluntarista responden igualmente diversos apartados –los enumerados como 2, 3, 4, 6, 9 y 10– del artículo 9 del Código Civil relativos a la residencia habitual determinante del régimen normativo aplicable en materia de derecho internacional privado.

Por lo demás, esta primigenia concepción del domicilio determina también ciertos efectos reflejos, como la determinación de la competencia judicial respecto del demandado por el domicilio del actor, según previene el artículo 50.2 «in fine» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o indirectos, como los que se derivan respecto de las disposiciones testamentarias para sufragios y obras pías o a favor de los pobres, según es de ver en los artículos 747 y 749 del Código Civil.

Ocurre, sin embargo, que conviene a la dimensión pragmática del ordenamiento proyectar en el sistema del mismo diversas concreciones de la idea inicial del domicilio, de cuyo concepto germinal el ordenamiento presenta diversas manifestaciones, ya que, como ha expresado, siquiera en pronunciamiento «obiter dictum», nuestro Tribunal Supremo (STS 10 noviembre 1992)², se encuentran diversas variantes del concepto inicial y, por tanto, genérico del domicilio, «como son el legal, el electivo, el real y el habitual».

Manifestación del domicilio legal sería, en el sentido expresado, el que se atribuye ficticiamente a los diplomáticos en razón de lo dispuesto en el artículo 40.2 del Código Civil o bien, a través de la misma figura legal de la ficción, la residencia que a su cónyuge atribuye el artículo 23.3 del propio cuerpo legal.

Por su parte, del domicilio electivo es ejemplo el que eventualmente el demandante hace constar en la demanda o, en su caso, el que, el demandado señale una vez comparecido, como se indica en el artículo 155.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el que señalen de mutuo acuerdo los cónyuges residentes en distintos partidos judiciales a que se refiere el artículo 679.1

² STS 10 noviembre 1992 (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

de la propia ley o, en el mismo caso de diferentes residencias y tratándose de procesos sobre guarda y custodia de hijos menores, el que elija el demandante, como previene el artículo 769.3 del mismo cuerpo legal, o también el señalado en el lugar oficial de ubicación formal de un registro oficial, de una empresa, de una corporación o de una actividad profesional o laboral, como se trasluce del artículo 155.3 y 4 de la indicada ley rituaria y, asimismo, el que determinan los interesados en un determinado negocio prescindiendo de la domiciliación propia para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual creada por ellos –«domicilio por designación o afectivo»–, «produciéndose así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante, pero no prohibido expresamente en el citado artículo 40 del Código Civil» (STS 3 enero 1993)³.

Del domicilio real es manifestación el lugar en que se desenvuelve la convivencia conyugal, fijado de común acuerdo o en su caso por el juez, según determina el artículo 70 del Código Civil, o también el que tienen los litigantes que actúan directamente o, en el caso de tratarse del primer emplazamiento del demandado, según se desprende del artículo 155.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el último común de los cónyuges o el actual de cualquiera de los solicitantes en los procedimientos de separación o divorcio de común acuerdo, según establece el artículo 769.2 de la misma ley. Parecen referidos básicamente al domicilio real las previsiones sobre averiguación judicial del mismo previstas en el artículo 156.1, 2 y 3 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, del domicilio habitual sería buen ejemplo el que se reporta a la «casa» de la persona, en que la misma desenvuelve establemente su existencia y que le consiente la opción conferida por el ya señalado artículo 149 del Código Civil. Por lo demás, con bastante frecuencia y por comprensibles razones tanto de utilidad como de seguridad jurídica, prefiere el Código Civil referirse, en vez de al domicilio, a la residencia de la persona, en preceptos tales como los artículos 15.1, 21.2 y 4 y 23 en materia de adquisición de la nacionalidad española.

A todas estas indicadas manifestaciones del concepto de domicilio, a veces apegadas a la realidad y otras, por razón de la eficacia del derecho, más o menos radicalmente desligadas de la misma, cabe añadir, con la dimensión que luego se señala, el que se ha configurado jurisprudencialmente como «domicilio constitucional».

³ STS 3 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

2. DOMICILIO E INTIMIDAD

Como se ha observado en alguna ocasión por la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento relativamente reciente del derecho a la intimidad es desarrollo de las libertades fundamentales que tradicionalmente se habían venido configurando en las Cartas Magnas como derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, en cuanto que las mismas «tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado», según ha expresado con acierto nuestro Alto Tribunal garante de la Constitución (STC 26 noviembre 1984)⁴, que aduce, respecto de esta derivación hacia «el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida», que el mismo está en buena parte determinado por razón del «avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación», lo que «ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada».

En el sentido ahora expresado, es claro que «la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona», de manera que puede sin duda afirmarse que «existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro de un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (art. 18.1 de la Constitución)» (STC 17 febrero 1984)⁵.

De ello se deriva, sin duda, que el concepto de domicilio elaborado por el Tribunal Constitucional supere el tradicional en orden a la efectividad del derecho fundamental de su inviolabilidad que aparece plasmado en el artículo 18.2 de la Constitución, precepto que «tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada y familiar», «razón por la cual lo protegido a través de este derecho es, más que el mero o estricto espacio físico en sí mismo considerado, lo que en él hay de emancipación de la persona» (STS 30 diciembre 1992)⁶. Esta consideración ha sido objeto de subrayada manifestación en una continuada doctrina del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que, mediante el artículo 18.2 de la Constitución, cuya

⁴ STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura.

⁵ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

⁶ STS 10569/1992, 30 diciembre (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

proclamación coincide con la contenida en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que se trata de proteger es lo que en el espacio físico que es el domicilio «hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella» (STC 17 febrero 1984)⁷, de manera que este planteamiento se reitera con frecuencia (STC 26 noviembre 1984; 18 julio 1991; 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 29 mayo 2000; 29 mayo 2001; 17 enero 2002, entre otras)⁸, señalándose que lo protegido constitucionalmente no es tanto el mero y estricto espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Cabe recordar, por lo demás, que, incluso en una resolución de mero trámite, el propio Tribunal Constitucional, recogiendo tan reiterada doctrina, había hecho delimitación del domicilio a los efectos de su inviolabilidad al «espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no solo el espacio físico en sí considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella» (ATC 3 abril 1989)⁹.

Todo ello supone que el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio es básicamente negativo, puesto que lo que fundamentalmente se garantiza –de ahí su carácter de instrumental– es la facultad del titular de la vivienda de excluir a los demás de ese ámbito espacial reservado en que desenvuelve su intimidad.

Puede decirse, en definitiva, que, en la consideración de ser la inviolabilidad domiciliaria garantía de la protección eficaz del derecho a la intimidad, el domicilio constitucionalmente protegido «comporta un ámbito de intimidad específico» al que se conecta o del que se desprende «la garantía constitucional de su inviolabilidad», entendiéndose por tal el «ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma que resulta «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (STC 21 octubre 2013, que recuerda al respecto las ya citadas STC 17 febrero 1984 y 17 enero 2002¹⁰).

⁷ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

⁸ STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura; 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra; 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 119/2001, 29 mayo (RTC 2001, 119), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, entre otras.

⁹ ATC 17/1989, 3 abril 1989 (RTC 1989, 17).

¹⁰ STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez, que recuerda al respecto las ya citadas STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22) ponente Díez-Picazo y Ponce de León y 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo –respecto del que tengan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41 del Código Civil– a las personas jurídicas (entre otras STC de 17 de octubre de 1985)¹¹, si bien con una menor intensidad de protección por faltar en su caso una estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario, de modo que la protección constitucional únicamente debe extenderse a los espacios indispensables para el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, a los de ubicación de la dirección o a los destinados a la custodia de documentos o soportes que quedan reservados al conocimiento de terceros (STC de 26 de abril de 1999)¹².

3. DELIMITACIÓN DEL DOMICILIO PROTEGIDO

Cuanto antecede «obliga a mantener, por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo» (STC 17 febrero 1984)¹³. En este sentido, se considera domicilio el «espacio físico donde la persona desarrolla su esfera privada o libertad más íntima, abarcando no solo el lugar donde se pernocta habitualmente, sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad» (STC 17 octubre 1985)¹⁴.

Es evidente, con todo, que no cualquier espacio puede ser considerado domicilio a los efectos del mandato constitucional de su inviolabilidad. Tal ocurre con relación a unas oficinas, a unos almacenes, a unas fábricas o a unos locales comerciales (STC 16 diciembre 1997)¹⁵, a un bar (STC 27 noviembre 2000)¹⁶, o a un automóvil, salvo que se trate de un vehículo tipo caravana en el que se puede desenvolver de una manera estable la vida de la persona (STS 19 septiembre 1994 y 5 febrero 2003)¹⁷. Tampoco pueden considerarse domicilio, a los efectos examinados y a diferencia de las habitaciones (STC 17 enero 2002)¹⁸, las zonas comunes de un hotel, puesto que «el hecho de que

¹¹ STC 137/1983, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdaguer. Véase también la STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas, que la tiene en cuenta.

¹² STC 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos.

¹³ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

¹⁴ STC 137/1985, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdaguer.

¹⁵ STC 228/1997, 16 diciembre (RTC 1997, 228), ponente García Manzano.

¹⁶ STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

¹⁷ STS -Sala 2.ª- 1626/1994, 19 septiembre (RAJ 1994/1626), ponente De Vega Ruiz, e igualmente STS -Sala 2.ª- 158/2003, 5 febrero (RAJ 2003/1725), ponente Soriano Soriano.

¹⁸ STC 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, que precisa que «ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de la misma que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculo a su consideración», al ser «espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada». Por su parte, la STC 189/2004, 4 noviembre (RTC 2004, 189), ponente Delgado

estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales», esto es, como aquel lugar en que los «individuos libres de toda sujeción a convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada» (STC 21 octubre 2013)¹⁹. En relación a una celda carcelaria, aunque la misma puede considerarse que es «espacio apto para desarrollar la vida privada» (STC 27 noviembre 2000)²⁰, no parece que pueda considerarse domicilio, en el sentido constitucional de su inviolabilidad, respecto de la inspección por parte de las autoridades penitenciarias (STC 27 marzo 2006)²¹ y desde luego no habría de valorarse como tal en el supuesto de tratarse de reclusos particularmente peligrosos, cuya celda es lógico registrar, o que se encuentren en situación de aislamiento especial, en cuyo caso, según la normativa penitenciaria, «diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos» (STC 21 d mayo 2012)²².

Evidentemente no puede constituir domicilio protegido por la declaración constitucional de inviolabilidad un monte o bosque, aunque puede encontrarse dentro del mismo «un espacio físico susceptible de merecer la calificación de domicilio a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución», «en cuanto sirva de morada o habitación a una persona física en la que esta desarrolla su vida privada, incluso si es de forma esporádica» (STC 22 octubre 2015)²³.

4. CAUSAS DE DECAIMIENTO DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD

Con el carácter de fundamental del derecho a la inviolabilidad del domicilio, constitucionalmente establecido para garantizar el ámbito de la privacidad personal, se corresponde el establecimiento de la interdicción de la entrada y del registro domiciliario –del que en realidad la entrada es puramente instrumental–, salvo que medie la circunstancia de flagrante delito, sean la entrada y registro consentidos por el titular del domicilio o sean realizados los mismos al amparo de una resolución judicial (STC 10 febrero 2003, que recuerda con

Barrio, considera igualmente espacio apto para el desarrollo de la vida privada y protegido por el derecho a la inviolabilidad a la habitación en una residencia militar.

¹⁹ STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

²⁰ STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

²¹ STC 89/2006, 27 marzo (RTC 2006, 89), ponente Casas Baamonde.

²² STC 106/2012, 21 mayo (RTC 2012, 106), ponente Sala Sánchez.

²³ STC 214/2015, 22 octubre (RTC 2015, 214), ponente Ollero Tassara.

acuerdo las STC 17 febrero 1984, y 17 enero 2002)²⁴, supuestos de autorización de la entrada y registros domiciliarios que, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano –casos y formas establecidos por la ley– o el alemán –autorización no judicial de entrada forzosa en supuestos de urgencia–, tienen, en el nuestro, carácter rigurosamente taxativo (STC 25 julio 1995 y 29 mayo 2000, entre otras)²⁵. En efecto, como ha expresado la propia jurisprudencia constitucional, «en el caso de la Constitución Española y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo artículo 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular y de flagrancia delictiva», «se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial» (STC 18 julio 1991)²⁶.

Como es lógico, el consentimiento del titular del domicilio a la entrada en el mismo, circunstancia que hace decaer su derecho constitucional a su inviolabilidad, debe ser del todo consciente y libre y, naturalmente, prestada por el titular de dicho derecho. Un caso especial se plantea respecto del supuesto de la titularidad compartida de dicho derecho, como ocurre en el caso del domicilio conyugal, supuesto en el que cabría pensarse que el consentimiento de uno solo de los cónyuges es suficiente para legitimar la entrada en el domicilio y registro del mismo (STC 10 febrero 2003)²⁷. Esta apreciación puede considerarse desde luego convincente en el supuesto de que el cónyuge o, en su caso, el conviviente que da la autorización, no tenga un interés contrapuesto al del otro con el que vive compartiendo la vivienda, como, por ejemplo, si la entrada en el domicilio tiene por objeto que la fuerza pública, fuera del caso del flagrante delito, se proponga registrar el domicilio para investigar si existen en él más armas pertenecientes a quien anteriormente ha intentado con otras amedrentar a la persona de su esposa o conviviente que consiente dicho registro²⁸.

El consentimiento eficaz del sujeto titular del derecho a la inviolabilidad de su domicilio para la ingerencia en el mismo, no tiene que ser necesariamente expreso, pudiendo ser también tácito, si bien, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como consentimiento tácito (STC 16 marzo 2015)²⁹, con doctrina que se viene reite-

²⁴ STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón; 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; y 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

²⁵ STC 126/1995, 25 julio (RTC 1995, 126), ponente Jiménez de Parga y Cabrera y 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

²⁶ STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

²⁷ STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

²⁸ Cfr., voto particular a la anteriormente citada STC 22/2003 formulado por Jiménez Sánchez.

²⁹ STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas.

rando en la jurisprudencia constitucional (STC 17 febrero 1984 y STC 24 septiembre 2007)³⁰.

Al consentimiento habrá de equipararse la falta de reacción procesal tempestiva de la persona o de sus representantes habilitados para ello, frente a la resolución judicial autorizante de la entrada y registro eventualmente formulada defectuosamente –por ejemplo, por omisión de la conocida como instrucción de recursos– cuyo defecto se denuncia con posterioridad a la práctica del registro anunciado al interesado, en virtud de la resolución autorizante en que se había hecho la expresada omisión, con suficiente antelación. Como se expresa al respecto por el Tribunal Constitucional, «no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión “se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de necesaria diligencia o de los profesionales que le representan o defienden”» (STC 3 noviembre 2014)³¹.

La flagrancia del delito es circunstancia comprensible del decaimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien en razón del carácter fundamental de tal derecho, ha de valorarse de manera exigente y restrictiva en función de la realidad de haber lugar a la misma contemporáneamente al momento mismo de la entrada en el domicilio cuya inviolabilidad se protege constitucionalmente y no en un momento posterior, puesto que en este segundo momento, y pasado aquel, puede considerarse que ya no tiene lugar un delito flagrante, puesto que, como se precisa en relación a una solicitud de amparo, «aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo la flagrancia del mismo cesó» (STC 10 febrero 2003)³².

Respecto de la autorización judicial, cabe subrayar que la misma se concibe en nuestro sistema como «mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no –como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución– a reparar su violación cuando se produzca». En este sentido, cabe afirmar, que la resolución judicial «aparece para decidir, en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del

³⁰ STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León y 209/2007, 24 septiembre (RTC 2007, 209), ponente Casas Baamonde.

³¹ STC 175/2014, 3 noviembre (RTC 2014, 175), ponente Roca Trias, que aduce al respecto, recogiendo sus palabras, las STC 275/2005, 7 noviembre (RTC 2005, 275), ponente Aragón Reyes; 55/2006, 27 febrero (RTC 2006, 55), ponente Pérez Tremps; y 10/2009, 12 enero (RTC 2009, 10), ponente Conde Martín de Hijas.

³² STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

artículo 18.2 de la Constitución u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos (STC 18 julio 1991)³³.

La resolución judicial debe ser, desde luego, motivada, de modo que pueda atribuirse a dicha motivación constituir la vía de la verificación de que la actuación judicial ha operado como garantía de la excepcionalidad de la ingerencia permitida por el artículo 18.2 de la Constitución y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho constitucional (STC 27 septiembre 1999 y 17 enero 2000)³⁴.

Está legitimado para reclamar ante los tribunales ordinarios contra la invasión ilegítima de su domicilio, el titular del mismo, y legitimado, en su caso, para formular el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aquel reclamante que no obtuvo satisfacción a través de unas actuaciones judiciales que han llegado al agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, presupuesto procesal –que cumple únicamente dicha función de agotar la vía judicial (STC 16 marzo 1981)³⁵–, que es claro que «no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueran imaginables», incluso aquellos de dudosa viabilidad (STC de 28 febrero de 2011³⁶, entre otras), entre otras, de modo que dicho agotamiento queda cumplido con la utilización de los que «razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos o análisis jurídicos» (STC 21 de julio 2008 y 15 junio 2009)³⁷. Cabe decir, en conclusión (como hace la antes recordada STC 21 octubre 2013³⁸, recogiendo doctrina jurisprudencial anterior), que «no se trata, por tanto, de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino decidir si era razonablemente exigible su interposición».

5. CONCRECIÓN ESPECIFICADORA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La sentencia judicial que autorice la entrada en un domicilio privado, además de hacer comprobación de la proporcionalidad de la entrada domiciliar que se solicita en cuanto a la finalidad perseguida, deberá también considerar y, en su caso, precisar, las circunstancias temporales de dicha entrada, todo ello con el objeto de que no se restrinja de modo innecesario del derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado (STC 23 febrero

³³ STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

³⁴ STC 171/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; y 8/2000, 17 enero, (RTC 2000, 8), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

³⁵ STC 6/1981, 16 marzo (RTC 1981, 6), ponente Rubio Llorente.

³⁶ STC 11/2011, 28 febrero (RTC 2011, 11), ponente Asua Batarrita.

³⁷ STC 85/2008, 21 julio (RTC 2008, 85) y 142/2009, de 15 de junio (RTC 2009, 142), ponente en ambas Casas Baamonde.

³⁸ STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

1995 y 26 abril 1999, recordadas al efecto por la STC 4 noviembre 2013)³⁹. Por lo demás, como cualquier otra resolución judicial, también la que autorice la entrada en un domicilio privado, haciendo así dispensa de la regla general de su inviolabilidad, deberá estar adornada de los criterios de ponderación y de proporcionalidad –recurrentes en la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en tema de inviolabilidad del domicilio (STC 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 27 septiembre 1999; 16 mayo 2000; 11 diciembre 2000; 4 noviembre 2013 y STS 27 noviembre 2017)⁴⁰, y, desde luego, de razonabilidad.

Pueden, sin duda, plantearse situaciones de particular delicadeza en aquellos supuestos en que, habiendo menores a los que la pérdida por desalojo del hogar familiar ilegalmente ocupado, les pueda colocar en una situación de particular vulnerabilidad. Debe entonces tenerse en cuenta la situación personal, social y familiar en que dichos menores puedan encontrarse (STS 23 noviembre 2017)⁴¹ y también en aquellos en que la entrada en el domicilio se ordene a su desalojo para su posterior demolición y pueda considerarse que, en el caso concreto, concurren enfrentados entre sí el derecho de la persona a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de una corporación pública a la recuperación de la legalidad urbanística, eventualmente en relación a zonas de asentamientos humanos irregulares consolidados (o también cuando haya lugar a una orden de derribar un edificio que amenaza ruina), y el derecho a gozar de una vivienda digna. En relación a casos semejantes se ha postulado, sobre la base de una idea de proporcionalidad, que la autoridad judicial a la que se pide autorización para el ingreso en el domicilio «tenga también en cuenta la realidad social» y considere la oportunidad de coordinar temporalmente la solicitada entrada en el domicilio, con la obtención por parte de los interesados afectados por ella, de medios alternativos y apropiados de protección, teniendo en todo caso en cuenta la jurisprudencia dictada en casos semejantes por el Tribunal Europeo de Dere-

³⁹ STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende y 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos, recordadas al efecto por la STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López. En el mismo sentido, la STC 76/1992, 14 mayo (RTC 1992, 76), ponente García-Mon y González-Regueral señala que la sentencia de autorización de entrada en el domicilio debe apreciar que la misma está fundada en derecho y que es necesaria para alcanzar el fin perseguido y precaver «que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto».

⁴⁰ STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 171/1999, 27 septiembre (1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; 126/2000, 16 mayo (RTC 2000, 126), ponente Conde Martín de Hijas; 299/2000, 11 diciembre (RTC 2000, 299) ponente Conde Martín de Hijas; 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188) ponente López López; y STS -Sala 3.ª- 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat.

⁴¹ STS -Sala 3.ª- 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, tiene en cuenta los arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 marzo, de protección jurídica del menor y el art. 27.1 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

chos Humanos en aplicación del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los mismos⁴². El Tribunal de Estrasburgo, en efecto, proclama que las personas que corren el riesgo de perder el hogar familiar han de tener la garantía de que la medida adoptada será proporcionada y razonable y tendrá en cuenta todos los aspectos del caso de carácter social y personal (STEDH 24 abril 2012 y 17 octubre 2013)⁴³.

6. INUTILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA

Cabe significar, finalmente, por cuanto que la entrada en un domicilio se ordena con frecuencia a la obtención de pruebas, que, si tal entrada no es consentida o autorizada, vulnera el mandato del artículo 18.2 de la Constitución, de modo que, consecuentemente y si bien la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas con claro desconocimiento de los derechos fundamentales sustantivos no se expresa en ninguna norma constitucional, el no acogimiento de la solución de rechazar la admisión en juicio de dichas pruebas supondría la negación o el desconocimiento de las garantías que deben rodear al proceso, según proclama el artículo 26.2 de la Constitución, y chocaría, en definitiva, con la exigencia de un justo proceso al que con frecuencia se refiere la doctrina científica (STC 29 noviembre 1984; 2 abril 1998; 17 marzo 2001 y 11 febrero 2002, entre otras)⁴⁴.

Lógicamente, tal rechazo de la admisión como prueba de lo eventualmente advertido o hallado en el domicilio ilegítimamente invadido, alcanza también a las pruebas reflejas que de la misma se deriven –como atestados que documentan la actuación judicial y declaraciones de los agentes de las fuerzas de seguridad o de testigos presenciales–, por cuanto que «tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental», dado que «con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a esta, ha de seguir su misma suerte»⁴⁵.

⁴² Cfr. al respecto el voto particular formulado por Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita a la citada STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López.

⁴³ STEDH 24 abril (PROV 2012, 142849), caso Yordanova y otros c. Bulgaria, y 17 octubre (PROV 2013, 321282), caso Winsterstein y otros c. Francia.

⁴⁴ STC 114/1984, 29 noviembre (RTC 1984, 114), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; 81/1998, 2 abril (RTC 1998, 81), ponente Vives Antón; 69/2001, 17 marzo (RTC 2001, 69), ponente Jiménez Sánchez y 28/2002, 11 febrero (RTC 2002, 28), ponente Gay Montalvo.

⁴⁵ Cfr. STC 94/1999, 31 mayo (RTC 1999, 94), ponente Vives Antón; 139/1999, 22 julio (RTC 1999, 139), ponente Conde Martín de Hijas y 161/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 161), ponente Vives Antón, recordadas todas ellas en el voto particular formulado por Jiménez Sánchez en relación a la ya citada STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos

Humberto Romero-Muci¹

Individuo de Número y Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

SUMARIO: *Introducción. 1. Relación entre los derechos humanos y la tributación. 2. Los derechos humanos como condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica. 3. La técnica normativa de las inmunidades tributarias. A. Concepto. B. Ventajas prácticas. C. El derecho al mínimo vital. D. El deber de tratos coherentes. 4. Sobre los riesgos de banalización del discurso sobre derechos humanos en la tributación. Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta comunicación, consiste en resaltar la incidencia de los derechos humanos como condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica efectiva, y como parámetro de validez de la tributación en el Estado Constitucional.

Poco ha discurrido la doctrina nacional y la foránea, acerca de los vínculos consustanciales entre los derechos humanos y la tributación. En la mayor parte de esos escasos debates², la revisión se centra en el necesario respeto de los derechos humanos que debe informar y ordenar la actividad fiscalizadora

¹ Abogado *summa cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello (1985), Magister en Leyes Harvard Law School (1986), Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela (2003), Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los cursos del Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

² *Vid. Anais das XX Jornadas do ILADT*. Año 2000, Tema 1, «Derechos Humanos y Tributación», Salvador, Bahía 2000; ENGLISH, Joachim, «The impact of human rights on domestic

de la Administración Tributaria, refiriéndose, en consecuencia, a la traslación de las garantías del debido proceso (*due process of law*) a los procedimientos tributarios, donde por lógica constitucionalizante, se pueden invocar derechos como el de tutela judicial efectiva, a la defensa, a la prueba libre o a la presunción de inocencia, entre otros. Sin embargo, poco se ha escrito acerca de la atención debida a la preservación de los derechos humanos en el diseño y aplicación de las normas constitutivas de la obligación tributaria, imbricadas en el derecho tributario *material o sustantivo*.

La tributación puede convertirse en un acicate para el disfrute de los derechos humanos, pero también en un obstáculo para su efectiva vigencia. De modo que no es justificable una obligación tributaria que menoscabe, directa o indirectamente, el goce efectivo de los derechos humanos.

La falta de un análisis riguroso por parte de los jueces y la escasa atención que le ha dado la dogmática jurídica a los efectos de esas externalidades, atenta contra la posibilidad de tomarse estos «derechos en serio», en los términos de Dworkin. Esto ha llevado en algunos casos a los jueces de última instancia, a desestimar su control de constitucionalidad, alegando que el legislador es libre para diseñar el tributo en la forma que lo estime prudente, o a soslayar estos derechos so pretexto de un supuesto interés general o colectivo, o, como también ha ocurrido, apropiándose retóricamente del prestigio de estos derechos para justificar algún despropósito respecto de la tributación.

Sin embargo, el Estado Social de Derecho no solo garantiza la protección de los derechos de libertad, sino que promueve los derechos sociales y humanos. Ese *plus* en el goce de los derechos implica que el poder tributario del Estado está sometido a las restricciones clásicas formales (legalidad, seguridad jurídica) y materiales (capacidad económica, progresividad, proporcionalidad y no discriminación), pero también a restricciones para proteger y promover esas posiciones jurídicas especiales, asociadas al goce efectivo del derecho a la dignidad humana³.

substantive taxation-the German experience», en *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam 2011, p. 285.

³ Del mismo modo se afirma que, la «dignidad humana» es el valor superior y fundante entre los derechos humanos (Cfr. KATEB, George, *Human dignity*, Harvard University Press, Cambridge 2011, p. 1). Así lo consagran la Carta Europea de Derechos Humanos (artículo 1. «La dignidad humana es inviolable. Debe ser respetada y protegida»). STARCK, citando a NIPPERDEY, afirma que la «dignidad humana» constituye «...[la] raíz y la fuente de todos los derechos fundamentales formulados posteriormente y así mismo derecho fundamental principal».

«Asegurar al hombre que su relación con el Estado o en su relación con los demás no va a ser reducido a un mero objeto, que no va a quedar a la absoluta disposición de los otros hombres, como un simple número de la colectividad, como una simple pieza de un engranaje y que se va a comprender realmente toda su existencia moral-espiritual propia e, incluso, su existencia física. En suma, el tratamiento del ‘...hombre como fin en sí mismo y no como medio’» (Cfr. STARCK,

Con estos comentarios nos interesa destacar la significación de la técnica normativa constitucional de la inmunidad tributaria. Se trata de una situación de no imposición, o no sujeción, prevista desde la Constitución, destinada a garantizar, entre otros, la efectividad en el goce de los derechos humanos frente al poder tributario, para no interferir con la supremacía del goce del derecho humano. Se trata de situaciones no disponibles para el legislador y diferenciadas de aquellas otras técnicas normativas que, por el contrario, le son propias con fines extrafiscales, como las exentivas o las de minoración de bases imponibles o de cuotas liquidables de la obligación tributaria.

Como siempre, la indeterminación de estos conceptos supone un esfuerzo importante de reflexión para la estructuración de una teoría que no recaiga en idealismos, pero que a la vez haga justicia a la naturaleza práctica e interpretativa del derecho. Una reflexión teórica que debe ser juzgada por su rendimiento, esto es, por su fuerza explicativa y su capacidad para resolver problemas. A ello dedicamos estas reflexiones. Para ello, nos iniciaremos explicando la natural vinculación entre tributación y derechos humanos, nuestra tesis de que el efectivo goce de los derechos humanos es condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad contributiva y condición de validez de la tributación. Haremos referencia a la técnica normativa de la inmunidad tributaria, como una de las garantías más efectivas de protección de los derechos humanos frente a la tributación. Señalaremos algunos temas en la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos, que representan ejemplos concretos de situaciones jurídicas consolidadas como Valladares frente a la tributación. Finalmente, referiremos algunos riesgos en el discurso de los derechos humanos que pueden comprometer su efectividad frente a la tributación.

En suma, la tributación debe asumir el desarrollo humano integral como blason de su razón de ser, legitimidad y validez.

Solo nos resta concluir señalando que «llegó la hora de tomarse en serio la efectividad de los derechos humanos como límite al poder de imposición y en particular la necesidad de exigir dignidad en la tributación»⁴.

Christian, «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán», en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, FERNÁNDEZ S., Francisco, Coordinador, Dykinson Constitucional, Madrid 2008, p. 254).

La afirmación de la «dignidad» es la norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico, implica que todo el derecho debe estar bajo el signo de la «dignidad», todas las normas jurídicas deben de estar conformadas hacia su realización y aplicación, en consonancia con este principio básico. La garantía de la intangibilidad acentúa el efecto totalizador de la garantía de la dignidad humana y, en particular, de su validez frente a terceros.

⁴ Cfr. ROMERO-MUCI, Humberto: Prologo al libro de ANDRADE R., Betty, *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

1. RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRIBUTACIÓN

Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de la *dignidad humana*. Este principio se ha erigido como presupuesto axiológico del Estado contemporáneo, límite lógico del poder y parámetro de validez de todo ordenamiento jurídico. En el ámbito tributario, «...condición de posibilidad de la capacidad contributiva [...] y condición de validez y legitimidad de la imposición»⁵.

Son muchos los casos en que la tributación puede incidir en el disfrute del salario, el derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, a la libertad de culto y la libertad de prensa, entre otros.

La profesora Betty Andrade señala que no hay derechos ilimitados⁶, como es lógico. La tributación puede incidir sobre esferas patrimoniales y de libertad de los ciudadanos, siempre que ello no ponga en entredicho el contenido mínimo de estos derechos, impida su goce real y efectivo, interfiriendo en su disfrute según el contenido constitucional y convencionalmente declarado, si *i.e.* se crea una situación regresiva, desproporcionada e indigna de sobreimposición, o se pretende gravar en los umbrales en que la tributación es una expresión inaceptable a la luz de la dignidad humana, norma de cierre del sistema jurídico. La tributación como acción esencial del Estado de Derecho, por tanto, no podrá ser lesiva a la satisfacción de los derechos humanos de los individuos.

Además, es innegable que la tributación exige la ponderación entre auténticos derechos porque, como lo señala la doctrina, en el plano normativo constitucional venezolano, más que principios (reserva de ley y legalidad, tipicidad, capacidad contributiva, mínimo vital, prohibición de confiscación, entre otros), «...son normas fundamentales, en el sentido de que dotan de fundamento y justificación axiológica a otras normas y no requieren a su vez, de ningún fundamento axiológico, y se traducen en derechos (en situaciones subjetivas jurídicamente protegidas)» y «...más allá de la *supremacía constitucional* opera una especie de *supremacía de los derechos* que prescribe no coartar el ejercicio de los derechos y libertades, ni limitarlos al supremo intérprete de la Constitución o al contenido constitucionalmente declarado. Estos derechos (i) son extensibles a las personas jurídicas; (ii) sobre ellos son predicables

⁵ Cfr. ROMERO-MUCI, Humberto, *Uso, abuso y pervisión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, Serie Estudios 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial jurídica venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, p. 14 y 15.

⁶ ANDRADE R., Betty, *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

los elementos de la dogmática jurídica; (iii) dotan de fundamento a otras normas por vía lógico-deductiva; (iv) establecen objetivos y fines respecto a esas normas; (v) en ningún caso admiten que sus disposiciones de desarrollo rebajen el contenido constitucionalmente declarado; de lo que se colige (vi) una evidente e inderogable preferencia por la norma más favorable a la persona. En efecto, el artículo 23 de la Constitución de 1999 adscribe esa *prevalencia normativa* o *vis expansiva* a la disposición que otorgue un *plus* de tutela o garantías en el goce y ejercicio de los derechos, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa»⁷.

2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DEL DERECHO A CONTRIBUIR CONFORME A LA CAPACIDAD ECONÓMICA

Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley⁸. Obviamente, ese deber solo puede ser cumplido a cambio del respeto de los derechos constitucionales a contribuir según Ley formal previa y cierta, respecto de una capacidad económica efectiva, libre de discriminaciones, en forma razonable y proporcionada, bajo las garantías del debido proceso (*due process of law*).

Pero hay más. La tributación no es un fin en sí misma. La tributación tiene como finalidad insoslayable el crecimiento económico y la elevación del nivel de vida de la población. Así lo ordena el artículo 316⁹ del Texto Fundamental de 1999. Lo complementan la prohibición de discriminación 21(1)¹⁰ y la prohibición de confiscación del artículo 317¹¹ Constitucionales. Se trata de un derecho con un contenido esencial que vincula al legislador y es susceptible de

⁷ Cfr. MEIER G., Eduardo: «Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR», en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 172-173.

⁸ Artículo 133 de la CRBV: Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

⁹ Artículo 316 de la CRBV: El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.

¹⁰ Artículo 21 de la CRBV: Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

¹¹ Artículo 317 de la CRBV: No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

tutela judicial. Su virtualidad aparece conectada a nociones elocuentes como las de «sistema tributario», «justa distribución de las cargas públicas», «capacidad económica», «progresividad del sistema», «protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población» y «recaudación eficiente», que denotan la extensión del derecho en cuestión y prefiguran su contenido esencial. Su objetivo es servir de criterio para el reparto de las cargas públicas, y otorgar al contribuyente un derecho a contribuir a los gastos generales de acuerdo con su respectiva capacidad económica.

De un lado, las nociones de (i) «sistema tributario», «capacidad económica», «protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población» y «sistema de recaudación eficiente», enfatizan las exigencias instrumentales de coherencia interna del tributo, del orden del conjunto tributario, así como su eficiencia. Por su parte, las nociones de (ii) «justa distribución de las cargas públicas», «progresividad del sistema» y «no confiscación», enfatizan las exigencias de racionalidad axiológica, esto es, promueven el valor de la justicia del tributo, las cuales complementan la racionalidad técnica implicada en la exigencia de coherencia en el diseño de la exacción y en el conjunto que el sistema implica.

La referencia al sistema (en singular), implica que hay un solo sistema tributario, en una sola economía, pero también una sola capacidad contributiva que es incidida por los distintos tributos y por los distintos poderes tributarios. La noción de sistema se opone a toda contradicción o antinomia y hasta a las lagunas axiológicas, así como a la contradicción tributaria sistémica cuya expresión más patológica es la múltiple imposición interna. Por eso, la coherencia del sistema exige la de los tributos individualmente, y la del conjunto, con el propósito de promover la «protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población». Así mismo, la condición de «sistema» se enlaza con las exigencias de coordinación y cooperación entre los poderes y competencias tributarios, cuya connotación más saliente es el «principio de armonización tributario»¹² que ejerce el centro sobre la periferia. De lo contrario no se estaría frente a un sistema, sino en presencia de un régimen tributario, o peor aún, en una «distopía» como grado superlativo y perverso de anarquía.

Como quiera que el sistema tributario tiene como finalidad la «protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población», los fines

¹² Artículo 156 de la CRBV: Es de la competencia del Poder Público Nacional: 13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

extrafiscales de la tributación encontrarían justificación en la medida en que otros bienes constitucionales promuevan tal desviación, sea para acentuar la imposición o para producir el desgravamen, desestimulando o estimulando económica, social o culturalmente la actividad de que se trate o, sencillamente, atendiendo a algún propósito de solidaridad social que justifique el sacrificio contributivo de la propiedad particular. La atención de este tipo de necesidades representa campo fecundo para la protección y para la promoción de los derechos humanos.

A su vez, la noción de «capacidad económica», resalta la sustancia económica de la exacción.

Siendo el tributo, ante todo, una categoría jurídica, pero con sustancia económica, siempre se expresará como una magnitud económica que deberá ser representada y cuantificada de alguna forma idónea, lo que responderá a una racionalidad técnica específica, según la naturaleza del hecho concreto revelador de dicha expresión de riqueza. El material económico es el punto de conexión entre las situaciones reales y la normatividad tributaria adecuada a una situación dada.

Como las normas tienen un contenido cognitivo, que puede analizarse críticamente con ayuda de informaciones científicas y técnicas, las distintas ciencias sociales aportan materiales que son relevantes para el derecho, son los contenidos legales que permiten conocer el alcance de los intereses involucrados. El derecho debe ser coherente con esta realidad y elaborar una concepción racional práctica y crítica. Aquí la carga de argumentación corresponde al proponente de la protección del derecho. Se exigirán no solo razones valorativas, sino razones analíticas y empíricas en respaldo de una determinada posición. Aquella que maximice la racionalidad práctica mediante pretensiones de coherencia y universalización de la decisión de que se trate. De esta manera se previenen riesgos de subjetivismos valorativos, utilizados muchas veces con intenciones espurias. Habrá que ser cauto al respecto, pero eso no significa que no pueda argumentarse racionalmente en relación con valores¹³.

Pero hay más. La capacidad contributiva como índice económico de riqueza y causa del gravamen, tiene que ser una riqueza efectiva: el impuesto no debe gravar la capacidad «productiva», sino la riqueza obtenida «efectivamente»; no debe establecer presunciones *iuris et de iure* que imputen una riqueza meramente probable al contribuyente, ni ficciones que fabulen una realidad artificial, así como tampoco cabe gravar rendimientos puramente nominales

¹³ Cfr. ATIENZA, Manuel: *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 158.

en situaciones de inflación. En todo caso, la concreción del principio en cada situación demandará el acercamiento o el alejamiento del mismo, debido a la ponderación de otros bienes constitucionales. Los fines extrafiscales o aquellos que primen la practicabilidad administrativa, deberán justificar una restricción del principio de capacidad económica, mediante el control de razonabilidad.

La promoción de la racionalidad del sistema se traduce en la eficiencia de este, esto es, en la realización de los fines que la predeterminan. La eficiencia del sistema tributario no debe ser confundida con la eficiencia de la administración tributaria. La primera implica y comprende la segunda. La eficiencia del sistema se refiere más ampliamente a (i) la incidencia neutral del tributo sobre la economía, esto es, evitar distorsiones en la asignación de recursos, (ii) la suficiencia del producto en relación con el costo de la recaudación, (iii) la minimización del costo de cumplimiento para el sujeto pasivo y los terceros y (iv) la recaudación eficaz por la administración tributaria, recordando el principio instrumental de la gestión administrativa al servicio del ciudadano y su sometimiento pleno a la ley y al derecho ex artículo 141¹⁴ Constitucional, esto es, la recaudación tributaria no es un fin en sí misma, ni la recaudación ni la practicabilidad administrativa, justifican una tributación inconstitucional, ya que, como ordena el mandato constitucional, esta solo está al servicio de la tributación con arreglo a la capacidad económica. Así las cosas, se puede apreciar que la promoción y protección de los derechos humanos es una dimensión de eficiencia en la tributación.

La capacidad económica, como soporte axiológico del tributo, se mueve en una doble dimensión de tipo horizontal y vertical.

Horizontalmente, implica que sujetos con la misma capacidad económica tributen por el mismo concepto en igualdad de circunstancias, esto es, se proscriben las discriminaciones impositivas. Esta prohibición se subsume en la prohibición constitucional más general regulada por el artículo 21(1) Constitucional.

Verticalmente, la igualdad no implica que todo contribuyente deba ser tratado en idéntica situación (bases imponibles) cuando tienen capacidades económicas distintas a los fines del tributo de que se trate. Tales diferencias

¹⁴ Artículo 141 de la CRBV: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

de tratamiento pueden existir «...siempre que esas diferencias no violen los límites de la racionalidad». De igual forma implica que la presión del gravamen debe aplicarse progresivamente, esto es, la carga contributiva individual debe aumentar en una proporción mayor al incrementar la riqueza disponible, típicamente vinculada a aumentos de la alícuota o del tipo de gravamen. La progresividad es una técnica que se asocia con la redistribución de la renta.

Como quiera que el principio de capacidad económica se fundamenta en los principios de la función social de la propiedad y solidaridad, quien más tiene más puede contribuir al gasto común, razón por la cual, en este sentido parece coherente concebirlo como «capacidad económica progresiva». La progresividad tiene su ejemplificación y realización más saliente en el impuesto sobre la renta y los impuestos personales, como el que grava en forma directa el patrimonio. Sin embargo, en el caso de los impuestos indirectos, la virtualidad de la progresividad se dificulta técnicamente, pero puede promoverse o, su contrario, la regresividad, puede morigerarse mediante otras técnicas tributarias tales como las dispensas tributarias (p.e. exención a bienes de consumo esencial en el IVA) y los créditos impositivos (p.e. rebajas o bonificaciones a la cuota a pagar por nuevas inversiones, inversiones ambientales, sociales, cargas de familia).

De esta forma puede controlarse la razonabilidad de los impuestos extraordinarios (de guerra, temporales en emergencia económica) y los fines extrafiscales de la tributación, los cuales deben justificarse para proteger la economía nacional y que por su intensidad, nunca pueden tener efecto confiscatorio, según expresa prohibición constitucional en refuerzo del derecho de propiedad y de la libertad económica. En íntima relación con los fines extrafiscales, se conectan los tributos parafiscales y otras formas de tributación atípicas, en promoción de fines de solidaridad y defensa de bienes constitucionales como el medio ambiente, seguridad social, la prevención antidrogas, la promoción del conocimiento, la innovación de las nuevas tecnologías y otros.

En suma, la tributación, al tener una función instrumental, no es un fin en sí misma, debe responder al principio de necesidad, que es la piedra de fundamentación de todos los derechos humanos. No se conciben los derechos sin necesidades que satisfacer, así como no se concibe una tributación abstracta, asistemática, meramente recaudatoria, que no procure desde su perspectiva de ingreso público, el cumplimiento de objetivos valiosos para el ser humano y su comunidad y mucho menos una tributación que se convierta en una cortapisa a la promoción efectiva del derecho humano.

3. LA TÉCNICA NORMATIVA DE LAS INMUNIDADES TRIBUTARIAS

A. Concepto

Las inmunidades tributarias constituyen una modalidad normativa de *no sujeción* impositiva sobre aspectos vitales para el goce de los derechos fundamentales. El reconocimiento y mantenimiento de tales límites pueden o no estar consagrados *expresamente* en el texto constitucional, pero lo crítico es que derivan directamente de la consagración del respeto y protección de los derechos humanos. Tales inmunidades implican o bien la negativa absoluta de que la tributación incida sobre una determinada esfera, o la necesidad de garantizar que el diseño del tributo no constituya una afectación negativa al ejercicio de los derechos humanos, más bien que los promueva o que se promuevan tratos o soluciones coherentes a la efectividad de los mismos.

Algunas legislaciones han reconocido expresamente en el texto Constitucional la existencia de las inmunidades tributarias¹⁵. No obstante, en la mayor parte de los casos, las legislaciones las han recogido como formas de exención o como exoneraciones, lo cual resulta técnicamente incorrecto. Ese desenfoque conceptual y el diferente tratamiento normativo, generan ineficiencias en la efectiva protección de esos derechos frente a la tributación. Por una parte, el

¹⁵ El principio de inmunidad tributaria es recogido en el artículo 150 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 (Texto Consolidado hasta la enmienda No. 99 del 14 de diciembre de 2017, que entró en vigor el 5 de octubre de 1988, según Texto consolidado *até a Emenda* Constitucional No. 66 de 13 de julio de 2010), que contempla que «Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: [...] VI establecer impuestos sobre: a) patrimonio, renta o servicios, unos de otros; b) templos de cualquier culto; c) patrimonio, renta o servicios de los partidos políticos, incluyendo sus fundaciones, de las entidades sindicales de los trabajadores, de las instituciones de educación y de asistencia social, sin fines lucrativos, atendiendo a los requisitos de la ley; d) libros, diarios, periódicos y el papel destinado a su impresión; e) fonogramas y videofonogramas musicales producidos en Brasil conteniendo obras musicales o literomusicales de autores brasileños y/u obras en general interpretadas por artistas brasileños, así como los soportes materiales o archivos digitales que los contengan, salvo en la etapa de replicación industrial de los medios ópticos de lectura a láser. 1. La prohibición del inciso III, b), no se aplica a los impuestos previstos en los arts. 153, I, II, IV y V, 154, II. 2. La prohibición del inciso VI, a) se extiende a los organismos autónomos y a las fundaciones establecidas y mantenidas por el Poder Público, en lo que se refiere al patrimonio, a la renta y a los servicios, vinculados a sus finalidades esenciales o derivadas de ellas. 3. Las prohibiciones del inciso VI, a), y del párrafo anterior no se aplican al patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con la explotación de actividades económicas regidas por normas aplicables a empresas privadas, o en las que haya contraprestación o pago de precios o tarifas por el usuario, ni exonera al promitente comprador de pagar el impuesto relativo al bien inmueble. 4. Las prohibiciones expresadas en el inciso IV, líneas b) y c), comprenden solamente el patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con las finalidades esenciales de las entidades en ellas mencionadas. 5. La ley establecerá medidas para que los consumidores sean informados acerca de los impuestos que incidan en mercancías y servicios. 6. Cualquier amnistía o remisión que afecte a la materia tributaria o de previsión social o solo podrá concederse a través de ley específica federal, estatal o municipal. Consultada en: http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=579494&www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=16434803&idBinario=16434817267224.

establecimiento de inmunidades tributarias como formas de no sujeción implica, de plano, la inexistencia del supuesto que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, sea porque no se trata del evento que el legislador desea gravar, o sea porque se trata de uno de los supuestos sobre los cuales existe una prohibición absoluta de tributación. No obstante, las exenciones responden a elementos de política fiscal, estándole dado al legislador su diseño y creación. Mientras la no sujeción constituye una prohibición absoluta al legislador, las exenciones dependen de la voluntad del legislador, derivándose de la necesidad de estimular una determinada actividad.

B. Ventajas prácticas

La aceptación de la existencia de inmunidades tributarias respecto de los derechos humanos, permitiría el control de la normativa tributaria frente a los principios constitucionales clásicos y también bajo la consideración del costo y beneficio efectivo que la tributación tiene sobre la esfera de derechos de los ciudadanos. La precisión de la vigencia de este concepto en nuestro ordenamiento constitucional, podrá permitir el reconocimiento de que existen ciertos elementos sobre los cuales no podrá incidir la tributación o que dicha tributación estará limitada. De esta forma, si el legislador llegase a crear tributos sobre estas esferas protegidas constitucionalmente, sería posible solicitar la nulidad de la norma respectiva ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o su desaplicación a través del control difuso.

Por su parte, si pretendiéramos que, como se establece formalmente en la mayor parte de las legislaciones –incluyendo la venezolana–, se confunden los supuestos de inmunidad tributaria con situaciones de exención y que, en consecuencia, responden a elementos de política legislativa, será más difícil la justificación del control constitucional de dichas disposiciones, bajo el entendido de que su reconocimiento depende libremente del legislador. Como puede apreciarse, la precisión del concepto se hace esencial a los fines de determinar los límites de la actuación del juez constitucional, así como la forma como se hará efectiva la tutela de los derechos humanos¹⁶.

¹⁶ El caso clínico de confusión entre los conceptos comentados y el tratamiento de sus consecuencias, lo representa la decisión de la Sala Constitucional que declaró la inaplicación del IVA sobre los servicios médicos privados, bajo el argumento de la precedencia de la salud pública respecto del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad contributiva. En forma técnicamente incorrecta la Sala Constitucional declaró «exento» el servicio de salud del impuesto en cuestión, justificando que: «...no puede el Estado, [...] promover la desigualdad en cuanto a la garantía de acceso a los servicios de salud, mediante la aplicación de un impuesto al valor agregado a los contribuyentes que requieran de atención médico asistencial, odontológica, de cirugía y hospitalización prestados por instituciones privadas». Obsérvese que la Sala Constitucional en vez de reconocer una no sujeción sobre la prestación del servicio en resguardo de la prioridad del derecho a la salud, declaró por vía de amparo la existencia de una exención sobre dichas prestaciones, esto es, legisló creando una dispensa impositiva.

Los planteamientos teóricos anteriores pueden ser concretados en la práctica, mediante el examen de la forma como la tributación incide en el disfrute de los derechos humanos. En primer término, debemos recordar que el Estado debe asumir un rol activo en la protección de los derechos humanos, no solo absteniéndose de asumir conductas que cercenen tales derechos (derechos de abstención), sino llevando a cabo acciones que materialicen su disfrute (derechos prestacionales). Si bien todo tributo incide en alguna forma en los derechos humanos, fundamental y primeramente en el derecho de propiedad y de libertad económica, la injerencia de dicho tributo no puede resultar en la conculcación del disfrute de tales derechos, y así debe garantizarlo el Estado en el diseño del sistema tributario.

Por ello, el Estado no puede, ni debe, ser un mero observador del impacto de los tributos en los individuos, justificando su actuación en la existencia de necesidades colectivas, sino que debe introducir los correctivos para preservar los equilibrios necesarios para permitir el goce efectivo de los derechos individuales. Lo contrario, predeterminedar la tributación sobre un interés colectivo superpuesto a los derechos fundamentales del individuo, no solo contradice insalvablemente el Texto Fundamental vigente, sino que introduce una indeseable y peligrosa «teoría política colectivista»¹⁷, desde luego *injustificada*, cuando la tendencia –y la propia Constitución de 1999– apunta a justificar la precedencia *prima facie* de los derechos individuales frente a los bienes colectivos, como lo propone Robert Alexy¹⁸.

Existen diversas situaciones en las cuales puede constatarse la forma como la tributación afecta negativamente el goce de los derechos humanos. Tal podría ser el caso del derecho a la salud, cuando se crean tributos indirectos sobre los servicios médico–asistenciales o sobre alimentos de la cesta básica. También puede conculcarse el deber de protección del salario cuando se crean tributos que no toman en cuenta las condiciones personales del trabajador o las que son necesarias para el libre desenvolvimiento de su personalidad. Por su parte, la creación de tributos sobre instituciones religiosas por las donaciones percibidas por ellas, podría afectar el derecho a las libertades de culto y de

Lo idóneo habría sido que el Juez constitucional reconociera la inmunidad, con el mismo efecto de la no tributación y no usurpar una función del legislativo para crear la dispensa impositiva. Ver Sentencia del 5 de junio de 2003, caso *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano, Fernando Bianco y otros en acción de nulidad y amparo contra Ley de impuesto al valor agregado*, consultada en Urso, Giuseppe y Díaz, Valmy, *El IVA ‘una década de jurisprudencia en Venezuela’*, Caracas 2004, p. 137.

¹⁷ Se afirma que la concepción autoritaria de los derechos humanos tergiversa las potestades del Estado como cuerpo que personifica el interés social, para terminar, degradándose en una práctica que subordina en todos los casos el derecho individual al interés que el Estado representa o dice representar. Cfr. DELGADO, Francisco J.: *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas 2017, p. 127.

¹⁸ Vid. ALEXY, Robert: *El concepto y validez del derecho*, 2.ª edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 208.

pensamiento. El derecho a la información y a la educación, por su parte, se ven afectados cuando se generan tributos indirectos sobre la venta de periódicos, revistas informativas, libros, así como sobre servicios educativos. Igualmente, la negativa del reconocimiento de exenciones del impuesto sobre la renta respecto de los enriquecimientos percibidos por entidades sin fines de lucro, como las instituciones religiosas, benéficas, educativas y otras similares, puede derivar igualmente en la afectación de algunos de los derechos mencionados.

C. El derecho al mínimo vital

Por ejemplo, en el derecho internacional de los derechos humanos hay un consenso en que existe una zona de no imposición que constituye una medida económica representativa de ausencia de capacidad contributiva a los gastos generales, como expresión del derecho al respeto de la dignidad humana en el Estado Social y de Derecho. Ese derecho humano suele identificarse bajo el concepto de «mínimo vital». Lo importante es que esa zona de no imposición sea efectiva, y cumpla su propósito de permitir la retención económica de los recursos necesarios para la atención de las necesidades vitales y familiares del contribuyente, frente a la tributación¹⁹. Así lo ha puesto de relieve la Corte Constitucional Alemana al desarrollar la doctrina del «derecho humano a una existencia digna», destacando que este derecho ha tenido un efecto *irradiante* sobre el Impuesto Sobre la Renta (ISR) en ese país, concluyendo, en consecuencia, que la dignidad humana condiciona al legislador para preservar de la tributación una parte de la renta necesaria para cubrir un mínimo de subsistencia del contribuyente²⁰.

Hoy existe un fructífero diálogo jurisprudencial sobre el derecho al *mínimo vital*, que representa fuente de derecho en la materia de derechos humanos²¹,

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. ENGLISH, Joachim: «The impact of human rights on domestic substantive taxation—the German experience», en *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam 2011, p. 287. La Corte ha especificado que ese umbral de subsistencia mínimo no debe ser inferior a aquello necesario para cubrir la asistencia social. Incluso, ha dicho que, en ningún caso, se puede evadir esta obligación parapetándose en la existencia de programas sociales para justificar una tributación excesiva, pues ello contravendría los principios de responsabilidad individual de la persona y subsidiaridad de la asistencia social que la Corte deriva del contexto de los derechos de libertad consagrados en la Constitución. Más aún, la Corte Constitucional ha aceptado reglas que definen montos fijos para pre-determinar ese mínimo de subsistencia, solo si cubre razonablemente los gastos que son necesarios, idóneos y proporcionados para tal fin. Finalmente, ha dicho que la protección del mínimo vital está por encima de la situación presupuestaria y no puede ser una mera declaración de buena voluntad.

²¹ Vid. AYALA C., Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección de Estudios Jurídicos No. 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 18.

permitiendo que el análisis comparado en cuestiones concretas suministre nuevos argumentos, perspectivas y soluciones de gran utilidad²². Tal es el caso de las importantes decisiones de la Suprema Corte Mexicana²³ y de la Corte Constitucional Colombiana²⁴, solo por nombrar algunas en el caso de América Latina.

Este concepto de mínimo vital se extendería a otros tributos como el que grava el patrimonio, excluyendo aquellos bienes tales como la vivienda principal enseres y de uso personal, que no representan, ni deben representar, índices de capacidad contributiva. También tendría significación a pro-

²² Cfr. HERRERA M. Pedro: *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 37.

²³ La Suprema Corte Mexicana ha caracterizado el «mínimo vital» como «...el mínimo existencial [...] que permite la subsistencia del causante como agente titular de derechos y obligaciones en un Estado social y democrático de Derecho», lo que: «...entraña una garantía de las personas, por virtud del cual el legislador, al diseñar el objeto de las contribuciones e identificar la capacidad idónea para contribuir, debe respetar un umbral libre o aminorado de tributación, según sea el caso, correspondiente a los recursos necesarios para la subsistencia de las personas, en el cual le está vedado ejercer sus facultades por no estar legitimada constitucionalmente la imposición de gravámenes sobre ese mínimo indispensable, es decir, un derecho por cuya virtud las personas no serán llamadas a contribuir en tanto no satisfagan sus necesidades más elementales, correlativo al deber del legislador de respetar este límite» Cfr. Décima Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I. Julio de 2013, Tesis 10a xxxix/2013, p. 53. Consultada en:

[http://200.38.163.178/sjfsist/\(f\(6hmkvqghdbt_twsupsu04lpdlkz0j5wkrzh0gljpxswaq0hlf6al-jkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvimgut5jwljh8t8nvoier7uno8l_5b5qmnncnecyvmebraime59g4gvvfpa8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1\)\)/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0](http://200.38.163.178/sjfsist/(f(6hmkvqghdbt_twsupsu04lpdlkz0j5wkrzh0gljpxswaq0hlf6al-jkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvimgut5jwljh8t8nvoier7uno8l_5b5qmnncnecyvmebraime59g4gvvfpa8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1))/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0)

²⁴ Ver el trabajo de QUIÑÓNEZ C., Natalia, «'Minimum vitalis' and the fundamental right to property as a limit to taxation in Colombia», en *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam 2011, p. 356. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, ha reconocido el *mínimo vital* como un derecho que se deriva de los principios del Estado Social de Derecho, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y dignidad humana. El denominado «derecho fundamental al mínimo vital», se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y exige analizar si quien no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente, puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que, ineludible y manifiestamente, agraven su situación de penuria. Cfr. entre otras las siguientes sentencias: T-005 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-015 de 1995 (M. P. Hernando Herrera Vergara); T-144 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-198 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero); T-500 de 1996 (M. P. Antonio Barrera Carbonell); T-284 de 1998 (M. P. Fabio Morón); SU-062 de 1999 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa). Ha señalado la Corte Constitucional que, «El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. En referencia a estas medidas positivas garantes del derecho fundamental al mínimo vital, en Colombia la jurisprudencia ha ordenado al Estado colombiano, a reconocer prestaciones positivas a favor de personas inimputables, detenidos, indigentes, enfermos no cubiertos por el sistema de salud, mujeres embarazadas».

pósito de los tributos que gravan el consumo, tales como el IVA, concretándose en la no sujeción de medicamentos, alimentos de primera necesidad, servicios de salud y educacionales. La tutela de este espacio no imponible, supondría limitaciones en el diseño que el legislador efectúe sobre tales derechos y la posibilidad de controlar judicialmente las normas que se dicten al respecto.

D. El deber de tratos coherentes

Una dimensión especial de efectividad para el respeto y protección a los derechos humanos, tiene lugar en la afirmación de tratos coherentes en el ordenamiento tributario. Esto implica que debe favorecerse todo aquel trato que sea consistente con la protección que se articula a favor de una situación determinada desde un tributo en particular, de modo que no sea neutralizada o contradicha en sus efectos prácticos por la acción de otros tributos, particularmente por los tributos sectoriales o de otros niveles políticos territoriales. Esta no es más que una exigencia de la racionalidad práctica, que predica como principios del razonamiento la universalidad y la coherencia de las decisiones, esto es, que la decisión no se limite a la solución del caso concreto, sino a la posibilidad de que sea reiterada como pauta para el futuro como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aún no tenidas en cuenta²⁵.

Así, por ejemplo, si se exime de un tributo al consumo o el goce de un servicio que atiende a la protección y fomento del derecho a la educación, no debe aplicarse otro tributo de la misma naturaleza que neutralice aquel efecto de fomento, o que encarezca el servicio que promueve el derecho a la educación.

En fecha reciente, algunos juzgados tributarios se han pronunciado sobre la necesidad de preservar un «...sistema tributario coherente y por tanto justo, en el que la distribución de las cargas públicas atienda a la capacidad económica del contribuyente protegiendo el nivel de vida de la población». En el caso de la contribución de ciencia y tecnología, el Tribunal Noveno Contencioso Tributario del Distrito Metropolitano, declaró la no imposición de ingresos brutos originados en la venta de productos exentos de Impuesto al Valor Agregado (IVA). El Tribunal reconoció, a partir de una justificación del texto constitucional, la existencia de una inmunidad tributaria (una implícita

²⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel: *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 158.

no imposición) para garantizar un efecto impositivo coherente con la política exentiva del IVA y de control de precios sobre la venta e importación de medicamentos, establecidos con el fin de abaratar sus costos de adquisición a la población. Esta posición interpretativa se ponderó en respeto al derecho humano a la salud²⁶.

Del mismo modo, el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró una inmunidad tributaria en la aplicación de la contribución de Ciencia y Tecnología, decidiendo que el tributo en comentarios no aplicaba a los ingresos brutos por la matrícula cobrada por una Universidad privada, no solo porque suponía una inconsistencia con el tratamiento exentivo en el IVA y en el ISR sobre el servicio y los enriquecimientos del servicio educativos, respectivamente, sino porque existe un manifiesto interés público en el acceso a la educación y en la promoción de la prestación del servicio educativo²⁷, del que el legislador tributario no puede desentenderse sin infringir el derecho humano a la educación.

²⁶ Señaló el Tribunal «comenzando por [proteger] el derecho a la salud de la población, entendiendo que una parte fundamental de este derecho inherente a la dignidad humana y a la vida, debe traducirse en la disponibilidad suficiente, oportuna y estable de medicamentos en el ámbito nacional y el acceso permanente a estos por parte del público consumidor», porque «...se pone en riesgo la salud y la vida de la población en general, en contradicción insalvable con la obligación del Estado de preservar estos derechos y valores fundamentales y de que el sistema tributario sea coherente con los fines socio-económicos de protección y elevación del nivel de vida de la población, cuando se incluye en la base imponible de un aporte como el de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación los ingresos exentos o exonerados del Impuesto al Valor Agregado, frustrando la intención del legislador de evitar encarecer el costo de esos productos por vía de repercusión económica, y con ello garantizar su adquisición a los sectores sociales más desposeídos». Sentencias No. 002/2017 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 16 de febrero de 2017, *Caso Farma, S. A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología* en <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2017/FEBRERO/210316AP41U20140003890022017>. HTML, y No. 2237/2017 del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de abril de 2017, *Caso Industria Venezolana de Productos Farmacéuticos de Consumo-Konsuma de Venezuela, S. A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*; No. 014/2016 *Caso Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*.

²⁷ El tribunal señaló que «... para proteger el carácter fundamental de la educación como ‘... un Derecho Humano y un deber social fundamental, al que tiene derecho toda persona, en igualdad de condiciones y oportunidades, el artículo 103 constitucional contempla una regla trasladable a todos los tributos, que obedece a la protección de la educación como valor y fin superior igualmente esencial al sistema tributario, que no pueden verse perturbadas o interferidas por objetivos meramente recaudatorios, al ser tan legítimos como aquellos. En efecto, señala la norma constitucional, que: ‘Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva’». Sentencia No. 014/2016 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 12 de diciembre de 2016, *Caso Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y tecnología* en: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2016/diciembre/210312ap41u20140003770142016.html>.

4. SOBRE LOS RIESGOS DE BANALIZACIÓN DEL DISCURSO SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA TRIBUTACIÓN

Todos los derechos cuestan. Los gobiernos necesitan recursos económicos para proporcionar actividades de seguridad, educación, salud y otros bienes públicos a la sociedad. Estos recursos provienen, en su mayoría, de los tributos que cumplen los particulares. Esos bienes generan externalidades positivas, esto es, sus efectos trascienden las relaciones particulares alcanzando a terceros.

Es necesario evitar una promoción ingenua, sin idoneidad técnica, respecto de estas decisiones normativas de fomento, para asegurar la efectividad de los derechos humanos en el contexto tributario: *(i)* evitar su banalización²⁸ por el abuso de discursos valorativos con intenciones espurias; o *(ii)* posibles excesos que devienen en abusos de protección, creando externalidades positivas que se traducen en oportunismo, anarquizan el sistema tributario y producen incentivos para la deserción en el cumplimiento tributario.

En efecto, debemos alertar de los peligros de la banalización y relativización del discurso sobre los derechos humanos, esto es, de cualquier intento retórico de apropiarse del prestigio de estos derechos para encubrir el decisionismo y la arbitrariedad, que conduzca a una disminución progresiva de su sentido y de su relevancia.

Así ha sucedido en nuestro medio en dos trágicos episodios de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *(i)* caso *Banco Nacional de Ahorro, Vivienda y Hábitat (BANAVIH)*; y *(ii)* caso *Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio*²⁹.

En el primer caso, la Sala Constitucional negó el carácter no tributario a los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), y por consiguiente la no aplicación del Código Orgánico Tributario a dichas obligaciones, en particular las reglas sobre prescripción de los tributos. A pesar de lo criticable de la posición anterior, lo insólito fue la calificación desproporcionada de «**imprescriptible**» que la Sala Constitucional atribuyó a la precitada obligación de aporte, con base en una inexplicable relación con los derechos

²⁸ Sobre «...el uso promocional o propagandístico del concepto derechos humanos...». Cfr. DELGADO, Francisco J.: *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas 2017, p. 111; Cfr. MASFERRER, Aniceto: «Derechos de nueva generación», en *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* / coord. por José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer, Rafael Enrique Aguilera Portales; Guillermo Escobar Roca (pr.), 2017, pp. 331-358.

²⁹ Sentencia de la Sala Constitucional No. 301/2007, de fecha 27 de febrero de 2007 y sus aclaratorias No. 390/20072 de 9 de marzo, publicada en G. O. No. 38.646, del 16 de marzo de 2007, así como la No. 980/2008 de 17 de junio del mismo año.

humanos a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social de los trabajadores que los desmerece por inatinerente y desproporcionada³⁰.

En el segundo caso, la Sala Constitucional declaró inconstitucional y reinterpreto subrepticamente el artículo 31 de la LISR, relativo la base imponible del ISR a las personas naturales bajo relación de dependencia, excluyendo de la tributación las percepciones que exceden el salario normal, tales como utilidades y bonificaciones. Esa posición se fundamentó en argumentos que solo apelan a las emociones, con el propósito de excluir el sentido de legitimidad de la norma reeditada. Para este fin, el Juez Constitucional se fundamentó en suposiciones sobre lesiones a la capacidad contributiva no demostradas, en contradicción con la técnica del ISR, que manda a la imposición sobre todos los incrementos efectivos de patrimonio (sean regulares, accidentales, en dinero o en especie)³¹. Los resultados de esta decisión frustran la efectiva vigencia del principio de progresividad de un tributo de tipo directo y personal como el ISR, siendo aún más lesiva del orden constitucional que la presunta situación que pretendió remediar. En definitiva, debe evitarse el riesgo de frivolarizar estos derechos que pueda desnaturalizarlos, restándoles vigor y eficacia real.

En suma, una correcta tutela de los derechos humanos supone una regulación que se alinee con la racionalidad técnica tributaria, que justifique la necesidad e idoneidad de las medidas normativas de protección del derecho humano frente a la tributación. La sola invocación del derecho no es suficiente. Debe ser demostrada y justificada tanto por el legislador, como ante el juez, mediante procedimientos que den cuenta de la ausencia de arbitrariedad e improvisación.

CONCLUSIONES

1. Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de *la dignidad humana*.
2. El goce efectivo de los derechos humanos es condición de posibilidad de la capacidad contributiva y condición de validez y legitimidad de la imposición.

³⁰ Cfr. «Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que niega el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al fondo de ahorro obligatorio de vivienda y los considera imprescriptibles, del 6 de diciembre de 2011», en *Doctrina Académica Institucional (pronunciamientos 1980-2012)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2013, p. 187.

³¹ Ver nuestros comentarios en el prólogo al libro ABACHE C., Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario 'Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de la pesadilla y el noble sueño'*, Librería Álvaro-Nora, Caracas 2015, p. 24.

3. La tributación tiene una función instrumental, no es un fin en sí misma. No se concibe una tributación abstracta, asistemática, meramente recaudatoria, que no procure desde su perspectiva de ingreso público, el cumplimiento de objetivos valiosos para el ser humano y su comunidad, y mucho menos una tributación que se convierta en una cortapisa a la promoción efectiva del derecho humano.
4. La técnica normativa de la inmunidad tributaria permite, desde la Constitución, definir límites o excluir la imposición para asegurar la protección de los derechos humanos.
5. Esto permite un control de la efectividad de la normativa tributaria frente a los principios constitucionales clásicos, y también bajo la consideración del costo y beneficio efectivo que la tributación tiene sobre la esfera de derechos de los ciudadanos. Evita que la protección del derecho humano se relativice en el umbral de las técnicas exentivas y de ajuste mediante créditos a la cuota a pagar, sometidas al control político del legislador o a la conveniencia y oportunidad recaudatoria del Gobierno.
6. Una correcta tutela tributaria de los derechos humanos supone una regulación que se alinee con la racionalidad técnica tributaria, que justifique la necesidad e idoneidad de las medidas normativas de protección del derecho humano frente a la tributación.
7. La sola invocación del derecho no es suficiente. Debe ser demostrada y justificada tanto por el legislador, como ante el juez, mediante procedimientos que den cuenta de la ausencia de arbitrariedad e improvisación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*, 2.^a edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, 211 p. ISBN 978-849-784-028-6.
- ANDRADE R., Betty, *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018, 250 p, ISBN: 978-607-474-409-5.
- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, 338 p, ISBN:978- 84-9879-698-8.
- AYALA C., Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección de Estudios Jurídicos No. 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 295 p. ISBN 978-980-365-188-6.
- DELGADO, Francisco J, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas 2017, 189 p. ISBN 978-980-747-810-6.
- DUQUE, C., Román, «Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que niega el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al fondo de ahorro obligatorio de vivienda y los considera imprescriptibles, del 6 de diciembre de 2011», en *Doctrina Académica Institucional*

- (*pronunciamientos 1980-2012*), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2013, 187 p. ISBN 978-980-6396-92-0.
- ENGLISCH, Joachim, «The impact of human rights on domestic substantive taxation-the German experience», en *Human Rights and Taxation in Europe and the World, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, Amsterdam 2011, 551 p. ISBN 978-90-8722-111-9.
- HERRERA M., Pedro, *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Complutense de Madrid, 2003, 135 p. ISBN 978-970-074-964-8.
- KATEB, George, *Human dignity*, Harvard University Press, Cambridge 2011, 257 p. ISBN 9780674284173.
- MASFERRER, Aniceto, «Derechos de nueva generación», en *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis / coord. por José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer, Rafael Enrique Aguilera Portales; Guillermo Escobar Roca (pr.)*, 2017, 358 p. ISBN 978-84-362-7350-2.
- MEIER G., Eduardo, «Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR», en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas, 2017, 530 p. ISBN 978-90-8722-111-9.
- QUIÑÓNEZ C., Natalia, «‘Minimum vitalis’ and the fundamental right to property as a limit to taxation in Colombia», en *Human Rights and Taxation in Europe and the World, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, Amsterdam 2011, 551 p. ISBN 978-90-8722-111-9.
- ROMERO-MUCI, Humberto, «Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna», Serie Estudios 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, 119 p. ISBN 978-980-12-9063-6.
- Prólogo al Libro de ABACHE C., Serviliano, «*Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de la pesadilla y el noble sueño*», Librería Álvaro-Nora, Caracas 2105, 365 p. ISBN 978-980-6571-78-5.
- Prólogo al libro de ANDRADE R., Betty, «*Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*», DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018, ISBN: 978-607-474-409-5.
- STARCK, Christian, «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán», en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Francisco Fernández Segado-Coordinador*, Dykinson Constitucional, Madrid 2008, 1209 p. ISBN 978-84-9849-195-1.
- URSO, Giuseppe y DIAZ, Valmy, *El IVA una década de jurisprudencia en Venezuela*, Caracas 2004, 212 p. ISBN: 980-12-0671-3.

LEGISLACIÓN

- Brasil. Constitución de la República Federal de Brasil, Texto Consolidado hasta la enmienda No. 99 del 14 de diciembre de 2017 que entró en vigor el 5 de octubre de 1988, según Texto consolidado até a *Emenda Constitucional No. 66* de 13 de julio de 2010.
- Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria*, el 19 de febrero de 2009.
- Venezuela. Decreto No. 2.680 del 18 de enero de 2016 mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta, el enriquecimiento neto anual de fuente territorial obtenido por las personas naturales, hasta por un monto en bolívares de seis mil unidades tributarias, en *Gaceta Oficial No. 41.077* del 18 de enero de 2017.
- Venezuela. Decreto No. 2.266 del 8 de marzo de 2016, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta el enriquecimiento neto anual obtenido por las personas naturales, hasta por un monto en bolívares equivalente a tres mil unidades tributarias en *Gaceta Oficial No. 40.864* el 8 de marzo de 2016.
- Venezuela. Decreto No. 3.185 del 5 de diciembre de 2017, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta el enriquecimiento neto anual obtenido por las personas naturales, hasta por un monto en bolívares equivalente a treinta y dos mil unidades tributarias en *Gaceta Oficial No. 41.293* del 5 de diciembre de 2017.

SENTENCIAS

- Sentencia No. T-005/95 de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D. C., del 16 de enero de 1995 (*caso Aria Delia Villalba de Abello*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-005-95.htm>
- Sentencia No. T-198/95 de la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá D. C. (*caso Expedientes acumulados T-65128; T-65136 y T-65137*), del 8 de mayo de 1995, consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-198-95.htm>
- Sentencia T-500/96 de la a Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D. C., del 4 de octubre de 1996 (*caso Cándida Rosa Sanabria Sanabria*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-500-96.htm>
- Sentencia No. T-284/98 de la Sala Número 8 de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D. C., del 4 de junio

- de 1998 (*caso Héctor de Jesús Ruiz Zapata y Otros*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-284-98.htm>
- Sentencia SU-062/99 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D. C., del 4 de febrero de 1999 (*caso María Cleofe Rodríguez Vda. de Ruiz*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU062-99.htm>
- Sentencia No. 1505 de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia de 5 de junio de 2003 (*caso Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano, Fernando Bianco y otros*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1505-050603-03-0124%20.HTM>
- Sentencia No. 301/2007 de la Sala Constitucional del 27 de febrero de 2007 (*Caso Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM>
- Sentencia No. 390/2007 de la Sala Constitucional del 9 de marzo de 2007 (*Aclaratorias del caso Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio*), en *Gaceta Oficial No. 38.646*, del 16 de marzo de 2007, consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/390-090307-01-2862.HTM>
- Sentencia No. 980/2008 de la Sala Constitucional del 17 de junio de 2008, (*caso Carlos César Moreno Behermint*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/980-170608-01-2862.HTM>
- Sentencia Décima Época, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional), julio de 2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I, Tesis 10a xxxix/2013, consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(f\(6hmkvqghdbt_twsupsu04lpdlkz0j5wkrzh0gljpxswaq0hlf6al-jkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvmgut5jwljhf8t8nvboier7uno8l_5b5qmncnecyvmebraime59g4gvvfp8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1\)\)/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0](http://200.38.163.178/sjfsist/(f(6hmkvqghdbt_twsupsu04lpdlkz0j5wkrzh0gljpxswaq0hlf6al-jkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvmgut5jwljhf8t8nvboier7uno8l_5b5qmncnecyvmebraime59g4gvvfp8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1))/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0)
- Sentencia No. 014/2016 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 12 de diciembre de 2016 (*caso Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2016/diciembre/210312ap41u20140003770142016.html>
- Sentencia No. 002/2017 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Cara-

cas, del 16 de febrero de 2017 (*caso Farma, S. A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2017/FEBRERO/210316AP41U20140003890022017>. HTML

Sentencia No. 2237/2017 del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de abril de 2017 (*Caso Industria Venezolana de Productos Farmacéuticos de Consumo-Konsuma de Venezuela, S. A.*).

Arbitraje Internacional por empresas: Prevención ante vulneraciones de los Derechos Humanos

Nazareth Romero¹

MCI Arb Árbitro – ArbitralWomen

*Experta en Gestión Civil Internacional de Crisis – Derecho Internacional Humanitario
por Escuela de Guerra del Ejército. Ministerio de Defensa. Ministerio de Asuntos Exteriores
Experta externa de DG Justicia–Asuntos Interiores Comisión Europea*

INDICE: 1. *Introducción.* 2. *Principios Generales de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.* 3. *Mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado: Arbitraje Internacional* 4. *Arbitraje Internacional prevención ante vulneraciones empresariales internacionales en Derechos Humanos* 5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación se centra en transmitir la situación del arbitraje internacional en su incorporación por empresas como método preventivo y/o, como método de resolución, ante la vulneración de derechos humanos. Estas empresas que consideramos en esta breve comunicación son empresas trasnacionales como origen del Derecho Internacional de Inversiones pues están influidas por factores económicos, comerciales y tecnológicos, desarrollados por factores históricos diversos como pueden ser las descolonizaciones, la

¹ Nazareth Romero es Abogada ICAM 1990-43200 y CCBE N3400-02261 -Socia España de Ovoli Frugoni Romero Abogados, responsable del Área de Arbitraje. Procesal Internacional. ADR; Docente en la Universidad UDIMA –CEF, en el Master de la Abogacía en la especialidad de Arbitraje–Mediación–Conciliación ADR. Y, Docente de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales así como Análisis Económico del Derecho en la Universidad Marconi (Italia). Docente invitada en: Universidad Sergio Arboleda de Colombia–Campus Madrid en la materia de Arbitraje de Inversión y, sobre reconocimiento y ejecución del Laudo extranjero en la Università Suor Ursola Benincasa, Nápoles.

creación de nuevos Estados, las dos Guerras Mundiales, la globalización; es decir, la incipiente creación de un escenario geoestratégico mundial cambiante, donde los Estados son protagonistas pero las empresas, como personas jurídicas, necesitan realizar sus intercambios comerciales más allá de sus fronteras naturales y crear un comercio que se remonta a las épocas de fenicios, griegos y romanos, pero que está vigente en nuestros días y necesita una normativa que le otorgue derechos, también deberes. Otorgan protagonismo al nacimiento de las relaciones jurídicas y los métodos de resolución de sus diferencias a través del Arbitraje Comercial y el Arbitraje de Inversiones, pues los movimientos de estas empresas transnacionales ocasionarán diferencias, también beneficios, en los Estados de acogida que serán distintos de sus Estados de origen, creando desigualdad en los ingresos y en la asignación de recursos, compitiendo en zonas económicas que necesitan regulaciones y reglamentaciones entre asuntos públicos y asuntos privados empresariales internacionales.

Para ello nos vamos a basar en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar».

En las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional se producen situaciones de conflicto que requieren el uso de medidas que permitan reconducir, mejorar o mantener las relaciones entre los partícipes en la discordia. La evolución del Derecho Internacional contemporáneo va a producir un incremento en el número de sujetos del Derecho Internacional, toda vez que la separación entre éste y los Derechos internos, ocasionaba que el individuo estuviera al margen del Derecho Internacional y solo cuando el Derecho Internacional se convertía en Derecho interno, podía ser invocado por los particulares, personas físicas o jurídicas. Va a permanecer, como base, la estructura interestatal de acercamiento, pues se está humanizando y socializando, además de incorporar y añadir las funciones relacionales y competenciales del desarrollo integral de individuos y pueblos por vía de una cooperación institucionalizada. Esta cooperación otorga subjetividad a las organizaciones internacionales.

La controversia es innata en el ser humano, y los conflictos entre los Estados adoptan a veces la forma de controversia internacional. Esta controversia tiene una existencia objetiva, independientemente del reconocimiento formal de una parte o de la otra parte en conflicto y la existencia de una controversia internacional exige que sea delimitada de forma precisa y certera. Que la controversia sea discutida, permite que la controversia exista y haya que buscar una solución.

Las relaciones entre los diversos sujetos –Estados, organizaciones internacionales, las personas y los pueblos– no son siempre de armonía, entendimiento

y cooperación, puesto que pueden producirse situaciones que las perturban, producidas por distintas causas.

El arreglo pacífico de las controversias en Derecho Internacional, no impone que los Estados estén obligados a un resultado, pues no están presionados a conseguir una solución imperativa en Derecho. Los Estados tienen una obligación de comportamiento para conseguir y procurar, sobre la base de buena fe y con espíritu de cooperación, una solución justa y en el menor tiempo posible de la controversia. Sobre los Estados viene establecido el principio de libertad en la elección del medio de arreglo. Ello supone, bien que los Estados parte no se pongan de acuerdo en cuanto a medio alguno, o bien puedan convenir un arreglo que no conlleve necesariamente la solución de la controversia, con un límite preciso y es que no cabe el recurso a medios no pacíficos. Ello en base al artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y, en la Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, sobre Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, al exponer: «Los Estados procurarán llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales, debiendo abstenerse de toda medida que pueda agravar la situación». Sobre el principio de la libertad de elección de medio en la solución de las controversias internacionales, se produce al ostentar los Estados el principio de igualdad soberana. Distinguimos que en Derecho Internacional clásico, esa solución de controversias permitía el recurso a la guerra, mientras que en Derecho Internacional contemporáneo, está prohibido el uso de la fuerza, por tanto la declaración de guerra, también en base a la Carta de Naciones Unidas en su artículo 2, al manifestar que: «Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal modo que no se ponga en peligro ni la paz y seguridad internacionales ni la justicia». Los Estados no tienen el deber impuesto de solucionar sus controversias por medios jurídicos y tampoco de solucionarlas efectivamente. El uso de la libertad soberana de elección de medio, el principio de autonomía de la voluntad, ha permitido a los Estados instar esa solución de las controversias.

2. PRINCIPIOS GENERALES DE NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

En la solución de controversias en Derecho Internacional, destacamos el valor que los Estados dan a la costumbre en la elaboración de la norma y su utilización histórica, que permite la creación de principios generales del Derecho que los Estados para resolver sus conflictos internacionales tienen presentes, gestionando su conflicto y son los siguientes Principios, que enumeramos: (a) igualdad soberana de los Estados; (b) libre elección de medios para resolver la

controversia; (c) no existe imposición en el método de resolución, que puede ser autónoma y libremente elegido por el Estado, sea este: un método jurisdiccional, o bien, un método no jurisdiccional; (d) no existe prioridad en la elección del método jurisdiccional o método no jurisdiccional; (e) la obligación de los Estados en la resolución de la controversia suscitada es de comportamiento y no de resultado; (f) los Estados actúan desde la buena fe como objetivo de la solución pacífica.

Se considera como inicio del Derecho Internacional contemporáneo, la creación de la Sociedad de Naciones que se instituye para fomentar la cooperación entre las naciones, garantizar la paz y la seguridad como manifestación de cooperación internacional institucionalizada con vocación universal y con fines generales. Los Estados aceptaban compromisos para no recurrir a la guerra. El Tratado que históricamente renuncia a la guerra como instrumento político, es el Tratado de París de 1928, el llamado Pacto Briand-Kellogg que contó con la participación de cincuenta y siete Estados. Son notables sus esfuerzos en la construcción de la paz, unido a la cooperación institucionalizada en materias económicas, sociales y técnicas; igualmente, la protección de las minorías nacionales, el impulso de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Es importante destacar que el logro de la Sociedad de Naciones fue sin duda que, unido al concepto de Estado soberano, se creaba la organización internacional, como instancia de cooperación permanente e institucionalizada en la que participaban todos los Estados, favoreciendo un orden de paz en todas sus dimensiones. El tránsito del Derecho Internacional clásico al contemporáneo se produce a partir de la Segunda Guerra Mundial –1945–, produciéndose un profundo cambio en la sociedad internacional con la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas se crean tras la Segunda Guerra Mundial a través de las diferentes reuniones en las que participaron Reino Unido, Unión Soviética, Estados Unidos y China. Se establecen las bases para la creación de una nueva organización mundial. En la Conferencia de Yalta en febrero de 1945, los Presidentes Roosevelt, Stalin y Churchill acuerdan convocar en San Francisco la Conferencia de las Naciones Unidas, que se celebra entre abril y junio de 1945. Es el 25 de junio de 1945 cuando se adopta por unanimidad la Carta de las Naciones Unidas junto al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que forma parte de ella. Son miembros de Naciones Unidas 193 Estados.

En la Carta de Naciones Unidas se establecen como propósitos: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, unido al fomento de las relaciones de amistad, la realización de la cooperación internacional y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar los anteriores propósitos. Asimismo son principios de esta Carta: la igualdad soberana de

los Estados, el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, el arreglo pacífico de las controversias internacionales, la abstención del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza, la asistencia a las Naciones Unidas en cualquier acción que ejerza y la no intervención en los asuntos internos de los Estados, unido a la facultad que se otorga a Naciones Unidas respecto de los no miembros para que se conduzcan de acuerdo con los anteriores principios en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Empresas, y su relación con derechos humanos, forma parte del devenir histórico hoy globalizado, no es un tema nuevo, si bien el enfoque que desarrollamos tiene en la década de los años 1990 la preocupación a nivel político mundial, según dice J. Ruggie en la Introducción de su Informe, con ello prosigue, exponiendo que esta situación reforzó la conciencia social del impacto de las empresas sobre los derechos humanos y también atrajo la atención de las Naciones Unidas. Así la primera iniciativa, impulsada por las Naciones Unidas, fueron las denominadas Normas sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, elaboradas por un órgano subsidiario de expertos de la antigua Comisión de derechos humanos. Precedente del actual Informe de J. Ruggie que inicia su andadura en 2005 como: «*Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*».

Se creó una página web concreta sobre la materia, vigente en la actualidad con notable contenido. Unido a lo anterior, en 2007, aún en desarrollo la materia, se consigue un impulso con el Marco para «proteger, respetar y remediar» a través de la resolución 7/8. Este Marco, según especifica la Introducción del Informe, se basa en tres principios fundamentales: (1) La obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; (2) el segundo es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades; (3) el tercero es la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales.

Seguimos su criterio y razonamiento, pues estos principios constituyen un elemento esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el

acceso a vías de reparación, porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados, pueden impedir totalmente que se cometan abusos. Los Principios Rectores son fruto de este dialogo internacional.

Nos interesa destacar que estos Principios Rectores aspiran a ofrecer una orientación práctica y una orientación basada en experiencias reales, si bien: «Los propios principios son universalmente aplicables, los medios utilizados para su aplicación reflejarán el hecho de que vivimos en un mundo con 192 Estados Miembros de las Naciones Unidas, 80.000 empresas transnacionales, un número diez veces mayor de filiales e innumerables millones de empresas nacionales, que en su mayoría son pequeñas y medianas empresas. Por lo que respecta a los medios de implementación no hay pues una "talla única" para todos los casos».

Los Principios Rectores se basan en proteger, respetar y remediar en el reconocimiento de: (a) las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; (b) el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad, que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; (c) la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

Este reconocimiento se desarrolla desde: I. El deber del Estado de proteger los Derechos Humanos; II. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; III. Acceso a mecanismos de reparación.

Es en este Tercer Pilar (III), Acceso a mecanismos de reparación, donde profundizamos seguidamente.

3. MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE RECLAMACIÓN DEL ESTADO²: ARBITRAJE INTERNACIONAL

Se basan estos mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado en un principio fundacional: «Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o

² Pacto Mundial Naciones Unidas –desarrollo empresas sostenibles: https://www.pacto-mundial.org/wp-content/uploads/2018/02/Flyer-New-Strategy-GC-2018_20180126.pdf

jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces». Unido a los Principios Operacionales de: «Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas».

19. Enumera unos criterios de eficacia, Principio 31, de los mecanismos de reclamación extrajudiciales, exponiendo que estos mecanismos, tanto estatales como no estatales, deben ser:

- a) Legítimos: Suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación.
- b) Accesibles: Ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos.
- c) Predecibles: Disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación.
- d) Equitativos: Asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto.
- e) Transparentes: Mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego.
- f) Compatibles con los derechos: Asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- g) Una fuente de aprendizaje continuo: Adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro.

Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

- h) Basarse en la participación y el diálogo: Consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

4. ARBITRAJE INTERNACIONAL: PREVENCIÓN ANTE VULNERACIONES EMPRESARIALES INTERNACIONALES EN DERECHOS HUMANOS

Desde el *Center for International Legal Cooperation –CILC–*, se creó un Proyecto desde el Grupo de Arbitraje Empresarial y Derechos Humanos, en adelante BHR_ARB_CILC, que han emitido su primer Informe el 25-26 de enero de 2018, según su Primera reunión, a fin de abordar en 2019 las conclusiones al mismo. El Proyecto hace una valoración dando soluciones prácticas enmarcadas en la Sección III de Acceso a mecanismos de reparación no estatales de los Principios Rectores NNUU.

Nos adherimos al contenido, en evolución, de este Proyecto pues consideramos plenamente posible y ejecutable su implementación viendo el desarrollo que a fecha de hoy va sustanciándose, a fin de dar forma concreta a los criterios de eficacia en los mecanismos de reclamación extrajudicial en vía internacional de los Principios Rectores NNUU. En concreto, en la relación entre el arbitraje por empresas transnacionales ante posibles vulneraciones de Derechos Humanos.

Desde el Proyecto de BHR_ARB_CILC, desarrollan y acogemos, que el principio fundamental de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, PRNNUU, sobre empresas y derechos humanos, es que los Estados deben garantizar el acceso a un recurso efectivo. El proyecto de BHR_ARB_CILC se basa en el Tercer Pilar de los PRNNUU sobre el acceso a la reparación, que menciona mecanismos de solución tanto judiciales como no judiciales. Así se cita en cuanto a no judiciales el desarrollo de los puntos de contacto nacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en adelante OCDE. Alude además que los mecanismos no judiciales no estatales deben cumplir con los criterios de eficacia establecidos en el Principio 31 de los PRNNUU.

El recurso al arbitraje no se menciona exactamente por su nombre en los PRNNUU, pero como mecanismo privado de resolución lo deducimos incorporado en el Principio 28: los mecanismos de reclamación extrajudiciales no estatales. Y los criterios de eficacia del Principio 31 de los PRNNUU se han tenido en cuenta al elaborar el Proyecto BHR_ARB_CILC.

5. CONCLUSIONES

Consideramos que los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, constituyen un elemento esencial de un sistema interrelacionado y

dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el acceso a vías de reparación, porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados, pueden impedir totalmente que se cometan abusos. Los Principios Rectores son fruto de este diálogo internacional, acogemos su criterio y razonamiento como base sólida para empresas transnacionales concienciadas en la esencia de una empresa sostenible.

Acogemos el desarrollo del Proyecto BHR_ARB_CILC, pues desde el Grupo de Trabajo, se están desarrollando bases transparentes, eficaces para diseminar el arbitraje internacional a todos los sujetos del Derecho Internacional, permitiendo ver esta solución extrajudicial de controversias como un referente en las relaciones transnacionales de las empresas. El modelo de desarrollo de Reglas BHR_ARB_CILC desde el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI, Reglamento Arbitraje CNUDMI, es una base sólida supone neutralidad, transparencia y eficacia *erga omnes* al negociarse en el seno de Naciones Unidas–CNUDMI.

El modelo de desarrollo de Reglas BHR_ARB_CILC desde el Reglamento Arbitraje CNUDMI, supone acoger el diseño de un consenso mayoritario de la Comunidad Internacional. Además de acoger las Reglas de Transparencia de la CNUDMI, 2013, que le otorga consolidación de un proceso civil internacional de consenso creativo eficiente, focalizado a la mejora de la solución extrajudicial de controversias.

Enmarcamos el desarrollo de estas Reglas BHR_ARB_CILC en unión, y como método de transparencia, los 10 Principios del Pacto Mundial que derivan de declaraciones de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción y gozan de consenso universal Unidos a los Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS–, como misión del Pacto Mundial: los diez (10) Principios más los diecisiete (17) ODS.

Hoy, las empresas transnacionales, como personas jurídicas internacionales, tienen la responsabilidad e importancia de la uniformidad de criterios en el desarrollo sostenible, unido a la cooperación y la eficiencia en la creación de un sistema normativo de ámbito universal, que hace que la esencia de la naturaleza humana permanezca inalterable con el devenir histórico, las décadas precedentes y simultáneas que acontecen, pues hoy es siempre, todavía, para la evolución de los sistemas jurídicos internacionales, que ensalzan el valor del ser humano–empresa colaborativa desde el Estado, en el que se delimita su

territorio, pero que enmarca las relaciones con los otros Estados defendiendo su soberanía, pero expresando su capacidad de gestionar relaciones fuera de sus fronteras.

Las empresas transnacionales, en sus relaciones comerciales, se pueden regir en líneas amplias y generales por dos tipos de tratados que enumeramos y son: (a) tratados bilaterales de inversiones; (b) tratados de libre comercio. En ambos, la negociación del mejor mecanismo de solución de la controversia será la prevención en la incorporación de cláusulas escalonadas que faciliten la eficacia, transparencia y adecuado remedio cuando surge el escalamiento del conflicto. El Proyecto BHR_ARB_CILC desde el marco de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de Naciones Unidas, podrá otorgar mejor entendimiento en estos tratados. Hoy resuenan con intensidad los principios categóricos del filósofo E. Kant: «Obra de tal forma que lo máximo que puedas hacer en tu voluntad, revierta simultáneamente en ley universal, pues la capacidad de los Estados revierte en los pueblos, en suma, en las empresas, dotándolas de mayores protecciones, también responsabilidades, internacionales».

Un elemento arcaico del Derecho de Familia. La *Cognatio*

Ángel Sánchez de la Torre

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Hay cuestiones donde se precisa máxima delicadeza para atender datos y obtener conceptos. Y ello sucede en lo pertinente a las instituciones de la Familia, donde los procesos históricos se diversifican en cada uno de los grandes espacios geográficos. Cada vez es más difícil precisar conceptos que fueran válidos, si no hay un escenario común para diversos planos culturales y sociales. Y si este fenómeno de convergencia puede apreciarse, en gran medida, en la actual civilización globalizadora, ello resalta la gran indeterminación que permiten los conceptos que actualmente se aplican, cuya coincidencia es muchas veces más nominal que formal¹.

El objetivo que pretende alcanzar el breve ensayo que sigue, se atenderá a un asunto muy sencillo: cómo retrocediendo en el proceso institucional del Derecho de Familia, podemos llegar a las fuentes más originarias de un concepto que fue importante para marcar el sentido de un ordenamiento antiguo, concepto que estaba a su vez acompañado de otros cuyo conjunto permitía aclarar la consistencia del ordenamiento primitivo de la familia (centrado a su vez en las realidades que nos aporta el lenguaje latino empleado por los juristas romanos).

Esta «retrospección» nos permitiría observar² que muchas nociones jurídicas «sufren» por las interpretaciones de que algunas de sus instituciones son objeto, y por el forzamiento mental que algunas de sus normas causan, al ser introducidas en el juego normal de dichas instituciones, hasta el punto de encerrar

¹ Bastaría, como ejemplo, seguir el proceso evolutivo de la legislación acerca del Matrimonio en el ordenamiento jurídico español, desde hace un siglo hasta el momento actual.

² F. LARDUZE, «Les sources du droit révisitées par la notion d'organisation juridique», *Rev. Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2012, n. 68, pp. 175-224.

al concepto de Derecho en un recinto lleno de trampas, y no solo iluminado por claridades.

Efectivamente, la organización jurídica es, en este aspecto, una fuente más de Derecho, al indicar cómo la identificación de intereses, y su aclaración para ser manejados en los conceptos jurídicos formales, conduce a funciones concretas para los sujetos jurídicos interesados. Obviamente la «organización jurídica» abre vías a la estabilidad del sistema y a la libertad de decisiones. Pero desde ella, retrospectivamente, y en el actual ensayo llegando a épocas de que no nos llega constancia escrita o ni siquiera fáctica, se pueden buscar orígenes de algunos de los criterios vigentes en una «organización jurídica» actual, aunque no se llegue a precisar la plena existencia de un cierto «derecho espontáneo» ancestral.

Obviamente, para ello puede advertirse una disparidad de fuentes, alguna de las cuales habrá dejado de fluir. Si buscamos conceptos que tengan algo análogo a un concepto unitario de Derecho, no podemos analizar intereses individuales o colectivos atomizados o carentes de conexiones recíprocas, sino examinar cómo pueden converger, y hacer converger, grupos humanos, creando planos de cooperación y de seguridades que les confieran estabilidad y futuro.

Esa misma dificultad obliga a rebajar el nivel de las pretensiones científicas de este ensayo, al que habría que situar en el plano de aquellas «inferencias no demostrativas» que permitían a Bertrand Russell producirse con aquella libertad y talento que sus lectores le envidiamos. Para ello, al menos, tenemos que el principal de los conceptos que vamos a examinar, contenido en el término jurídico romano *cognatio*, estará proyectándose sobre personas y cosas, constará en actos que suceden tanto a unas gentes como a otras, será percibido por muchos de manera semejante, incluirá coincidencias que hagan pensar que algo hay en él que incita a examinarlo de modo análogo, y por ello, algún punto hará converger miradas múltiples, y algún factor habrá que induzca a denominar, tal fenómeno, bajo una misma palabra.

La realidad latente bajo el término *cognatio* (actos, significados, frecuencia, necesidad, etc.) ha de ser advertida en su composición (individuos, grupos, sociedad), a través de los acontecimientos en que consista («acontecimientos», o sea, «lo que haya que tener en cuenta»).

Observemos, ante todo, el horizonte donde se produce lo aludido en aquel término.

¿Qué hacemos cuando alguien ha nacido? Concretamente ¿qué hacemos con él? Para empezar, hay modos de comportarse en cualquier evento, y este es uno más entre muchísimos.

Hay actos anticipatorios que dirigen el desarrollo de las cosas de una manera típica, de tal modo que, en cuestiones vitales como esta, ya hay modos de comportamiento para practicar ciertas funciones características. En este supuesto, el recién nacido vendrá alumbrado por una parturienta, será registrado indicando el lugar y fecha de nacimiento, será sometido a prácticas sanitarias e higiénicas (cortar el cordón umbilical, lavado, envuelto, devuelto a su madre que lo pondrá junto a su cuerpo donde halle calor y alimento que calmen sus primeros vagidos).

Veríamos en esos actos, aspectos de modalidades de acción grupal, que abarcan aspectos biológicos combinados bajo una mentalidad que se estructura en torno a un fenómeno vital. No hay todavía en el recién nacido, afirmaciones individuales de conocimiento, de voluntariedad, de consciencia de su condición humana³. Antes que *cognatus* o *agnatus* el individuo humano es *praegnans*, cuyo destino se irá trazando desde ritos que acaecerán en torno a su nacimiento, tendentes a fijar elementos de su *status: status familiae, status libertatis, status civitatis* (una vez haya sido «acogido» por su madre, *caput familiae*, como veremos).

Tracemos un escenario provisional para el neonato.

Se trata de un *gnatus* (nacido), que ha sido aceptado al haber sido bañado (*cognatus*), es considerado como descendencia (*progenies*), dentro de una *gens* de la que el grupo que alberga a la madre es parte, grupo característico frente a otros vivientes (*genus*), cuya figura típica (*genius*) se reproduce en la figura del recién llegado al mundo, que está siendo ya depositado sobre las rodillas (*genu*) del compañero y protector de la madre (*gignitor, pater*) y reconocido como uno más entre los suyos (*genuinus, ingenuus*)⁴, no como uno cualquiera del grupo (*agnatus*).

Esto nos introduce en el centro de la cuestión que planteamos. La distinción que, cuando ya estaba vigente el *Ius Romanum*, se plantea entre los términos *cognatus* y *agnatus*. Esto que no tenía apenas importancia cuando su diferencia era definida por juristas del s. V d.C., y que a veces carece de interés para los investigadores del Derecho Romano, lo tenía cuando ni siquiera había contraposición entre ambos, pues solamente existía el primero de ellos.

³ Ya ha salido fuera del recinto de Disneylandia el que había escrito: «Todos los hombres nacen libres e iguales».

⁴ Según Grandsaignes d'Hauterive, *Dictionnaire des racines des langues indoeuropéennes* (1948), ed. 1994, *genuinus* significa «natural», «auténtico». Originariamente el padre, para mostrar que él mismo reconocía por suyo al recién nacido, le colocaba sobre sus rodillas. Los muslos eran vistos como partes del cuerpo dinamizadas por el acto sexual reproductivo.

Incluso se trata de una institución, la *cognatio*, que afirma sus articulaciones independientemente del matrimonio, en el sentido en que un jurista romano pudiera escribir que *nihil interest ex iustis nuptiis cognatio descendat, an vero non*. La *cognatio* es una relación que resulta de hechos concretos, de ritos concretos y de propósitos y funciones concretas de por sí. Aunque no haya conservado la solemnidad que en sus inicios debió tener (y que se mantienen, p. ej., en la *adoptio*), la *cognatio* como rito necesitaba una actividad esforzada, unas disposiciones que en su conjunto buscaban un premio, un parto comunitario que había de ser ganado mediante el propio dolor y el propio esfuerzo: *Qui coronam parit...*⁵

Lo que añade confusión es el modo de entender este concepto quienes intentan explicarlo. El gran H. S. Maine⁶ escribe que *cognatio* es la relación que surge a través de la común descendencia, a partir de la misma pareja de personas casadas, ya sea trazada por línea de varones o de hembras; y que *agnatio* es algo muy diferente, al incluir un número de personas a las que consideraríamos perteneciente a nuestro propio parentesco, pero incluye a muchos más a los que nunca tendríamos por familiares. Añade que *cognatio* es un término relativo, y el grado de conexión de sangre en él depende del matrimonio exactamente seleccionado para iniciar el cálculo de proximidad intergeneracional. Respecto a determinado matrimonio, *cognati* son hermanos y hermanas. Tomando por inicio el matrimonio de unos abuelos, *cognati* son tíos, tías, y todos sus descendientes de ambos sexos. Y afirma que tal inclusión es «arbitraria», para más tarde añadir que el fundante de la *agnatio* es la autoridad del *Pater Familias*. En mi opinión, entrevé que la *agnatio* sería una categoría cuando esté vigente el Derecho, no ya el ordenamiento interno de la familia. Sería una época en que esté organizada la sociedad en términos casi modernos cuando aparezcan relaciones que no sean propiamente intrafamiliares, y junto con la *agnatio* aparezcan otro tipo de relaciones más abiertas como son los *sodales* (camaradas) o los *clientes* (colaboradores ocasionales)⁷.

Efectivamente, convertir las diferentes maneras de aproximaciones sociales entre individuos o entre grupos en contraposiciones lógicas (confrontando *cognatio*, *agnatio*, *affinitas*, *sodalitas*, etc.) supondría que cada uno de tales términos estableciera tipos de relación permanente y no cambiante, convertida en categoría conceptual invariada⁸, prescindiendo de los desarrollos estructurales de los elementos de la sociedad y de las actitudes humanas ante

⁵ Se lee en las Doce Tablas, X, 7.

⁶ Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (1861), ed. 1954, pp. 121 ss.

⁷ E. Peruzzi, *Aspetti culturali del Lazio primitivo*, Firenze, 1978, pp. 118-119.

⁸ E. M. Uhlenbeck, «Productivity and creativity», en el vol. *Logos Semantikos*, Studia... Eugenio Coseriu, III, 1981, 165-174.

los caracteres de la realidad en que se hallan situadas. Y esto sucede también en lo que llamamos «familia».

No hay sociedad humana ordenada espontáneamente. Pero sin base de comunidades naturales establecidas sin seguir normas estrictas voluntaristas, toda conducta sería obligatoria, y ese no es el caso del parentesco en su alcance biológico y espacial, ejemplo de comunidades naturales que revelan un orden, al menos temporal, en la génesis de vínculos humanos comunales que preceden a otro tipo de relaciones, pero de corto alcance.

Dentro mismo del parentesco, solo se llega a estructuras tipificadas desde la experiencia de una sociedad humana que se halla en condiciones necesarias que han de permitir la estabilidad y permanencia del grupo, de carácter absolutamente trascendental aunque se realice bajo tipos variables. Hay núcleos y hay elasticidad, hay fundamentos y hay estructuras genotípicas articuladas sobre ellos. El parentesco es un caso real donde las estructuras determinantes crecen desde principios creadores internos, y originan diversas especies de relaciones individuales y colectivas. El parentesco crea un orden temporal en la aparición de relaciones humanas, puesto que surge en la «sucesión generacional» de sus miembros.

Al hacerse más compleja, toda creación social adquiere algunos caracteres de «organización». Pero sigue habiendo aspectos en que intenciones y voluntades no alcanzan ese nivel organizado, sino que acaece una actividad colectiva interindividual que constituye, en ese nivel, un consenso unitario de voluntades que pueden ser identificadas en su conjunto en cuanto fenómeno meramente comunitario.

Como se ha visto ya⁹, en una sociedad primitiva cada grupo social tiene sus modos de sentirse idéntico en sí mismo y diverso respecto a los extraños. Tal sucede también a las familias dentro de determinadas creencias culturales. Dentro de la cultura latina pudimos entender aquel criterio del *fas-nefas* en cuanto juicio sobre conductas, según se las entendiera como integradoras o como desintegradoras en cada nivel de conductas espontáneas o de conductas organizadas. Así se entendía que la formación biológica de un niño abarcaba todo el periodo de gestación (*gigni hominem in decem mensibus*¹⁰), y que entre las consecuencias de haber nacido se hallaba que el neonato pudiera llegar a ser, respecto a su madre, *suus heres, cognatus*, y no meramente *adgnatus proximus*, un pariente más.

⁹ Debo aludir muy expresamente a estudios de H. Dooyeweerd contenidos en sus libros *A New Critique of Theoretical Thought*, I-IV, 1969, citado ya ampliamente en mis publicaciones recientes.

¹⁰ Aulo Gelio, 3, 16, 12.

Es dentro de aquel esquema valorativo universal del *fas-nefas*, donde aparecen usos sociales que darán lugar al *Ius Gentium*, vivero de reglas aplicadas a relaciones entre individuos y grupos y que podrían haberse imaginado como situados en el ámbito de lo que denominamos «derecho privado», luego sometido a imitaciones y posteriormente a limitaciones desde los poderes públicos, y estructurado en instituciones que abarcan aspectos tanto privados como públicos, en conexiones que pueden ser entendidas como sociológico-naturalistas (caso de Duguit), o ético-psicológicas (Krabbe), o lógico-normativas (Kelsen), etc., según planteamientos.

Pero en lo referente a temas estrictamente genético-reproductivos, como son los que tenemos en las comunidades familiares, en la mentalidad arcaica la figura materna era el centro social, aunque no lo fuera en cuanto fuerza individualmente predominante. Aunque se tratara de un héroe, el varón tenía su puesto dentro de la familia desde su relación con su madre¹¹. El centro significativo del lenguaje se situaba también en aquellas acciones que fueran típicamente propias de las madres. Por ejemplo,¹² el significado más antiguo de *fero, ferre* (llevar) es «llevar en el vientre», referido a una mujer embarazada [palabra esta que procede de la misma raíz, *bher-*, de la que también procede el inglés *birth* (nacimiento)]. Y otro ejemplo más significativo aún para nuestro tema, es que de la raíz indoeuropea *sunu, suyu*¹³ que significa «tener algo como propio» proceden tanto el inglés *son* (hijo) como el gótico *sunus* y el griego *huiós* que significan eso mismo, dentro de esa conexión fáctica donde el protagonista es la madre.

La conexión sanguínea es elemento central en ese protagonismo materno. La formalización como *cognatio* no puede ser explicada o entendida como «relación uterina», expresión que algunos especialistas utilizan para traducir esa *cognatio* cuando pretenden contraponerla a la *agnatio*. En un segundo momento, la que Tönnies denomina «voluntad natural» refleja una mente comunal desarrollada que se despliega en múltiples direcciones, desatendiendo la centralidad de la relación madre-hijo para instalarse en la contraposición comunidad-sociedad. Por otro lado, se supera la intimidad relacional muertos-vivos, donde los ritos comunitarios plasmaban esa interacción ofreciendo alimentos a los muertos (mediante sacrificios), para que los muertos apoyaran la supervivencia de los vivos (mediante sus dones, especialmente la designación de quien haya de tener poder, y la fertilidad de los campos)¹⁴.

¹¹ J. Walter Jones, *The Law and legal theory of the Greeks*, 1956, pp. 189-191.

¹² Grandseignes d'Hauterive, *Dictionnaire des racines des langues indoeuropéennes*, ed. 1994.

¹³ Carl D. Buck, *A Dictionary of selected Synonyms...* (1949), ed. 1992.

¹⁴ Como advierte Fustel de Coulange, en *La ciudad antigua*.

Efectivamente podían integrarse en una familia individuos nacidos en otra. Pero al traducirse la relación afectiva y grupal con un niño «nacido en otro grupo», más que de «amor maternal» o de «amor paternal», se diría «amor de estilo maternal» o «amor de estilo paternal». Pero nunca el hijo externo es propiamente miembro de la comunidad interna si no preceden rituales determinados¹⁵. El parentesco natural es solamente una condición favorable accesoria para el amor parental de la comunidad. Puede concretarse una «afiliación fingida» o «afiliación mítica» en un contexto que distingue entre «nosotros» y «extraños». Cuando un hombre «adopta» a un niño lo convierte automáticamente en miembro de la comunidad, y con resultados precisos: en el derecho romano un acto de adopción era legalmente irreversible, al incorporarse a la ficción, o al mito, de la «descendencia comunal», según las reglas prevalentes en la propia comunidad (proceso integrador mediante la *cognatio* primero, juntamente con la *agnatio* después, y excluido, aunque hubiera algún tipo de colaboración, en la *affinitas*).

Desde la *consanguinitas* la familia se expande, incluyendo lazos de *agnatio*. Pero ello ocurrirá cuando predomine el derecho propiamente dicho: *Commune iure, familiam dicimus omnium adgnatorum...* Mientras que *Consanguineos Cassius definit eos qui sanguine inter se connexi sunt*.

La opinión que inspira el sentido del presente ensayo es que la «consanguinidad» se da entre los recién nacidos y la madre que los baña para limpiarlos de la sangre que los tiñe en el acto de salir a la luz, pero también entre los neonatos y las personas que ayudan a realizar ese rito, como son parteras y comadronas (ritualmente «mujeres») y con toda la comunidad a la que la madre pertenece.

Complementando la afirmación anterior, el elemento ritual que produce ese efecto es el «agua» empleada para ese rito, *aqua* don de dios, *aqua* que lava y limpia, *aqua* que fructifica, y que con una de sus formas lingüísticas, co-, contribuye a formar la palabra *co-gnatio*¹⁶.

¹⁵ Dooyeweerd, cit., III, 292 nota.

¹⁶ Se irá viendo cómo se ha confundido tradicionalmente la presencia de *cum* con la de *co-* en la formación de muchas palabras, de lo cual surgen enormes confusiones. Me permito invitar a quienes son expertos en estos campos de la filología, en sus conexiones etimológicas y semánticas, a estudiar esta clase de temas, cuyo interés sería enorme para sociólogos, juristas y humanistas. Por ejemplo, *cohonesto* es «participar en los honores de la familia», y podría iniciarse en *cum-*. Pero *collacrurno*, «llorar intensamente», es «derramar líquido por los ojos», la sílaba *co-* significa «agua», aunque se tratase de un corro de llorones. Otras veces cabrían significados ambiguos. *Cognosco*, *cognomen* podrían explicarse desde cualquiera de los significados apuntados, sin demostrarse precedencia de uno sobre otro. Es muy aclarador el vocablo *colliminius*, que expresaba la ubicación de límites de un terreno de cultivo o de una frontera intergrupual fijándolo al atenerse al curso de un río.

Véase la diferencia que media entre dos prefijos fonéticamente próximos, *cum-*, *co-*, y que inducen a confusión pues muy frecuentemente el primero adopta la forma del segundo pero reteniendo su significado, «junto con», «con»; advirtiendo la peculiaridad de cada uno en esta frase latina que los reúne a ambos: *coniunctio animi máxima est cognatio*. Esta relación última está más allá del amor, de la amistad, de la lealtad, porque viene ritualizada por el baño lustral, que subyace en sus consecuencias a todos los restantes títulos de socialidad, todos ellos algún modo de *cum-iunctio*. La «conjunción» creada por la *cognatio* se distingue de otras, y de alguna manera podríamos observar que las precede, bioéticamente y no solo valorativamente, a todas. Y no ocurre solamente en comunidades de gentes libres, sino de todas, si recordamos el texto en que se trata *de servilibus cognationibus*, «relaciones comunitarias entre esclavos».

Veremos opiniones de que la *cognatio* se produce mediante descendencia dentro de matrimonio. Veremos también expresiones que contradicen la opinión anterior. Pero dentro de la institución familiar, el matrimonio es un rito posterior a los fenómenos de procreación y de integración comunal, precisamente porque aún se actualiza mediante ritos solemnes que deben hacer ostensible esa situación de la nueva pareja, llegue a ser fecunda o no. La esposa nunca podrá adoptar, ni tampoco ejercer *potestas* sobre sus propios hijos. Lo que solamente puede ella hacer, es «adquirir» nuevos miembros de la comunidad, convirtiéndolos en *cognati* en los precisos momentos en que los ha «dado a luz». Ritos que han quedado oscurecidos en lo referente al lavado del neonato por la madre y sus acompañantes en ese trance, pero que aún permanece de algún modo para subrayar la intervención del padre, en ritos que conservan tribus semisalvajes que se han quedado escondidas en lugares recónditos, como es el rito de la «covada» (a su vez, como veremos, palabra compuesta desde raíces procedentes de los latinos *aqua* y tal vez *lavare*, pues tal nombre ha sido inventado recientemente por antropólogos que han descubierto y estudiado la situación a que se refiere, desde el idioma francés)¹⁷.

Pero el hecho de «lavar» o «bañar» al neonato se ha difuminado como rito, al mantenerse como vulgar necesidad una vez que el neonato es objeto de asimilación como miembro del grupo. Si se lo prefiriera abandonar y no acoger en el grupo, se le convertiría en *expositus*, lo cual no implicaría dedicarle cuidados especiales, y pasaría a convertirse en una posibilidad de supervivencia

¹⁷ En mi opinión, sí ha de tener origen anterior al mencionado en varios lugares: véase AA VV *La Sociologie. Encyclopédie*, 1970, pp. 68-69, se formaría de las raíces *aqua* y *apo*. Véase SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Raíces del ordenamiento jurídico*, 2018, pp. 135 ss., y 147: «me apropio al lavarlo».

muy aleatoria si es matado o si, una vez llevado al lugar en que son depositados anónimamente, un neonato puede ser atendido, o no, por personas pertenecientes a otro grupo.

Sin embargo, si el lavado del neonato ha dejado perder su valencia como rito, mantiene su vigencia desde el significado del verbo *parere*, que alude, no solamente al hecho de «dar a luz», sino también al resultado de «adquirir»¹⁸. Es la mujer quien tiene dentro de la familia la misión de «adquirir», «cautivar» a nuevos seres, en cuanto *caput familiae*. Y también de definir quién sea extraño o propio de la familia, en cuanto *finis familiae*.

Es curioso que, si ha perdido el recuerdo, al haberse fundido pragmáticamente ciertos hechos rituales con esos mismos hechos que eran meramente necesarios, o sea, el lavado o baño del neonato, al haber perdido solemnidad dado que se había de realizar en momentos y lugares donde habrían de producirse actuaciones de urgencia; sí se han restablecido los ritos de *cognatio*, de modo muy ostensible, en otra situación, esta de índole religioso, en la *palingenesia*, en el rito de «renacimiento»¹⁹ que consistía en mostrar la integración de un individuo en una comunidad, a título de «hijo» del «padre» de esa gran familia, mediante la acogida realizada por una «madre». Me estoy refiriendo al «bautismo» que celebra la Iglesia católica, con carácter sacramental, donde el bautismo²⁰ figura como el primero e inexcusable en la recepción del conjunto de los sacramentos en que se realiza su práctica del «culto divino»²¹.

¹⁸ En algún estudio anterior, quien esto escribe ha opinado que el significado de «adquirir» se producía jurídicamente bajo el título de «acesión», si la hembra o la mujer que pariera se hallaba bajo potestad o *in manu* de un *sui iuris*. Pero el rito del lavado del neonato tendría la consecuencia de afirmar la voluntad de incorporarlo al grupo mediante la eficacia del rito consistente en ese acto de lavarlo, o sea, que la *cognatio* es el modo en que el grupo crece mediante la adquisición que de él realiza su madre junto con las personas que la ayudan en tales momentos.

Efectivamente (véase Roberts-Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, 1996) el verbo «parir» procede de la raíz per(d)-, que si un sentido significa «producir», «procurar» donde se halla también *imparare*, de donde *imperare*; de otro significa «asignar», «otorgar». En este último significado, el hecho de «parir» sería no tanto el dato físico de «dar a luz» (aunque no sea solo físico sino religioso dado que es la diosa *Lucina* quien propicia el parto), sino «traer al grupo a un igual», que será «parte» del grupo, así como «par» con los restantes miembros del grupo y posiblemente «pareja» de alguien con quien continuará el proceso de crecimiento del grupo.

Frente a la intensidad del «rito» que diera lugar a la *cognatio*, el rito del matrimonio es más solemne, pero menos crucial, sea mediante *usus* (cohabitación marital), mediante *confarreatio* (compartiendo una tarta de cereal), o mediante *coemptio* (brindis en que se bebe para celebrar el trato conyugal entre iguales. Pues *aquam emere* significa «levantar una copa conteniendo líquido», y de ningún modo se puede confundir la palabra *coemptio* con una «compraventa recíproca de cónyuge» como si fuera *emptio venditio*). Lo que sucede bajo esa forma es un brindis para celebrar y ratificar la boda.

¹⁹ Evangelio de S. Marcos, 3, 34-35.

²⁰ Del griego *bápto*, «bañar», «lavar».

²¹ Antiguamente había también otro tipo de ritos iniciáticos, de carácter religioso, como era la circuncisión, y en ciertos momentos tenían lugar algunos mediante ceremonias análogas al

En este asunto nos fijaremos en dos aspectos, ambos esenciales. El rito del bautismo mismo, y el significado ritual del agua que lava o baña al neófito que ha de ser bautizado.

En cuanto a lo primero, se trata de un convenio entre partes. Si el neófito es un recién nacido o un menor, está obligadamente representado por quien manifieste voluntad integradora en nombre suyo (*patrina, patrinus, susceptor*)²². Pero si esa madrina no ha sido nombrada por quien fuera familiar del neonato, la eficacia del rito bautismal sería solamente condicional (*infantes expositi, et inventi... sub conditione baptizentur*). En caso de menores, no es preciso que sean católicos los padres, pero sí es preciso que lo sean los padrinos. Pero si se trata de adulto, el neófito, que será ya quien manifieste por propia boca su voluntad de integración, no es aún católico, y solo pertenecerá a la Santa Madre Iglesia una vez que haya sido bautizado.

Pero lo que convence de cómo se habría de celebrar este rito en el bautismo ancestral, antes de que iglesias cristianas lo hubieran establecido como rito iniciático de pertenencia comunitaria, es que en el texto de ese mismo ritual aludido, se mantiene que el vínculo establecido entre bautizado y padrinos es *cognatio*, y esta condición, además de haber creado una conexión comunitaria entre ellos por su común pertenencia a la Santa Madre Iglesia, impone también una prohibición propia de ese vínculo: no podrán unirse en matrimonio entre ellos (como si fueran consanguíneos, tal como se establece también en las reglas comunes acerca de la licitud civil del matrimonio).

El otro aspecto a examinar es la «virtud purificadora» del agua y su proyección en el rito del bautismo cristiano²³. Teniendo en cuenta que se trata del lugar en que se habrán de celebrar los bautismos de quienes se incorporen, mediante la comunidad parroquial, al conjunto de la Iglesia.

Se menciona que el agua era elemento primordial de la realidad (*inter ipsa mundi primordia*) y elemento sagrado (*virtutem sanctificationis aquarum natura conciperet*). Pero lo importante es que a su contacto se atribuye virtud de «renacimiento» a una nueva vida (que será la vida propia de la comunidad espiritual con Cristo): *per aquas abluens regenerationis speciem*, de un modo misterioso, pues se trata de un vínculo espiritual –que habría sido más constatable en la convivencia familiar de la *cognatio* ancestral–, que anida en

bautismo, como fueron la *katársis*, el *telestérion*, el *taurobólion*, donde el elemento líquido no siempre era el agua.

²² Esta terminología aparece en *Rituale Romanum, Pauli V, Pont. Maximi iussu editum...*, ed. 1831.

²³ En este punto se toman referencias del rito de «Bendición de la Pila Bautismal» (*Ad Benedictionem Fontis*) que se celebra en la liturgia del Sábado Santo.

el misterio de regeneración que el agua trae consigo (*unius eius denique elementi misterio*).

La índole de la familia ancestral estaba a la vista, pero la proyección de la nueva *cognatio* lleva en sí los mismos elementos que el ancestral baño del neonato contenía: *progenies coelestis emergat*, se compara a la pila bautismal con el vientre materno: *ab immaculato divini fontis utero*; desde donde la Iglesia parirá y adquirirá sus hijos: *in unam pariat gratia mater infantiam*. La virtud misteriosa del agua se cumplirá al bañar a cada neófito cristiano: *sit fons vivus, aqua regenerans, unda purificans*. Se imita de la *cognatio* ancestral hasta la ficción de considerar niños recién nacidos a los adultos que quieren bautizarse: *homo sacramentum hoc regenerationis ingressus, in verae innocentiae novam infantiam renascatur*.

Tenemos así la reproducción ritual de la introducción de un neonato en la comunidad familiar arcaica. Salvadas las distancias que hay entre una conducta que tiene alcance místico, pero manteniendo la analogía comunitaria; y la conducta que tiene alcance biológico y que da modelo a la referida en el bautismo religioso; veremos la identidad real que hace posible dicha analogía: el neonato (neófito) es lavado de la sangre que lleva consigo el suceso de llegar a luz y bañado en el agua purificadora (pila y agua en el rito bautismal), para luego ser recogido y envuelto en un paño que lo mantenga caliente (sábana, en el rito del bautismo). Todo ello dentro del consentimiento que prestan la madre y sus asistentes (padrinos en el rito religioso) de tal modo que mediante la virtualidad del agua lustral, el neonato (neófito) se convierte en miembro pleno de la comunidad (relación de *cognatio* en el rito ancestral, e idéntica relación en el bautismo religioso, dentro de sendas comunidades: la familia a través de la *femina caput et finis*; la Iglesia a través de los deseos y promesas pronunciados por el neófito o por sus representantes, amparados por la presencia sacramental de la Trinidad.

Pero aún se puede avanzar más en este camino.

Dentro de los aspectos comunitarios de la familia, la conexión materna es privilegiada respecto a la paterna. El «hermano» es visto mediante la relación materna, como en el término griego *agástor* (procedente del mismo vientre) junto al genérico *adelphós*²⁴, y el «hijo» se refiere con *kasínetos* al hijo de los hermanos de la madre. Benveniste contrapone «filiación agnática», o sea, la que tiene en cuenta al padre y al padre del padre, con la «filiación uterina» donde se halla el hermano de la madre. Pero tras esta última categoría hallamos la relación cognaticia (aunque Benveniste no emplea el término *cognatio*,

²⁴ Benveniste, *Vocabulario...*, 145, 149, 156, 159, 177.

propio y característico del lenguaje latino, y con esta salvedad nosotros estamos de acuerdo con él cuando explica que el sistema agnático es posterior al uterino). *Cognatio* y *adgnatio* no se contraponen, sino que se suceden y durante mucho tiempo se superponen y desde varios puntos de vista se confunden cuando la estructura de la familia no sea más que uno de los *status* de los agentes jurídicos en general. Pero siempre quedará aquella línea biológica donde la raíz *ie su-* significa «dar a luz», el germánico *sunu* sea hijo, y el griego *huiós* vástago. Esto se advierte en alguna definición latina: *Sunt agnati cognati per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi a patre cognati*. Pero el modelo de adscripción familiar sigue siendo el que se produce a partir de la madre, o sea, la *cognatio* propiamente dicha.

El matrimonio ofrece el armazón familiar concreto, pero es institución ya afectada por la existencia de un orden externo a las comunidades familiares. El término alemán *Ehe* que lo designa, significa etimológicamente «ley». Mientras que la palabra latina *matrimonium* no se forma por analogía a *patri-monium*, pues no consiste inicialmente en un acto ni en un estado, sino en un «destino», «deber-misión-efecto» de llegar a ser madre; y solo más tarde significa «unión legal de hombre y mujer». En cuanto a los respectivos papeles de padre y madre a través del matrimonio, Benveniste estima que *maternus* indica una relación de pertenencia física, y *paternus* es concepto definitorio en el parentesco, donde el parentesco por alianza llegará a expresarse modernamente, en francés, por los adjetivos eufónicos *beau/belle*; y en inglés, por el declaradamente formalista *in-law*.

Si miramos la suerte de términos que, en la cultura romana, solo tenían pleno significado y ejercían estricta vigencia más de diez siglos antes que los incardinaran en la ciencia jurídica los autores de los textos de Justiniano, no nos extrañamos del confusionismo que revelan en esta última época, cuando su fluidez temporal se ha contaminado de influencias históricas de toda clase (sobre todo en las transformaciones jurídicas, económicas y políticas del sistema).

Como escribe Dooyeweerd²⁵, es innegable que las normas societales verdaderamente primitivas y con carácter indiferenciado, son mucho más complejas que la estructura de una simple familia, pues proceden todas, incluyendo a la familia, de formas organizativas no diferenciadas.

Dentro de las instituciones que se iban formando, diversas actitudes y diversos intereses producían soluciones adaptativas peculiares. Así podríamos pensar –sin salirnos del marco familiar ya desarrollado– que la *cognatio* fuera hilo

²⁵ Cit., III, 375 ss. 448.

conductor del *ius sanguinis*, que la *adoptio* fuera una fórmula hallada en interés del adoptado, que el *mancipium* realizara un interés del adoptante, que el *expositus* reflejara una crisis de la madre que buscaba en otros la supervivencia de su hijo, tal vez *spureus* o *vulgo conceptus*.

Otro ejemplo es la transformación del significado del padre. En el antiguo derecho quirritario, aún se mantenía el concepto de *pater familias* en su cualidad de «jefe de casa». Pero el ordenamiento jurídico posterior lo convirtió en *nomen iuris* que significaba el carácter abstracto de un sujeto jurídico que se enfrentaba a otros, o colaboraba con ellos, en cuanto *liber*, prolongando la acepción que a su vez había tenido la palabra *liber* cuando significaba que un neonato había alcanzado la luz, liberándose de la presión que sobre él ejercía el vientre de su madre, bajo la protección de la diosa *Libera Lucina*.

Podemos entender así la coexistencia, en algún momento del desarrollo jurídico, de idénticos vínculos que afectasen tanto a *cognati* como a *adgnati*. Llegan a estar ambas categorías amparadas por reglas, unas de derecho natural, otras de derecho positivo (entendida esta clasificación como se entendía desde el s. II d. C.). Veamos las frases siguientes:... *Qui per fememini sexus personas cognatione iunguntur... naturali iure cognati*

... *Actio de liberis agnoscendis*

O sea: por derecho natural los descendientes de la misma mujer son *cognati*. Pero hay procedimientos procesales para convertir en hijos propios mediante su reconocimiento legal.

Efectivamente²⁶ *qui autem per feminas coniunguntur, cognati tantum nominantur*. *Cognatus* era pariente por la sangre, y su opuesto *affinis* pariente por alianza. Intermedio se hallaba el *adgnatus* referido a haber nacido cerca o después, y ser pariente de línea paterna.

Sin embargo hay que demostrar que la sílaba co- en *cognatio* significa «agua», puesto que se ha intentado mostrar que en este término «jurídico» se hallaba el rito del lavatorio de purificación que mostraba también la atención de apropiarse del neonato así purificado. Pues bien: esa sílaba es una de las innumerables formas que alcanza el hidrónimo de donde también procede el latino *aqua*, y se halla tan cercano a esta que aparece en muchas otras palabras latinas que sin duda se refieren a ella. Formas idénticas hay en muchos términos, y solamente se precisa observar las funciones de cada uno de ellos para identi-

²⁶ Paulo, *Digesto* 38, 10, 2.

ficarlos, no solo en su forma sino también en su significado, al encontrarlos con esa misma sílaba en *cognatio*²⁷.

Que hayan aparecido réplicas jurídicas a la originaria *cognatio* es totalmente explicable. Así cuando se escribió: *adoptio est legitimus actus, naturam imitans, quo liberos nobis quaerimus: adoptio non sanguinis, sed ius agnationis adfert*. Tomando como modelo a la *cognatio*, el acto de la adopción legal obtiene situación idéntica, pero situándose desde la vía de la *agnatio*. Hasta el punto de que la adopción puede ser hecha también sobre individuos adultos y libres, *sui iuris*, y entonces se denomina *adrogatio*. Para la integración familiar no solamente valdrá ser extraño, sino ni siquiera neonato. Pero el modelo a imitar será siempre la *cognatio*.

En cuanto al elemento *gnatus, natus*, en comparación con el nombre *filius*, para «hijo», Benveniste atribuye al primero un valor «afectivo» del que carece el segundo. Tesis que acreditaríamos al traducir la fundamental definición (D 50, 16,195) *Mulier autem familiae suae et caput et finis est*: la familia se crea con sus hijos, ella es quien los apropia para la familia, ella es quien los pone dentro de su casa.

La *cognatio* es el modo en que se espera proteger y desarrollar a cada miembro de la familia. Es la solución al problema que planteaba un sociólogo²⁸: «Cuando un niño nace, viene al mundo con un alma en él, pero es tan inexperta, tonta y débil como un niño. Es, pues, evidente que el bebé tiene necesidad de un "alma" más experimentada y más sabia que la suya, que piense por él y que lo vigile».

Otro paso más: «El niño llora al llegar al mundo porque quiere tener su nombre».

Efectivamente es desde la familia donde se adquieren los modos de *status* correspondientes a la *libertas* y a la *civitas*. Pero también es dentro de la familia donde se recibe la individualidad mediante el nombre propio que se añade al familiar. El apellido de familia es *cognomen*, de algún modo expresión de la respectiva *cognatio*, aunque no exactamente. Pero la designación de cada componente de un miembro de la familia es su *nomen*, impuesto probablemente durante el rito de la *cognatio* o de alguna solemnidad que lo sustituyera, como podría entenderse dentro de un verso de Virgilio: *cognosco infantem*. Al

²⁷ *Cocula*, vaso; *coculum*, filtro, colador; *collicia*, tejas para conducir el agua, surcos para agua; *coquo*, cocer; *colum, culum*, «por donde se hacen aguas mayores», *colluo*, lavar por completo; *colere* cultivar regadíos; *terra colans*, tierra que destila agua; *cohonesto*, participar en los honores de la familia; *collacrumo* derramar lágrimas... Por no hablar de los infinitos hidrónimos, como «Cobeña», *aqua minia*...

²⁸ L. Lévy-Bruhl, *Alma primitiva* (1927), trad. 1985, p. 312, 316.

menos su correspondiente moderno, el rito del bautismo, es aprovechado para darle al neonato su nombre propio, tras del cual se articulará su sentimiento de ser él mismo.

Como puede advertirse, en este asunto hay muchos aspectos que los juristas romanistas estudian convenientemente. Pero por cualquiera de sus perfiles, terminamos por referirnos a la cuestión de la persona, su índole, su estructura, su reconocimiento y su protagonismo en la vida social y creadora de cada uno.

La constitucionalidad de la educación diferenciada y de su financiación con fondos públicos

Luis Sánchez Socías

Abogado del Estado (exc.). Abogado

1. PLANTEAMIENTO

El Tribunal Constitucional (TC en adelante) español ha sentenciado recientemente que la educación diferenciada por sexos es constitucional. La Sentencia del TC 31/2018, de 10 de abril (STC en lo sucesivo), es un auténtico *leading case*, que el TC resuelve en sentido favorable a la libertad de enseñanza (Ponente: A. Montoya Melgar). La Sentencia considera la educación diferenciada como un método pedagógico que por sí mismo no discrimina, y elude entrar en las concepciones ideológicas que hay detrás de la postura favorable o contraria a este modelo.

Esta STC da seguridad jurídica en un tema que ha sido muy debatido en la opinión pública española en los últimos 20 años. Este debate ha tenido características propias respecto al que ha habido en otros países occidentales, ya que ha sido más ideológico que pedagógico y, en último término, se ha centrado en si es procedente destinar recursos públicos a centros que aplican este modelo educativo, en buena medida por las connotaciones religiosas y morales que tienen, y las intenciones que algunos les atribuyen. En España, donde la educación mixta representa más del 99% de las enseñanzas preuniversitarias, la concepción de la educación como servicio público –que es algo distinto al derecho-deber de todos a una educación básica gratuita– y la pretensión de suprimir la educación diferenciada concertada por los partidos políticos de izquierda, ha dificultado un análisis sereno de las ventajas e inconvenientes de la separación de alumnas y alumnos. Con el propósito de situarme en un marco más científico, en esta colaboración acudo con frecuencia a la doctrina anglosajona, donde más se ha estudiado esta opción.

Para los partidarios de la educación diferenciada, este modelo tiene las siguientes virtudes¹:

- a) Subraya la cultura del aprendizaje, al no depender de la apariencia sexual, ni siquiera en el aspecto deportivo/competitivo que impera en los centros mixtos.
- b) Potencia la igualdad de género, al no crear estereotipos en clase, ni adjudicar roles educativos y sociales.
- c) Fomenta una mayor sensibilidad respecto al otro sexo, al poder madurar personalmente sin sentimientos de cohibición debido a las potencialidades del otro sexo en referencia al propio y asumiendo las virtudes de ambos sexos.
- d) Proporciona seguridad y reforzamiento personal y moral, al desarrollarse personal y académicamente con educandos con similar ritmo de aprendizaje y maduración.

En contra se pueden formular los siguientes argumentos:

- a) Produce una falta de competencias sociales, al no estar preparados los educandos que han acudido a un centro de educación diferenciada para la vida mixta que prevalece en la sociedad y en los centros profesionales.
- b) Genera problemas sociales, debidos a la indisciplina y no socialización de género.
- c) Refuerza el sexismo, al fortalecer los roles de género y los estereotipos sexistas.
- d) Da lugar a una discriminación económica, al tener menos recursos habitualmente las escuelas diferenciadas destinadas a las alumnas que los centros docentes solo de chicos.

El debate no se reduce a los argumentos expuestos, incluso debe decirse que no aparecen temas que están a un nivel superior, como el derecho de los padres a elegir la formación que prefieran para sus hijos² o el pluralismo que debe caracterizar al sistema educativo³. Pero permiten el diálogo entre postu-

¹ Resumo la exposición de SMITH, ALONSO, ROGERS y GIBSON: «Theoretical arguments for and against single-sex schools: a critical analysis of the explanations», Washington DC, 2004, *American Institute for Research*, pp. 7-9, citado por BÁEZ SERRANO, R.: *Educación diferenciada. Constitucionalidad, igualdad y financiación pública*, Fundación Altair, 2017, pp. 24-27.

² Cfr. MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Los derechos de los padres en el sistema educativo*, Aranzadi, 2017..

³ En su temprana Sentencia 5/1981, el TC declaró que la libertad de enseñanza «supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado». Antes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 7 diciembre 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, párr. 50, subrayó que uno de los objetivos del artículo 2 del primer Protocolo Adicional al CEDH es «salvaguardar la posibili-

ras que de otra manera son difícilmente conciliables⁴. En efecto, para los que defienden la validez de la educación diferenciada en nuestros días, la realidad muestra que el sexo del alumno es relevante en su proceso educativo: chicos y chicas presentan diferencias en su ritmo de desarrollo, en su forma de aprender, en el procesamiento de la emociones y en sus motivaciones e intereses⁵. Por otra lado, para los que entienden que la única opción en la democracia actual es la educación mixta, resulta igual de evidente que separar a los alumnos en función de su sexo niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de socialización y convivencia en igualdad, y contribuye a perpetuar estereotipos sexistas: impide empoderar a las mujeres y potenciar masculinidades alternativas⁶. Esta dualidad de aproximaciones se observa en la STC comentada, que contiene el voto particular concurrente de la Vicepresidenta y tres votos particulares discrepantes con los siguientes elementos comunes: la consideración de la educación diferenciada como algo del pasado, la necesaria la superación del principio «separados pero iguales», y la violencia insti-

dad del pluralismo en la educación, esencial para la preservación de la sociedad democrática tal como la concibe la Convención».

⁴ Destaco dos libros que contienen un análisis argumentado de todas las dimensiones de este debate:

SALOMONE, R. (2003), *Same, different, equal: rethinking single-sex schooling*, Yale University Press. Estudia los mitos y realidades en las guerras de género y quién está ganando, quién está perdiendo y por qué.

WILLIAMS J., Juliet A. (2016), *The separation solution?: single-sex education and the new politics of gender equality*, University of California Press, señala que desde la década de 1990, ha habido un resurgimiento del interés en la educación de un solo sexo en todo Estados Unidos, y muchas escuelas públicas han creado clases solo para niños y niñas para estudiantes en los grados K-12. Desconfía del «esencialismo de género suave» que caracteriza a los impulsores de estas iniciativas, y ofrece una nueva perspectiva de las concepciones populares sobre la naturaleza y la importancia de las diferencias de género en la educación y más allá de ella.

⁵ La educación diferenciada puede facilitar tener en cuenta estas diferencias a la hora de definir y concretar las estrategias de enseñanza y aprendizaje más idóneas para alumnas y alumnos. Cuando la enseñanza se adapta a la forma peculiar de aprender de cada sexo, la igualdad de oportunidades se convierte en una posibilidad más real. Cfr. 'Algunas razones educativas'. ARTOLA, T. (2014), www.easse.org/es/content/320/Educaci%C3%B3n+diferenciada%3A+Algunas+zonas+educativas

Particular interés tienen los estudios realizados en Seúl, porque se da una característica única en la escolarización, que es la asignación aleatoria de estudiantes a escuelas secundarias de un solo sexo o a escuelas secundarias mixtas. Cfr. SOHN, Hosung (2016), «Mean and distributional impact of single-sex high schools on students' cognitive achievement, major choice, and test-taking behavior», *Economics of Education Review*, Junio, Vol. 52, pp. 155-175. 21p. PARK, Hyunjoon; BEHRMAN, Jere; CHOI, Jaesung (2013), «Causal Effects of Single-Sex Schools on College Entrance Exams and College Attendance», *Demography*, abril, Vol. 50 Issue 2, pp. 447-469. 23p.

⁶ FERNÁNDEZ-GONZÁLEZ, N., y GONZÁLEZ CLEMARES, N. (2015), «La LOMCE a la luz de la CEDAW. Un análisis de la coeducación en la última reforma educativa», *Journal of Supranational Policies of Education*, n.º3, pp. 242-263.

Dos artículos recientes en esta línea: LI, Gu; WONG, Wang Ivy (2018), «Single-Sex Schooling: Friendships, Dating, and Sexual Orientation», *Archives of Sexual Behavior*. Mayo, Vol. 47 Issue 4, págs. 1025-1039. CHAPPLE, Kelsey R. (2016), «Sports for Boys, Wedding Cakes for Girls: The Inevitability of Stereotyping in Schools Segregated by Sex», *Texas Law Review*. Feb, Vol. 94 Issue 3, pp. 537-566. 30p.

tucional que la segregación sexual binaria en el ámbito educativo supone para las personas intersexuales.

El TC ha tenido a su disposición varios trabajos académicos internacionales, pero no entra en el debate, sino que se limita a analizar, *en primer lugar, si resulta posible desde la perspectiva constitucional una fórmula pedagógica que escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas y, en segundo lugar, si dicha fórmula permite alcanzar los objetivos que nuestra Constitución asigna a la educación, que se concretan en «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 CE)»*. Las dos grandes conclusiones de la STC 31/2018 son:

- a) *el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio.*
- b) *los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso.*

El TC da a entender que no hay estudios científicos que acrediten la supuesta «autoevidencia» de la educación mixta, y descarta su pretendida «exclusividad democrática» en las condiciones que fija el precepto impugnado. La dinámica propia de los derechos fundamentales lleva al TC a pronunciarse a favor del pluralismo educativo, evitando que la libertad de los padres para elegir tenga que ser sacrificada en el altar de las premisas del igualitarismo.

¿Cómo ha llegado a producirse esta STC? Las Leyes Orgánicas 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), y 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (LOCE), al ocuparse de la admisión de alumnos, prohibían la discriminación por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento, y omitían citar el «sexo», separándose de la enumeración de circunstancias que hace el artículo 14 CE. Este silencio llevó a que, en aplicación de los Tratados internacionales de 1960 y 1979 que más adelante se citan, las Administraciones educativas admitieran sin restricciones la educación diferenciada. La situación cambió en Andalucía y algunas otras Comunidades Autónomas a finales de esa década y principios de los años 2000: a partir de entonces los centros privados que seguían este sistema pedagógico y recibían fondos públicos han tenido que combatir judicialmente los intentos de las autoridades de suprimir la ayuda instrumentada a través del «concierto

educativo» de la LODE. Tras las vicisitudes propias del proceso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo (TS en adelante) respaldó la opción de estos centros⁷. En este debate, jamás ha habido una sola denuncia de discriminación en un centro de educación diferenciada. Siempre se ha pretendido un pronunciamiento general contra este sistema o, como mucho, uno de tipo preventivo referido a posibles, y aún no producidas, discriminaciones. La Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE, propuesta por un Gobierno socialista) tampoco la reguló, pero a diferencia de las Leyes anteriores, decidió «prestar atención preferente y prioritaria» a los centros mixtos (Disposición Adicional vigesima quinta) e incluyó el «sexo» entre las discriminaciones prohibidas (art. 84.3). Esta mención llevó al Tribunal Supremo a cambiar su doctrina a partir de la Sentencia de 23 de julio de 2012, y a declarar que la educación diferenciada seguía siendo *lícita y legítima*, pero no podía ser financiada con fondos públicos. A pesar de que del tenor literal de la LOE no se desprende la interdicción declarada y, en mi opinión, carece de toda lógica que la educación diferenciada haya pasado a discriminar por razón de sexo solo a partir de 2006, que lo haya hecho a los solos efectos de la financiación y que todo ello sea consecuencia exclusiva de la inclusión de la palabra «sexo» en el artículo 84.3 LOE, esta nueva línea jurisprudencial fue confirmada por varias sentencias y se plasmó en una Ley Foral navarra⁸.

Para hacer posible que las familias con menos recursos pudieran seguir teniendo acceso a los centros diferenciados, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE, impulsada por el Gobierno del Partido Popular), modificó la LOE de 2006, y corrigió esa jurisprudencia restrictiva. El nuevo artículo 84.3 LOE⁹ permite concertar la

⁷ Un resumen de la jurisprudencia puede verse en la Sentencia TS de 26 de junio de 2006, que en su FJ 3.º, declaró que:

- No se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo.
- Este tipo de educación es lícita y tampoco hay norma expresa que prohíba el sostenimiento público de centros que la practiquen.
- Que la enseñanza obligatoria impartida en los centros públicos sea mixta, no significa que deba serlo también en todos los centros educativos.

⁸ Cfr. Sentencias de 24 de julio y 9 de octubre de 2012; 14, 15, 21 y 22 de enero de 2013; 26 de febrero de 2013 y 24 de abril de 2014. Y Ley Foral 17/2012, de 19 de octubre: No podrán ser objeto de los conciertos (...) los centros educativos que únicamente admitan a alumnos de un solo sexo, o que impartan las enseñanzas en grupos separados por razón de sexo, o que de cualquier otro modo no apliquen el principio de coeducación.

⁹ En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una des-

educación diferenciada por sexo siempre que se cumplan los requisitos que establece la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza¹⁰. Por primera vez en el ordenamiento español, el legislador orgánico se pronuncia de forma expresa sobre esta forma de organización educativa y entiende que no es discriminatoria, por lo que no pueden sufrir desventaja alguna los padres o tutores que la elijan. Contra esta norma se formularon cuatro recursos de inconstitucionalidad. La STC 31/2018 resuelve el mejor argumentado de todos, después de unas alegaciones muy completas de la Abogacía del Estado.

2. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

La Sentencia comentada estudia conjuntamente la Convención adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la conferencia general de la UNESCO (instrumento de ratificación de 20 de agosto de 1969), y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977).

Aunque sean anteriores a la CE de 1978, en la línea de lectura evolutiva de los textos internacionales conviene poner de relieve que la previsión de la Convención de 1960 «fue confirmada expresamente por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU en diciembre de 1999 (vigésimo primer período de sesiones, 1999). En esa fecha, se aprobó la observación general núm. 13, relativa al derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 [U. N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999)]. El apartado 33 de dicha observación reiteró los términos del artículo 2 del Convenio de 1960, señalando expresamente que «el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)». Respecto al valor de este género de textos emanados del Comité de Derechos Económicos, Sociales

ventaja, a la hora de suscribir concertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.

¹⁰ En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes. (...)

y Culturales, hemos de aplicar el mismo criterio que el sostenido en relación con los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sentado en la STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5. En este sentido, indica dicha Sentencia que ya que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), esa «interpretación... no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)».

La mera lectura del artículo 2.1 de la Convención de 1960 permite apreciar que lo relevante a los efectos de analizar una posible discriminación de la educación diferenciada por sexos es la equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza, en las condiciones de prestación y en los contenidos docentes. Por el contrario, no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional.

Sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España por instrumento de 16 de diciembre de 1983, argumenta: *Se prevé en él que los Estados parte se han de comprometer al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr el objetivo de eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza». No es una norma prohibitiva, por tanto, sino de fomento, y no proscribire la existencia de otros modelos educativos. Obliga de manera expresa a estimular el modelo educativo mixto, objetivo claramente logrado en nuestro sistema, ya que es fácilmente constatable el predominio general de la enseñanza mixta en España. También obliga a estimular o fomentar otros modelos que contribuyan a la eliminación de los estereotipos de sexo; otros modelos distintos del mixto, pues este ya se menciona expresamente. De esta forma, la virtualidad de la Convención parece agotarse, en cuanto ahora interesa, en la obligación de promover los sistemas educativos tendentes a la eliminación de los estereotipos de sexo, entre los cuales se encuentra nominatim la educación mixta, pero sin cerrar la puerta a otros modelos diferentes al coeducativo y que también tiendan a lograr ese objetivo. Esa obligación de fomento se cumple con la previsión del artículo 84.3 LOE, que obliga a los centros que utilizan el método pedagógico basado en la educación diferenciada a exponer en su proyecto educativo «las medidas académicas*

que desarrollan para favorecer la igualdad», lo que no se exige expresamente a otro tipo de centros.

Y concluye: *el análisis de los textos internacionales que sirven de marco interpretativo de los derechos fundamentales aquí concernidos descarta el carácter discriminatorio del modelo de educación diferenciada en sí mismo considerado. En definitiva, la distinción que supone la educación diferenciada no es una discriminación, por lo que ni siquiera sería preciso aducir razones específicas para defenderla, ni se exigen justificaciones objetivas. Ahora bien, el Derecho internacional de los derechos humanos únicamente establece un mínimo que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y la entera Constitución pueden completar y ampliar. Ese «mínimo» es el que cualquier ley futura debe respetar.*

La STC 31/2018 estudia, además, la educación diferenciada en el derecho comparado:

- *Gran Bretaña: Sex Discrimination (Amendment of Legislation) Regulations 2008, que excluye la educación de su ámbito de aplicación (artículo 9, capítulo I) y, por tanto, no impide la existencia de escuelas de educación diferenciada, que existen en ese país en un número apreciable¹¹.*
- *Francia: la Ley núm. 2008-496, de 27 de mayo de 2008, tras incluir expresamente el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, señala más concretamente –por lo que ahora nos afecta– que este principio «no es obstáculo.. para la organización de las enseñanzas agrupando los alumnos en función de su sexo (art. 2.4).*
- *República Federal de Alemania: en el ámbito netamente jurisdiccional, se ha dictado una sentencia por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (Bundesverwaltungsgericht) el 30 de enero de 2013, precisamente en un asunto en el que el tema cuestionado era la compatibilidad de los sistemas de educación diferenciada con la Ley fundamental de Bonn. En dicha resolución se citan las previas sentencias del Bundesverfassungsgericht de 14 de noviembre de 1969 y 8 de junio de 2011 y se parte de que, tal y como se afirma en la sentencia del mismo Tribunal Constitucional Federal de 16 de mayo de 1995, cualquier escuela, pública o privada, debe cumplir objetivos de transmisión de conocimientos (Lehrziele) y también objetivos orientados a la formación humana (Erziehungziele). Entre estos últimos, que derivan directamente de la Constitución y han de ser interiorizados por el alumnado, se encuentra el de la igualdad de géneros. Según la sentencia, los alumnos también son capaces de efectuar esa interiorización (Verinnerlichung) de la igualdad de género en el marco de la educación diferenciada (apartado 38 de*

¹¹ 1.900 entre públicas y privadas según www.easse.org.

la sentencia). Por ello, llega a la conclusión de que está prohibido otorgar un trato desfavorable a las escuelas privadas en función de su modo distinto de organizar la formación en este aspecto (*Die Benachteiligung von Privatschulen allein wegen ihrer anderseitigen Erziehungsformen verbietet sich daher*)¹².

- Bélgica: el Decreto de 12 de diciembre de 2008, para la lucha contra ciertas formas de discriminación, prevé expresamente en su artículo 19 que una distinción en el acceso a la enseñanza por razón de sexo no constituye discriminación si está objetivamente justificada en una finalidad legítima y los medios de alcanzar dicha finalidad son apropiados y necesarios.

Fuera ya del marco de la Unión Europea, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América se ha basado en la Convención de la UNESCO de 1960, ya analizada, para resolver los asuntos sometidos a su decisión en esta concreta materia. En particular, ha considerado discriminatorios, por contrarios a la *Equal Protection Clause* de la decimocuarta enmienda, solo aquellos sistemas de educación separada que no proporcionan «*a substantial equality in the separate educational opportunities*» en los aspectos relativos a opciones curriculares, financiación, prestigio, o apoyo a los alumnos [sentencia dictada en el asunto *Unitededucación diferenciada States vs. Virginia*, 518 U. S. 515 (1996), 6 C)], y relativa a un instituto militar subvencionado por el Estado.

En definitiva, en los distintos Estados aludidos se pone de manifiesto que el modelo pedagógico consistente en una educación diferenciada por sexos no es considerado un caso de discriminación por razón de sexo. Por eso el TC no usa ningún canon de control para enjuiciar la legitimidad de la diferencia y la proporcionalidad de la separación, ni tampoco impone la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

3. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA COMO PARTE DEL CARÁCTER PROPIO DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

Antes de abordar esta cuestión, la STC considera que *la separación de los alumnos por sexos en el proceso educativo institucionalizado constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, en concreto en cuanto al acceso al centro escolar. Sin embargo, responde a un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros. En la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (art. 27. 1 CE), resulta conforme a ella cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desa-*

¹² Ver ESTEVE PARDO, J. (2013): «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 37..

rrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el artículo 27.2 CE.

Esas concepciones pueden tener distinto origen, pero no cabe desconocer la base que les proporcionan los resultados recogidos en informes específicos y generales de muy amplia difusión en el sector educativo¹³. Las diferencias en el rendimiento de los alumnos en función del sexo en las diferentes materias han sido contrastadas a lo largo de todas las ediciones del estudio PISA¹⁴. Lo mismo sucede con la repetición de curso¹⁵, para lo que según el Informe de los años 2009 a 2012 «hay solo una explicación plausible: el desarrollo cognitivo y social más rápido de las niñas desde temprana edad»¹⁶. Y otro tanto ocurre con el abandono escolar¹⁷.

Sobre el ideario del centro, el TC empieza recordando el ámbito del carácter propio para después constatar que el sistema de educación diferenciada tiene cabida en él. *La STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8, indica que tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. (...) Sobre el derecho a establecer un ideario propio de los centros docentes confluyen, pues, dos perspectivas: de un lado, se trata de una faceta, aspecto o vertiente del derecho a crear centros docentes, que debe conceptuarse como un derecho de libertad, con los*

¹³ Por ejemplo, Comisión Europea. EURYDICE (2010), Informe *Diferencias de género en los resultados educativos: medidas adoptadas y situación actual en Europa*. http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/120es.pdf.

¹⁴ En el área de matemáticas, la diferencia a favor de los chicos es de 8 puntos en el promedio de los países de la UE, y de 16 puntos en España. En lectura, las chicas obtienen mejores resultados que los chicos: en los países de la UE llegan a alcanzar 43 puntos de diferencia; en España, 29 puntos. En el área de ciencias, en el conjunto de los países de la OCDE no se observa relación entre los resultados y el sexo de los alumnos. Sin embargo, en España los chicos obtienen en ciencias una puntuación 7 puntos superior a la de las chicas. Fuente: PISA 2012. Informe español. Volumen I: Resultados y contexto, págs. 104-108. www.mecd.gob.es/dctm/inee/internacional/pisa2012/pisa2012lineavolumeni.pdf?documentId=0901e72b81786310

¹⁵ Tomando la edad de 15 años, en la que los estudiantes deberían estar en 4.º de ESO, el informe señala que en España el 24 % se encontraban en 3.º de ESO; el 10 % en 2.º de ESO; y tan solo el 66 % no había repetido curso (este porcentaje en la UE asciende al 85 %). El Informe PISA califica estas cifras de «a todas luces preocupantes». Además, los chicos repiten más que las chicas; en algunos casos, con una diferencia de casi 10 puntos porcentuales que aumenta ligeramente entre Primaria y Secundaria. Fuente: PISA 2012. Informe español. Volumen II: Análisis secundario. www.mecd.gob.es/dctm/inee/internacional/pisa2012/pisa2012lineavolumenii.pdf?documentId=0901e72b817ab56d

¹⁶ PISA 2012. Informe español. Volumen II, pág. 46.

¹⁷ El abandono educativo temprano -es decir, la población de 18 a 24 años que no ha completado el nivel de Educación Secundaria segunda etapa y no sigue ningún tipo de educación/formación- es mayor en los hombres, 36,8 % en 2002 y 28,8 % en 2012, que en las mujeres, 24,2 % en 2002 y 20,8 % en 2012. Fuente: Anuario estadístico «Las cifras de la educación en España». Curso 2011-2012 (Edición 2014). Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/indicadores-publicaciones-sintesis/cifras-educacion-espana/2014.html

límites que como tal le son inherentes, a los que más adelante nos referiremos. Además, el derecho al ideario está conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de «una indudable interacción» entre ellos.

Más adelante la Sentencia llega a la misma conclusión que alcanzó al analizar el Derecho internacional: *Resulta claro que el carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado. (...) Ya hemos expresado que la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera solo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. Por lo tanto, no se cumple la premisa de la que parten los recurrentes, la de que la educación diferenciada implica una discriminación. Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada.*

4. FINANCIACIÓN PÚBLICA PARA LA LIBERTAD

Después de descartar que el modelo de educación diferenciada suponga una discriminación prohibida por el artículo 14 CE, el TC analiza si la obligación de financiarlo en igualdad de condiciones con los centros mixtos¹⁸ vulnera los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE. El TC conoce que no existe un derecho de los centros escolares a la ayuda pública, y recuerda que tampoco *existe un derecho fundamental a la singularización normativa*. La financiación pública de los centros educativos privados *responde, esencialmente, a lo dispuesto en tres preceptos constitucionales: en primer lugar, a lo establecido en el artículo 27.9 CE, a*

¹⁸ La STC se refiere a los centros coeducativos, pero parece más correcta la dicotomía diferenciados-mixtos, porque los primeros también coeducan.

tenor del cual «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca»; en segundo lugar, a la previsión del artículo 27.4 CE, según el cual «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita» y, por último, al artículo 9.2 CE, que indica que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Destaca la relación entre los apartados cuatro y nueve del artículo 27 CE, y hace las siguientes consideraciones:

- a) *Esa gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado. Ello cercenaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrado en el artículo 27.6 CE*¹⁹.
- b) *En el plano concreto de la educación, el sistema educativo se inspira entre, otros, en el principio de «desarrollo en la escuela de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género» (artículo 1.1 LOE) y se orienta, entre otros fines, a la «educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres (...)» (artículo 2.1 b LOE). Por su parte, los objetivos concretados para cada una de las etapas educativas inciden en esos aspectos.*
- c) *Existe una obligación positiva de fomento de aquellas fórmulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas. Pero de esa obligación positiva no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada*²⁰. *No existe dato alguno que permita llegar*

¹⁹ Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

²⁰ SALOMONE, R. (2013), «Rights and wrongs in the debate over single-sex schooling» Panel IV, education, *Boston University Law Review*, Vol. 93: págs. 971-1027, destaca que en la enseñanza mixta se producen los denominados efectos psicológicos de la «amenaza del estereotipo», es decir, la angustia o preocupación que sienten los estudiantes que han interiorizado la creencia de que las mujeres no rinden tan bien como los hombres en determinadas materias, y que puede llevarlas a temer participar en los debates en clase y a experimentar ansiedad adicional en una situación de examen. Asimismo refiere algunas investigaciones que demuestran que, cuando se coloca a las alumnas en un entorno diferenciado en el que no se les recuerda su identidad de género, pierden la creencia de origen cultural de que evitar el riesgo es un comportamiento femenino «apropiado» y les ayuda a superar –por ejemplo– la amenaza del estereotipo en asignaturas y posturas socialmente calificadas como propias de los varones. Reconoce que

a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales. (...) resulta suficiente la cautela establecida en el artículo 83.4 de la Ley, que impone a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y solo a estos, la obligación de «exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad».

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

En la STC 31/2018, confirmada por las SSTC 53/2018, de 24 de mayo, 66/2018, de 21 de junio y 74/2018, de 5 de julio de 2018, el Tribunal Constitucional ha declarado que la educación diferenciada por sexos no segrega, y que los centros que la sigan no deben ser discriminados en cuanto a la financiación pública. Estos pronunciamientos se producen tras veinte años de controversia pública sobre la constitucionalidad de la separación de alumnas y alumnos en clase. Suponen aumentar el espacio de libertad ciudadana, y sitúan el debate en el terreno pedagógico, donde todavía hay mucho que avanzar para conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres en nuestra sociedad, tanto en la educación diferenciada como en la mixta, pues como pone de relieve la experiencia francesa²¹, no basta la «mixité» para resolver la igualdad.

Esta jurisprudencia era necesaria para que los derechos fundamentales no dependan de diatribas políticas, y los padres que llevan a sus hijos a colegios de educación diferenciada sepan que tienen derecho a la igualdad de trato y a la libertad en la elección de método educativo de acuerdo con sus convicciones. Pienso que estas Sentencias pretenden sacar la educación diferenciada del debate sobre la libertad de enseñanza, que junto con la forma de Estado: Monarquía o República, y la organización territorial, son los grandes temas que tenemos pendiente resolver desde el s. XIX. Me baso en su detallado análisis de los Tratados Internacionales aplicables, el deseo de mostrar una línea jurisprudencial continua a través de las numerosas citas que hacen de las escasas STC en materia educativa, y el alcance que dan al pronunciamiento el voto particular concurrente de la vicepresidenta y el primero de los discrepantes.

sus conclusiones se han extraído de países diversos con sistemas educativos y contextos culturales distintos. Pero, si se analizan de forma global, brindan un apoyo provisional al argumento de que la enseñanza diferenciada ofrece ventajas emocionales y académicas, en particular a las estudiantes.

²¹ FIZE, Michel (2003), *Les Pièges de la mixité scolaire*, Presses de la Renaissance.

En el ámbito pedagógico la investigación sigue abierta²². Como no existe un modelo pedagógico único aceptado constitucionalmente, la creación de centros docentes con carácter propio distintos de las escuelas mixtas ofrecidas por los poderes públicos es casi una exigencia constitucional, para poder desarrollar con todas sus potencialidades los derechos y libertades fundamentales que nuestra Carta Magna otorga a los ciudadanos —profesores, padres y madres, educandos, comunidad escolar, comunidad social— en materia educativa.

²² Coincido con el planteamiento de GORDILLO, E. G. (2017). «Educación diferenciada y coeducación: continuar el debate y proteger la ciencia». *Revista Española de Pedagogía*, 75 (267), pp. 255-271. Frente a algunos defensores de la educación mixta que han llegado a proponer que la discusión debería ser cerrada, este trabajo busca demostrar que la investigación debe impulsarse. Al mismo tiempo, el ensayo identifica ciertas características en determinados artículos científicos que conllevan el riesgo de desnaturalizar la ciencia al acercarla a argumentos de carácter ideológico, destacando el problema que esto representa para el debate mismo y para la ciencia en general.

La articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los Derechos Humanos: El Principio de Subsidiariedad

Alfonso Santiago

*Miembro Titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España*

Este año de 2018 se cumple el 40 aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia de la entrada en vigencia en 1978 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

En estas cuatro primeras décadas de existencia institucional, la Corte IDH ha ido desarrollándose notablemente como tribunal internacional hasta ocupar un lugar destacadísimo no solo a nivel regional sino mundial, convirtiéndose en el segundo tribunal regional en importancia a escala global en lo que hace a la protección de los derechos humanos.

En estas cuatro décadas es posible observar dos procesos distintos, en parte opuestos, que podrían generar hacia el futuro algunos serios conflictos y tensiones para el adecuado funcionamiento del SIDH. Por un lado, el creciente despliegue y desarrollo institucional de la Corte IDH y, por otro, cierta resistencia de algunos países en acatar sus decisiones cuando no las comparten o las consideran invasivas de su ámbito de competencia nacional.

El grado de conflictividad existente entre la Corte IDH y los Estados parte ha sido proporcionalmente más alta que la existente entre la Corte EDH y la gran mayoría de los estados que han adherido a la CEDH.

Nos parece que en las últimas dos décadas se han dado numerosas situaciones de tensión que son contraproducentes para el adecuado funcionamiento

del SIDH, y que hay que tener en cuenta esas experiencias para un necesario aprendizaje institucional que ayude a morigerarla y, en la medida de lo posible, evitarlas. Habrá que evitar «choques de trenes» que son negativos para la autoridad y credibilidad del sistema.

Lo anterior hace necesario tener muy presente los principios estructurales del SIDH tal como fue diseñado y acordado por los Estados parte. Se trata de no pretende sustituir al Derecho nacional en lo que hace a la protección de los derechos humanos, sino complementarlo y reforzarlo cuando ello resulta necesario. Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones locales e internacionales que, actualmente, están en pleno proceso de armonización¹.

La protección jurídica de los derechos humanos parecería ser, en los momentos actuales, un sistema «multifocal» en el que operan simultáneamente, y sin una plena coordinación, ni una jerarquización clara y rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales².

Para explicar y entender la relación entre los órdenes jurídicos nacionales y el interamericano no son útiles ni el monismo kelseniano –hay un solo orden jurídico que se ordena jerárquicamente y el derecho internacional está por encima del nacional–, ni el dualismo de Triepel, quien considera que se trata de dos órdenes distintos que operan paralelamente. Hay que diseñar un modelo o paradigma nuevo que contemple dos ordenamientos diferenciados pero profundamente interconectados, interrelacionados y con numerosas interacciones recíprocas³. Se da una situación de pluralismo jurídico que,

¹ Sobre este tema, puede consultarse con provecho el trabajo N. P. SAGÜÉS, «Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica», en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.

² Cabe recordar que ha sido la propia Corte IDH la que una de sus primeras OC ha señalado esta falta de relación jerárquica entre los tribunales nacionales y los internacionales: «En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el Derecho Internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado», OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 1, párr. 50.

³ «Como es natural, si el objeto y fin de un tratado de derechos humanos –como la Convención Americana– es el que, en líneas generales, se encuentra expresado en las normas contenidas en el artículo 1.1 y precisadas en el artículo 2, la armonización del derecho interno y de las conductas de las autoridades del Estado con las estipulaciones de un tratado como la Convención, le hace, en esencia, al «objeto y fin» de este instrumento internacional. Es aquí en

como sostiene Von Bogdandy, no implica una estricta separación sino «una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos»⁴. Junto con el pluralismo jurídico surge «el problema de las normas interconectadas a una comunidad de intérpretes finales»⁵ y de definir quién tiene la palabra final en la definición de aquellas cuestiones comunes que tiene un doble régimen jurídico que las rige.

En esa tarea de armonización entre normas y tribunales nacionales y regionales, puede ser iluminador el principio de subsidiariedad, que, si bien fue inicialmente pensado para las relaciones sociales intra-Estado, puede también ser utilizado para el diseño de las relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales⁶.

La CADH hace expresa referencia al principio de subsidiariedad en el preámbulo al afirmar:

«Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos».

También la Corte IDH ha acudido expresamente al principio de subsidiariedad en varias de sus sentencias y resoluciones⁷.

donde se aprecia la inmensa riqueza concreta que tienen los conceptos de «interacción» e «interdependencia» en este ámbito», Diego GARCÍA SAYÁN, «Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. - San José, Costa Rica, 2005, p. 326.

⁴ VON BOGDANDY, Arman, «Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales», en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 26.

⁵ PIZZOLO, Calogero, «Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos», *LL, diario del 8-VII-2015*.

⁶ Hemos examinado en profundidad el origen y contenido del principio de subsidiariedad en el Cap. XIV de nuestro libro *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del derecho constitucional*, Marcial Pons, Bs. As., 2017, donde remitimos. Sobre el tema en el derecho internacional, ver Paolo G. Carozza, «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law» (2003), *Scholarly Works, Paper 564*. h p://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564

⁷ Así, en el voto concurrente del juez Diego GARCÍA-SAYÁN en el caso «Cepeda Vargas c Colombia», del 26 de mayo de 2010, se realiza una exposición teórica, normativa y jurisprudencial del principio de subsidiariedad. Se transcribirán a continuación los considerandos pertinentes, por creerlos de un valor significativo para la acabada comprensión de este principio:

«Considerando 4: En el preámbulo de la Convención Americana se establece un principio fundamental que es el de la subsidiariedad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna, al reconocerse que la protección internacional

de los derechos humanos es «coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». Tal subsidiariedad también se encuentra consagrada en los artículos 46.1.a) y 61.2 de la Convención Americana que estipulan el requisito de agotar los recursos internos antes de recurrir a presentar una petición ante el Sistema Interamericano. 5. La Corte ha desarrollado este principio, al sostener que «[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta "coadyuvante o complementaria" de la interna». La Corte ha establecido que la responsabilidad estatal solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido oportunidad de examinarla y declararla a través de los recursos de la jurisdicción interna y de reparar el daño ocasionado. La jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario.

6. Así, los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. «En fin de cuentas, cuando se comente una violación surge la responsabilidad internacional del Estado –consecuencia directa del incumplimiento o la vulneración del deber, asimismo internacional, asumido por este–, pero no necesariamente se pone en movimiento la competencia de la Corte Interamericana. Esta se desplegará en la hipótesis de que no actúe la jurisdicción interna».

7. Asimismo, el Tribunal ha explicado que = [l]a Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados parte se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, la protección internacional es «coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su «aprobación» o «confirmación»

8. La Convención Americana impone a los Estados parte el deber de asegurar a las presuntas víctimas recursos eficaces ante las instancias nacionales contra violaciones de los derechos reconocidos en los tratados o en el Derecho interno y, dispone el correlativo deber del reclamante de agotar previamente los recursos de derecho interno como condición de admisibilidad de sus peticiones a nivel internacional. El establecimiento de tales deberes complementarios pone de relieve la necesaria interacción que debe existir entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

9. El principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos implica que recae en los Estados –a través de sus órganos y autoridades internas– la responsabilidad primaria de respetar y garantizar en el ámbito de su jurisdicción los derechos humanos recogidos en las normas internacionales de protección y cumplir con las obligaciones internacionales que de ellas se derivan. Antes bien, los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos están llamados a ser los tribunales y autoridades nacionales. «En principio los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales».10. Dichas implicaciones del principio de subsidiariedad fueron destacadas en el *caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, cuando la Corte recordó que = el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el

deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional.

11. Ese elemento esencial del derecho internacional de los derechos humanos está en la base conceptual de su interacción esencial con el derecho interno y el comportamiento que deben tener al respecto las distintas instituciones del Estado teniendo en cuenta las obligaciones que libre y soberanamente ha contraído a través de un tratado internacional. Ello al menos en dos ámbitos derivados, cada uno, de dos normas fundamentales de la Convención: el artículo 1.1 y el artículo 2. Los Estados cumplen, así, un papel fundamental como integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Un papel medular le corresponde en ello a los tribunales nacionales, como parte del aparato del Estado.

12. En ese proceso de interacción la Corte no se sitúa por encima de los Estados, sino que cumple su función de actuar, en el terreno de lo contencioso, cuando se le somete un caso después de haberse agotado la jurisdicción interna. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial ellas son acatadas por los Estados. Especialmente notable es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte, espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales la jurisprudencia de la Corte. El Tribunal interamericano, por su lado, se nutre también de la importante jurisprudencia de instancias nacionales. El Tribunal no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana.

13. El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos. Ciertamente los Estados «no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer [un] control en forma subsidiaria y complementaria».

14. Corresponde a la Corte Interamericana, una vez que declara la responsabilidad internacional del Estado, cumplir con el deber que le impone el artículo 63.1 de la Convención de disponer, «*si ello fuera procedente*, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada» (énfasis agregado). Para cumplir con tal deber, el Tribunal debe verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas en el ámbito interno con las obligaciones internacionales y actuar disponiendo medidas para reparar aquellos daños que no fueron reparados debidamente a nivel interno. La Corte debe evaluar si es procedente ordenar al Estado que pague una indemnización adicional si esta se hubiere establecido internamente. No procede ordenar tal medida cuando el Estado, a través de sus órganos internos, ha dispuesto y ejecutado una indemnización justa que repare el daño causado.

15. El pronunciamiento de la Corte Interamericana en materia de reparaciones no depende ni está limitado, pues, por los mecanismos o parámetros dispuestos en el ordenamiento jurídico nacional, así como tampoco por lo ya decidido por los órganos internos. Al verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas a nivel interno la Corte carece de tales límites; por el contrario, es ella la intérprete final de la obligación internacional de reparar en materia de derechos humanos, pero está, a la vez, en el deber de reconocer y estimular, de ser el caso, los pasos dados en el derecho interno que sean concordantes con el ordenamiento internacional», Caso «Cepeda Vargas c/Colombia», Corte IDH, 26/05/2010, voto concurrente del juez Diego GARCÍA-SAYÁN, conds. 4.º-15.

La novedosa, original y compleja relación entre el SIDH y los ordenamientos nacionales, tanto es sus aspectos normativos como jurisdiccionales, podría ser caracterizada con las siguientes notas que se derivan del principio de subsidiariedad tal como fuera plasmado en la CADH:

- Se trata de dos sistemas diferenciados, independientes, no subordinados jerárquicamente⁸;
- La protección que brinda el SIDH es subsidiaria y es complementaria de la protección que están llamados a brindar en primer lugar los estados nacionales, quienes son los primeros responsables de la tutela y promoción de los derechos humanos y de la definición las cuestiones que ello implica;
- El SIDH se basa en la voluntad de los Estados Partes que han dado origen al SIDH y sus obligaciones, excepción hecha de las normas de *ius cogens*, están fundadas en el respeto del principio del «pacta sunt servanda»⁹. Cualquier modificación estructural significativa del SIDH ha de tener el expreso consentimiento de todos y cada uno de los Estados partes;
- La pertenencia de los Estados al SIDH es facultativa, voluntaria y en alguna medida provisional, ya que los Estados tienen el derecho de retirarse del mismo mediante la denuncia del Tratado, como ya ha ocurrido en los casos de Perú, Trinidad Tobago (1999) y Venezuela (2012). Se reconoce un claro «derecho de secesión» cuyo ejercicio en la práctica habrá de evitarse porque debilita al SIDH en su conjunto;
- Las intervenciones de los órganos del SIDH es limitada, excepcional y ha de ser ejercida de modo no invasivo, de modo de respetar el margen nacional de apreciación, propio de buena parte de las complejas cuestiones relativas a los derechos humanos. No respetar estas pautas, que los tribunales internacionales no adopten cierto *self-restraint*, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos sean adoptadas en sede internacional cuando, por su propio contenido, están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor

⁸ Ha señalado en este sentido Ruddy José Flores Monterrey, Magistrado Presidente Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: «Al respecto, es importante puntualizar que se tratan de ordenamientos jurídicos autónomos y diferenciados uno del otro, uno de carácter nacional y el otro de carácter internacional, coadyuvante y complementario de este último respecto del nacional, cada uno con fuentes, reglas y principios propios para su observancia y cumplimiento, procesos que asumen interacciones e interdependencias más complejas, principalmente partiendo del reconocimiento de que esos derechos esenciales del hombre que "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana", cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Christian Steiner / Patricia Uribe (editores), Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. III».

⁹ Afirma Domingo García Belaunde: «el orden supranacional solo es válido para el Estado en cuanto él mismo lo acepta, como se ha visto, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea y algunos tratados recientes (como el Estatuto de Roma)», «El control de convencionalidad y sus problemas», en *Revista de Pensamiento Constitucional*, Vol. 20, Núm. 20 (2015).

no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede realizar una entidad menor, armoniza también mejor con el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticos de los organismos y tribunales internacionales suelen ser más bien reflejos y secundarios. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se les presenta a los tribunales en general, y a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta «sobreconventionalidad» que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos, invade los ámbitos de competencias propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional. Debe reconocerse en variados temas una «deferencia» a los órganos constituyentes, legislativos y judiciales nacionales, de modo que se dé un adecuado equilibrio institucional entre los órganos nacionales e internacionales en la definición de asuntos relativos a los derechos humanos;

- El principio de subsidiariedad tiene claras y concretas proyecciones en el modo de operar el SIDH, especialmente en relación al respeto de los ámbitos de competencia nacionales, tanto en lo que hace a la normativa constitucional como a la actuación de los órganos judiciales nacionales, que no son órganos dependientes jerárquicamente de la Corte IDH. La relación entre los órganos regionales y los nacionales no es asimilable ni es análoga a la clara relación de subordinación entre los órganos judiciales federales y los estatales en el marco de una federación. Se trata de una relación diferente, con un deslinde de esfera distinto y más claro.
- Las decisiones de la Corte IDH son potestativas y obligatorias en lo que hace a la *res iudicata* contenida en las sentencias condenatorias a un determinado estado y son «autoritativas» en lo que se refiere a la *res interpretata* extensiva a los demás estados que no han sido parte en el proceso. Es decir, los estados han de cumplir obligatoriamente lo decidido por la Corte IDH en los casos concretos en que hayan sido partes, mientras que los restantes estados han de valorar y tener especialmente en cuenta la jurisprudencia y las interpretaciones que realiza la Corte IDH. Esa doctrina jurisprudencial ha de ser utilizada como «pauta insoslayable de interpretación», pero no tiene de por sí un carácter obligatorio, salvo que sean las propias normas o jurisprudencia nacionales las que le otorguen ese carácter. Forman parte de la *auctoritas* pero no de la *potestas* reconocida a la Corte IDH, por lo que la calidad argumentativa de sus sentencias resulta ser decisiva de cara a lograr su seguimiento por los tribunales nacionales. Una cosa es la imposición coactiva de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH y otra la libre adhesión a ellos decidida por los órganos nacionales fundada en los buenos principios y valores que ellos consagran;

- Los órganos del SIDH han de respetar estrictamente, con las pocas excepciones que permite la propia CADH, la exigencia del previo agotamiento de las instancias nacionales como requisito necesario para iniciar su actuación¹⁰, sin que sea legítima la intervención de los órganos regionales cuando aún el tema está siendo tratado por los tribunales nacionales, dentro de plazos razonables;
- Ha de interpretarse con criterio estricto y excepcional la facultad que el artículo 63 reconoce a la Corte IDH para dictar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia¹¹;
- Corresponde distinguir claramente entre el proceso iniciado y finalizado en el ámbito nacional del nuevo que se lleva a cabo en sede regional. Son distintos tanto en lo que hace a las partes que intervienen en el proceso, como en el derecho tanto sustantivo como procesal que se aplica. La intervención de la Corte IDH no constituye una instancia de apelación de las sentencias últimas y definitivas dictadas por los tribunales nacionales¹².

¹⁰ «La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta «coadyuvante o complementaria de la interna».

¹¹ Señala el art. 63 de la CADH: «En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión».

¹² «La Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; solo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]», Corte IDH, caso «Genie Lacayo», sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párr. 94. Recientemente, ha sostenido la Corte Suprema argentina al negarse a dejar sin efecto una sentencia que ella misma había dictado, pese a lo ordenado expresamente en ese sentido por la Corte IDH: «La Corte Interamericana no constituye entonces una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso "Perozo y otros v. Venezuela", sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 64) (...) Dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa «Menem» en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutive y párr. 105) –lo cual es sinónimo de «revocar» conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario Real Academia Española– implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una «cuarta instancia» revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una «cuarta instancia», en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba», cfr. CS, 14/02/2017. – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Consid. 8 y 11.º).

- Se ha de fomentar en todo momento un diálogo interjurisdiccional en ambos sentidos, no basado en una relación jerárquica inexistente, sino en el intercambio de razones y criterios jurídicos útiles para garantizar armónicamente los derechos humanos y las «justas exigencia del bien común en una sociedad democrática» (art. 32 de la CADH);
- La Corte IDH ha de evitar que el mecanismo de las OC pueda ser utilizado por los poderes ejecutivos de los países partes como modo de obtener un pronunciamiento previo del tribunal regional en un tema que está siendo debatida en los poderes legislativos o en el seno de las sociedades nacionales. Esa utilización «estratégica» de la OC por parte de las autoridades locales puede desvirtuar el fin para el que fueron establecidas y afectar el prestigio institucional de la propia Corte IDH¹³.

Nos parece que el adecuado respeto de estas pautas jurídicas e institucionales mantendrá al SIDH y a la actuación de la Corte IDH dentro de los límites acordados por los estados partes evitará algunos graves conflictos y garantizará la supervivencia, autoridad, credibilidad y efectividad del sistema en su conjunto.

Cualquier modificación de estos principios estructurales que afecte los compromisos fundacionales de los Estados parte requerirá de un previo debate y acuerdo de todos ellos. Así ha actuado el SEDH cuando juzgó necesario introducir cambios a su funcionamiento y así debe proceder el SIDH.

Hasta el momento, los estados de la región no han decidido trasladar a la Corte IDH la resolución de las cuestiones decisivas de su sistema político y jurídico, e intentar asumir indebidamente ese rol, puede ocasionar muchos trastornos a la viabilidad del SIDH que gradualmente se va construyendo en la región.

¹³ La propia Corte ha establecido que «debe actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna». Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 30.

Derechos Humanos y solidaridad humana

Patricia Santos Rodríguez

Universidad CEU San Pablo, Madrid (España)

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, teoría del Derecho, antropología jurídica, principios generales del Derecho, solidaridad humana.

ABSTRACT: La comunicación trata de revisar la fundamentación teórica de los derechos humanos, desde una doble perspectiva: desde la tradición iusnaturalista clásica y desde la práctica de los derechos humanos. Se señalan causas de la crisis actual y se proponen otras fundamentaciones más acordes con la función política de estos derechos.

1. INTRODUCCIÓN

El presente año 2018 conmemora el 70.º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) de 1948. La Declaración, impulsada por Eleanor Roosevelt, encontró todo tipo de retos culturales y políticos, hasta alcanzar la forma de borrador y después la sanción de la comunidad internacional. Los principales protagonistas seleccionados por la Primera Dama para la tarea, eran principalmente hombres dedicados a una vida comprometida en la política de sus respectivos países, con cierta sensibilidad diplomática para las relaciones internacionales, y en el caso de alguno con vocación académica, que se relacionaba bien con la filosofía, bien con las matemáticas. En cualquier caso, todos ellos ayudaban a componer el grupo ideado por Roosevelt para acometer la tarea de escribir una «Carta Magna» de derechos humanos que sirviera de examen de conciencia a la comunidad internacional. Acabada la II Guerra Mundial, la Guerra Fría no había hecho más que empezar, y así como las distancias físicas entre los

países se habían acordado (todos conocían la situación de todos), las distancias políticas seguían dividiendo el mundo en bloques y tensiones transfronterizas.

En enero de 1947, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas empezó su labor de redacción de la Declaración. Si bien el Comité contaba con la representación de nueve Estados –Australia (William Hodgson), Canadá (John Humphrey), Chile (Hernán Santa Cruz), China (Peng Chun Chang), Francia (René Cassin y Jacques Maritain), Líbano (Charles Malik), Reino Unido (Lord Dukeston y Geoffrey Wilson) y la Unión Soviética (Alexandre Bogomolov y Alexei Pavlov)– fue el delegado de Canadá (John Humphrey) quien redactó el primer borrador de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El histórico documento de 4 de junio de 1947, iba a ser el primero de obligada referencia para todas las posteriores modificaciones. Eleanor Roosevelt presidía el Comité siendo a la vez portavoz de los Estados Unidos. Todos ellos participaron activamente en la definición de los derechos y libertades fundamentales que entendían debían ser declarados con alcance universal. Humphrey redactó este documento con originalidad, dotándole de estructura y capítulos propios, y mostrando las reglas que había seguido para esa redacción: la consideración de las constituciones de los países miembros; la posibilidad de que todos esos países pudieran suscribir esos derechos que él planteaba; el empleo de una redacción concisa y clara, asequible a todos; que fuera una afirmación de los derechos más fundamentales; y por último, que los derechos enunciados cubrieran los aspectos más elementales de las clasificaciones de derechos que existían. Humphrey había tenido en cuenta, además, las propuestas del resto de los delegados de la Comisión de Derechos Humanos organizada al respecto. Se añadió finalmente otro borrador propuesto por el Reino Unido. La diferencia entre el borrador de John Humphrey y el borrador inglés, consistía más bien en la naturaleza del documento: el canadiense había elaborado más una propuesta de principios universales, en tanto que los británicos habían redactado el borrador en términos más cercanos a una alianza contractual entre los estados participantes. Nos permitimos una breve –pero necesaria– derivada acerca del alcance que este debate tenía, pues en modo alguno hubo acuerdo. El propio Maritain admitió la conveniencia de alcanzar un acuerdo práctico sobre lo que se quería proteger y consagrar jurídicamente, más que afrontar un debate teórico que hiciera imposible el consenso¹.

¹ Cfr. SANTOS RODRÍGUEZ, PATRICIA. *1948-2018: Los derechos humanos a examen. Una revisión clásica en el 70.º aniversario de la declaración universal*. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017. Pp. 90 y ss.

2. CRISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Bobbio declaró hace años que «el problema de fondo relativo de a los derechos del hombre es hoy no tanto justificarlos, como protegerlos». La vigencia actual de los derechos humanos se cuestiona, por ejemplo, a raíz de la crisis de inmigración que estamos viviendo, por su falta de garantías jurídicas y políticas²; aparece el enfrentamiento al traducirlos y enmarcarlos en determinados condicionamientos históricos, sociales, económicos, culturales y religiosos³; se critica y revisa su trasposición jurídica a nivel internacional y constitucional⁴, así se critica su tutela procesal y penal⁵ o se intenta ampliar su subjetividad⁶, por citar solo algunos de los distintos ámbitos donde estos derechos son invocados, transgredidos, cuestionados o defendidos, como vemos, en sentidos y con alcances diversos, dependiendo del vértice de cada cuestión.

Encontramos una posible respuesta a estos problemas tratando de responder en esta comunicación desde otra peculiar perspectiva, la de la teoría del derecho. Nuestra modesta aportación no pretende tener carácter excluyente de otras posibles y necesarias contribuciones al esclarecimiento del por qué existen esos malestares en torno a los derechos humanos y cómo han de resolverse; estamos convencidos, sin embargo, de que tras 70 años de experiencia en derechos humanos, las causas de su debilidad no son solo prácticas.

Nos atrevemos a apuntar como primera cuestión, que esta frustración se debe a un planteamiento defectuoso de la cuestión en su punto de partida, el conceptual. Estamos convencidos por tanto de la importancia que este debate tiene en el ámbito teórico. Bastará con hacer nuestra la anécdota que relata el profesor Francisco Puy⁷:

² Cfr. Puertas Abiertas, Informe Lista Mundial de la Persecución 2017, goo.gl/9z3gqY, acceso 14 septiembre 2018.

³ Cfr. p.e. KHAMENEI, S. M., Los Derechos de la Mujer en el Islam, goo.gl/KeoPZW, acceso 14, septiembre 2018.

⁴ Cfr. p.e. el debate suscitado por la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE /* COM/2014/0199 final */ en la que informa sobre los cambios en la política de retorno de inmigrantes irregulares de la UE en los últimos años, se analiza su impacto y se presentan algunas ideas relativas a su evolución futura.

⁵ ACCEM, *Red Española contra la Trata de Personas*, <http://redcontralatrata.org/gZl>, acceso 14 septiembre 2018.

⁶ RESTREPO YUSTI, M. *Construcción de subjetividades y pedagogía en derechos humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá 2005. Pp. 11-136.

⁷ PUY, F. «¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?» en MUGUERZA, J. et al. *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 291.

«Un hombre le pidió al Mullah Nasrudin enseñanza espiritual. El Mullah le dijo:

- Empezaré por los fundamentos. – Pero el hombre le dijo:
- Déjate de preliminares. No me importan. Vayamos al grano rápido.

El Mullah, entonces, trajo una tinaja desfondada y empezó a echar cubos de agua en ella. Y preguntó el hombre:

- Pero ¿qué estás haciendo? – Y contestó el Mullah:
- Llenando la tinaja. Y dijo el hombre:
- Pero esa tinaja no tiene fondo. – Y respondió el Mullah:
- A mí no me interesa el fondo. Dime cuándo llega el agua arriba nada más.»

3. LA PREGUNTA POR LA FUNDAMENTACIÓN

La pregunta por la fundamentación, su revisión, nos parecía intermedia entre otras dos cuestiones extremas, la de su finalidad práctica (y con ella los debates en torno a la vigencia, aplicación, garantía e interpretación de los derechos humanos), y la pregunta por su concepto (que a su vez, nos llevaría a la cuestión del significado). Compartimos la tesis del profesor González Amuchástegui⁸ cuando distingue la cuestión del concepto (qué son los derechos humanos), de la de su fundamento (cómo se justifican, por qué).

Existen excelentes obras de referencia en torno a la fundamentación de los derechos humanos. La clasificación doctrinal más o menos generalizada de los fundamentos de los derechos humanos, suele adscribirse a tesis de tipo historicista⁹, iusfilosófica (iusnaturalista clásica¹⁰ o racionalista¹¹ o positivis-

⁸ GONZÁLEZ, J. «Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos. Notas sobre su enseñanza» S. José de Costa Rica. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 14, 1991. Pp. 43-44.

⁹ PERRIS, M., *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1976, pp. 135 y ss. LABARDINI, R. «Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV». México, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (19), 1988-89, pp. 294 y ss. PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., ASÍS ROIG, R. et al., *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson S. L., 2003, 2001 y 2009, tomos. I, II y III. ARIAS MARÍN, A. «Tesis sobre una teoría crítica de los derechos humanos», México, *Open Insight*, Volumen VI, N.º 9 (enero-junio 2015), pp. 11-33.

¹⁰ MARITAIN, J. Cfr. Op. Cit. HERVADA, J. «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», Pamplona, *Humana Iura*, I, 1991.

¹¹ PAINE, T. *The Rights of Man*, New York, Penguin Books, 1985, p. 68. ROUSSEAU, J. J., *The Social Contract*, Maurice Cranston (trans.), Baltimore, Penguin Books, 1968, p. 50. Explicación de las tesis de Hayek, Nozick, Rawls y Dworkin, entre otros, en MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, fundamento y realidad*. Zaragoza, Egido, 1997. pp. 49-61 y 94-113.

ta¹²), filosófico-política liberal¹³, moral¹⁴, ética¹⁵, religiosa¹⁶, ó filosófica en general (racionalista¹⁷, utilitarista¹⁸, meta-lingüística¹⁹, personalista²⁰). También ha habido quien ha declarado la imposibilidad gnoseológica de fundamentarlos²¹. En cualquier caso, la cuestión de los fundamentos no ha sido indiferente a la doctrina durante estos años de existencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Nuestra aproximación al problema es anterior a la justificación. La justificación presupone los derechos humanos como tales. Nuestra pregunta se sitúa en un plano anterior a estos.

La teoría del derecho ha querido tutelar los derechos humanos desde el concepto de derecho subjetivo. Antes de analizar el alcance de este concepto, nos parece necesario abordar desde la historia, desde la filosofía política, y desde la antropología filosófica, qué realidad estamos tratando de garantizar mediante la denominación «derechos humanos». Parece que en la noción de derechos humanos pervive una intuición de justicia formalmente garantista y procedimental, pero en el fondo distributiva y social, a la que se llama a intervenir bien de forma positiva, promoviendo determinadas conductas o condiciones de vida que se perciben como primera necesidad o simplemente acordes con ciertos parámetros de dignidad humana; o de forma negativa

¹² Cfr. MILLARD, E. «Positivismo y derechos humanos». *Revista Jurídica*, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata, 2008, 3 (3), pp. 329-340.

¹³ Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2004. MARTÍNEZ ZORRILLA, D. «Los fundamentos teóricos de los derechos humanos», en *Los derechos humanos en el siglo XXI*. Bonet i Perez, J. y Sánchez, V. M. España, Huygens, 2008. Pp. 73-102.

¹⁴ Cfr. NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984. Cfr. LAPORTA, E., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987. Cfr. PECES-BARBA G. «Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28 (1988), pp. 194 ss. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate 1991. Otros exponentes de esta teoría serían: Hart, y en nuestra doctrina, Fernández Galiano, Ollero, Pérez Luño, Puy Muñoz, en MARTÍNEZ DE PISÓN, J. Op.cit. Pp. 128-134.

¹⁵ ROBLES, G. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid, Cuadernos Civitas. 1992, pp. 183 y ss.

¹⁶ ROUCO, A. *Los fundamentos de los derechos humanos: Una cuestión urgente*. Madrid, Discurso de recepción del Académico de Número. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Pp. 34-37, 59 y ss.

¹⁷ Cfr. CASTELLANO, D. *Racionalismo y derechos humanos*. Madrid-Barcelona, Colección Prudentia Iuris, Marcial Pons, 2004.

¹⁸ POLO, M. A. «Ética y política en Locke. De los derechos humanos a los humanos sin derechos.» *Revista Escritura y Pensamiento*. Lima (Perú), Año VIII, núm. 17, 2005, pp. 39-65.

¹⁹ KROTZ, E. «La fundamentación de la idea de los derechos humanos en contextos multiculturales», *Alteridades*, México, vol. 18, núm. 35, ene/jun 2008.

²⁰ FERNÁNDEZ, C. «Fundamentos de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI: Personalismo, tridimensionalismo y proyecto de vida» *Revista electrónica Persona*, núm. 40, abril 2005. Accesible en <http://www.revistapersona.com.ar/> en 7 de febrero 2017.

²¹ BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos* 1, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, pp. 10-11.

prohibiendo y castigando aquellas conductas y/o situaciones contrarias a esa valoración.

*¿Por qué esta necesidad de hacer que la autoridad intervenga justificando la petición con imperativos jurídicos? ¿No bastan las garantías de los ordenamientos jurídicos vigentes? Encontramos una primera respuesta en la obra de Arendt²², *Los orígenes del totalitarismo*, cuando expone el estado de indefensión del pueblo judío en la época del nazismo y de otras minorías en otros casos de la historia contemporánea por haberse tornado «apátridas» en los estados donde vivían, y por tanto indefensos desde el punto de vista jurídico y político. Tiene razón Arendt al señalar que en este momento hay un «inicio del fin» de los derechos del hombre. Ciertamente, la nacionalidad, la ciudadanía, no son principios suficientes para proteger a los hombres de los abusos y de la barbarie. Ciertamente, la comunidad internacional debe responder subsidiariamente tratando de evitar esas situaciones, vigilando el cumplimiento de unos mínimos y promoviendo una mayor cohesión política y social entre los pueblos. Decimos que se trata de una primera respuesta porque si solamente hubiera sido un problema de derecho internacional privado, o de migración, no habrían aparecido los derechos humanos como fórmula de resolver la indefensión jurídica y política. Debemos avanzar algo más en el discernimiento del problema.*

La formulación de la DUDH de Naciones Unidas en 1948 y su posterior acogida e imitación a nivel de cada continente, y por la constitución de cada estado miembro de la comunidad internacional nos llevan hacia otro planteamiento. Es evidente el peso de las consecuencias de las Guerras Mundiales y la situación de Guerra Fría en aquel momento, de la carrera de armamentos y la proliferación de la disposición de armas nucleares en distintos lugares de la Tierra. Más recientemente y desde el punto de vista económico, la globalización ha generado no solo mayores beneficios sino también mayores desigualdades a nivel mundial. En lo filosófico y cultural, algunas intuiciones futuristas de Huxley²³ han tenido ya lugar entre nosotros. No solo la paz y la necesidad de solidaridad entre los hombres, sino también las nociones de desarrollo sostenible y de responsabilidad social en sentido amplio (englobando aquí conceptos que apuntan a nuevas formas de entender y asumir la responsabilidad de las acciones humanas, como son el sentido de responsabilidad social de los individuos; las formas de responsabilidad colectiva, hasta la responsabilidad social corporativa) son hoy percibidos con mayor fuerza cada vez; y no como estériles deseos utópicos de un mundo mejor, sino como vías necesarias y reales con

²² ARENDT, H. *Los orígenes del totalitarismo*, (trad. Solana, G.). Madrid, Taurus, 1998. Pp. 225 y ss.

²³ HUXLEY, A. *Brave New World*, UK, Chatto & Windus, 1932.

capacidad de respuesta a esos graves problemas, respetuosos con el ser humano. Esto, o la alternativa que deja que la economía y las estructuras piensen por nosotros, como sugiere Fukuyama en *El fin de la historia y el último hombre*²⁴.

4. LOS TIPOS DE JUSTICIA PRESENTES EN LOS DERECHOS HUMANOS

Ciertamente, los fines propuestos en el Preámbulo de la DUDH exceden el modelo clásico de la justicia conmutativa *do ut des*, aunque a la hora de particularizarse su ejercicio este modelo no quede excluido por completo. Los retos o las propuestas que se desean garantizar requieren la intervención y administración propias de la justicia distributiva, inspirándose o fundándose en la justicia social, antes referida. La justicia distributiva hace necesaria la intervención de la autoridad; sin embargo, la solidaridad no depende esencialmente de la autoridad, sino que su definición asume cualquier sujeto (cualquier otra persona o grupo de personas) que asuman como propias las carencias ajenas y participen libremente en su solución. Volviendo a la teoría jurídica surgen entonces algunos interrogantes: ¿Cómo puede la autoridad jurídica impulsar esta participación solidaria? ¿Deberá imponer la obligación de solidaridad recíproca entre los seres humanos? ¿Qué figura o institución jurídica puede contribuir al logro de estos objetivos? Creemos que la solución jurídica que mejor se adecua a este contexto consistirá más bien en medidas que garanticen y canalicen esta participación, incentivándola y/o promoviendo cauces de encuentro entre autoridad y grupos sociales, entre grupos e individuos que faciliten la comunicación acerca de las necesidades y los problemas concretos. La justicia procedimental y garantista que se invocaba al inicio como presupuesto para el cumplimiento de los derechos humanos tiene cierto papel en su desarrollo y aplicación, pero parece que el protagonismo activo en orden a la consecución de los fines de la DUDH debe ser cedido a las iniciativas económicas, a las políticas sociales y a la educación. Las garantías jurídicas funcionan bien de manera subsidiaria y como soporte de la organización y de la coordinación de otras actividades, pero su dinámica es siempre menos flexible y más lenta que las acciones realizadas por los agentes económicos, políticos, sociales y educativos.

Si los problemas y las soluciones hasta aquí expuestas pueden adscribirse sin forzar ningún argumento a la acción de la política social, económica y educativa, y su coordinación y administración puede concretarse en esa misma línea dentro de la esfera de la justicia distributiva, ¿por qué instrumentar la realización de esos fines expresándolos en forma de derechos subjetivos? ¿Es solo una falacia, o estamos tratando de conjugar dos lógicas

²⁴ FUKUYAMA, F. *The End of History and the Last Man*, US, Free Press, 1992.

opuestas, de una parte la lógica distributiva, de otra la lógica individual? ¿Es el derecho subjetivo el instrumento más idóneo para contribuir a la realización de los derechos humanos? Trataremos de responder estas preguntas a continuación.

Los derechos humanos se enmarcan también en una noción de justicia que los presupone y los articula, y en una noción de ser humano que los justifica. Hemos tratado de explicar el tipo de justicia que parece invocarse al hablar de derechos humanos. Veamos la noción de hombre que subyace en su formulación. Llegamos a ella a través del análisis de sus precedentes históricos, las Declaraciones de Derechos y las Constituciones de los Estados Unidos y las de la República francesa.

Como expone la doctrina²⁵, el primer rasgo antropológico que aparece explícitamente mencionado en ellas nos llega a través de la idea del pacto social. Rousseau acuñó esta expresión basándose en una ficción que él mismo asume al inicio de su obra para así justificar su concepción del poder político y su coordinación con la libertad del individuo. Para ello imagina, visualiza al hombre en un hipotético estado de naturaleza, completamente libre e inocente; visualiza después al hombre que a cambio de beneficios mayores que percibirá en el intercambio social, «entra» en sociedad. Su entrada se significa por la pérdida de parte de su libertad, que se asume en forma de contrato implícito. Este contrato social implícito les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de la que disponían en estado de naturaleza. Siendo así, los derechos y los deberes de los individuos constituyen las cláusulas del contrato social, en tanto que el Estado es la entidad creada para hacer cumplir el contrato. Del mismo modo, los seres humanos pueden cambiar los términos del contrato si así lo desean; los derechos y los deberes no son inmutables. Aquí tenemos el planteamiento filosófico implícito en la DUDH y en las declaraciones posteriores similares a ella. La justicia distributiva que antes mencionábamos no responde al modelo clásico, sino al moderno.

Por otro lado, es necesario destacar también el papel que la promoción de la justicia social y la educación prestan a la protección, desarrollo y logro de estos derechos. Esta implicación nos hace plantearnos la naturaleza más bien política de estos así llamados derechos, y la necesidad de adecuar su tratamiento jurídico a esta realidad: en primer lugar, dando paso a su definición y reconocimiento en sus instancias propias, desde los lugares en los que cobran verdadero y urgente significado (instancias culturales, políticas, económicas, sociales); en segundo lugar, articulando y desarrollando quizá un derecho humanitario

²⁵ CASTELLANO, D. *Op. cit.* Pp. 24-85; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Op. cit.* Pp. 62-75; PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., ASÍS ROIG, R. et al., *Historia... Op. cit.* (tomo II).

nacional e internacional, de alcance más amplio que el ya existente, que así reconociera y garantizase su protección y promoción más inmediata.

5. ANTROPOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS

Lo que interesa destacar ahora es que el dato antropológico subyacente tanto en contrato social, como en la DUDH, es ficticio. No responde a la realidad. El hombre nace en una familia (continuadora de una línea genealógica previa) y dentro de una comunidad, no solo política, sino también geográfica; la vida humana tal como se refleja en la más antigua arqueología²⁶, es social y no gregaria. Social, por estar basada en la comunicación racional, inteligible e inteligente. ¿Qué importancia tiene para un filósofo del derecho, para un teórico de los derechos humanos, señalar este dato? Si la ficción fuera verdad, la noción más importante y característica del ser humano sería su libertad y su más legítima aspiración, ejercerla en los términos más absolutos posibles. La vida en sociedad, en esta perspectiva, es un límite a la libertad, un sacrificio. Si nunca ha existido el estado de naturaleza, la libertad humana nunca ha sido absoluta, sino relativa, y por tanto no es la única ni la más importante característica del hombre. El hombre se caracteriza por su vida social, que a su vez remite a su capacidad intelectual, al ejercicio de la razón. No resulta extraño encontrar estas posiciones antropológicas informando a su vez dos posturas teóricas tan centrales como opuestas acerca del derecho y de la justicia. Y aquí enlazamos con la institución que nos ocupa, la de los derechos humanos.

Las dos perspectivas filosóficas se postulan como origen del derecho; ambas reflejan –con sus presupuestos antropológicos y metafísicos, su noción de derecho, su método de aplicación y de interpretación– el peso de una tradición específica (la antigua o clásica, y la pre-moderna nominalista). Cada una ha desarrollado ramificaciones diversas y cuenta con innumerables exponentes. Sus respectivos períodos de consolidación y expansión, y sus procesos de evolución llegan hasta hoy. Los derechos humanos se plantearon desde su incorporación al borrador final de la Declaración como derechos subjetivos, pues parecieron a los allí presentes, el mejor vehículo para la consecución de lo proyectado. Desde el punto de vista teórico parece que estamos ante un silogismo de la modernidad: el punto de partida es el hombre en estado de naturaleza que entra en sociedad mediante el pacto social, y vive gracias al reconocimiento de cartas de derechos y deberes consensuados con el poder, cuyo garante es el Estado, o la comunidad internacional; añoranza de una

²⁶ ASTON, M., TAYLOR, T. *Enciclopedia de Arqueología*. (Edición española) Buenos Aires, El Ateneo, 1999.

libertad absoluta, como fuerza y fundamento del derecho: la voluntad humana, y su vehículo, el derecho subjetivo.

No es posible negar la utilidad de la categoría jurídica del derecho subjetivo (como queda evidenciado en el Derecho internacional, constitucional, procesal y civil, por citar los campos donde ha tenido mayor desarrollo dogmático). Admitiendo la utilidad y el uso creciente que se ha hecho del concepto subjetivo del derecho en esos campos, e incluso en el de la teoría del derecho, no vemos pacífica en absoluto la cuestión de su admisión por el iusnaturalismo clásico, como fundamento teórico de los derechos humanos. Admitir en ese lugar al derecho subjetivo, supone vaciar de sentido la tesis del iusnaturalismo clásico que sostiene la noción de derecho, como «la cosa debida a otro en virtud de cierta igualdad». Para el iusnaturalismo clásico, el problema del derecho subjetivo está en su acento. La objeción a la que la estructura subjetiva aboca, desde este punto de vista, es que parece defender y garantizar, fundamentalmente, la libertad individual, como el bien más absoluto que corresponde al ser humano, su cualidad más destacada en el imaginario estado de naturaleza. Por lo demás, esta categoría parece revelar su afinidad con una estructura más bien individualista, que resulta de por sí poco apta para un programa que apunta a la solidaridad, al engranaje de los grupos, a la cooperación y a la paz.

La forma de paliar esta tensión individualista en los derechos humanos, ha consistido en buscar un contrapeso a través de garantías internacionales (la DUDH y tratados que la desarrollan) y después estatales (reconocimiento y articulación constitucional como derechos fundamentales). La fuerza centrípeta de los derechos humanos estaría basada en el equilibrio inestable que produce la indefinición, y en la insatisfacción propia de la libertad que busca saciarse en un cumplimiento siempre imperfecto; una libertad así debe acotarse «desde fuera», concretamente a través de las garantías jurídicas que cada Estado, y que la comunidad internacional, tengan a bien conceder en cada momento y contexto, a quienes reclaman. En la práctica, este planteamiento bienintencionado ha encontrado, y sigue encontrando, dificultades de toda índole. De entrada, algo tan imperioso como un derecho humano vulnerado o insatisfecho, debe esperar a que las instituciones se hagan cargo de ese derecho, lo regulen y tramiten su reconocimiento y defensa. Estos mecanismos suponen una inversión de tiempo en procedimientos que pueden terminar malogrando la debida atención a legítimas cuestiones vitales.

6. NUEVAS PROPUESTAS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Creemos que la definición teórica sustentante de la realidad que en principio se desea proteger –dignidad humana, vida, igualdad, libertad, necesidades

básicas, etc– no puede colaborar más –por su propia dinámica interna– con esa realidad que trata de garantizar. Todo esto sucede en el campo teórico, mientras que la práctica ha puesto en sordina las discusiones que el desajuste propiciaba para tratar de concentrarse en cuestiones de poder, de administración y de normas. Cabe preguntarse si estamos conformes en pactar esta solución para seguir luchando así por lo que implican los derechos humanos.

Si esta crítica que sugerimos acerca de la formulación expuesta de los derechos humanos como derechos subjetivos, quedara en una postura más para el acervo de ese sordo debate ius-filosófico, estaríamos desoyendo la llamada de los derechos humanos. De entrada, sucede que hasta podría neutralizarse, pues la teoría iusnaturalista clásica, no es la única; bastaría con aceptar los presupuestos filosóficos subyacentes desde otra perspectiva o escuela, –positivistas, racionalistas, normativistas, o de la índole que se quiera– que permitiera aceptar lógicamente su aplicación a los derechos humanos, por otra parte, producto suyo.

La crítica que deseáramos plantear –si se nos permite– solamente trata de hacerse eco, como decíamos en el primer epígrafe, del malestar, de la frustración experimentada durante estas décadas de debate y un largo proceso de luchas y estancamientos por la consecución de esos derechos humanos. La pura cuestión práctica nos llevaría a la revisión teórica, desde un marco más amplio. *¿Qué sucedería si se definieran de otra manera, si se obtuviera otra forma que definiera de tal manera a los derechos humanos, que consiguiera una alineación más adecuada entre la teoría y su aplicación en la práctica? Los derechos humanos como derechos subjetivos, han dado todo lo que podían dar. Si estamos buscando un mayor grado de realización, quizá resulte oportuna su revisión desde un ángulo nuevo. La forma de garantizar las condiciones mínimas para la paz y el desarrollo humano se llama política, no derechos. Políticas de justicia distributiva, promovidas a distintos niveles (desde lo local hasta lo internacional), que pudieran justificarse sobre una convicción compartida que no tuviera reparo en afirmar: que todos los seres humanos son iguales en dignidad y desiguales en posibilidades, y que la desigualdad en los términos que plantean los derechos humanos es normalmente una desigualdad inocente o involuntaria.* La justificación de estas políticas podría determinarse por invocación de principios como los mencionados en la DUDH y en los motivos de los instrumentos jurídicos que las ordenasen. A medio y largo plazo la garantía del respeto y de la promoción del contenido recogido por los derechos humanos, es la educación, parte siempre importante de la política.

Dejamos aquí apuntadas algunas propuestas actuales cuya profundización podría ayudar a realizar esta revisión que proponemos. Muchos autores han captado estos enfoques que proponemos. Señalamos aquí solo algunas de

estas contribuciones: los derechos humanos desde nociones como principios²⁷, obligaciones²⁸, deberes²⁹ o responsabilidades humanas, prestarían un entendimiento más claro de las realidades hoy amparadas por ellos; la recuperación de la noción de lo público como lo común (y no solo como lo estatal)³⁰, unidos a los principios de igualdad, de equidad, de solidaridad y de libertad/responsabilidad social, entre otros, podrían darnos nuevas claves para una formulación «referenciada» de los derechos humanos. La libertad del individuo lejos de convertirse en pedestal que necesite ser defendido de los demás, se integraría junto a los principios de igualdad y solidaridad humanas, constituyendo los presupuestos teóricos que permitiesen otra formulación jurídica más flexible e inmediata, que garantizase lo que hoy reclaman los derechos humanos: primero a través de las políticas sociales³¹, después a través de la educación³² y finalmente contando también con la intervención de la legislación –nacional e internacional– tratando de garantizar cierto orden en los supuestos que requirieran ese tratamiento.

¿Podría cambiar el nombre de los derechos humanos? Creemos que la denominación es deudora de una tradición jurídica que los sustenta. Si el problema se plantea en otros términos –términos de igualdad, de justicia social, de dignidad humana– y las propuestas surgidas no se conciben como «derechos subjetivos» que uno debe reclamar a la autoridad competente, sino más bien se conciben como compromisos en los que todos estamos involucrados en mayor o menor medida como agentes o receptores de los mismos, quizá haya oportunidad de acuñar un nuevo término heredero del valiente intento de los derechos humanos, que fuera a la vez catalizador de los nuevos retos sociales, económicos, culturales y políticos que la realidad llama a resolver. Si el término derecho humano transforma su esencia individualista y subjetiva en un proyecto común con otros hombres y vinculado a ellos para su consecución, nada impide seguirlos llamando así. De hecho, si antepone la condición

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. «Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI» *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 82, 2012. Pp. 403-409.

²⁸ VÁZQUEZ, D., SERRANO, S. *Principios y Obligaciones de Derechos Humanos: Derechos Humanos en Acción*. Módulo 5. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México D. F. 2013. Pp. 12-38.

²⁹ ROCA PÉREZ, V. «¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos?» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, 2002, pp. 51 y ss. o en otro sentido sobre los presupuestos de los deberes, GONZÁLEZ LAGIER, D.; RÓDENAS CALATAYUD, A. «Los deberes positivos generales y el concepto de "causa"». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, 2007. Pp. 105-109. Cfr. también acerca de la discusión de los valores y presupuestos, p.e. la obra de NINO, C. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989. Pp. 15, 24-25, 48 y ss.

³⁰ D'ORS, A., *Bien común y enemigo público*, Madrid, Marcial Pons, 2002. Pp. 10-30.

³¹ Cfr. SANDEL, M. *Justice: What is the Right Thing to Do?* Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

³² Cfr. NUSSBAUM, M. *El cultivo de la humanidad: una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (trad. Juana Pailaya), 1.ª ed. Barcelona, Andrés Bello, 2001.

relacional del hombre a la de su libertad, quizá la noción romana del derecho como un *do ut des* pudiera seguir prestando su estructura guardando coherencia con el fin perseguido.

7. LA REALIDAD DE LA SOLIDARIDAD HUMANA, VÉRTICE DE LOS DERECHOS HUMANOS

La consideración del ser humano como alguien relacional por naturaleza, puede aportar cierta luz sobre la propuesta. Admitir la libertad humana como una libertad relacional y relacionada, referenciada, sería un segundo paso conceptual. Cada persona se enmarca en una trama de relaciones más o menos voluntarias o impuestas que «sitúan» su libertad en el espacio, en el tiempo y sobre todo, entre personas iguales a ella en dignidad; esta «situación referencial» llenaría de contenidos sobre los que ejercer la libertad, contenidos unas veces opcionales, otras veces obligatorios, aunque siempre abiertos al genio creativo y a las posibilidades de sus protagonistas.

La clave relacional seguiría siendo esencial a la hora de determinar la ejecución de las políticas y de particularizar las obligaciones; también debemos recordar su valor en relación con la solidaridad y el ejercicio de la justicia social. La referencialidad de unos hacia otros aporta significado y obligatoriedad a todas las relaciones jurídicas, su inviolabilidad y su exigibilidad. La influencia en el carácter relacional o referencial del *iustum* es clara, si bien mantenemos que ni el individuo aislado ni su libertad, son un fundamento suficientemente operativo para los derechos humanos (aunque sí lo sean para el nominalismo y el racionalismo posteriores). Esto no significa vaciar de subjetividad a los derechos humanos. El derecho implica siempre a unos sujetos, pues está llamado a darse, a repartirse, a ajustarse entre varios sujetos. Es un *quantum* referenciado por y para los sujetos que se relacionan. En términos clásicos estos sujetos son el «fin» para quienes existe el derecho, es decir, aquellos a quienes se reconoce el derecho, a quienes se les atribuye, prestatarios o cesionarios de una cosa o servicio, y en términos actuales, los sujetos son los protagonistas de las relaciones jurídicas, por ser antes protagonistas de las relaciones sociales. Sin ellos, es imposible establecer esta relación jurídica referencial que proponemos. La inviolabilidad se refiere a la circunstancia del deudor, y significa la obligatoriedad del débito, su carácter indisponible; la segunda contempla al beneficiario, que puede libremente conservar el derecho, reivindicarlo o enajenarlo. El derecho subjetivo dificulta construir una cultura de comunidad, de solidaridad y de responsabilidad sobre lo concreto, pues son aspectos estructuralmente no recogidos por un concepto cuya fuerza reside en la pura reclamación al Estado en abstracto.

En definitiva, lo que ponemos de manifiesto aquí, es la importancia de la referencialidad más allá de las garantías, de las normas y de las instituciones. Sin prescindir de ellas, pero tomándolas como instrumentos al servicio del diálogo, del debate, del consenso, de las medidas que dan los hechos y las realidades sociales. Este debate es posible y necesario. No es lo mismo garantizar los derechos entendidos desde el punto de vista del bien propio (como algo que pertenece exclusivamente al individuo y se mantiene por el dominio que se ejerce frente a los demás), que garantizar esos derechos comprendidos desde la adecuación de las acciones propias al bien ajeno debido y al bien común.

Quizá las propuestas de fundamentación antes mencionadas son las que mejor contribuirían a la realización de los fines propuestos en la DUDH, pues se muestran respetuosas de la realidad solidaria propia del ser humano, reflejando su carácter relacional y recordando su dignidad y su valor en sí mismo.

En el terreno práctico, no en vano ha surgido el Derecho Internacional humanitario, buscando dar ese respaldar jurídicamente a los afectados por los conflictos armados. Quizá esa lógica podría ayudar a articular una nueva forma de entender los derechos humanos³³, más comprometida aún en la práctica, sin esperar a situaciones de tan extrema necesidad.

La cuestión de dar con el significante y fundamentación adecuados, solo merece revisarse si es para lograr, a través de ella, una mayor alineación, una mayor coherencia y ajuste de todo lo que el Derecho es capaz de dar, con las realidades hoy acogidas bajo la denominación de derechos humanos.

³³ Cfr. NUSSBAUM, M. *El cultivo de la humanidad: una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (trad. Juana Pailaya), 1.ª ed. Barcelona, Andrés Bello, 2001.

Las nuevas tecnologías y su repercusión en los Derechos Humanos

José Antonio Soler Martínez

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

RESUMEN: En este artículo se enumeran, describen brevemente y clasifican los derechos humanos, se explica su evolución a través de las distintas «*generaciones*» hasta llegar a su actual configuración. Seguidamente se enuncian las características que definen al ciberespacio y el lugar que los denominados derechos digitales ocupan en este nuevo entorno; las normas que al respecto han entrado en vigor para su regulación jurídica y los retos que estos afrontan, poniendo particular énfasis en el derecho a la privacidad y en el derecho al olvido. De otra parte, se analiza brevemente la repercusión de internet en los derechos humanos, con especial consideración de la vigilancia de las comunicaciones como límite de los derechos fundamentales, los requisitos de esta y sus consecuencias.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, ciberespacio, derechos digitales, derecho a la privacidad, derecho al olvido, internet, vigilancia de las comunicaciones.

ÍNDICE: 1. *Introducción.* 2. *Derechos humanos: concepto y clasificación.* 3. *Ciberespacio y ciberderechos. Los derechos digitales: especial consideración del derecho a la privacidad y del derecho al olvido.* 4. *Internet y su repercusión en los derechos humanos.* 5. *Derechos humanos y vigilancia de las comunicaciones como límite de los derechos fundamentales.* 6. *A modo de conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En 1948, cuando se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la realidad política, económica y jurídica en el mundo era bien distinta a la

que conocemos actualmente. No obstante, esta Carta mantiene plenamente vigente el objetivo de asegurar la convivencia pacífica entre los seres humanos.

Los derechos humanos, como el derecho a la privacidad o la libertad de expresión, u otros relacionados con la era digital, adquieren una nueva dimensión en un tiempo en el que las distancias físicas ya no suponen ninguna dificultad para comunicarse en la era de internet. Actividades como difundir un punto de vista o una opinión acerca de cualquier tema de actualidad están, a «golpe de ratón» y hechos tan cotidianos como hacer la compra, no tienen por qué llevarse a cabo en el país en el que uno reside. Esta capacidad de interactuar en todo el mundo, ha hecho de internet el máximo exponente de la globalización.

La alteración que ha supuesto la irrupción de las nuevas tecnologías TIC (Tecnologías de la información y la comunicación) en los últimos 25 años en prácticamente todos los sectores de la economía y de la vida, tanto privada como pública, provocando nuevos escenarios hasta ahora desconocidos, hacen necesaria una profunda reflexión acerca del papel de los derechos humanos, ampliando su contenido, en un mundo cada vez más tecnológico.

Esta progresiva penetración de internet en nuestro entorno privado, social y laboral, el creciente protagonismo de las redes sociales y el aumento sucesivo del tiempo que pasamos interactuando y relacionándonos mediante dispositivos móviles y ordenadores, han afectado también a la manera de entender y concebir los derechos humanos, hasta tal punto que, cuando se valoran en relación a hechos y situaciones que tienen lugar en estos ecosistemas, se les denomina Derechos digitales¹.

Y es en este punto donde conviene considerar que nos hallamos ante un campo prácticamente virgen en muchísimos aspectos, ya que existen una serie de innovaciones y retos tan recientes, como la computación cuántica, la ubicuidad de las comunicaciones, el *Big Data*, los coches autónomos, los robots inteligentes, la biotecnología o la nanotecnología, que hacen que hoy por hoy, resulte de lo más estimulante intentar vaticinar de qué modo se adecuarán los derechos humanos a estas futuras nuevas realidades, donde los derechos de las personas deben estar protegidos en internet, de forma que los Estados respeten y protejan el derecho a la privacidad en las comunicaciones digitales.

En nuestros días, estamos asistiendo a la aparición de nuevos valores, derechos y estructuras sociales; nuevas formas de interrelación humana amplificadas por la tecnología, nuevas comunidades virtuales cuyo criterio de perte-

¹ También «derecho informático» o «ciberderechos». En el presente documento optaremos por la definición «derechos digitales», por ajustarse más a las situaciones en las que entran en juego los derechos humanos.

nencia de adscripción no es el territorio, ni la lengua compartida, sino un nuevo modelo de la sociedad que encuentra en la comunicación no presencial un elemento de unión entre individuos. Todo ello nos lleva a la consideración de una nueva comprensión de los Derechos Humanos, que reflexione constantemente sobre el sentido de la relación entre los desarrollos técnicos y el entorno humano.

2. DERECHOS HUMANOS: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

Definir los derechos humanos es tan complejo como tratar de definir al ser humano; las definiciones pueden poner el énfasis en lo jurídico, lo ético, lo político, lo filosófico, lo antropológico, lo religioso, etc., y siempre serán incompletas, porque tratan de recoger en pocas palabras la riqueza del hecho mismo de la persona. Aun así, es necesario intentar una definición.

Se puede decir que los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos, contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado. Y el Estado tiene dos obligaciones básicas, su respeto y su promoción, de forma que asegure su garantía, pero también debe organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad², que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer, son los que hoy conocemos como derechos humanos.

Se ha de recordar que, sin garantías, los derechos humanos que tienen como base la dignidad humana, no tendrían eficacia jurídica. Una garantía jurídica o procesal es una medida que contribuye, de un modo concreto y efectivo, a reducir el riesgo de afectación de un derecho fundamental.

Con carácter general, los ordenamientos constitucionales colocan en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales a la persona, entendida, no como individuo aislado, sino en su proyección social. Además, el carác-

² La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. Existen muchos trabajos relacionados con la dignidad humana. De entre todos ellos, se puede citar el reciente trabajo que analiza el concepto de la dignidad humana desde todos los posibles puntos de vista, pero especialmente en el contexto constitucional como derecho y como valor. Cfr. Barak, A., *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015.

ter abierto de los textos constitucionales actuales, conlleva que el catálogo de derechos destinado a su promoción, dentro de su comunidad, no sea estático. Constantemente, y más en los últimos tiempos, con los avances de la ciencia y las nuevas tecnologías, se percibe una imperiosa necesidad de actualizar los derechos fundamentales; esto es, conectarlos con las nuevas exigencias de la persona humana. Es así como han aparecido las sucesivas «generaciones» de derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección.

La clasificación de los derechos humanos permite diversas perspectivas. Así, pueden clasificarse los derechos en función del valor protegido (libertad/seguridad), en función de los principios proclamados en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (libertad, igualdad, fraternidad), o en función de otros criterios. Sin embargo, la clasificación más extendida habla de generaciones de derechos humanos.

El concepto de generación responde a dos criterios: uno histórico y otro temático, que se combinan cuando se aplican a los derechos humanos. El jurista checo Karel Vašák habla de tres generaciones de derechos vinculados a los tres principios de la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad. Hoy la clasificación, propuesta por Vašák en 1979, es la más extendida³. En ella se distinguen:

- 1.º) Derechos de primera generación, comprenden los derechos civiles y políticos que tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública⁴.
- 2.º) Derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales)⁵. Estos derechos se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecua-

³ El creador de la noción generacional de los derechos humanos es el checoslovaco, ex-Director de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO, Karel Vašák, radicado en París, de ahí que la temática de las generaciones de los derechos humanos tiene facturación doctrinal francesa. Vašák introdujo el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo, 1979.

⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 refleja esta primera generación de derechos entre los artículos 3 y 21. Quedan aquí comprendidos derechos personales (derecho a no ser detenido o arrestado arbitrariamente, libertad de expresión y de culto, libertad de reunión y asociación) y derechos patrimoniales de libertad (propiedad y libertad de contrato), etc. Los textos más representativos de esta primera generación de derechos estuvieron vinculados al *Bill of Right* de 1689 (Revolución Inglesa); la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776) con la posterior Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) de la Revolución Francesa.

⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, refleja esta segunda generación de derechos entre los artículos 22 y 27, que señalan los derechos al trabajo, a la salud, a la asociación sindical, a la seguridad social, a la educación, a la vivienda, etc.

dos a la dignidad inherente a la familia humana⁶. Estos derechos son consecuencia de la idea de igualdad universal nacida del pensamiento humanista.

- 3.º) Derechos de tercera (y cuarta) generación, denominada de la solidaridad, provienen, por un lado, de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos y, por otro, de las transformaciones tecnológicas, de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida humana. Se incluyen, entre otros: a) Derecho a la paz; b) Derecho a vivir en un medio ambiente sano; c) Derecho a la solidaridad de los pueblos; d) Derecho a la autodeterminación de los pueblos; e) Derecho al patrimonio común de la humanidad; f) Derecho al desarrollo sostenido que permita una vida digna; y, g) Derechos del consumidor.

La teoría de los derechos presenta de forma continua el nacimiento de nuevos derechos o la interpretación novedosa de otros. Con la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, y la consecuente aparición de lo que se denomina «Sociedad del Conocimiento», ha resultado necesaria la creación de una nueva generación de derechos humanos relacionados directamente con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y con su incidencia en la vida de las personas⁷.

En esta nueva etapa, las libertades y derechos se han introducido en el espacio digital, lo que ha provocado que su reconocimiento y protección por parte del Estado constituya un verdadero reto para el sistema jurídico.

«Los derechos de cuarta generación están basados en la necesidad de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación. Hay autores que consideran que estos nuevos derechos que se pretenden canalizar en una nueva generación, son todos, por ahora, nuevas manifestaciones de los derechos de primera, segunda y tercera generación;

⁶ NIKKEN, P. *El concepto de derechos humanos*, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>

⁷ Cfr. MATCHER, F., *La protection judiciaire des droits de l'homme*, Informe General presentado en el Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal, Bolonia, 1988, v. I, sobre la «Tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo a livello nazionale ed internazionale», p. 12; PÉREZ LUÑO, A., *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales*, en AA. VV., «Problemas de legitimación en el Estado Social», Trotta, Madrid, 1991, pp. 96-97; MORELLO, A. M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos*, Platense/Abeledo-Perrot, La Plata, 1994, pp. 88-ss.; «Los derechos del hombre de las tercera y cuarta generaciones» en *Estudios de derecho procesal - nuevas demandas - nuevas respuestas*, Platense/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, v. 2, pp. 943-951; GELMAN, R. B., *Declaración de los Derechos Humanos en el ciberespacio*, en <http://www.arnal.es/free/info/declaracion/html>; J. BUSTAMANTE DONAS, *Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*, en <https://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

con otras palabras, son los mismos derechos de las generaciones indicadas; pero, en nuevos entornos o frente a nuevas amenazas»⁸.

En lo que aquí interesa, entre los nuevos derechos, o derechos de cuarta generación, se incluyen, entre otros, los siguientes:

- a) *Derechos a la comunicación y a la información*: información completa y veraz; derecho a la información genética; derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos y opiniones; derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados; derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar.
- b) *Derechos en la red*: derechos informáticos, derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones, derecho a la vida privada en la red, al honor y a la propia imagen, propiedad intelectual e industrial en la red⁹.

En definitiva, la creación de nuevos derechos es un hecho no solo posible, sino que ocurre permanentemente, dado que los derechos son apenas correlatos de los conflictos sociales, económicos, culturales, etc. No se trata solo de reconocer el auge tecnológico como factor de la innovación que implica la transformación de las sociedades, sino también de evidenciar las brechas y desigualdades que este cambio tecnológico registra y reproduce.

3. CIBERESPACIO Y CIBERDERECHOS. LOS DERECHOS DIGITALES: BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO

El concepto de ciberespacio nos obliga a replantearnos uno de los principios generales del derecho, como es el de la territorialidad¹⁰. Si se parte de la vigencia de este principio como el límite jurisdiccional que tiene el Estado para afrontar aquellas conductas que afectan a los derechos humanos, nos hallamos ante la primera justificación de la necesidad de los derechos digitales o ciberderechos.

En este sentido conviene enumerar las principales características del ciberespacio, entre las que cabe destacar que se trata de un espacio inmaterial, en el

⁸ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R. (o.c.), p. 5.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Hay que tener en cuenta que, según el principio de territorialidad, el derecho se aplica a los hechos punibles que se cometen dentro del territorio de un Estado, independientemente de la nacionalidad de aquellos sujetos que lo cometieran.

que no existen las fronteras físicas, ni los gobiernos o los Estados democráticos o autoritarios. Además, en él conviven ciberciudadanos y ciberorganizaciones, con unos valores que son aceptados de forma tácita por la mayoría, como el principio de neutralidad tecnológica, la libertad de expresión y la ausencia del poder político y de las injerencias de los gobiernos. Es un lugar en el que aparentemente no existe ninguna ordenación jurídica, pero en el que, sin embargo, se ordenan, por ejemplo, la asignación de los dominios y los números IP¹¹ y las disputas se resuelven mediante organizaciones de arbitraje y no mediante tribunales. Pero también es un lugar por el que circula pornografía infantil, se producen numerosos casos de usurpación de identidad y fraudes con dinero virtual¹². Pero el ciberespacio también tiene sus inframundos como la *deep web* y la *dark web*¹³, que, al carecer de control, son los espacios en los que se desarrolla la ciberdelincuencia.

En este entorno es donde se desenvuelven los actores de los ciberderechos, los ciberciudadanos, en cuanto a la presencia individual en la red, las ciberorganizaciones en lo referente a compañías privadas de toda índole y las Administraciones Públicas mediante su presencia digital en la red. Ordenar todos estos elementos para facilitar la pacífica convivencia entre ellos, es la tarea de los ciberderechos.

Los derechos digitales surgen de la necesidad de proteger a la persona de su vulnerabilidad al hallarse frente a las amenazas descritas, pero también de la

¹¹ El número o dirección IP es una identificación única que se asigna a los ordenadores conectados a internet. Es necesario para el protocolo TCP/IP, que es el que utilizan los ordenadores con independencia de su sistema operativo para comunicarse en internet. Este número va a permitir identificar un ordenador de forma inequívoca en internet. No puede haber dos ordenadores conectados al mismo tiempo con el mismo número o dirección IP. Existen dos tipos de números o direcciones IP: los IP fijos, que siempre están asociados al mismo ordenador y los IP dinámicos, que se asocian indistintamente a múltiples ordenadores (nunca al mismo tiempo). El poseer un IP fijo o dinámico depende de nuestro proveedor de acceso a internet. Normalmente el IP fijo conlleva un incremento en la tarifa de conexión. La razón es sencilla, un IP dinámico les es más rentable ya que pueden asociarlo al ordenador A y cuando este se desconecte se lo pueden asociar a otro ordenador B, mientras que el fijo, aunque el ordenador al que está asociado no esté conectado a internet, no pueden asociarlo a otro ordenador. <http://www.aplicacionesinformaticas.com/ip.php/>

¹² ÉCIJA BERNAL, A. *El ciberespacio, un mundo sin ley (Internet: la revolución que cambió las normas del juego)*. http://ciberderecho.com/El_ciberespacio_un_mundo_sin_ley.pdf

¹³ LÓPEZ RINCÓN, D. *Derecho de las nuevas Tecnologías IT*. Lefebvre, el Derecho (Madrid). Pág. 44. Internet oculto o *Invisible web*: Todo aquel contenido digital que no se referencia en ningún buscador pero que es accesible por medios habituales. Aquí se pueden encontrar todos aquellos sitios que son descartados por los propios buscadores, contenido de bases de datos, o webs sobre las cuales sus propietarios han decidido no permitir la indexación o referenciación por parte de esos motores de búsqueda. Internet oscuro o *Dark web*: todo aquel contenido digital que requiere de un software o configuración específica para poder acceder a él. Aquí es donde se puede encontrar toda esa información con una naturaleza más perturbadora, y que forma lo que comúnmente se asocia con el concepto de *deep web*.

de garantizar, o al menos facilitar, el acceso a internet a la población, imprescindible hoy en día para un desarrollo pleno de parte de sus derechos fundamentales¹⁴. Tal es la perentoriedad de su regulación, que desde 2016 se propugna desde Alemania la creación de una «*Carta de los Derechos Digitales Fundamentales de la Unión Europea*»¹⁵, que en su segunda versión revisada de 2018 reconoce, entre otros, los siguientes derechos digitales fundamentales: 1) Honor; 2) Libertad (de información y comunicación); 3) Igualdad; 4) Libertad de opinión; 5) Sistemas y decisiones automatizados; 6) Transparencia (frente al uso de los datos personales); 7) Esfera privada (confidencialidad y protección de datos); 8) Libre acceso a internet; 9) Neutralidad en la red; 10) Pluralidad y competitividad; 11) Protección de las personas especialmente necesitadas; 12) Educación; 16) Bienes inmateriales (derecho a participar en la vida cultural y de los avances y logros científicos). Esta enumeración es fiel reflejo de la creciente importancia y protagonismo que estos derechos están adquiriendo en nuestros días.

Dentro de los derechos digitales, quizá el que más relevancia está adquiriendo es el derecho a la privacidad, entendida como «*aquella materia que versa sobre la protección de la información de carácter reservado que se haya suministrado a través de la web, es decir, de aquellos datos de carácter personal que se le hayan requerido en algún momento al usuario*»¹⁶.

Las posibilidades de control sobre la persona cuyos datos personales, debida o indebidamente analizados y comercializados, ofrecen a aquel que los maneje con intereses espurios, son innumerables, pues permiten divulgar información tan sensible como la creencia religiosa; orientación sexual; hábitos de consumo; pensamiento político e intereses personales. De sobra son ya conocidos los incidentes referentes a filtraciones en redes sociales de todo tipo (Facebook, Ashley Madison, etc.).

¹⁴ WARKENTIN, G., Ciberderechos., *Derecho de la información, conceptos básicos*. Ed. Quipus, Ecuador (2003), pág. 71. En sus inicios se entendía por ciberderechos: «*aquellos derechos exclusivos del ciberespacio (y específicamente de Internet) que, en términos generales y como base aceptada entre las muy diversas partes involucradas en este debate, se refieren al: 1.) derecho a la libre expresión, 2.) derecho a la privacidad en línea, 3.) derecho al acceso al ciberespacio (acceso a Internet) independientemente de los niveles de ingreso, la ubicación geográfica o las (dis)capacidades del (los) usuario(s) y 4.) el derecho a asociarse en comunidades en línea (conocidas también como comunidades virtuales)*».

¹⁵ *Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union*. https://digitalcharta.eu/wp-content/uploads/Digital_Charta_deutsch.pdf

¹⁶ LÓPEZ RINCÓN, D.: (o.c.), pág. 94. Así, se podría interpretar el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en este sentido: 1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.*

Para acotar los datos personales al ámbito exclusivo para el que el usuario ha dado su consentimiento de utilización, la Unión Europea ha puesto en marcha una serie de Reglamentos y Directivas, entre las que cabe destacar el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que entró en vigor el 25 de mayo de 2018, y que introduce, entre otras novedades, dos nuevas categorías de datos personales, como los datos genéticos y los biométricos¹⁷, y cuantiosas sanciones para aquellos que vulneren la privacidad de sus ficheros.

La corta vida de este nuevo Reglamento no permite calibrar su eficacia, ya que está inicialmente diseñado para regular las relaciones entre los ciudadanos, las empresas y las administraciones. No obstante, es necesario tener en cuenta a otros actores del ciberespacio que recopilan de manera difusa, pero muy efectiva, otros datos, no necesariamente personales, pero que de manera indirecta afectan a nuestra privacidad, los metadatos, datos sobre los datos o *Big Data*. Información de gran valor, de difícil catalogación y muy útil para su tratamiento, que puede ser utilizada para el espionaje cibernético por parte de los Estados a sus ciudadanos¹⁸, aludiendo a un supuesto interés de seguridad nacional, o por parte de organizaciones criminales con fines ilícitos.

Dentro del derecho a la privacidad, surgió un concepto que recogía gran parte de la preocupación mantenida por los usuarios, en relación a la aparición de su nombre u otro tipo de información personal en las búsquedas de internet. Se trata del derecho al olvido, entendido como *el derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a tus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por tu nombre*¹⁹; o como el

¹⁷ Datos genéticos: datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionan una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica. Datos biométricos: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de esta persona (imágenes faciales, datos dactiloscópicos, etc.). <http://apdcat.gencat.cat/es/documentacio/RGPD/novetats/>

¹⁸ ÉCIJA BERNAL, A., (o.c.), Página 33. El autor plantea asimismo la cuestión sobre los límites del Estado en la intromisión de la privacidad de sus ciudadanos, planteando la siguiente reflexión: «Los gobiernos están en su derecho de proteger a sus ciudadanos ante cualquier ataque del crimen organizado, pero ¿tienen legitimidad para hacerlo más allá de sus fronteras físicas? ¿Pueden recopilar información personal de ciudadanos y empresas de todo el mundo? Es más ¿existe proporcionalidad entre el fin perseguido, la seguridad y defensa nacional, y el respeto a los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos extranjeros?»

¹⁹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hizo pública el 13 de mayo de 2014 una sentencia que establece, como ya venía aplicando la Agencia en sus resoluciones, que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea y que las personas tienen derecho a solicitar, bajo

*derecho a equivocarse o a que una equivocación pasada no marque y determine la vida de un individuo, que, por definición, no es otra cosa que un proceso evolutivo*²⁰. En este sentido, el artículo 4.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 13 de diciembre de 1999 dispone que: «Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados».

La extensión de este derecho va más allá del honor o la intimidad, ya que en estos casos se tendría que dar la lesión de los bienes jurídicos protegidos por esos datos o esa información que se pretende borrar. El verdadero sentido del derecho al olvido digital, está en el control y el poder que determinados datos, o información personal, pueden ejercer sobre la persona. España, entendiendo la importancia que este derecho conlleva, ha elaborado el Código del Derecho al Olvido²¹.

El uso de las nuevas tecnologías digitales entraña peligros latentes para aquellos derechos asociados a la dignidad humana. En este sentido, el derecho al olvido se encuadra en el área de la libertad y la dignidad, así como en la del respeto a la vida privada, al honor y a la intimidad, suponiendo finalmente un nuevo límite a la utilización de la información en internet. La dificultad en el equilibrio de su aplicación, los límites de este derecho cuando colisiona con otros derechos fundamentales y las escasas resoluciones judiciales dictadas en su aplicación, son buena muestra de que se halla en sus inicios, con lo que es de esperar que en el futuro se sigan generando situaciones polémicas en torno a este asunto y a su adaptación a las nuevas tecnologías²².

4. INTERNET Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

Las nuevas tecnologías y los avances científicos han influido en el ámbito de los derechos fundamentales. En este sentido, existe una tendencia en el ámbito constitucional y convencional que ha reconocido el acceso a internet como

ciertas condiciones, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por su nombre. <https://www.aepd.es/areas/internet/derecho-al-olvido.html>

²⁰ ÁLVAREZ CARO, M.: *Derecho al olvido en Internet, el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus, Madrid, 2015, pág. 68. Cfr. también ULLOA RUBIO, I., «Libertad religiosa, protección de datos y derecho al olvido» en *Anuario de Derecho Canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV*, N.º 6,1, Valencia, 2018, pp. 23-58.

²¹ www.boe.es/legislacion/codigos/ Se trata de un compendio de normas existentes agrupadas en torno al Derecho al Olvido.

²² LÓPEZ-SÁEZ MARTÍNEZ, M.: *Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: La difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales*. P. 38. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017), pp. 139-176.

un derecho fundamental, lo cual responde a un cambio de paradigma que han potenciado las tecnologías de la información y comunicación²³.

El surgimiento de nuevas tecnologías como internet, que han permitido la utilización del correo electrónico, las redes sociales y la firma digital, son manifestaciones que han influido en los citados derechos, pues han cambiado el ejercicio de derechos como el acceso a la información, libertad de asociación, libertad de expresión y pensamiento, el derecho a la educación, la salud, pero a la vez han incidido negativamente, o hecho más vulnerables, como ya se ha dicho, el derecho a la intimidad o derecho de la vida familiar y privada de las personas²⁴.

Cada vez más el acceso a internet y el desarrollo de esa actividad, constituye el modo en el cual el sujeto se relaciona con los poderes públicos, y por lo tanto, ejerce sus derechos. El uso de internet se ha convertido en una herramienta imprescindible para la libertad de expresión y para el acceso a la información. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión, así como para asegurar el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres²⁵.

Sobre el particular, en el informe del Relator Especial sobre la *Promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, presentado de conformidad con la Resolución 16/4 del Consejo de Derechos Humanos, después de señalar que «*internet es uno de los instrumentos más poderosos del siglo XXI para exigir más transparencia en la conducta a quienes ejercen el poder, acceder a información y facilitar la participación ciudadana activa en la forja de sociedades democráticas*», indica que «*los rasgos distintivos de internet, que permiten a las personas difundir información en*

²³ En la actualidad la protección jurisdiccional de los derechos no es competencia exclusiva de los Estados. La finalización de la II Guerra Mundial condujo a una reacción de la comunidad internacional por instaurar mecanismos de protección de carácter universal y regional que tuvieran un carácter complementario a la jurisdicción nacional en donde cada Estado –de forma paulatina– promulgó una Constitución con un catálogo de derechos fundamentales y órganos de Justicia constitucional para garantizar su supremacía.

²⁴ MIRANDA BONILLA, H.: «El acceso a internet como derecho fundamental» *Revista Jurídica IUS Doctrina*, N.º 15, 2016, ISSN-1659-3707.

²⁵ En el ámbito normativo destacan la influencia de internet en los Derechos fundamentales, entre otras disposiciones: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006 (artículo 21 inciso c); Resolución del Parlamento Europeo de 18 de abril de 2008, donde se manifiesta que «Internet es una vasta plataforma para la expresión cultural, el acceso al conocimiento y a la participación democrática en la creatividad europea, que crea puentes entre generaciones en la sociedad de la información, y consecuentemente, es importante evitar la adopción de medidas contrarias con los derechos civiles, los derechos humanos y con los principios de proporcionalidad, eficacia y disuasión, como la interrupción del acceso a internet».

tiempo real y movilizar a las personas, también han suscitado temor en los gobiernos y los poderosos, con lo cual han aumentado las restricciones impuestas a internet mediante el uso de tecnologías cada vez más avanzadas para bloquear contenidos, vigilar y detectar a activistas y críticos, tipificar como delito la expresión legítima de opiniones y adoptar legislación restrictiva para justificar esas medidas» (n.º 23) y, por ello, «los Estados están obligados a garantizar el libre flujo de ideas e información y el derecho a solicitar y recibir, así como difundir, información e ideas a través de internet» (n.º 81).

En análogo sentido se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Resolución A/HRC/20/L.13, aprobada el 5 de julio 2012, sobre «Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet» donde se reconoce «la naturaleza mundial y abierta de internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas» (n.º 2)²⁶.

La accesibilidad del servicio de internet es, sin lugar a dudas, uno de los grandes retos que enfrenta este asunto a fin de eliminar la brecha digital que existe entre el centro y periferia o incluso entre países, motivo por el cual el acceso universal a internet ha de ser prioritario para todos los Estados²⁷.

5. DERECHOS HUMANOS Y VIGILANCIA DE LAS COMUNICACIONES COMO LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provo-

²⁶ <http://es.scribd.com/doc/99337649/ONU-Consejo-de-Derechos-Humanos-Resolucion-sobre-Libertad-Expresion-en-Internet>

²⁷ ¿En España, es el acceso a internet un servicio público esencial como el agua o la luz? Casi un cuarto de siglo después de la publicación de la primera página web de la historia, el partido político Ciudadanos ha propuesto que el derecho a las telecomunicaciones forme parte, junto con esos dos servicios, de una nueva sección de derechos sociales que se incluiría en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Consideramos que el acceso a internet debería ser un derecho fundamental para la vida en el siglo XXI. En este sentido a título de ejemplo, el Consejo Constitucional francés reconoció, en 2009, que el acceso a internet forma parte del derecho fundamental a la información, para argumentar que una autoridad administrativa no podía impedir el acceso a internet de un ciudadano, como pretendía el gobierno. Grecia, por su parte, aprobó una enmienda a su Constitución señalando que el Estado ha de facilitar el acceso a la información electrónica. Costa Rica declaró el acceso a internet como un derecho fundamental de los ciudadanos en una sentencia de la Sala Constitucional en 2010. La Constitución mexicana recoge que el Estado ha de garantizar el derecho de acceso a la banda ancha e internet desde 2013 y en Brasil también plantean incluir este derecho en la Constitución Federal, si sale adelante una reciente propuesta de enmienda a la Constitución. Se ha de recordar que España es el decimocuarto país del globo con mayor penetración de internet móvil y el 78,7% de los hogares disponen de conexión a internet.

can que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias. Para que las limitaciones a los derechos fundamentales sean legítimas, deben cumplir con diversas condiciones. En primer lugar, deben ser impuestas por quien tenga las competencias para ello. En segundo término, deben cumplir los requisitos jurídicos que establece el Derecho internacional de los derechos humanos. Por último, las limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho, así como ser justificadas y proporcionales²⁸. Además, hay que tener en cuenta que a la hora de interpretarlos, hay principios, como la fuerza expansiva del derecho fundamental, que hace que los límites deban ser interpretados siempre de forma restrictiva. Por otro lado, estos límites deberán estar amparados por la correspondiente Constitución y además ser necesarios, justificados y proporcionados en una sociedad democrática, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹.

En la era digital, las tecnologías de la comunicación han aumentado la capacidad de los gobiernos, las empresas y los particulares para realizar actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos. Como señala el Relator Especial en su Informe sobre la «*Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*»³⁰, «los avances tecnológicos entrañan que la eficacia de la vigilancia realizada por el Estado ya no se ve limitada por su magnitud o duración. La disminución de los costos de tecnología y almacenamiento de datos ha eliminado los inconvenientes financieros o prácticos de la vigilancia. El Estado no había tenido nunca la capacidad de que dispone actualmente para realizar actividades de vigilancia simultáneas, invasivas, con objetivos precisos y a gran escala. Es decir, las plataformas tecnológicas de las que depende crecientemente la vida política, económica y social a nivel mundial no solo son vulnerables a la vigilancia en masa, sino que en realidad pueden facilitarla».

²⁸ El artículo 4.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone que: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley». En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional español, 181/1990, de 15 de noviembre, en su Fundamento Jurídico 3.º, señala que: «Según reiterada doctrina de este Tribunal, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para preservar o proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos».

²⁹ STEDH, Asunto Silver y otros de 25 de marzo de 1983; *News Verlags vs Austria*, de 11 de enero de 2000.

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, «Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión», 11 de mayo 2016; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/095/15/PDF/G1609515.pdf?OpenElement>

Por otro lado, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 68/167³¹, afirmó que los derechos de las personas también debían estar protegidos en internet, e instó además a todos los Estados a que examinaran sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales. Las medidas de vigilancia no deben entrometerse arbitraria o ilegalmente en la privacidad, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona. En este sentido, los Estados deben tomar medidas específicas para garantizar la protección de la ley contra tales injerencias, ya que a medida que avanzan las tecnologías que facilitan la vigilancia estatal de las comunicaciones, los Estados no logran garantizar que las leyes y regulaciones relacionadas con la vigilancia de las comunicaciones estén en consonancia con los derechos humanos y protejan adecuadamente los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión, entre otros³².

En la medida en que las personas se convierten en objeto de vigilancia porque sus datos se utilizan para fines diferentes a lo previsto, surgen las nuevas tendencias a la violación al derecho a la privacidad. La implementación de tecnologías que conllevan un manejo intensivo de datos, como el *Big Data* y la inteligencia artificial, amenazan con crear un entorno digital intrusivo en donde los Estados y las empresas pueden desarrollar actividades de vigilancia, analizar, predecir e incluso manipular el comportamiento de las personas en un nivel sin precedentes. Sobre el particular, es de suma importancia que se reconozca que la vigilancia masiva, y sistemática, es de por sí desproporcionada y una violación de los derechos humanos.

En un informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de 2014, se manifiesta preocupación por la falta de transparencia en las prácticas de vigilancia masiva de los gobiernos a los ciudadanos, sin que estos hayan dado su consentimiento³³. En el citado Informe se especifica, entre otras cosas que: 1) La recolección masiva de información personal es ilegal bajo el derecho internacional de los derechos humanos; 2) La obligación de los Estados de respetar los derechos humanos aplican extra territorialmente; y 3) Las reglas e inter-

³¹ http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_28_L27.pdf. Por su parte, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». En análogos términos se expresa el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³² http://www.infodf.org.mx/dp/doctos/15/27/13_Principios_EFF.pdf; cfr. también los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, de última versión de 10 de julio de 2013 (<https://en.necessaryandproportionate.org/text/2013/07/10>); cfr. Declaración sobre Seguridad Digital en América Latina, 1 abril 2016.

³³ Informe Alto Comisionado de Derechos Humanos las Naciones; *Right to Privacy in the Digital*. 2014. A/HRC/27/37.

pretaciones secretas de leyes y prácticas de vigilancia no califican como “limitación legal”».

En definitiva, este y otros Informes análogos de distintos organismos internacionales, constituyen los cimientos para la construcción de políticas públicas en torno a la protección de la privacidad en línea, la vigilancia masiva y controlar el papel del Estado y de la empresa privada, para cumplir con estándares internacionales de derechos humanos, sobre la base de que los Estados deben promulgar leyes que penalicen la vigilancia ilegal de las comunicaciones por parte de actores públicos o privados, con las pertinentes sanciones penales y civiles. En todo caso, las decisiones relacionadas con la vigilancia de las comunicaciones deben ser adoptadas por la autoridad judicial competente.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

- a) La teoría de los derechos humanos no puede ser insensible a la urgencia de tomar en serio la tarea de construir una teoría de las libertades abierta y responsablemente comprometida con la respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de los seres humanos que viven en la era de las nuevas tecnologías. En ocasiones, la aparición de nuevos derechos surge como respuesta a nuevas necesidades históricas mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados. Los derechos humanos de la era tecnológica y la sociedad global demuestran que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre, pluralista y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos³⁴.
- b) Los cambios tecnológicos requieren legislaciones que los contemplen. Las posibilidades de la red y de las plataformas sociales han creado una brecha entre los usuarios y las compañías. Los usuarios están preocupados por el abuso de sus datos por parte de las grandes empresas, así como la falta de confidencialidad de la que son víctimas frecuentemente. En este sentido, la libertad de información y comunicación, la privacidad, la propiedad intelectual y el derecho al olvido son los derechos que más inquietan a los usuarios de la red.
- c) Cualquier política de seguridad digital, sobre la base de los principios del Estado de Derecho, debe tener en su núcleo al individuo y desarro-

³⁴ Laboratorio de Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos de la Universidad de Sevilla, Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Campus Universitario Ramón y Cajal; www.tiempodelosderechos.es/docs/nov11/nt.pdf.

llarse de conformidad con las normas de derechos humanos reconocidas en convenios regionales y en el Derecho internacional, e integrar y aplicar una política pública de protección de datos personales. En este sentido, la vigilancia y la interceptación ilegal y arbitraria de las comunicaciones, violan el derecho a la privacidad y pueden interferir con el derecho a la libertad de expresión y ser contrarios a los preceptos de una sociedad democrática.

- d) El Derecho de las nuevas tecnologías y el permanente avance en la era digital, ponen de relieve la necesidad e importancia de conocer, en la práctica del Derecho, las causas y consecuencias jurídicas que pueden darse, tanto a un nivel civil como penal, de la utilización de las nuevas tecnologías. Es decir, conocer los límites legales que ofrece el uso de internet, muy masificado, para conocer los derechos, deberes y limitaciones que permite este nuevo ámbito legal³⁵.

³⁵ En este sentido, nos encontramos con temas tan relevantes, y de actualidad, como el derecho al olvido; nuevos tipos penales como el *stalking*, *grooming* o *ciberbullying*; delitos contra las personas y el patrimonio cometidos a través de internet; la mayor proyección en vulneraciones del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen a través de las redes sociales; o las implicaciones de las transacciones comerciales a través del cada vez más creciente sector del comercio electrónico o incluso monedas electrónicas como el *Bitcoin*.

Enseñanza superior y religión en el Ordenamiento Jurídico español hasta la Constitución de 1978

Daniel Tirapu
Universidad de Jaén

1. CONCORDATOS DE 1753 Y 1851

Al enfrentarse a los antecedentes concordatarios, hay que distinguir netamente dos mundos que fueron separados por la revolución liberal que se desarrolló a partir de 1808 en el seno de la Monarquía española¹. El antiguo régimen es el mundo corporativo, donde las universidades eran realidades corporativas como tantas otras que constelaban el entramado político y social. Es decir, realidades que tenían vida propia, que se regulaban por sus estatutos y que por tanto gozaban de una relativa autonomía. Así, la universidad tenía su propia jurisdicción, distinta de la real, de la municipal o de la eclesiástica, aunque se relacionase con todas ellas².

Era un mundo en el que la enseñanza superior no estaba monopolizada por la universidad, junto a ella también estaban los estudios particulares y los colegios. Fueron precisamente los colegios, mayores y menores, el ámbito en el que la religión estuvo más presente, pues en su seno se desarrollaba la convivencia de los estudiantes (todos varones) según un esquema de vida casi monástico que medía toda la existencia y donde las prácticas espirituales estaban bien presentes. Así, en Alcalá, los colegiales del San Ildefonso (dotado de un capellán mayor y varios capellanes) estaban obligados a asistir a una misa

¹ Esta hermenéutica de ruptura entre el paradigma jurisdiccional y el estatal ha sido puesta de relieve por la nueva Historia del Derecho, una buena síntesis en HESPANHA, António Manuel: *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid 2002, pp. 34 ss.

² Un estudio pionero sobre el fin de la universidad de Antiguo Régimen y la creación de la universidad liberal fue: ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio: *Génesis de la universidad española contemporánea*, Madrid 1972.

diaria y a la salve matutina; además estaba el calendario de sufragios y celebraciones, con la obligación de concurrir a sermones y procesiones con las insignias del Colegio³.

Por otro lado, en ese mundo de antiguo régimen la facultad de teología ostentaba un puesto de honor, con sus cátedras, el reparto de poder entre las distintas órdenes religiosas, las prebendas, etcétera⁴.

Un mundo por tanto riquísimo, pero para lo que aquí interesa, los antecedentes concordatarios, completamente marginal. Si los concordatos son acuerdos entre soberanos, entre las cortes de Roma y Madrid, en los que se delimitan las distintas competencias, al ser la universidad una corporación y por lo tanto gozar de autonomía, las competencias de estos soberanos sobre las universidades eran muy limitadas y así en los concordatos no se daba cuenta de ello.

Es cierto que al instaurarse la monarquía administrativa, esa forma de gobierno que se muestra ya en el siglo XVII, los reyes amplían su esfera de actuación, adoptan una actitud más activa y en concreto, para lo que nos interesa, intervienen decididamente en la vida universitaria. Pero esto sucedió sobre todo a partir del reinado de Carlos III, después del Concordato de 1753. De ahí que ni este ni el anterior, el de 1737, nos aporten informaciones válidas para este estudio. Las disposiciones carolinas sobre cátedras, austeridad de costumbres, enseñanzas útiles, nombramientos regios, etc., no fueron objeto de desarrollo concordatario.

La revolución lo cambió todo, al menos en materia de instrucción pública. Antes de la revolución existían 23 universidades, sin contar las de ultramar. Cada una de ellas era independiente y tenía una historia propia. Unas habían sido fundadas por la Iglesia y otras por la monarquía, pero también estaban las de fundación municipal o nobiliaria; a ello obedecía una estructura de gobierno particular. La hacienda de cada una tenía una estructura diferente, y de su mayor o menor riqueza dependía el número de cátedras y de facultades. La manera de reclutar a los docentes tampoco era uniforme. Esta diversidad era vista como un desorden por los liberales, que se empeñaron en crear un régimen uniforme y centralizado⁵.

³ GARCÍA ORO, José: *La Universidad de Alcalá de Henares en la etapa fundacional (1456-1578)*, Santiago de Compostela 1992, p. 304.

⁴ Mariano Peset, José Luis Peset, *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid 1974, pp. 707 ss.

⁵ BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel: «La universidad europea entre ilustración y liberalismo. Eclósión y difusión del modelo alemán y evolución de otros sistemas nacionales», en Faustino Oncina Coves (ed.), *Filosofía para la universidad, filosofía contra la universidad (de Kant a Nietzsche)*, Madrid 2008, pp. 49 ss.

Para ello, en esta faceta como en las otras, suprimieron todas las jurisdicciones existentes y crearon una única, la estatal. Es por lo que se dice que el Estado es un producto de la revolución, en cuanto que resulta del monopolio de las funciones de *imperium* que hasta ese momento estaban repartidas entre las distintas corporaciones que formaban la sociedad de antiguo régimen. Tenemos así un estatalismo liberal que, entre otras cosas, monopoliza la enseñanza superior.

La fecha clave de este fenómeno es 1845, cuando Pedro José Pidal, ministro de la Gobernación, hizo la reforma de los estudios superiores. Creó un sistema universitario centralizado formado por solo diez universidades, a la cabeza de las cuales estaba la de Madrid, sometido al ministro de turno. Para que se comprendiera el cambio, suprimió todas las universidades existentes y creó de nueva planta esas diez, poniendo a su cabeza un rector que era el jefe político de la provincia. Se suprimieron las rentas de los antiguos centros y se creó una caja única. El número de cátedras y facultades dependía de las disposiciones ministeriales. Se creó un cuerpo de catedráticos y se dispuso un sistema de oposiciones para su ingreso y promoción.

La Iglesia, en esto como en otros campos, se vio barrida por la revolución. Pero al mismo tiempo el régimen liberal buscaba su legitimidad y le interesaba el reconocimiento de la Santa Sede. Se abrió así un tiempo de negociación que condujo al Concordato de 1851.

El plan de 1845 ignoraba cualquier relación con la jerarquía, ni siquiera en la facultad de Teología. Como el plan preveía que los manuales por los que se tenían que estudiar las materias universitarias eran elegidos por el gobierno, para los de Teología se dispuso que para elegirlos se oíría a los prelados que tuviera a bien. Es decir, poca cosa. Sin embargo, la existencia de una facultad de Teología hacía que en la universidad hubiese distintas cátedras dedicadas a la religión y que los teólogos formasen parte del escalafón de catedráticos.

Finalmente el Concordato de 1851, tras reconocer a la religión católica como la única de la nación española, establecía lo siguiente:

Artículo 2.º En su consecuencia, la instrucción en las Universidades, colegios, seminarios y escuelas públicas o privadas de cualquiera clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma Religión Católica; y a este fin no se pondrá impedimento alguno a los Obispos y demás prelados diocesanos, encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la fe y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud, en el ejercicio de este cargo, aún en las escuelas públicas.

En aplicación de lo cual la ley Moyano de 1857 estableció lo siguiente:

Artículo 295. Las Autoridades civiles y académicas cuidarán, bajo su más estrecha responsabilidad, de que ni en los Establecimientos públicos de enseñanza ni en los privados se ponga impedimento alguno a los RR. Obispos y demás Prelados diocesanos, encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la Fe y de las costumbres y sobre la educación religiosa de la juventud, en el ejercicio de este cargo.

Artículo 296. Cuando un Prelado diocesano advierta que en los libros de texto, o en las explicaciones de los Profesores, se emiten doctrinas perjudiciales a la buena educación religiosa de la juventud, dará cuenta al Gobierno; quien instruirá el oportuno expediente, oyendo al Real Consejo de Instrucción pública, y consultando, si lo creyere necesario, a otros Prelados y al Consejo Real.

El cumplimiento de estos artículos fue difícil desde el comienzo, pues desde las filas progresistas y demócratas se señaló la contradicción existente entre lo dispuesto en el concordato y el régimen de libertades constitucionales. El descontento no era solo por el control eclesiástico, era por el control en general que se oponía a la libertad de cátedra. Los liberales, al eliminar la autonomía universitaria y al centralizar la instrucción pública, habían diseñado un organismo sin vida propia, donde todo estaba previsto y se tenía que cumplir maquinalmente, y el catedrático debía estar al servicio de este aparato. Ese descontento fue bautizado como cuestión universitaria, y en ella encontramos acontecimientos como la noche de San Daniel⁶. Recordemos los hechos. El 27 de octubre de 1864, el ministerio de Fomento del gobierno de Narváez publicó una circular en la que se establecía expresamente la prohibición de que en las universidades, o fuera de ellas, los catedráticos emitieran, por cualquier medio, opiniones contrarias al concordato o defendieran, entre otras, las posiciones del krausismo.

Emilio Castelar, dirigente del Partido Demócrata y catedrático de Historia de la Universidad de Madrid, contestó al gobierno con un artículo titulado «Declaración», argumentando que lo dispuesto era un ataque a la libertad de cátedra.

Al mismo tiempo, y debido a la grave crisis económica, el gobierno decidió hacer frente a la misma mediante la enajenación parcial de los bienes del Patrimonio Real, ingresando el 75 % y entregando el 25 % restante a la Reina Isabel. El gobierno pretendió vender la maniobra como un gesto o

⁶ RUPÉREZ, Paloma: *La cuestión universitaria y la noche de san Daniel*, Madrid 1975.

rasgo de generosidad por parte de la Reina. Emilio Castelar publicó el 21 de febrero de 1865 un artículo titulado *¿De quién es el Patrimonio Real?* y, al día siguiente, otro artículo titulado *El Rasgo*. En ambos se mostraba contrario a que una parte del dinero de la enajenación de los bienes fuera a parar a las manos privadas de la reina, considerando que el Patrimonio Real era Patrimonio Nacional.

El gobierno, en la persona del ministro de Fomento, Antonio Alcalá Galiano, respondió exigiendo al rector de la Universidad Central, Juan Manuel Montalbán, el cese del catedrático en cumplimiento de la citada circular y al amparo del artículo 22 del Reglamento de Universidades. Ante la negativa del rector, el gobierno lo cesó y desposeyó a Castelar de su cátedra.

Las medidas provocaron una reacción de solidaridad por parte de algunos profesores (dimitieron entre otros Salmerón y Morayta) y alumnos. Por parte del gobierno se proclamó el estado de guerra y las manifestaciones estudiantiles terminaron en una «matanza».

Poco después, por decreto de 22 de enero de 1867, el ministro Orovio exigió, bajo pena de separación de la cátedra, una declaración de los profesores a través de los rectores, de que no enseñarían «doctrinas erróneas o perniciosas en el orden religioso, moral o político...». Se negaron a firmar una treintena de catedráticos, los más de filiación krausista, y perdieron sus cátedras entre otros Sanz del Río, Salmerón o el sacerdote Fernando de Castro; a Giner de los Ríos le formaron expediente⁷.

En el sexenio fueron suprimidas las facultades de Teología, por Decreto de 21 de octubre de 1868. Las de cánones habían dejado de existir en 1842. La extensión del regalismo y del liberalismo había producido la difusión de los seminarios y el abandono de la facultad de Teología por parte de los candidatos al sacerdocio. Los seminarios conciliares habían escapado de la reforma ministerial. Así se quejaba Gil de Zárate: «Por desgracia, las escuelas eclesiásticas, conocidas con el nombre de Seminarios conciliares, no dependían del ministerio que emprendió la reforma y esta no pudo alcanzarlas. Siguieron como antes y se declararon enemigas de las nuevas escuelas»⁸. Los liberales reconocieron los seminarios como escuelas estrictamente eclesiásticas con sus propios estudios y planes. El Concordato de 1851 y las disposiciones posteriores, buscaron solucionar el sostenimiento y financiación de estos, así como su relación con la enseñanza estatal.

⁷ CACHO VIU, Vicente: *La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid 2010.

⁸ GIL DE ZÁRATE, Antonio: *De la instrucción pública en España*, volumen I, Madrid 1851, p. 116.

Pero los hombres del bienio progresista (1854-1856) entendían que no se podía dejar a la Iglesia la educación del clero, pues necesitaban personas adictas aptas como candidatos al obispado. De ahí que aunque en 1852 se habían suprimido las facultades de Teología en las universidades estatales y se habían reconocido los grados conferidos en los seminarios, por Real Decreto de 25 de agosto de 1854 se abrieron de nuevo: «Se restablece la facultad de Teología en la Universidad central y en las de Santiago, Sevilla y Zaragoza». Y así continuó hasta la Gloriosa.

En la restauración se produce la denominada segunda cuestión universitaria, a propósito del Decreto de 26 de febrero de 1875 firmado por el ministro Orovio, miembro del primer gabinete de Cánovas⁹. Este exigía a los profesores que presentasen programas y que no explicasen «otras doctrinas religiosas que no fueran las del Estado». Al parecer la medida tenía relación con las enseñanzas darwinianas de Augusto González Linares. Como varios catedráticos hicieron pública su disconformidad con el decreto, el gobierno no dudó en abrirles expediente, suspenderlos en sus funciones o confinarlos en puntos dispersos de España. En este caso se hallaron, una vez más, Giner de los Ríos y Salmerón, así como Castelar, Gumersindo de Azcárate, Montero Ríos, Segismundo Moret... Aquí está el nacimiento de la Institución Libre de Enseñanza.

Todavía a finales del siglo XIX es famoso el suceso del obispo de Salamanca, Cámara, que en cumplimiento de la Ley Moyano y ante las explicaciones del penalista lombrosiano Dorado Montero, sugirió su destitución al ministerio.

2. SEGUNDA REPÚBLICA

Manuel Bartolomé Cossío, recordaba en una entrevista al Sol en julio de 1931¹⁰, que las dos grandes fuerzas que hicieron posible la II República, fueron en primer lugar el movimiento inspirador de Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza que reclamaba mayor dotación para las escuelas y mejores condiciones de formación de los maestros, con la creación de instituciones culturales que elevaran el panorama cultural español. La otra corriente, que aportaría masa social sería el Partido Socialista español.

El ministro de Justicia republicano, Fernando de los Ríos, señalaba como causa del triunfo de la Institución y el advenimiento de la República los gérmenes que aportaron la Escuela Superior de Magisterio, la Junta de Amplia-

⁹ CACHO VIU, Vicente: *La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid 2010.

¹⁰ Cfr. TIRAPU, Daniel: *La política educativa de la II República, en la Iglesia y la II República*, Córdoba 2009, pp. 113 y ss.

ción de estudios e Investigaciones Científicas, la Escuela de Criminología y hasta la Residencia de Estudiantes.

Conviene resaltar que la República nacía con graves carencias educativas en medios y profesores. Según informe de Rodolfo Llopis, había en España 32.680 escuelas y un déficit de 27.151, lo que significaba un millón de niños sin escolarizar¹¹. Muchos entendieron que el Concordato no estaba vigente y aunque aquí no me refiera a la Universidad, es todo un síntoma de la situación educativa del país y del modelo que aplicaba la República, de signo totalmente contrario a los antecedentes expuestos. La tasa de analfabetismo en 1930 era de un 32 por ciento, de los 23 millones de españoles, casi seis no sabían ni leer, ni escribir.

En el bienio azañista estalla una gran ilusión por la reforma de la educación y a los fondos dedicados a la construcción de escuelas y el prestigio de la figura del Maestro. Se ha dicho con acierto que en los dos primeros años de la República se trabajó sincera y esforzadamente en la Instrucción Pública, de tal manera que el BOE, en muchas ocasiones parecía casi un tratado de pedagogía. Se crearon siete mil plazas de Maestros y se crean hasta diciembre de 1932 9.620 escuelas.

El Consejo de Instrucción Pública pedía la preparación de una ley que sustituyese a la Ley Moyano. Se solicitaba la creación de la escuela única, con arreglo a los siguientes principios: 1. La educación pública es esencialmente una función del Estado; 2. Debe ser laica; 3. Debe ser gratuita, especialmente en primaria y media; 4. Debe tener un papel activo y creador; 5. La educación pública debe atender conjuntamente a ambos sexos, haciendo de la coeducación un principio aplicable a todos los grados de enseñanza; 6. La educación pública debe tener un carácter social, por lo que debe articular un sistema de participación entre las representaciones sociales y la escuela; 7. Todo esto constituye un sistema unitario, sin excepciones. Estos principios, demasiado estatistas, a mi entender, siguen siendo el ideal de escuela pública, sin tener en cuenta Declaraciones internacionales de derechos posteriores y la toma de conciencia de la importancia de los padres en el sistema educativo.

3. RÉGIMEN LEGAL DE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LA UNIVERSIDAD EN EL FRANQUISMO

He seguido en sus líneas generales, el magnífico trabajo de Jorge Otaduy: «Teología en la Universidad; régimen legal de la enseñanza religiosa durante el

¹¹ Cfr. TIRAPU, Daniel, art. Cit., p. 114.

franquismo y la transición», *Anuario de Historia de la Iglesia* 10, (2001), pp. 75-94 y bibliografía allí citada.

1. Ley de Ordenación Universitaria de 1943

La enseñanza universitaria mantiene un estricto monopolio estatal en el desempeño público de la educación superior; era una función irrenunciable del Estado. Sin embargo, un cierto contrapeso al monopolio, iba a ser el intento, poco logrado, de simbiosis entre estatismo universitario y la estricta orientación confesional católica de la enseñanza superior.

La misma Ley Universitaria de 1943 recogía otras afirmaciones para atemperar el estatismo y el nacional sindicalismo. Así, en su artículo 3: «La Universidad española, inspirándose en el sentido católico, consubstancial a la tradición universitaria española, acomodará sus enseñanzas a las del dogma y de la moral católica y a las normas del Derecho Canónico vigente». La mención al Derecho canónico vigente, establecía una serie de derechos ejercitables por la Iglesia, incluyendo el relativo a la erección de Universidades, incluyendo también las de estudios civiles¹².

De todos modos, sí son recibidas de inmediato por el ordenamiento español las disposiciones relativas a la enseñanza de la doctrina y moral católicas en los centros educativos universitarios. Entre los organismo universitarios, figuraba la denominada «Dirección de la formación religiosa universitaria», artículo 32 de la citada Ley, que contenía un extenso ámbito de actividades: la dirección de todos los cursos de cultura superior religiosa, de carácter obligatorio, con pruebas de obligada superación; la asesoría religiosa del Sindicato español universitario y la organización de templos e instituciones religiosas de índole universitaria.

El director del mencionado organismo, nombrado por el Ministerio, a propuesta del Ordinario, previo informe del Rector, era un cargo de confianza como mediador de enlace entre la autoridad universitaria y la religiosa. Debía vigilar los contenidos, organización y personal para la enseñanza.

Los Colegios mayores, artículo 27 de la Ley, eran órganos para el ejercicio de la labor educativa y formativa de la Universidad. Todos los escolares, residentes o adscritos a un Colegio Mayor, eran parte de este complemento formati-

¹² Pasado el tiempo así sería como explica A. DE FUENMAYOR, en «El convenio entre la Santa Sede y España sobre universidades de estudios civiles», Pamplona 1966.

vo. Los Colegios Mayores podían ser de libre creación con las oportunas licencias y permisos.

2. Decreto de 1944 de establecimiento de la enseñanza religiosa en la Universidad

El texto se dedicaba casi en exclusivo a la llamada enseñanza ordinaria, incluyendo las pruebas finales, en un teórico plano de igualdad con las demás asignaturas¹³. Una vez señalada la naturaleza de la asignatura, el articulado se refiere a la determinación del estatuto del profesorado. El número de candidatos era señalado, para cada Universidad, por el Ministerio, a propuesta del Rector, oído el director de formación religiosa. La propuesta correspondía al Ordinario y se preveía el correspondiente nombramiento por parte del Ministerio, otorgando a dichos profesores la consideración de catedráticos numerarios y remuneración equivalente a los encargados de cátedra o curso. Dos requisitos eran de obligado cumplimiento: ser sacerdote en posesión de un grado mayor concedido por Universidad eclesiástica, o el equivalente en su Orden, si se trata de religioso; y haber sido declarado apto para esta misión por la Jerarquía eclesiástica, habida cuenta de sus méritos académicos y pedagógicos, mediante las pruebas que la propia autoridad de la Iglesia hubiese previsto. El cese de la relación docente puede provenir por causa canónica, bastando la comunicación del Ordinario al Ministro, o responder a motivos académicos, oído el Ordinario, con intervención del Ministro.

Además, el artículo 10 del Decreto dejaba la puerta abierta a la organización de cursos especiales, al margen de la enseñanza oficial, que podría organizar el director de formación religiosa, con la colaboración de otros profesores de acuerdo con el Ordinario¹⁴.

3. El Concordato de 1953 y normas de desarrollo

Artículo 27.5: La enseñanza de la Religión en las Universidades y en los centros a ella asimilados se dará por eclesiásticos en posesión del grado académ-

¹³ La orden de 22 de mayo de 1944 contemplaba la posibilidad de que sacerdotes o religiosos fuesen dispensados de la materia, siempre que su Superior u Ordinario acreditase estudios similares o superiores de religión y moral católica.

¹⁴ Estos cursos fueron excepcionales y se perdía la oportunidad de que docentes universitarios preparados impartiesen una fundamentación antropológica y cristiana de sus materias. Se creó por ejemplo, en Decreto de 6 de febrero de 1953, el Instituto angélico en la Universidad de Madrid, encomendada a la Orden de Predicadores para difundir saberes jurídico-canónicos, teológicos y escriturísticos.

mico de Doctor, obtenido en una Universidad eclesiástica, o del equivalente en su Orden, si se tratase de religiosos. Una vez realizadas las pruebas de capacidad pedagógica, su nombramiento se hará a propuesta del Ordinario diocesano.

Artículo 28.1: Las Universidades del Estado de acuerdo con la competente Autoridad eclesiástica, podrán organizar Cursos sistemáticos, especialmente de Filosofía Escolástica, Sagrada Teología y Derecho Canónico, con programas y libros de texto aprobados por la misma Autoridad eclesiástica.

Podrán enseñar en estos Cursos, profesores sacerdotes, religiosos, o seglares que posean grados académicos mayores otorgados por una Universidad eclesiástica, o títulos equivalentes obtenidos en su propia Orden, si se trata de religiosos, y que estén en posesión del *Nihil Obstat* del Ordinario diocesano.

Del artículo 27.1 del Concordato se puede colegir que estaban dispensados de cursar esta materia, los mayores de edad (21 años), o en el caso de menores, sus padres, los no católicos o los hijos de no católicos; esta referencia normativa es reseñable porque es el primer texto que reconoce la posibilidad de dispensa en la educación en atención a las creencias religiosas.

Entre las disposiciones concordatarias mencionadas, las relativas a la selección de profesorado, fueron completadas por del Decreto de 27 de enero de 1956.

En síntesis¹⁵, el Decreto venía a establecer dos categorías docentes: profesores numerarios y adjuntos. A los primeros se les exigía el título de Doctor en Ciencias Sagradas y la superación de las pruebas de suficiencia pedagógica. Los segundos, que no contaban con grado académico mayor, debían superar unas pruebas de suficiencia científica y las pedagógicas. Los Tribunales juzgadores, de cinco miembros, eran de naturaleza mixta, con mayoría de miembros eclesiásticos. Las pruebas no daban plaza, eran habilitadoras para ser propuesto por la Jerarquía como profesor oficial en los centros del Estado. También se señalan las causas de cese.

4. Valoración del sistema

Un sistema tan detallado y pretencioso de la presencia de la doctrina y moral católica en la Universidad, fue en la práctica un sistema de influencia más bien escaso. Hubo, ciertamente, profesores y cursos que destacaron, pero fueron excepcionales. La Iglesia española del momento no se hallaba en un alto

¹⁵ Cfr. OTADUY, J.: cit, p. 82.

momento intelectual en la Institución universitaria, sometida a un alto nivel de secularización y politización. Acortar por Decreto la distancia entre la Universidad y la Iglesia no fue el camino para crear masa y vida social. La asignatura de religión era un apéndice, junto con la gimnasia y la Formación del espíritu nacional, del grueso de materias universitarias.

La mayor parte de la reglamentación docente del Concordato de 1953 quedó incumplida. No hubo Tribunales, ni suficiencias científicas, ni pedagógicas.

El juicio de conjunto sobre la enseñanza religiosa universitaria, queda bien expresado en la cita de De la Hera:¹⁶ «El Estado se autoimpuso el deber de no otorgar ningún título profesional a quien no hubiese recibido una calificación favorable en la disciplina de formación religiosa, impartida por profesores clérigos designados por los Obispos. Pero tales profesores han fracasado en su misión. No han logrado interesar a la juventud con su docencia. El mantenimiento de la exigencia académica de la disciplina constituye una diaria confesión del fracaso de la Iglesia en la formación religiosa de los universitarios. Hay, por supuesto, casos aislados, pero la generalidad de los casos responde a tal realidad. No hay exámenes, no hay cursos generales, no hay labor científica, ni docente, solo queda la obligatoriedad de una calificación favorable –regalada en muchos casos– para obtener un título profesional».

También la reglamentación del profesorado parece demasiado clerical. La última palabra la tenía el Ordinario competente, al margen de la competencia y prestigio profesional¹⁷.

5. Ley de Libertad Religiosa y postrimerías del franquismo

¿Cómo afectó la Ley de Libertad Religiosa de 1967 al tema de la enseñanza universitaria? Baste señalar que en el aspecto educativo, la cuestión estrella fue la relativa al mantenimiento o no de la exigencia de que los Maestros de primera enseñanza fuesen profesores de religión católica, cuestión objeto de otra ponencia de este Congreso. Se reconocía el derecho a no recibir una formación religiosa que no se profesare. Bastaba, al final, la mera declaración de los padres o tutores en caso de menores o del propio interesado.

En el ejercicio positivo de las propias creencias, el artículo noveno amparaba el derecho de los individuos y de las asociaciones confesionales a no ser impedidas a la enseñanza de su propia fe con los límites del orden público. Los

¹⁶ DE LA HERA, A.: *Iglesia y Estado en España* (1953-1974, Madrid 1979, p. 355).

¹⁷ OTADUY, J.: *op. Cit.*, p. 84.

artículos 29 y 30 contemplaban la posibilidad de creación de centros de enseñanza para los propios miembros y para los propios ministros de culto. La norma se movía en el ámbito de la enseñanza primaria y media, sin mencionarse la universitaria.

Tales novedades apenas se dejaron sentir y percibir en la sociedad española. La crisis de la enseñanza católica en la Universidad española, no vino por el desarrollo de la libertad religiosa, sino por el imposible cumplimiento del estricto régimen de enseñanza establecido en el propio Concordato. La llamada «explosión escolar», en la década de los sesenta en España¹⁸, iba a suponer la duplicación del número de estudiantes tanto en secundaria como en la Universidad. El reto imparabile de los números iba a llevar a un cierto frenesí legislativo, con nuevas leyes educativas en todos los niveles. La Ley General de la Educación de 1970 sería la última piedra. En cualquier caso esta innovadora legislación no podía destruir el edificio concordatario y de las Leyes fundamentales. Los profesores de la nueva EGB, Educación General Básica, debían ser formados, teniendo en cuenta que la enseñanza religiosa formaba parte del núcleo de enseñanzas comunes obligatorias. Para esos estudios la asignatura de religión católica era obligatoria y no dispensable, ni en el caso de que no fuesen a asumir esa enseñanza en su futuro profesional.

La Ley de 1970 no introdujo modificaciones sustantivas en el aspecto religioso. Aunque algunos textos de la Ley demuestran una flexibilización del rígido confesionalismo español. Efectivamente, el artículo 1 de la citada Ley, admite inspirarse en el concepto cristiano de la vida. De igual forma se modifica la disposición del Concordato de someter todo tipo de escuelas y niveles educativos a la vigilancia y control episcopal; se sustituye esta exigencia por un genérico compromiso estatal de garantizar la acción espiritual y moral de la Iglesia en todos los centros, tanto estatales como no.

¹⁸ Cfr. OTADUY, J.: *op. Cit.*, pp. 87-88.

El acceso al agua limpia y potable como Derecho Humano Primario y *sine qua non*: Breve mirada sobre la evolución de su reconocimiento en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre¹

Profesor supernumerario de Derecho Internacional público y privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ex secretario general de dicha Universidad
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma en la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos

*Miles de personas han sobrevivido sin amor;
ninguna sin agua*

W. H. AUDEN

1. ALGUNAS BASES PARA LA REFLEXIÓN

A lo largo de la historia del mundo, como señala el gran jurista japonés Shigeru Oda, quien fuera juez del Tribunal Internacional de Justicia entre 1976 y 2003, tres son los textos de fuente interna que pueden considerarse precursores del reconocimiento de los derechos humanos que, más tarde, desde el plano nacional se proyectarían a nivel internacional después de la segunda Guerra Mundial: la Carta Magna de Inglaterra, el *Bill of Rights*, otorgado

¹ Académico de Número de la Real Academia de Doctores de España, Presidente de la Sección Tercera (Derecho) y ex miembro de su Junta de Gobierno. Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Miembro de Número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. ex secretario general de la *International Law Association* (rama española).

por el rey Juan «Sin Tierra» el 15 de junio de 1215; la Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787; y la histórica *Déclaration solennelle des droits naturels, inalienables et sacrés de l'homme et du citoyen*, proclamada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789². Poco más de siglo y medio después, la era de las Naciones Unidas se inaugura con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 217 (II), de 10 de diciembre de 1948. En ella el artículo 3 consagra que: «Todo individuo tiene derecho a la vida...», lo que reafirma, como no podría ser de otro modo, el artículo 6-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) al decir que: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana»³. Y poco después el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) afirma en su artículo 2.1 que: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley...»⁴. Ahora bien, la vida humana, así como la del resto de los reinos animal y vegetal, es imposible que exista sin ese elemento llamado *agua*, que como escribe Rozier está «derramado por toda la superficie de la tierra, que entra en la organización de todos los cuerpos animales y vegetales»⁵, cuya cantidad en el planeta Tierra es la que existe desde su formación hace aproximadamente (las cifras oscilan según las fuentes) cuatro mil cuatrocientos setenta millones de años. Con los recientes descubrimientos de agua en Marte y en la Luna⁶, el primer interrogante que los astrobiólogos pretenden resolver es si en los más de los mil doscientos exoplanetas descubiertos en estos últimos años, existe agua líquida, precisamente porque ella es la fuente de la vida. Quiere ello decir que para poder disfrutar del derecho humano a la vida, sin olvidar que en los seres vivos el agua ocupa entre un 70 % y un 80 %, es previo que se haga efectivo para todo ser humano el derecho de acceso al agua dulce, limpia y potable, que según ciertas estimaciones solo alcanza el 2,5 % accesible de todo el agua existente en el planeta,

² ODA, Shigeru: *El individuo en el derecho internacional*, en el colectivo dirigido por Max Sorensen: *Manual de Derecho internacional público*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 475.

³ Ratificado por España el 27 de abril de 1977, fecha en que entró en vigor para nuestro país (Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 30 de abril de 1977).

⁴ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, en vigor para nuestro país desde el 4 de octubre de 1979 (Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

⁵ ROZIER, François (Abate Rozier): *Nuevo diccionario de agricultura, teórico-práctica y económica y de medicina doméstica y veterinaria*, Boix editor, Imprenta y librería, calle Carretas número 8, Madrid, 1842, p. 156.

⁶ Lejos queda 1870 cuando Julio Verne afirmaba en su *Alrededor de la Luna* que allí «no hay aguas que deterioren el relieve primitivo» (ed. de Akal. S. A., traducción de Mauro Armiño, Madrid, 1985, p. 121). En 2018 según afirma Joshua Bandfield, del Instituto de Ciencias Espaciales de Estados Unidos, SSI, (Boulder, Colorado), existe agua distribuida por toda la superficie lunar, y concretamente el 22 agosto del citado año, en entrevista de Reuters TV, en Washington, el administrador de la NASA, Jim Bridenstine, manifestó que hay «cientos de miles de millones de toneladas de hielo en la superficie de la Luna».

limitándose en ríos y lagos a un 0,3 %. Se trata, pues, de un elemento que aunque parezca que es inagotable, no es así, y que, ante el constante aumento de la población mundial, que se estima en 83.000.000 de personas al año, se irán generando, cada vez con mayor agudeza, problemas de escasez. Téngase en cuenta que si en 1800 había en la Tierra unos 978.000.000 de habitantes, en 1900 eran ya 1.650.000.000, y en noviembre de 2017, se calcularon 7.350.000.000, una progresión que continuará, ya que, según ciertas previsiones, en 2050 la población mundial se estima que podría llegar a 11.400.000.000, y al finalizar el presente siglo la cifra rondaría los 15.300.000.000. En 2015 se calculaba que unos 675.000.000 de personas carecían de agua potable. Tres años después, se habla de cerca de 700.000.000 en esas condiciones, lo que significaría que, de ser esto cierto, la cifra habría aumentado, y según estimaciones de las Naciones Unidas en 2025 habrá 1.800.000.000 de personas que vivirán con grave escasez de agua. Esta realidad insoslayable, que hace que hoy se vuelvan los ojos hacia la desalinización⁷, como un posible método paliativo, ya que los océanos tienen el 97 % de agua existente en el planeta, es lo que ha hecho que la Comunidad internacional se haya concienciado, a partir del siglo XX, de la necesidad de tomar muy en consideración el problema que puede plantear, para la población mundial, la cuestión del agua en todas las dimensiones en que puede presentarse, lo que supone enfrentarse a una realidad sumamente compleja ya que no solamente ha de contemplarse el consumo diario necesario para cada persona, sino también el relativo a usos domésticos, industriales, regadíos, etc., lo que supone el consumo diario de cantidades verdaderamente gigantescas⁸. Pese a que se haya dicho que el agua *siempre está* lo cierto es que, por múltiples razones, puede estar en cantidad escasa, o resultar inutilizable e incluso faltar, con lo que ello supone para todos a los que afecte este grave problema. Recuérdese que, como ha afirmado el fundador y director de la nueva biblioteca de Alejandría Ismail Serageldin, que en 2013 participó en el marco de la UNESCO en el World Water Scenarios, más de la mitad de los grandes ríos de todo el mundo⁹ están seriamente

⁷ Hay que recordar que la mayor planta desalinizadora de Europa se halla en España, concretamente en la ciudad alicantina de Torrevieja.

⁸ Por ejemplo, se precisan 10 litros para conseguir un folio de papel; de 300 a 400 litros para conseguir una lechuga; 1.500 litros para una hamburguesa; 15.000 litros para un kilo de carne de ternera...

⁹ Vid. AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela: *La regulación internacional del agua dulce*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, quien, por cierto, subraya que la situación geográfica, y las condiciones físicas de los distintos Estados ribereños son circunstancias que están presentes a la hora de la codificación del derecho fluvial internacional, ya que los Estados que están situados aguas arriba no tienen los mismos intereses que los de los que están aguas abajo, p. 62. Esta disparidad de criterios se puso de manifiesto al tiempo de celebrarse en Nueva York, en 1997, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación, aprobada por la Resolución de la Asamblea General 51/229, de 8 de julio de 1997 (37 artículos más 14 del apéndice sobre arbitraje), para cuya adopción fue imposible llegar a un consenso. Sobre la Convención vid. CAFLISCH, L., en *Annuai-*

contaminados, lo cual supone una degradación y envenenamiento de los ecosistemas que los rodean, y ello amenaza la salud y el sustento vital de las personas que dependen de ese agua para beber, regar o para su uso industrial, siendo así que todos los pueblos tienen derecho al agua limpia. A este respecto, entre los tratados bilaterales que se han venido celebrando desde el siglo XIX, destacaríamos el Convenio hispano-francés relativo al aprovechamiento del curso superior del Garona (París, 29 de julio de 1963), y el Convenio hispano-portugués para regular el aprovechamiento hidroeléctrico de los tramos internacionales del río Duero y de sus afluentes (Lisboa, 16 de julio de 1964).

En cuanto al consumo diario de agua por habitante, es muy desigual dependiendo del país que se tome en consideración. En España, según las propias Naciones Unidas, puede estimarse en una media de 150 litros lo que, considerando que en el momento actual la población española es de 46.600.000 habitantes, significa que en nuestro país se consumen cada veinticuatro horas en torno a los 7.000.000.000 de litros¹⁰; mientras que en Estados Unidos de América la estimación del consumo por persona y día es de 380 litros. Frente a esto, en los países que pueden calificarse de pobres, millones de personas subsisten con menos de 19 litros al día, sin contar con que en muchos debe recorrerse una media de seis kilómetros al día, tarea que recae principalmente en las mujeres, para encontrar agua. Añádanse a estas dificultades otras que se padecen endémicamente en el planeta Tierra: los desastres naturales y las guerras, que jamás han desaparecido pese a las buenas intenciones que proclama el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. En Haití, de cada cinco personas, tres no tienen acceso al agua potable, una situación que se vio agravada en octubre de 2016 con el paso del huracán «Mathew». En Siria, inmersa en guerra civil, prácticamente internacional, desde hace años, hubo en 2016 30 cortes intencionados de agua, y concretamente en Damasco 4.000.000 de personas se han visto privadas de ella, ya que los canales que desde el río Barada abastecen a la capital, han sido volados deliberadamente, lo que ha supuesto que las Naciones Unidas hayan advertido, el 5 de enero de 2017, que dicho acto ha sido constitutivo de un crimen de guerra. De otra

re Français de Droit International, 1997, pp. 751-798, y McCaffrey, S. C.-SINJELA, M., en *American Journal of International Law*, 1998, pp. 97-107. Los ríos internacionales no solamente presentan el interés del aprovechamiento de sus aguas sino también la delimitación de fronteras cuando tienen esta característica; así España y Portugal han modificado la línea divisoria de las desembocaduras del Miño y del Guadiana, en virtud del Tratado de Vila Real, de 30 de mayo de 2018, que entró en vigor el 12 de agosto de este mismo año.

¹⁰ Habría que recordar aquí que el nombre de la capital de España, Mayrit en el siglo IX, según historiadores como Juan Cortés y Jaime Oliver Asín, se compone de los topónimos «matri-ce» (mozárabe) y «majrà» (árabe) que significan, respectivamente, «fuente» y «cauce» o lecho de río, y a ella trajeron de Persia los árabes los viajes de agua. Precisamente uno de los motivos por los que el rey Felipe II trasladó la corte a Madrid, convirtiéndola en capital de reino, fue la abundancia de agua en el lugar.

parte no hay que olvidar la degradación que sufren mares y océanos, con el consiguiente perjuicio que se proyecta en los alimentos provenientes de la actividad pesquera, un aspecto regulado hoy por la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (artículos 192 a 137), y sobre el cual en alguna de sus alocuciones públicas se ha pronunciado el mismo papa Francisco. Se estima que un 46% de la población mundial, es decir, casi la mitad, carece de agua corriente, así como que dentro de quince años aproximadamente 1.800.000.000 de personas vivirán en zonas en las que el agua será un bien escaso¹¹.

Los conflictos que plantea el agua son antiquísimos, pudiendo decirse que desde el año 537 hasta 2007, es decir, en quince siglos, se han contabilizado más de ciento sesenta, lo que significa que se han producido en torno a diez conflictos por siglo¹². En la actualidad los problemas del agua, que cuentan ya con estudios relevantes y con una amplia bibliografía, siguen reteniendo la atención de la doctrina que en estos últimos años ha sumado importantes contribuciones como las de M. Larbi Bouguerra¹³, E. Brown Weiss¹⁴ y P. Martin-Bidou¹⁵, así como el Coloquio de Orleans sobre *L'eau en droit international*, celebrado del 3 al 5 de junio de 2010, en el Centro de Investigación Jurídica Pothier, dentro del marco de la Société française pour le Droit International, en el que se expusieron importantes ponencias debidas a Alexandre Brailowsky, Marcelo Cohen, Frédérique Coulée, Stéphan Duroy, Anne Gilles, Nicolas Haupais, Sophie Lemaire, Sylvie Paquerot y otros.

2. LOS AVANCES HACIA UN DERECHO INTERNACIONAL HÍDRICO

Si bien ya en el primer cuarto del siglo XX se comenzó a prestar atención a ciertas actividades relacionadas con el agua, como lo demuestra la Conferencia que se reunió en Ginebra el 15 de noviembre de 1923, que adoptó la Con-

¹¹ Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *Breves reflexiones sobre las bases del derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento como previo y fundamental para el disfrute de los demás derechos humanos*, en MARULLO, María Chiara-ZAMORA CABOT, Francisco Javier (editores): *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 305-329.

¹² Vid. al respecto, GLEICK: *Cronología de los conflictos por el agua*, en Conclusiones 2008, Tercer Foro Agua para el Desarrollo. Cooperación en Cuencas Internacionales. Anexo, Fundación Canal, Madrid, 2008, pp. 75 y ss.; también, SLAMA, Abdel-Hamid: *Les problèmes de l'eau chez les Arabes anciens des origines jusqu'à la fin du XIème (s. H.)/XVIIème s. (ap. J-C)*, Dar Al-Gharb Al-Islami, Beyrouth, 2004.

¹³ *Les batailles de l'eau: pour un bien commun de l'humanité*, Enjeux Planète, Paris, 2003.

¹⁴ «The evolution of international law», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tomo 331, 2007, pp. 163-404.

¹⁵ *La protection des eaux*, en *Jurisclasseur administratif*, núm. 363, 2013.

vención y el Estatuto sobre el Régimen Internacional de los Puertos Marítimos (Ginebra, 9 de diciembre de 1923), para facilitar la explotación y el aumento de la producción de energía hidráulica¹⁶, lo cierto es que hay que esperar hasta mediada la pasada centuria para que comiencen a aparecer organizaciones internacionales y textos, tanto de fuente interna como internacional, cuyo objetivo es el agua. Uno de los últimos ha sido el elaborado por la Asamblea General de las Naciones Unidas que adoptó la Resolución AG 64/292, de 28 de julio de 2010, sobre el derecho humano al agua y a la sanidad, en la que proclama abiertamente «el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos»¹⁷, llamando poderosamente la atención que la Comunidad internacional de Estados, en realidad la Humanidad, no se haya percatado mucho antes de ese derecho fundamental al agua limpia y potable, sin la cual no puede haber vida, y que todavía, en el primer cuarto del siglo XXI, se considere como un derecho humano «emergente»¹⁸, un término que debe considerarse como formulación de ese derecho a partir del momento en que la especie humana «descubre» su inexorable necesidad, lo que hace que ese derecho *emergente* comience a incorporarse a reglas jurídicas vinculantes, tanto de Derecho interno como de Derecho internacional, ámbito este último en el que, ante la carencia de una regla jurídica internacio-

¹⁶ En la Conferencia participó España, junto a otros diecisiete países, pero no firmó la Convención. De los 22 artículos que la componen es de gran interés el artículo 4 según el cual: «Si un Estado contratante desea llevar a cabo operaciones para el desarrollo de la energía hidráulica que puedan causar un perjuicio grave a cualquier otro Estado contratante, los Estados interesados entablarán negociaciones con miras a la celebración de acuerdos que permitan a este tipo de operaciones ser ejecutadas».

¹⁷ U. N. Doc. A/RES/64/292, sobre ella vid. Pinto, Mauricio-Martín, Liber: *Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina*, en Revista Bioderecho.es, vol. I, núm. 1, 2014, pp. 34-46. En el mismo sentido que la anterior se pronuncia la Resolución 15/9, de 30 de septiembre de 2010, del Comité de Derechos Humanos, sobre derechos humanos y acceso al consumo de agua con seguridad sanitaria (U. N. GAOR, 65th Sess., Supp. No. 53/A, p. 28. U. N. Doc. A/65/53/add. 1 (September 13-October 1, 2010).

¹⁸ Vid., entre otros muchos títulos, GARCÍA, Aniza: *El derecho humano al agua*, ed. Trotta, Madrid, 2008, con recensión de Gonzalo Hatch Kuri en Araucanía. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 14, núm. 28, 2012, pp. 213-219; Pinto, Mauricio-Torchia, Noelia-Martín, Liber: *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, con 2.ª ed. en 2011; Sosa, Eduardo (coord.): *Defensoría del agua y los derechos humanos-Informe 2006-2008: para hacer del agua un derecho humano*, Oikos Red Ambiental, Mendoza (Argentina), 2008; Martín, Liber: *International Legal Discourse on Human Right to Water and Sanitation from de Latin American Standpoint*, en Inter-American and European Human Rights Journal, vol. 4, 2011; Tanzi, Attila: *Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The UNECE Protocol on Water and Health*, en International Community Law Review, 2010; Levin, Thomas-Nierenköter, Mijako-Odenwälder, Nina: *The Human Right to Water and Sanitation: Translating Theory into Practice*, GTC, Eschborn, 2009; Gupta, Joyeeta-Ahlers, Rhodante-Ahmed, Lawal: *The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world*, en Review of European Community and International Environmental Law, 2010; Marrella, Fabrizio: *On the changing structure of international investment law: the human right to water and ICSID arbitration*, en International Community Law Review, 2010.

nal positiva que reconociese explícitamente el derecho humano al agua limpia y potable, pese a los tratados bilaterales que desde el siglo XIX contemplaron diversos aspectos relativos al agua, se registra ya una clara «intención» de la Comunidad internacional reflejada en la citada Resolución AG 64/292, de 28 de julio de 2010.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando, a nivel internacional, se empiezan a dar pasos firmes a fin de tomar seriamente en consideración el problema latente del agua en el planeta. Así, el 4 de enero de 1949 se fundaba en Moscú el Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME o COMECON), organización internacional que fue disuelta el 4 de junio de 1991, cuyo órgano coordinador fue la Reunión Consultiva de Directores de Oficinas de Aprovechamiento de Aguas, cuya actividad, entre otras, fue atender a la demanda de agua, organizar la red hidrológica, la protección contra la polución de las aguas, la lucha contra las inundaciones y el aprovechamiento de ríos con miras al transporte y explotación energética, e intentó utilizar racionalmente, y proteger, los recursos hídricos, organizando un programa complejo con el fin de solucionar el problema del cauce del río Danubio¹⁹. También en 1949 se fundó en Amsterdam, fijándose la sede en Londres, la *International Water Supply Association*, cuyo objetivo era el intercambio de experiencias en materia de distribución de agua con diversos fines como los agropecuarios, industriales y sociales, de la que formaban parte asociaciones nacionales de treinta y siete países al comenzar el último cuarto del pasado siglo. Siete años más tarde, en 1956, se crea en México, con sede en París, la *International Association of Hydrogeologists* abierta a los científicos de todos los países, y en el mismo año, dentro del ámbito europeo y como organización internacional interestatal, se funda en Merseburg, con sede en Zurich, la *European Federation for the Protection of Waters* de la que forman parte Alemania, Austria, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Suecia y Suiza. En 1964 la Organización de Estados Americanos (OEA) fundó el *Centre for Water and Soil Developments*, con objeto de adiestrar y fomentar el intercambio de experiencias entre Estados miembros de la OEA; este Centro Interamericano de Desarrollo Integral de Aguas y Tierras (CIDIAT), financiado por las Naciones Unidas, organiza cursos y seminarios para ejecutivos, planificadores, administradores y profesionales. En 1967 se fundó, durante la Conferencia «Agua para la Paz», con sede en Roma, la *International Association for Water Law (IAWL)*, organismo del que, en 1976, formaban parte científicos de noventa y tres países. Después, en 1971, se fundó en

¹⁹ Sobre esta organización internacional, nacida como respuesta al Plan Marshall, vid. SEARA VÁZQUEZ, Modesto: *Tratado general de la Organización Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 699-709; sobre el régimen de ríos y lagos internacionales vid. Quoc Dinh, Nguyen-Dailler, Patrick-Pellet, Alain-Forteau, Mathias: *Droit international public*, 8.ª ed., L. G. D. J., París, 2009, p. 1367 y ss.

Milwaukee, Wisconsin, Estados Unidos de América, la *International Water Resources Association* (IWRA), abierta a científicos de todo el mundo. La Conferencia internacional sobre los Sistemas de Derecho de Aguas en el Mundo (Valencia, 1975-Caracas, 1976) y la adopción en Mar del Plata (Argentina), en 1977, de la que puede denominarse «Carta Magna del Agua en el Mundo» fueron otras contribuciones de gran interés. En el último decenio del siglo XX, de gran relevancia fueron la Declaración de Dublín de 1992, adoptada por la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, y la Declaración de San José de 1996, en las que se intenta equilibrar la demanda y suministro de agua. También en 1992, desde organizaciones no gubernamentales, se impulsó la adopción de la «Carta de la Tierra» y el «Tratado de Agua Dulce», que se formularon por un foro paralelo a la Cumbre de la Tierra que se celebró el citado año en Río de Janeiro (Brasil). En julio de 1998, en el encuentro entre representantes de Centroamérica, con la finalidad de consolidar el primer Tribunal Regional del Tribunal Latinoamericano del Agua, surgiría la Declaración Centroamericana del Agua. En España contribuyó el Congreso «La gestión del agua en el siglo XXI» que se celebró en la Lonja de Valencia en diciembre de 1997. Y al citar nuestro país, imposible sería no recordar que, en la actual Comunidad Valenciana, pervive desde tiempo inmemorial el histórico Tribunal de las Aguas que resistió a la Valencia foral, al centralismo borbónico y a las Cortes de Cádiz de 1812, que sigue siendo respetado por la legislación española, cuya finalidad es resolver las diferencias entre regantes, precisamente por la escasez de agua, para el riego en la fértil vega de Valencia, una reliquia que organismos internacionales, como la UNESCO, tienen en la más alta consideración.

La importancia del problema del agua es tal que se pretende destacar con conmemoraciones, así desde 1993 se celebra cada 22 de marzo el «Día Mundial del Agua», el año 2003 fue declarado «Año Internacional del Agua Dulce», el 2008 el «Año Internacional del Saneamiento» y la década 2005-2015 fue el «Decenio Internacional para la Acción El Agua, Fuente de Vida».

Sin olvidar los tratados internacionales bilaterales que se celebraron desde el siglo XIX y XX sobre diversos aspectos atinentes al agua, a lo largo de la última centuria numerosos son los textos internacionales que se ocupan de ella como derecho humano; en unos explícitamente, como la Carta Europea del Agua (1968) la cual aunque no reconoce expresamente el derecho al agua, en cambio sí declara que esta es indispensable para la vida humana, y en otros de forma implícita ya que el disfrute de los derechos que proclaman depende por completo del acceso al agua limpia y potable. En este sentido podrían añadirse, a los ya citados antes, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) pues cuando en sus artículos 11 y 12 alude a los derechos a la «alimentación», a la «higiene del trabajo y del medio ambien-

te» y al «tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales, etc.», respectivamente, ello encierra, como cuestión previa, el acceso al agua limpia y potable²⁰.

Por otra parte, las jurisdicciones internacionales también se han ocupado del derecho al agua y así podrían citarse, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 1996, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso C-298/9 (Comisión c. Alemania); del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la Sentencia de 25 de noviembre de 1993 en el caso «Zander c. Suecia» en la que establece que hay un derecho de uso de agua para bebida procedente de perforaciones y pozos; Sentencia de 28 de marzo de 2006 en el caso «Melnik c. Ucrania», Sentencia de 20 de enero de 2011 en el caso «Kashavelov c. Bulgaria», y Sentencia de 28 de junio de 2011 en el caso «Sufi-Elmy c. Reino Unido». En América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó también del derecho al agua en casos como el de «Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay» en Sentencia de 17 de junio de 2005, y el de «Comunidad Indígena Sawhoymaxa c. Paraguay» en Sentencia de 29 de marzo de 2006²¹.

3. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNO: BREVE APUNTE DE DERECHO COMPARADO

Los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados²² se han venido ocupando del Derecho hídrico desde el siglo XIX, pero claro está que no como un derecho humano fundamental, lo que no es de extrañar, porque esa conciencia de «derecho humano» propiamente, se manifiesta en la era de las Naciones Unidas. Sin embargo, el Tribunal Supremo español ya tempranamente se aproximó a esa concepción en su Sentencia de 11 de mayo

²⁰ Sin que la relación sea exhaustiva, también pueden citarse, entre otros, los siguientes textos: «Reglas de Helsinki» sobre Uso de Aguas de Ríos Internacionales, aprobadas por la *International Law Association* en su 52 Conferencia (Helsinki, 1966); Convención sobre Prevención de la Polución Marina por Basuras y Otras Materias (Londres, México, Moscú, 1972); Convención Internacional para la Prevención de la Polución por Barcos (Londres, 1973); Declaración del Mar del Plata en la Conferencia del Agua de Naciones Unidas, 1977; Declaración de Almatá en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud (1978); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981); Carta Mundial de la Naturaleza (1982); Declaración de Rotterdam (1983); Declaración de La Haya sobre el Medio Ambiente (1989); Convención sobre los Derechos del Niño (1989) cuyo artículo 6.1 reconoce a todo niño «el derecho intrínseco a la vida», lo que sería imposible sin el agua; Declaración de Nueva Delhi (1990) Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992); Declaración de Amsterdam (1993); Declaración de Nordwijk (1994); Agenda Hábitat de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Hábitat (Estambul, 1996); Declaración sobre Seguridad Alimentaria Mundial (Roma, 1996) y Declaración de París (1998).

²¹ Vid. <http://www.corteidh.or.cr>.

²² SMETS, Henri: *Pour un droit effectif à l'eau potable*, AESN, Nanterre, 2005, y *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

de 1901, al afirmar que el uso común del agua es «un *derecho natural* al libre disfrute de las aguas públicas mientras corran por sus cauces naturales, a fin de que todos, sean o no vecinos de la localidad, puedan usar de ellas», lo que reafirma ochenta años después en su Sentencia de 15 de abril de 1981, en la que insiste en «un *derecho natural* que *prevalece sobre todos los demás*». España ya contaba en 1866 con Ley de Aguas²³, a la que siguió la de 1879, y después el Código Civil de 1889 con sus artículos, especialmente, 407 a 425; en el siglo XX es la Ley 29/1985, de 2 de agosto, la que va a regir, actualmente derogada, junto a otras, por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que establece un nuevo texto refundido y que hasta el presente ha sido objeto de diversas modificaciones.

Como exponen los doctores Mauricio Pinto y Liber Martín en su ya citado estudio, el derecho al uso del agua por cualquier persona está contemplado desde hace muchos años en diversas legislaciones nacionales, pudiendo citarse la Ley boliviana de 1879 y el artículo 164 de la de 1906; la Ley puertorriqueña de 1886, artículo 126, o el artículo 9 del Decreto hondureño 137/1927. Un derecho que modernamente afirman otros ordenamientos, así el artículo 17 de la Ley mexicana de Aguas Nacionales, de 1992; el artículo 41 del Decreto-Ley cubano 138/1993 sobre Aguas Terrestres, o los artículos 6.1 y 73 de la Ley venezolana de 9 de noviembre de 2006. También cabe citar la participación de los usuarios en cuanto a la calidad del agua, precio, etc., contemplada en el artículo 101 de la Ley 10/1995 marroquí, y en más recientes disposiciones como la Ley francesa 276 de 27 de febrero de 2000²⁴; la New Zeland Local Government Act de 2002, Secc. 83-84; la Australian Utilities Act de 2000, n. 65, Secc. 36, a la que siguió la Ley de Agua Limpia, de 28 de agosto de 2015; o la Ley 81/29 de septiembre de 2000, de Kirguistán²⁵.

Otros textos son la Clean Water Act de 1972 en Estados Unidos de América, el Código filipino del Agua, aprobado por Decreto presidencial número 1067, de 31 de diciembre de 1976 con 9 capítulos y 101 artículos, y la Canada Water Act de 1985. Pero mayor relieve tiene aún la recepción del derecho al agua y al saneamiento en las constituciones nacionales desde fines del pasado siglo, pudiendo citarse las de los siguientes Estados: Filipinas (1987, Secc. 11), Colombia (1991, art. 334), Uganda (1995, art. 14),

²³ MARTÍN RETORTILLO, Sebastián: *La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963; y del mismo autor: *Derecho de Aguas*, ed. Civitas, Madrid, 1997.

²⁴ Pero ni siquiera los países más desarrollados se libran de la contaminación que afecta al consumo de agua; así ocurre en Francia en donde a 200 kilómetros de París la contaminación del suelo por actividades agrícolas hace que varias localidades de la Borgoña no puedan beber agua del grifo, y en Etais-la-Sauvin hace casi dos años que sus 700 habitantes han de beber necesariamente agua mineral embotellada (vid. euronews, Christophe Garach, 22/08/2018).

²⁵ Vid. su estudio cit., pp. 4, 9, 18-19 y 26.

África del Sur (1996, Secc. 27. 1 y 2), Gambia (1996, art. 216.4), Zambia (1996, art. 112), Ecuador (1998, art. 23), Etiopía (1998, art. 90)²⁶, Uruguay con fórmula inequívoca (2004, art. 47)²⁷, Kenia (Proyecto de 2005, art. 65), República Democrática del Congo (Proyecto de 2005, art. 48)²⁸, o México que en febrero de 2012 recogió este derecho en el artículo 4 de su Constitución. Otros Estados que han reconocido el derecho al agua de manera expresa o tácita son Argelia, Argentina, Bélgica, Benin²⁹, Bolivia³⁰, Brasil³¹, Chad³², Chile, Costa Rica, India³³, Nigeria³⁴, Ucrania³⁵, o Venezuela. En fin, en cuanto a la Unión Europea básica es la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, vigente desde el 22 de octubre de 2000 estableciendo la política europea de aguas y posteriores Directivas modificatorias³⁶.

²⁶ País bañado por el Nilo en el que el 62 % de la población no tiene acceso al agua limpia y potable, y en el que grandes núcleos de población beben agua marrón altamente contaminada con la correspondiente transmisión de múltiples enfermedades.

²⁷ Artículo 47: «El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento son derechos humanos fundamentales».

²⁸ Siendo antiguo Zaire, varias ONGs llevaron al Estado, en 1996, ante la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, por violación del art. 16 de la Carta Africana al no poder asegurar el acceso al agua potable, y dicha Comisión declaró, en el párrafo 47 de su decisión, que el hecho de que el Gobierno no proporcione servicios básicos como agua potable inculca constituye una violación de dicho precepto.

²⁹ Vid. VARAS DEL SER, Jaime: *Análisis del acceso al agua potable en Nikki (Benín) y propuestas de implantación de la tecnología EMAS como alternativa para el autoabastecimiento*, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2018, 132 pp.

³⁰ Estado que ha incorporado en el art. 16.1 de su Constitución Política, de 7 de febrero de 2009, el derecho humano al agua como derecho fundamental: «Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación».

³¹ Vid. CAUBET, C. G.: *A nova legislação de recursos hídricos no Brasil e a questão da participação na gestão da água*, en [http://www.seplantec-srh.se.gov.br/Home Pages/](http://www.seplantec-srh.se.gov.br/HomePages/)

³² Donde puede verse la disminución de que se está produciendo de agua pues si el tamaño del lago Chad en 1870 tenía una superficie de 28.000 kilómetros cuadrados, en 1908 se redujo a 12.700 kilómetros cuadrados, y actualmente la situación es de casi desaparición puesto que los ríos que lo abastecían, el Chari y el Longone ya no llevan agua, lo que hace que la población que vive en los alrededores esté resultando muy seriamente afectada.

³³ Que tiene el mayor porcentaje de población sin acceso al agua potable, estimándose en unos 75,8 millones de personas las que se ven obligadas a comprarla a elevados precios o a beberla contaminada.

³⁴ La violencia evidentemente afecta negativamente al derecho al agua, así en Nigeria esta ha dañado el 75 % de los servicios de agua y saneamiento; en Sudán del Sur casi la mitad de las instalaciones que ofrecen estos servicios están en crisis tras varios años de combates y en Yemen la guerra ha dejado a las ciudades más grandes en riesgo inminente de quedarse sin agua.

³⁵ En donde la crisis de cloro, a comienzos de 2018, al dejar de producir este elemento químico la planta ucraniana de Dneprazot, que abastecía del mismo a las plantas depuradoras de agua, puso en riesgo de quedarse sin agua potable a la población de algunas provincias y pequeñas ciudades. No deja de ser significativa la pregunta de los niños ucranianos acogidos por familias gijonesas el verano de 2018: «¿y aquí se puede beber agua del grifo sin tener que ir después al médico?» (vid. diario «El Comercio» de Gijón, de 23 de agosto de 2018).

³⁶ Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *Breves reflexiones...*, art. cit., en *Empresas y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 312-314.

4. CONCLUSIONES

De los datos seleccionados en las precedentes páginas parece claro que se necesitarán, cada vez con más intensidad, mayores cantidades de agua limpia y potable, por lo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El derecho de acceso y uso al agua limpia y potable en cantidad suficiente constituye el primer básico y fundamental derecho humano, al ser el agua elemento indispensable para la vida.

SEGUNDA. El derecho al agua limpia y potable como derecho humano básico y fundamental debe ser elevado al rango constitucional.

TERCERA. Ante la necesidad de una regulación internacional, e interna, del acceso y uso del agua limpia y potable, no puede ignorarse el inequívoco e imparable fenómeno del cambio climático.

CUARTA. Debería elaborarse por las Organizaciones intergubernamentales, especialmente competentes, un Código Internacional del Agua Dulce que a efectos de norma positiva solo podría adoptar la forma de tratado internacional multilateral y, para el supuesto de que esto no fuera factible, sirviese en su caso de Código de Conducta a los efectos de la celebración de tratados bilaterales que contemplen la distribución y reparto equitativo de agua limpia y potable entre países con abundancia y países con carencia.

QUINTA. Ante el progresivo aumento de la población mundial y las cada vez mayores demandas en cuanto al consumo de agua potable y limpia para personas, agricultura e industrias, se evidencia una necesidad de potenciar y ampliar, a nivel mundial, la desalinización y potabilización de agua, ya que, si importante es la cantidad, sin calidad, multitud de problemas continuarán irresueltos.

Derechos Humanos en Europa

Juan Antonio Toro Peña

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Convención de Derechos Humanos en Europa.* 3. *Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa 2016.* 4. *Principios de la Carta.* 5. *Incidencia de la Bioética.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

En esta Comunicación, partiendo de la aportación doctrinal de nuestros profesores y pasando por la Convención de Derechos Humanos de Roma de 4 de noviembre de 1950, trato de llegar a la actualidad de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa de 2016, enunciando unos Principios dentro de la indicada Carta de Derechos Fundamentales, para mencionar su incidencia en la Bioética, para terminar con unas conclusiones para que puedan ser incorporadas a los textos legislativos.

2. CONVENCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EUROPA

El Tratado de Roma de 4 de noviembre de 1950¹, es producto de tres realidades diferentes:

- 1.º La conciencia de los europeos de su propia debilidad. Las dos nuevas superpotencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética, tenían un poder económico, político y militar muy superior al del heterogéneo conjunto de estados europeos.

¹ España se adhiere a esta Convención el 4 de abril de 1977.

- 2.º La convicción de que había que evitar por todos los medios la vuelta a un enfrentamiento entre los estados europeos. La unidad era el camino para garantizar la paz.
- 3.º El deseo extendido entre muchos europeos de crear un continente más libre, justo y próspero, en el que las relaciones internacionales se desarrollaran en un marco de concordia.

El precedente es el año 1946, donde el ex primer ministro británico Winston Churchill pronunció un célebre discurso en la Universidad de Zúrich (Suiza), considerado por muchos como el primer paso hacia la integración durante la posguerra².

En los Tratados constitutivos, el Tratado de París firmado el 18 de abril de 1951, nació la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, la CECA, que convirtió en realidad el Plan Schuman de 1950. La Alta Autoridad común de la CECA pasó a estar presidida por Jean Monnet. A esta primera comunidad europea se unieron seis países: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo («Los Seis»). Los ministros de Asuntos Exteriores de los Seis, bajo la presidencia del belga Paul Henri Spaak, se reunieron en 1955 en la Conferencia de Messina. Fruto de los acuerdos allí alcanzados fue el paso definitivo en la construcción europea: el 25 de marzo de 1957, «los Seis» firmaban los Tratados de Roma por los que se creaba la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM).

En Derechos fundamentales, se produce una ausencia de una parte dogmática en los Tratados comunitarios³. El artículo 215 del Tratado de la Comunidad Económica Europea se refiere a los principios comunes de los ordenamientos de los países miembros en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración.

² CHURCHILL Winston: Discurso en la Universidad de Zúrich, 19 de septiembre de 1946: «Quisiera hablar hoy del drama de Europa (...) Entre los vencedores solo se oye una Babel de voces. Entre los vencidos no encontramos sino silencio y desesperación (...) Existe un remedio que, si fuese adoptado global y espontáneamente por la mayoría de los pueblos de los numerosos países, podría, como por un milagro, transformar por completo la situación, y hacer de toda Europa, o de la mayor parte de ella, tan libre y feliz como la Suiza de nuestros días. ¿Cuál es este remedio soberano? Consiste en reconstituir la familia europea o, al menos, en tanto no podamos reconstituirla, dotarla de una estructura que le permita vivir y crecer en paz, en seguridad y en libertad. Debemos crear una suerte de Estados Unidos de Europa. (...) Para realizar esta tarea urgente, Francia y Alemania deben reconciliarse.»

³ Tratado de Derecho Comunitario Europeo.- GARCÍA DE ENTERRÍA y otros. P. 224. Civitas. Madrid 1986. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974, donde se reconoció la competencia de examinar la conformidad de los reglamentos comunitarios a lo establecido por la Ley Fundamental de Bonn sobre los derechos, siempre que no exista a nivel comunitario un catálogo de derechos fundamentales con un alcance idéntico a los de la *Grundgesetz*.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, se estableció que los derechos fundamentales de la persona están comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, de los que el Tribunal garantiza el respeto⁴.

El profesor Díez Picazo considera que existe un concepto formal del derecho fundamental, los que están declarados en normas constitucionales o, al menos, en normas de rango supralegal. La norma debe de ser superior a la Ley, por tanto solo es viable en ordenamientos provistos de constitución rígida y de control de constitucionalidad de las leyes, puesto que solo en esas condiciones es posible invocar derechos frente al legislador.

El Profesor Bobbio afirma la imposibilidad de encontrar un fundamento absoluto a los derechos humanos y alega para ello cuatro razones. Primera, la ausencia de un concepto inequívoco y claro de los mismos; segunda, su variabilidad en el tiempo; tercera, su heterogeneidad; y, cuarta, las antinomias y conflictos que existen entre distintos derechos, como entre los civiles y políticos, por un lado, y los sociales y culturales, por otro.

Bobbio propuso sustituir la búsqueda de un imposible fundamento absoluto, por el estudio de las diversas fundamentaciones posibles que las ciencias sociales avalaban. Y, en cualquier caso, para el jurista italiano, el problema básico relativo a los derechos humanos no es su fundamentación, sino su puesta en práctica y protección⁵.

Para el Profesor Ferrajoli son aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas por el mero hecho de serlo, se trata de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano; y por eso son derechos universales, que corresponden a todos los miembros del grupo, lo verdaderamente peculiar de los derechos es su contenido⁶.

3. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRATADO DE LISBOA 2016

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

⁴ Caso Stauder, 12 de noviembre de 1969.

⁵ Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía celebrado en LAquila en 1964.

⁶ Díez PICAZO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*, p. 32. Thomson. Madrid 2003.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento.

La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea.

El Profesor Sr. Navarro Valls⁷ en su comunicación «Las Bases de la Cultura Jurídica Europea», prescinde de los antecedentes de la Carta de Derechos Humanos (Proyecto Spinelli de 1984, Informes Colombo de 1990, Oreja-Herman de 1993), mencionando como fuentes principales los Tratados Constitutivos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores.

El Profesor Sr. Navarro Valls comenta en concreto el párrafo del Preámbulo «Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», para lo cual refleja la aportación realizada por un grupo de parlamentarios democristianos alemanes, cuya redacción era «Inspirándose en su herencia cultural, humanista y religiosa, la Unión está fundada...»; a esta aportación se opone la delegación francesa en concreto «heren-

⁷ Académico de número. Comunicación discutida en Pleno de Académicos de Número el día 20 de mayo de 2002 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 373.

cia religiosa» con el argumento de ser contrario al carácter universal de los valores y al carácter laico de Francia.

El Profesor Sr. Navarro Valls reflexiona sobre el contenido del «patrimonio espiritual y moral», con las respuestas dadas por T. S. Elliot, al responder que era «una perspectiva de biología social». «La fuerza dominante en la creación de una cultura común es la religión»; por Italo Calvino, que la cultura «es aquello que persiste como ruido de fondo incluso allí donde la actualidad más incompatible se impone» y por Norberto Bobbio⁸, el cual reconoce que el reconocimiento del hombre como persona «tuvo inicio en Occidente con la concepción cristiana de la vida, según la cual todos los hombres son hermanos en cuanto hijos de Dios».

Por tanto con la base cristiana, las nuevas ramas en la materia, entre las que se encuentra la multiculturalidad, hacen que el desafío sea saber coordinar el patrimonio común de valores base con los nuevos factores que aparecen.

4. PRINCIPIOS DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El profesor Sánchez de la Torre entiende «principio» como aquella parte de una institución que la constituye bajo su propia hegemonía.⁹

Este mismo autor considera que las instituciones, en su entidad real, captan sus funciones tanto internas como externas, tanto en la libertad de los sujetos como en las utilidades individuales y colectivas. Es decir, aquí aparece el problema de la inadecuación entre la vigencia de las normas y el resultado de su aplicación.

Estas consideraciones explican la índole del estudio acerca de las funciones de los principios normativos en el Derecho, dado que el Derecho es solo un subsistema cultural, no la totalidad del sistema cultural que da pleno sentido a la Sociedad en su conjunto.

Los principios generales del derecho, son una fuente limitada del Derecho Comunitario.

El Profesor Ronald Dworkin, afirma que todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios, medidas o programas políticos

⁸ *El tiempo de los derechos*, traduc española de L. *Eta dei diritti*, Madrid, 1991, p. 106.

⁹ Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Presidente de la Sección de Filosofía de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 12 a 15 de marzo de 2013. Madrid.

(establecen fines que deben alcanzar, lo que supone un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad) y reglas o disposiciones específicas. Este autor considera que la teoría de la integridad otorga una prioridad incuestionable a los principios, al entrañar los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, que aseguran la coherencia y la plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del derecho¹⁰.

Guy Isaac establece los principios generales del derecho como una super legalidad comunitaria, para los que el Tribunal de Justicia impone su respeto a las instituciones, siendo normas no escritas que el Juez debe aplicar y no crear, aunque la necesaria comprobación previa es, en realidad ampliamente creadora.

Este autor establece tres categorías: a) Principios generales del Derecho comunes al conjunto de los sistemas jurídicos, nacionales o internacionales (carácter contradictorio del proceso constituye tal principio); b) Principios generales del Derecho Internacional público, cuando resultan incompatibles con la estructura y exigencia del Derecho Comunitario; c) Principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros¹¹.

La Unión Europea, con el fin de suprimir las lagunas del Derecho Comunitario, y en concreto para controlar la validez de los actos de las instituciones, o la compatibilidad con el Derecho Comunitario, por vía del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, recurre a principios generales del Derecho.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea garantiza el control de la legalidad de los actos de las instituciones, por medio del recurso de anulación, así como en el recurso por incumplimiento, o sobre interpretación o validez de la norma, mediante cuestiones prejudiciales.

Por tanto los derechos fundamentales constituyen una categoría especial de normas, que forman parte del Derecho primario y el Derecho subsidiario de la Unión Europea (UE) en función de su fuente; pero dentro del derecho originario de la Unión Europea¹², en defensa de la persona humana.

La interpretación de estos derechos tiene su ámbito de aplicación en la propia Carta, que se aplica a las instituciones y órganos de la Unión, que se impo-

¹⁰ DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously* Duckworth, London 2.ª ed 1978.

¹¹ GUY, Isaac: *Manuel de derecho comunitario general*, Ariel 2000. Pp. 225-227.

¹² Artículo 6 del Tratado de Lisboa.

ne a los Estados miembros¹³; en segundo lugar en la interpretación que se realiza en esa materia por el Tribunal Supremo nacional, por tanto la tradición constitucional de los Estados miembros, es una fuente de derecho subsidiario de la Unión Europea; y en tercer lugar la interpretación que exista en esa materia por la Convención de Derechos Humanos de Roma de 1950.

5. INCIDENCIA DE LA BIOÉTICA EN LA CARTA

La Asamblea General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 adopta Acuerdo, con el objetivo de garantizar la protección del genoma humano frente a cualquier forma de manipulación, e impedir los usos de la información genética que sean incompatibles con el respeto a la dignidad humana.

La Asamblea General de la UNESCO en octubre de 2003, en la 32.^a Asamblea General, establece los principios de recolectar, tratar, utilizar y conservar los datos genéticos y las muestras biológicas humanas de las que esos datos provengan.

La Asamblea General de la UNESCO en octubre de 2005, en la 33.^a Asamblea General trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales¹⁴.

El artículo 1 de la Carta refleja la Dignidad humana; el artículo 2 refleja el derecho a la vida; y el artículo 3 refleja el derecho a la integridad de la persona, donde están integradas la biomedicina¹⁵, así como las prácticas eugenésicas; el artículo 21 refleja la no discriminación que refleja el contenido del artículo 14 de la Convención de Derechos Humanos de Roma y el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético.

En este momento, cuando se está hablando de la regulación de la Cuarta generación de Derechos Fundamentales¹⁶ donde se desarrollan Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), el derecho a formar en las nuevas tecnologías, el derecho a la autodeterminación informativa, que los dere-

¹³ STJUE 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec 2000, p1-2737, apartado 37.

¹⁴ BELLVER CAPELLA, Vicente: (ed.) *Bioética y cuidados de enfermería*, CECOVA, Alicante, 2014, vol. I, pp. 213-244.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de la Unión Europea 164 y Protocolo adicional Sentencia del Tribunal de la Unión Europea 168.

¹⁶ MOLINA, Sarah. *Derechos de la cuarta y quinta Generación* <https://prezi.com/e9>. Consulta 21 de junio de 2018.

chos humanos se extiendan a máquinas denominadas *robot*; así como regulación de animales no humanos o en peligro de extinción. En esta generación algunos autores¹⁷ consideran necesaria la inclusión de la ciudadanía digital en tres dimensiones: 1.º Los derechos que tienen que ver con el libre acceso y uso de información y conocimiento, así como con la exigencia de una interacción más simple y completa con las administraciones públicas a través de las redes telemáticas. 2.º Lucha contra la exclusión digital, a través de la inserción de colectivos marginales en el mercado trabajo en una sociedad de la información. 3.º Inteligencia colectiva que asegure una inserción autónoma a cada país en un mundo globalizado.

La Quinta generación de Derechos Fundamentales extensible a máquinas, artefactos, *robots*, *software* inteligente y sexta generación de seres humanos *cibor*.

Nos debemos de plantear la necesidad de dar definiciones de estas materias que reflejen su posibilidad, así como sus exigencias de coherencia teórica y pragmática.

El profesor Sánchez de la Torre¹⁸ entiende la «definición» como un instrumento básico en toda investigación científica, si bien reconoce la dificultad de entender o de expresar una definición de «Derecho», lo que no debe impedir investigaciones conducentes a ello, para que una vez se circunscriba la materia, se precise el lenguaje mediante el cual un texto definidor se haga técnicamente aplicable.

El profesor Sánchez de la Torre en esta materia de Bioética, hace depender de un conocimiento previo de la búsqueda de las dimensiones intermedias de la presencia humana en el mundo, captando esas intermediaciones hacia todos los restantes factores que instalan, acondicionan y concurren a esa misma existencia humana en el mundo. Estas «variables independientes», hacen que puedan establecerse las medidas normativas de las acciones humanas oportunas¹⁹.

Por la particular que en otras ocasiones se produce del uso de tópicos como eficacia, eficiencia y efectividad en el Derecho, tomo como guía al Profesor Sr Sánchez de la Torre, que indica estas tres palabras «eficacia», «eficiencia» y «efectividad», son tres nociones de «función».

¹⁷ BUSTAMANTE DONAS, Javier: «La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales». *Revista Telos Cuadernos de comunicación e Innovación Octubre-Diciembre 2010*. www.telos.es, pp. 1/10.

¹⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: *La Trama del Derecho*. Ediciones Clásicas. Madrid 2018, p. 59 y ss.

¹⁹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: *La Trama del Derecho*. Edic Clásicas. Madrid, 2018, p. 87.

«Eficacia» mira a la realización de actos y conductas jurídicas, así como a quien pretende alcanzar ciertos objetivos en la realidad social.

«Eficiencia» atiende a la medida en que los agentes e instituciones jurídicos obtienen tales resultados propuestos, con la máxima economía de recursos y tiempo.

«Efectividad» indica la medida en que cualquier cambio producido por actos jurídicos resulta plenamente asegurado, según el grado en que alcance coherencia y coordinación en el conjunto del ordenamiento jurídico, tanto si ha obtenido el objetivo buscado, como si tal proceso ha resultado de manera distinta a lo previsto y buscado²⁰.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. Que en el desarrollo de las distintas definiciones en Derecho, se tome en consideración como Principio de la Carta de Derechos Fundamentales la persona humana.

SEGUNDA. Que los valores reflejados en ella de respeto a la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad, no se olviden de nuestra «herencia cultural y religiosa».

²⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: *La Trama del Derecho*. Edic Clásicas. Madrid, 2018, p. 255.

Derechos Humanos sin Constitución. Una paradoja del Tribunal Constitucional de Bolivia

Rafael Vergara Sandoval¹

*Académico de Número 22 de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia
Doctorado en Derecho Constitucional, Magister en Derecho Económico, Máster
y Especialista en Argumentación Jurídica, en Derecho Tributario,
en Técnicas Aduaneras Internacionales y en Derecho Tributario Internacional.*

CAPÍTULO I. NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

La independencia de Bolivia y la construcción del ordenamiento constitucional boliviano son fruto de un largo proceso de madurez, que condujo al despertar del sentido patriótico y del deseo de gobierno propio de los intelectuales de la época, apoyados por las masas populares campesinas y urbanas de esta parte de América del Sur.

Bolivia antes de la conquista de América, se encontraba bajo dominio del imperio incaico, formaba parte del *Collasuyo*, una de las grandes provincias que con el *Antisuyo*, *Cuntisuyo* y *Chinchasuyo*, constituían el imperio del *Tahuantinsuyo*. En la colonia, el territorio que actualmente es Bolivia, se denominó *Nueva Toledo* durante los primeros tiempos y, posteriormente, *Alto Perú*, que comprendía cuatro provincias o gobernaciones: La Paz, Potosí, Cochabamba y Chuquisaca².

El proceso de independencia y la construcción del sistema constitucional boliviano fueron consecuencia de un extenso proceso histórico pre-republicano

¹ Es director principal de Vergara & Asociados, Firma de Abogados. Profesor de Argumentación Jurídica de la Universidad Católica Boliviana. Ejerció funciones de Rector de la Universidad Andina «Simón Bolívar», sede Central, de la Comunidad Andina.

² Ciro Félix Trigo, *Derecho constitucional Boliviano*, Editorial Atenea, La Paz, Bolivia, 2003. Pág. 121-122.

que comprendió: los levantamientos indígenas del Alto Perú de 1780 y 1781; las rebeliones emancipadoras de criollos y mestizos de 1809 y 1810; y finalmente, la Guerra de Independencia o guerra de los quince años³, proceso de guerrillas organizadas y de luchas de los ejércitos libertadores libradas de 1809 a 1824.

La idea de independencia surgió impulsada por criollos intelectuales que justificaron el movimiento como una necesidad social de emancipación de la Corona española, con el apoyo de los pueblos indígenas originarios campesinos y se expresó de manera combativa en el período que comprende desde 1809 hasta 1825, tiempo en el que el Alto Perú, tras largos años, consigue su objetivo final de emancipación e independencia para conformar el Alto Perú –hoy Bolivia– como una República unitaria, independiente y soberana.

Lograda la independencia, la primera Constitución de Bolivia que ha reconocido una República independiente y unitaria, que utilizó la Soberanía del pueblo en cuanto a sus concepciones –como se ha esbozado– con una alta influencia intelectual.

Debe recordarse que el *Libertador Simón Bolívar* señaló a la primera Asamblea Constituyente del Alto Perú que: «el General Sucre me escribe que están resueltos a hacerse independientes de Buenos Aires, que su República la llamarán Bolívar y que me pedirán una Constitución»⁴, razón por la cual, esa Asamblea pidió al *Libertador Bolívar* que presentara un Proyecto de Constitución, quien aceptó esta decisión y se comprometió a elaborarla para la naciente República.

Poco tiempo después, en Chuquisaca, e inmediatamente antes de regresar a Lima, el *Libertador Simón Bolívar* anunció –entre otras– en una bien conocida Proclama, fechada el 1 de enero de 1826 que: «recibiréis la Constitución más liberal del mundo»⁵. En efecto, el 25 de mayo de 1826, desde la ciudad de Lima-Perú, envió su famoso Mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia, resaltando los siguientes términos⁶:

«¡Legisladores! Al ofrecer el proyecto de Constitución para Bolivia, me siento sobrecogido de confusión y timidez, porque estoy persuadido de mi incapacidad para hacer leyes. Cuando yo considero que la sabiduría de todos los siglos no es

³ PACHECO LOMA, Misael: *Resumen de la Historia de Bolivia*, Editorial Alea Ltda., Oruro, Bolivia, 1984, p. 259.

⁴ LECONA, Vicente: *Documentos referentes a la creación de Bolivia*, Caracas 1975, Vol. I, p. 2203.

⁵ FÉLIX TRIGO, Ciro: *Las Constituciones de Bolivia*, pág. 67.

⁶ Ver el texto completo del Mensaje del Libertador, en Ciro Félix Trigo, *Las Constituciones de Bolivia*, op. cit., pp. 189-200.

suficiente para componer una ley fundamental que sea perfecta, y que el más esclarecido legislador es la causa inmediata de la infelicidad humana, y la burla, por decirlo así, de su ministerio divino; ¿qué deberé decir del soldado que, nacido entre esclavos y sepultado en los desiertos de su patria, no ha visto más que cautivos con cadenas, y compañeros con armas para romperlas? ¡Yo, legisladores...! Vuestro engaño y mi compromiso se disputan la preferencia: no sé quién padezca más este horrible conflicto; si vosotros por los males que debéis temer de las leyes que me habéis pedido, o yo del oprobio a que me condenáis por vuestra confianza»⁷.

A lo largo del proceso histórico, la Constitución boliviana de 1826 tuvo a la fecha veinte reformas constitucionales, la última del año 2009, observándose con matices el procedimiento rígido de reforma constitucional, como precisó el profesor Ciro Félix Trigo expresando que «analizados los diversos textos constitucionales, encontramos que no se puede hablar de distintas constituciones, sino que existe *una unidad y continuidad histórica a través de todas ellas*»⁸.

En esta misma línea, también se han pronunciado otras voces, así el profesor Asbún Rojas expresa «que la ideología que inspiró el texto bolivariano de 1826 se ha mantenido inalterable hasta el presente», de allí que Tomás Manuel Elío afirmó que: «...*desde que se fundó la República no hay ni ha habido sino una Constitución Política*. Y ello se ha mantenido hasta la fecha, ya que el texto actual expresamente declara que Bolivia se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho y este es el estadio más evolucionado de la ideología Liberal democrática»⁹.

En síntesis, se puede afirmar que las veinte reformas constitucionales de 1826 a 2009, cumplieron, con matices, el procedimiento de reforma constitucional¹⁰ y el contenido de los diversos textos constitucionales reformados, permite evidenciar unidad y continuidad histórica, respetando la voluntad de los padres fundadores de la Asamblea Constituyente que promulgaron la Constitución en la ciudad de Sucre, el 19 de noviembre de 1826, que per-

⁷ Universidad Simón Bolívar, *Simón Bolívar*, Editorial Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2004, pp. 86-87.

⁸ FÉLIX TRIGO, Ciro: *Las Constituciones de Bolivia*, op. cit., pp. 53-54. En la misma línea de pensamiento se puede ver a FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, Edición 1998, *La jurisdicción constitucional en Bolivia, la Ley 1836, del 1.º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, Konrad Adenauer Stiftung A. G. CIEDLA, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 61-62.

⁹ ASBÚN ROJAS, Jorge: *Asamblea Constituyente & Reforma Constitucional, Constituyente y Reforma Constitucional en Bolivia*, Editorial Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2004, pp. 22-23.

¹⁰ Ver ASBÚN ROJAS, Jorge: *Asamblea Constituyente & Reforma Constitucional*, op. cit., pp. 11-43.

manece vigente como norma fundamental de los derechos humanos hasta nuestro tiempo.

CAPITULO II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

La primera Constitución denominada bolivariana, en honor al Primer Presidente y Libertador *Simón Bolívar*, quien fue su redactor y creador, se envió desde Lima-Perú en junio de 1826 y fue aceptada casi íntegramente por la Asamblea Constituyente de Bolivia, con leves enmiendas de detalle y una de fondo referida al aspecto religioso¹¹, ya que el proyecto bolivariano omitió pronunciarse sobre este tema. Es así que la Constitución de 1826, conocida también como «Constitución Vitalicia», por hacer residir el ejercicio del Órgano Ejecutivo de la República en un Presidente vitalicio que no era otro que el Libertador, incorporó el artículo 6.º referido a la religión¹².

Esta Constitución sirvió de base para organizar la vida institucional de la República, operando la mayoría de sus preceptos como el fundamento inmediato de buen número de normas que prácticamente han llegado hasta nuestro tiempo. Además, a juicio de la doctrina nacional¹³, esta primera Constitución boliviana tuvo influencia decisiva en el desarrollo constitucional de otros países, siendo adoptada en el Perú casi en su totalidad, marcando un hito decisivo en el pensamiento político de la independencia hispanoamericana¹⁴, como un legado otorgado por el Libertador Simón Bolívar¹⁵.

¹¹ Se puede ver *El mensaje del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia*, de 25 de mayo de 1826, en la Cuarta Parte, Documentos y textos constitucionales, en FÉLIX TRIGO, Ciro: *Las Constituciones de Bolivia*, op. cit., pp. 189-200, donde justificó la falta de una redacción sobre la religión en los siguientes términos: *La religión es la ley de la conciencia. Toda ley sobre ella la anula, porque imponiendo la necesidad el deber, quita el mérito a la fe, que es la base de la religión. Los preceptos y los dogmas sagrados son útiles, luminosos y de evidencia metafísica; todos debemos profesarlos, mas este deber es moral, no político.*

¹² GALINDO DE UGARTE, Marcelo: *Constituciones Bolivianas Comparadas, 1826-1967*, Los Amigos del Libro, La Paz, pp. 8-11 Ver Constitución de 1826, art. 6. *La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la República, con exclusión de todo otro culto público. El gobierno la protegerá, y hará respetar, reconociendo el principio de que no hay poder humano sobre las conciencias.*

¹³ FÉLIX TRIGO, Ciro: «Estudio Preliminar» a su obra *Las Constituciones de Bolivia*, op. cit., p. 82.

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia: La Ley N.º 1836, del 1.º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 59-117.

¹⁵ Desde la Teoría Democrática de la Constitución, debemos entender que el legado del Libertador Simón Bolívar es una Carta Otorgada y no una Constitución.

El primer modelo de control de constitucionalidad en Bolivia se dio mediante un control político, con la Constitución de 1826, que creó la *Cámara de Censores*, incardinada en el *Poder Legislativo*; con la reforma constitucional de 1831, se eliminó la referida Cámara de Censores y se creó en sustitución el *Consejo de Estado* o Consejo Nacional, también dependiente del *Poder Legislativo*, que permaneció vigente durante cinco de ocho reformas constitucionales en el siglo XIX (1831, 1834, 1843, 1861, 1871, se suprimió temporalmente en los textos constitucionales de 1839, 1851 y 1868 y definitivamente a partir de 1880) con diferentes formas de organización, pero con la competencia esencial de velar sobre la observancia de la Constitución e informar documentalmente al Poder Legislativo sobre las infracciones contra ella.

En este sentido, se planteó la existencia de un órgano *político* encaminado a velar por el resguardo de la Constitución, esto es, la tercera *Cámara del Legislativo*: la Cámara de Censores, con lo que se instauró un primer modelo *político* de control de constitucionalidad, expresando que «serán estos (los Censores) los fiscales contra el gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión»¹⁶, inspirado en el modelo político de control de la constitucionalidad, esbozado en Francia, presente en el pensamiento bolivariano y consolidado con la Constitución Bolivariana de 1826.

El segundo modelo de control de constitucionalidad en Bolivia se dio mediante un modelo difuso o norteamericano, que comenzará a cambiar con las reformas constitucionales de 1851 y 1861, como se expresó en el artículo 82 de la Constitución de 1851¹⁷, al atribuirle al Poder Judicial que reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República, la potestad privativa de juzgar y aplicar la Constitución con preferencia las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones.

Es así que la Constitución de 1851 instituyó, por primera vez, el sistema de control jurisdiccional *difuso* o *norteamericano*, de donde resaltamos tres temas sustanciales, que son: 1.º Organizar la estructura del Poder Judicial; 2.º Establecer competencia para aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y resoluciones; y 3.º Consagrar la supremacía de la Constitución sobre las leyes. Lo que denota un trascendental paso, en el desarrollo del derecho

¹⁶ Ver el mensaje del Libertador Simón Bolívar de 25 de mayo de 1826, en FÉLIX TRIGO, Ciro: *Las Constituciones de Bolivia*, op. cit., pp. 189-200.

¹⁷ Constitución boliviana de 1851, art. 82: El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta *Constitución* con preferencia a las demás *leyes*, y las leyes con preferencia a *otras resoluciones*.

boliviano, porque con ella se sientan las bases para introducir formalmente el principio de supremacía constitucional, inexistente hasta ese momento, pero sobre todo para implementar el sistema de *control difuso* de constitucionalidad de las leyes en Bolivia.

Posteriormente, la Constitución de 1861 amplió el alcance del texto constitucional, al disponer en el artículo 86 que: «Las *autoridades* y tribunales aplicarán esta *Constitución* con preferencia a las *leyes*, y estas con preferencia a cualesquiera *otras resoluciones*», haciéndose que el control sea más difuso todavía al utilizar la palabra «autoridades» que no solo limita el ámbito del Poder Judicial, sino también al Ejecutivo e incluso al Legislativo, que permaneció vigente durante las posteriores trece reformas constitucionales (1868, 1871, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1994, 2001, 2004 y 2009).

Empero, como bien precisa Fernández Segado¹⁸, otra cuestión bien distinta es la práctica, el ejercicio real de esta atribución del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema de Justicia en Bolivia, que fue bastante deficiente, porque –como se recordará– este órgano estaba más ocupado en resolver asuntos procesales ordinarios que los de orden constitucional y además, siguiendo la experiencia cultural francesa, los jueces no actuaban como garantes de la Constitución, sino solo se consideraban aplicadores de la Ley y sobre todo no cumplían los plazos procesales previstos para los recursos constitucionales.

En esta línea de análisis, es fundamental resaltar el artículo 127 de la Constitución de 1967¹⁹, que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia, en los diferentes numerales, competencias sobre control *difuso* de constitucionalidad y control de legalidad. Sin embargo, tras la reforma de 1994 sin una adecuada

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Constitución de 1967, art. 127: Son atribuciones de la Corte Suprema, además de las señaladas por Ley:...

4.º Conocer de los recursos de nulidad y fallar sobre la cuestión principal.

5.º Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho cuya decisión dependa de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o cualquier género de resoluciones.

9.º Dirimir las competencias que se susciten entre las municipalidades y entre estas y las autoridades políticas, y entre las unas y las otras con las municipalidades de las provincias.

10.º Conocer en única instancia de los juicios contra las resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras cuando tales resoluciones afectaren a uno o más derechos concretos, sean civiles o políticos y cualesquiera que sean las personas interesadas.

11.º Decidir de la cuestión que se susciten entre los Departamentos, ya fueren sobre sus límites o sobre otros derechos controvertidos.

reflexión y análisis de dichas competencias, algunas de ellas o las más importantes fueron traspasadas como competencias propias del Tribunal Constitucional, sin una adecuada y clara definición y limitación sobre el control de constitucionalidad y el control de legalidad de Bolivia, manteniéndose inalterable en la Constitución de 2009.

De conformidad con los artículos 18²⁰ y 19²¹ de la Constitución de 1967, la Corte Suprema de Justicia, había de conocer en revisión de las resoluciones dictadas en procesos de *habeas corpus* y de amparo por las Cortes Superiores y los Jueces, según los casos. En ambos supuestos el fallo del órgano jurisdiccional inferior había de elevarse de oficio para revisión a la Corte Suprema de Justicia.

A la vista de estas competencias y de las varias otras que el artículo 127 de la Constitución de 1967, atribuía a la Corte Suprema, se pudieron afirmar, no sin razón, como expresa el profesor Fernández Segado, que esta última aparecía como un órgano omnicompreensivo, ejerciendo funciones de naturaleza

²⁰ Constitución de 1967, art. 18: Toda persona que creyere estar indebida o legalmente perseguida, detenida, procesada o presa podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin él, ante la Corte Superior de Distrito o ante cualquier Juez de partido, a elección suya, en demanda de que se guarden las formalidades legales. En los lugares donde no hubiere Juez de Partido la demanda podrá interponerse ante un Juez Instructor.

La autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia. Con dicha orden se practicará citación personal o por cédula de la oficina de la autoridad demandada, orden que será obedecida sin observación ni excusa, tanto por aquella cuanto por los encargados de las cárceles o lugares de detención sin que estos, una vez citados, puedan desobedecer arguyendo orden superior.

En ningún caso podrá suspender la audiencia. Instruida de los antecedentes, la autoridad judicial dictará sentencia en la misma audiencia ordenando la libertad, haciendo que se repare los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente. El fallo deberá ejecutarse en el acto. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio, ante la Corte Suprema de Justicia, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.

²¹ Constitución de 1967, art. 19: Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o reprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes.

El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviado o por otra a su nombre con poder suficiente, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hiciere o no pudiere hacerlo la persona afectada.

La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante la Corte Suprema de Justicia para su revisión, en el plazo de 24 horas.

tan dispar como son las disciplinarias, las administrativas, las judiciales y las de control constitucional. Quizá por ello mismo, la lentitud de los procedimientos y los casos de corrupción se convirtieron en verdaderos estigmas de este órgano»²², durante la vigencia del segundo modelo de justicia constitucional *difuso* o norteamericano en Bolivia.

Lo anterior permite afirmar que el sistema de control *difuso* atribuido a la Corte Suprema de Justicia, a través de un proceso de inconstitucionalidad promovido por personas particulares afectadas, apareció formalmente y tímidamente en Bolivia en 1857 y no tuvo reglamentación procesal, sino, hasta la Ley Procesal de 1975, aprobada por Decreto de un Presidente dictatorial *de facto*²³, momento a partir del cual, recién comienza a implementarse después de una espera de más de cien años a diferencia de lo ocurrido en Norteamérica a partir del caso *Marbury vs Madyson*, se puede afirmar que los derechos humanos carecían de tutela constitucional en Bolivia.

El tercer modelo de control de constitucionalidad en Bolivia se dio mediante un modelo concentrado o europeo. Mediante la reforma constitucional de 1994, se creó un órgano *ad hoc* con competencias para ejercer el control de la constitucionalidad y denominado: *Tribunal Constitucional*²⁴, como garantía del Estado Social y Democrático de Derecho²⁵ que se instituyó con la reforma.

El «*Título Cuarto* creó el Tribunal Constitucional; este alto tribunal tenía por finalidad hacer prevalecer y cumplir los mandatos *constitucionales*, convirtiéndose en un órgano especializado de la materia, para el cumplimiento de tan altas tareas se asegura que sus miembros gocen del apoyo de dos tercios de votos del Congreso»²⁶, como un órgano imparcial e independiente de los demás órganos constituidos del Estado y sometido solo a la Constitución.

Apartándose de lo previsto en la Ley de Necesidad de Reforma a la Constitución²⁷, la Ley 1585, denominada de *Reforma Constitucional*, promulgada el 12

²² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 69.

²³ URCULLO REYES, Jaime: *El Control...*, p. 87.

²⁴ Bolivia, Constitución 1994, Ver el art. 116: El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional.

²⁵ Bolivia, Constitución 1994, Ver el art. 1-II: Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la Justicia, p. 19.

²⁶ Bolivia, Ley 1473, *de Necesidad de Reforma de la Constitución Política del Estado*, Informe de la Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Régimen Comunal y Electoral del H. Senado Nacional, marzo de 2003, p. 10.

²⁷ Bolivia, Constitución 1967, Ver el art. 231:

I. En el nuevo período constitucional, se considerara el asunto por la Cámara que proyectó la Reforma y, si esta fuera aprobada por dos tercios de votos, se pasará a la otra para su revisión, la que también requerirá dos tercios.

de agosto de 1994²⁸, alteró de modo sustancial el diseño del modelo de justicia constitucional, es así que el Tribunal Constitucional dejó de tener un «Título Cuarto» de manera independiente en el texto de la Constitución, y se lo incluyó dentro del «Título Tercero» como parte del Poder Judicial; lo cual afectará a la independencia orgánica y funcional del Tribunal Constitucional, como se explicará posteriormente.

En síntesis, desde lo anotado se dibujó un Tribunal Constitucional con competencia para ejercer el control de la constitucionalidad, que forma parte orgánicamente del Poder Judicial, y no se especifica expresamente su condición de intérprete supremo de la Constitución. El Tribunal Constitucional así configurado, sin duda se adscribe al sistema de *justicia constitucional concentrado*²⁹. Sistema de control de constitucionalidad que se mantiene vigente con la reforma constitucional de 2009, con algunos matices.

En este sentido, se debe precisar que conforme dispone el artículo 202 de la Constitución de 2009, la competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, como ocurría en la Constitución de 1994, abarca en esencia tres ámbitos referidos: primero, al control normativo de constitucionalidad; segundo, al control del ejercicio del poder público; y tercero, a la tutela o protección de derechos y garantías:

a) El control normativo de constitucionalidad, conocido también como control de constitucionalidad de leyes o normas con rango de Ley³⁰, que por mandato del artículo 202 de la Constitución de 2009, abarca en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales; los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a las normas de la Constitución; así como las consultas de

II. Los demás trámites serán los mismos que la Constitución señale para la relación entre las dos Cámaras.

III. Las Cámaras deliberarán y votarán las reformas ajustándolas a las disposiciones que determine la Ley de declaratoria de aquella.

IV. La Reforma sancionada pasará al Ejecutivo para su promulgación, sin que el Presidente de la República pueda observarla.

²⁸ Bolivia, Ley 1585, *de Reforma Constitucional*, Honorable Congreso Nacional, 12 de agosto de 1994.

²⁹ Ver RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio: *Jurisdicción Constitucional*, Kipus, Cochabamba, 2004, p. 119, quien afirma que Bolivia ha adoptado el sistema de control jurisdiccional mixto; en contradicción con la SC 0066/2005, de 22 de septiembre, FJ: III.2.4. que ha señalado: *«dado el carácter concentrado del sistema de control de constitucionalidad vigente, se debe formular o promover la consulta respectiva ante el Tribunal Constitucional, promoviendo de oficio el incidente de inconstitucionalidad previsto por el art. 59 y ss. de la LTC»*.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: op. cit., p. 40.

la Presidenta o del Presidente del Estado, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. Y las consultas de las autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas aplicadas a un caso concreto. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales y la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

b) En el ejercicio del control del Poder Público, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene competencia para conocer y resolver las siguientes acciones: los conflictos de competencias entre órganos del poder público; los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades autónomas y descentralizadas, y entre estas; los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas; los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; y los recursos directos de nulidad.

c) En relación con la tutela de derechos fundamentales, conforme al artículo 202 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional, tiene competencia para conocer y resolver las siguientes acciones: la revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento.

CAPÍTULO III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Constitucional, según García de Enterría, es la verdadera cooptación de la Constitución, tanto para su garantía y protección, como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo, convirtiéndose en un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos³¹.

La función específica del Tribunal Constitucional es la de ser intérprete supremo de la Constitución³² o lo que es lo mismo, la de garante, custodio o

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 197-205; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en la obra colectiva de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 94.

³² Ver en la legislación española el Art. 1 núm. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que dispone: *El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.*

defensor de la voluntad del poder constituyente objetivada en el texto constitucional, y a la que están sujetos todos los poderes públicos y todos los poderes constituidos³³.

En este sentido, el sistema de control de constitucionalidad concentrado, significa la inserción de un Tribunal Constitucional como *máximo intérprete de la Constitución*, lo cual, no debe entenderse como exclusividad en la interpretación de la Constitución³⁴, ya que en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución³⁵.

Ciertamente, en el Estado Social y Democrático de Derecho debe existir una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, de modo que la Constitución permeabiliza toda la vida social y, por eso mismo, el legislativo, el ejecutivo, el ciudadano que defiende sus derechos y garantías constitucionales, las fuerzas sociales o medios de opinión que debaten la constitucionalidad de una determinada ley, son, en cierto sentido, intérpretes de la Constitución, pero el máximo y último intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional en sede nacional.

Lo anterior, no siempre fue entendido así en la realidad boliviana, donde primó la noción de *soberanía del parlamento*, en consideración a que el Órgano Legislativo era considerado intérprete supremo de la Constitución y ello debido a que la Constitución de 1967 disponía en el artículo 233 que: «Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. *Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República*»³⁶. Asimismo, debemos señalar que además del legislador, el artículo 228 de la Constitución de 1967, disponía que «*La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualquiera otras resoluciones*»³⁷, con lo que queda claro que también eran intérpretes de la Constitución los tribunales, jueces y autoridades, en este último caso se entiende del ejecutivo.

³³ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *El Status del Tribunal Constitucional*, op. cit., 1981, p. 20.

³⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 63.

³⁵ HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 150.

³⁶ Bolivia, Constitución Política del Estado, Poder Judicial – Tribunal Constitucional, Edición Oficial, 2004, p. 84.

³⁷ Bolivia, Constitución Política del Estado, Poder Judicial – Tribunal Constitucional, Edición Oficial, 2004, p. 83.

Las referidas disposiciones constitucionales, fueron eliminadas por la Constitución de 2009, con lo que el Órgano Legislativo, si bien debe interpretar la Constitución por estar sometido a ella, sobre todo al momento de crear, modificar o suprimir leyes, ya no es intérprete supremo de la Constitución, más aún cuando dicha función interpretativa en sede nacional es atribuida al Tribunal Constitucional Plurinacional por mandato expreso del artículo 196-II de la Constitución de 2009³⁸.

Ahora bien, no puede existir intérprete supremo sin *supremacía constitucional*, como ha expresado el Tribunal Constitucional boliviano en las SSCC 0066/2005, de 22 de septiembre, 0072/2005, de 5 de octubre, y 0076/2005, de 13 de octubre, en los siguientes términos «*este principio garantiza y posibilita la realización material de los principios acuñados por la Constitución, nace de la cualidad específica de la Constitución, como base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo. Concretizan el principio de supremacía constitucional, entre otros, los arts. 120 y 121 de nuestra Ley fundamental, al dotar a los ciudadanos y al poder político de un órgano jurisdiccional encargado de manera exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad y derivado de ello, de garantizar la supremacía de la Constitución*»³⁹, con lo que debe quedar claro que la garantía de la supremacía de la Constitución es la existencia del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, pues al desconocer el propio Tribunal Constitucional que la Constitución es la base, sustento y marco que informa todo el sistema normativo boliviano como estableció en la Sentencia Constitucional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, construye una paradoja de los derechos humanos sin Constitución como se analizará puntualmente.

CAPITULO IV. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO HUMANO POLÍTICO SIN CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Como enseña el profesor Jorge Reinaldo Vanosi, todo sistema reposa en la Constitución y la Ley; sin embargo, el Tribunal Constitucional de Bolivia en la Sentencia Constitucional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución, declara la *aplicación preferente* del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos

³⁸ Bolivia, Constitución Política del Estado, Gaceta Oficial de Bolivia, 2009, p. 79. Ver art. 196-II que establece: En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

³⁹ SSCC 0066/2005, de 22 de septiembre; 0072/2005, de 5 de octubre; y 0076/2005, de 13 de octubre; todo el contenido de las Sentencias del TC puede verse en la página web URL www.tc.gov.bo.

Humanos, por ser la norma más favorable en atención a los Derechos Políticos, sobre los artículos 156, 168, 285-II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: «por una sola vez de manera continua» de los artículos 156 y 168 y «de manera continua por una sola vez» de los artículos 185. II y 288, conforme a fundamentos de la referida Sentencia Constitucional.

Si bien puede ser posible que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulte más favorable y requiera una aplicación preferente, debemos tener claro que dicho artículo regula «Derechos Políticos» y en todo caso corresponde contrastarlo con los «Derechos Políticos» regulado por los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Constitución Boliviana, contrastación que no existe y por lo tanto resulta ser una falacia que los Derechos Políticos de la Convención sean de aplicación preferente a los de la Constitución.

El Tribunal Constitucional de Bolivia realiza una interpretación literal y gramatical del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con relación por ejemplo al artículo 168 de la Constitución que textualmente dispone: *«El periodo de mandato de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente del estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua»*, pero omitió deliberadamente analizar, evaluar, ponderar e interpretar razonablemente los artículos 37 y 54 de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos referidos a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, el artículo 37 de la Convención establece que: *«1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y solo podrán ser reelegidos una vez»*, disposición concordante con el artículo 54 de la Convención que textualmente señala: *«1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un periodo de cinco años y solo podrán ser reelegidos una vez»*, por lo tanto, el Tribunal Constitución Boliviano creó una paradoja al margen de la Convención como una segunda falacia e ignorando una interpretación sistemática de la Convención.

Los derechos humanos no son absolutos y tienen límites, así lo establece claramente el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, No. 6, párrafos 13, 16, 17, 18, 19, 21, 22 y 27, que el Tribunal Constitucional de Bolivia desconoció en la interpretación de la Sentencia Constitucional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, que permite la restricción de derechos por justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática, tercera y última falacia en este caso.

BIBLIOGRAFÍA

- BALDIVIESO GUZMÁN, René, *Derecho Procesal Constitucional*, Sirena, Santa Cruz, 2006.
- Bolivia, Ley 1585, *de Reforma Constitucional*, Honorable Congreso Nacional, 12 de agosto de 1994.
- BALDIVIESO GUZMÁN, René, Bolivia, Constitución Política del Estado, *Gaceta Oficial de Bolivia*, 2009, p. 80.
- CORTEZ HURTADO, Roger, *Poder y proceso constituyente en Bolivia*, Ediciones Excelsior SRL, La Paz, Bolivia, 2005.
- DE OTTO PARDO, Ignacio, «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional», en *El Tribunal Constitucional, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1939-1940.
- DERMIZAKI PEREDO, Pablo, «El Control de Constitucionalidad en Bolivia» en *Revista de Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz, 2002.
- DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, «El sistema de control de constitucionalidad vigente en Bolivia», *Revista del Tribunal Constitucional de Bolivia sobre Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Kipus, Sucre, 2003.
- «Consenso para la modernización», *El Diario*, La Paz Bolivia, 10 de julio de 1992, p. 1; «Acuerdo para la Modernización del Estado y el Fortalecimiento de la Democracia», *La Razón*, La Paz, Bolivia, 10 de julio de 1992.
- FAVOREU, Luis, «Los Tribunal Constitucionales», en la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, «La jurisdicción constitucional en Bolivia», en la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- GALINDO DECKER, Hugo, *Tribunal Constitucional*, Zegada, La Paz, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 197-205; Eduardo García de Enterría, en la obra colectiva de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, «El Status del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1*, Núm. 1, enero-abril 1981.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

- LAZARTE FLORES, Jorge, *La Nueva Constitución: Legal, democrática y participativa*, 27 de enero de 2008, el documento puede ser consultado en la página web de la REPAC, <http://www.repac.org.bo>.
- SSCC 0084/2017, 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, todo el contenido de las Sentencias del TC puede verse en la página web URL www.tcp.gob.bo.
 - SC 0074/2005, de 10 de octubre, todo el contenido de la Sentencia del TC puede verse en la página web URL www.tcp.gob.bo.
 - Bolivia, Constitución 1994, Poder Judicial - Tribunal Constitucional, Edición Oficial, 2004, p. 58.
 - Auto Constitucional 116/2004-CA, de 1 de marzo de 2004, todo el contenido del Auto del TC puede verse en la página web URL www.tcp.gob.bo.
 - SSCC 0066/2005, de 22 de septiembre; 0072/2005, de 5 de octubre; y 0076/2005, de 13 de octubre; todo el contenido de las Sentencias del TC puede verse en la página web URL www.tcp.gob.bo.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional*, Kipus, Cochabamba, 2004.
- RIVERA S., José Antonio, *Hacia una nueva Constitución, luces y sobras del proyecto modificado por el Parlamento*, Serrano, La Paz, 2008.
- RUBIO LLORENTE, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, *ob. cit.*, 1998, explican que «El Tribunal está integrado por doce jueces (magistrados) nombrados por el Rey, *cuatro* de ellos a propuesta del Congreso de los Diputados, otros *cuatro* a propuesta del Senado, *dos* a propuesta del Gobierno, y otros *dos* a propuesta del Consejo General del Poder Judicial».
- STORINI, Claudia, *El proyecto de Constitución Boliviana*, Año 1, abril 2008 mayo 2008/No. 003, Legisla, Quito, Ecuador, 2008.
- URKULLO REYES, Jaime, *Proceso Democrático, Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia*, Urquizo, S. A., La Paz, 1993.

Sección 6

Ponente

D. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Coordinador

D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

Moderador

D. CESÁREO ROCHA OCHOA

Ponencias

Público y Privado en el Derecho

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

SUMARIO: 1. *Las dos posiciones de ULPIANO.* 2. *La preeminencia histórica del Derecho Privado y la tardía y fatigosa emergencia del Derecho Público.* 3. *El paso a primer plano de lo público en la primera mitad del siglo XX.* 1.1 *Los derechos económicos y sociales.* 1.2. *Las empresas públicas y su ropaje privado.* 1.3 *La asignación a los derechos de una función social: el caso paradigmático del derecho de propiedad.* 1.4 *El ejemplo de la planificación indicativa.* 4. *La recuperación de lo privado en la segunda mitad del siglo XX. Especial referencia a la Unión Europea.* 5. *Reflexiones finales.*

1. LAS DOS POSICIONES DE ULPIANO

Lo público y lo privado no han sido contemplados nunca en el ámbito jurídico como dos realidades separadas, sino solo como dos *positiones* en el estudio del Derecho, como sabiamente advirtió ULPIANO. Nada más que eso, dos puntos de vista, dos perspectivas, dos maneras diferentes de enfocar lo jurídico, una que centra la atención en la *utilitas singulorum*, otra que lo hace en la *res publica*, en el interés del *populus*.

Juan IGLESIAS, el ilustre romanista que formó parte muchos años de nuestra Real Academia, supo explicarlo muy bien. «No se piense –dijo– que los derechos privados interesan exclusivamente al individuo. La norma positiva no mira nunca al individuo en una actividad vital independiente, sino en una actividad encaminada a la consecución del bien común. Individualidad y comunidad se *unimisman* en cada norma, si bien una y otra pueden presentarse en planos de mayor o menor prevalencia. Así ha sido siempre y así sigue siéndolo ahora, bien que las proporciones hayan cambiado a lo largo de

la Historia y lo público haya pasado a tener, al menos en apariencia, una presencia dominante en el último siglo».

2. LA PREEMINENCIA HISTÓRICA DEL DERECHO PRIVADO Y LA TARDÍA Y FATIGOSA EMERGENCIA DEL DERECHO PÚBLICO

El Derecho empezó siendo *ius privatum*, Derecho Civil. Así fue en Roma y así fue también en la Alta Edad Media, antes de la recepción del Derecho Romano, aunque, en rigor, en este periodo oscuro la distinción entre público y privado fue prácticamente desconocida (GARCÍA PELAYO), ya que el Derecho en bloque se cifraba en las *leges patrum*, en «el viejo y buen Derecho», que el Rey venía obligado a conservar en virtud de su juramento, por lo que las normas nuevas nunca se consideraban como una «invención» de Derecho, sino, más bien, como expresión de la *iurisdictio regia* (*iudex rex*).

Hasta la Dieta de Roncalia de 1158, en la que los cuatro doctores (BULGARUS, MARTINUS, UGO Y JACOBUS) abrieron los ojos de Federico I Barbarroja diciéndole que él era ley viva, *lex animata in terra*, ni el Emperador en el mundo, ni, menos aún, el Rey en su reino se habían atrevido a aprobar nuevas Leyes, cosa que no entró realmente en las costumbres hasta el comienzo de la Edad Moderna.

El Derecho Público, al menos por su procedencia, tardó así en abrirse paso y nunca se desprendió del todo de una cierta nota de excepcionalidad, imagen a la que todavía es fiel el Derecho anglosajón en el que el *common law* sigue ocupando el centro de la escena dejando solo los márgenes o, para ser más exacto, los intersticios para el Derecho de origen parlamentario. Basta leer por encima una ley británica para darse cuenta de hasta qué punto el Derecho nuevo no es sino un conjunto de normas excepcionales aplicables puntualmente a situaciones concretas y en momentos determinados que se incrustan en el tejido del Derecho común.

En el continente europeo la preeminencia del Derecho Civil fue siempre indiscutible y se reforzó incluso tras la caída del Antiguo Régimen con la codificación y el auge de la ideología liberal que pasó a impregnarlo todo.

Como ha notado con acierto José Luis VILLAR PALASÍ, otro ilustre jurista que perteneció también a nuestra Corporación, el gran problema con el que tuvo que enfrentarse la Administración Pública en el siglo XIX fue, justamente, el del hallazgo de títulos de potestad que le permitieran intervenir en la vida social y hacer frente a su responsabilidad de satisfacer las necesidades colectivas. A falta de otro mejor o más apropiado tuvo que actuar *ope proprietatis*, ya

que no podía hacerlo *ope imperio*. La titularidad del dominio público fue, en efecto, la plataforma que le permitió organizar en un primer momento los servicios públicos que la sociedad de la época demandaba ya con urgencia. El desarrollo de la ciencia y de la técnica, y la revolución industrial, proporcionaron pronto las herramientas materiales para ello (la locomotora de vapor, por ejemplo), pero los instrumentos jurídicos tardaron mucho en aparecer y la Administración no tuvo más remedio que echar mano del viejo título de la propiedad, referido a los bienes de uso común, que las Leyes civiles calificaban como dominio público.

El dominio público permitió, en efecto, a la Administración erigirse cómodamente en titular de la obra pública construida sobre él y organizar la prestación de los servicios públicos que tenían en él su asiento y en esta la infraestructura necesaria. Obra pública, dominio público y servicio público se prestaron apoyo recíproco durante mucho tiempo como elementos unidos por una suerte de *lien indivisible*, como los *iuspublicistas* franceses se encargaron de subrayar.

El rastro es perfectamente visible en nuestra legislación administrativa del siglo XIX. El artículo 3 de la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855 es definitivamente expresivo cuando dice que «todas las líneas de ferrocarril, destinadas al servicio general son de dominio público y serán consideradas como obras públicas de utilidad general».

El servicio público de los tranvías, de tracción animal primero y eléctrica después (Leyes de 5 de junio de 1859 y de 16 de julio de 1864), se organizó también como tal a partir de la titularidad pública de la vía sobre la que rodaban.

Todavía en 1924 la declaración como servicio público del suministro de energía eléctrica, agua y gas por el Real Decreto-Ley de 12 de abril buscó apoyo en la ocupación por las instalaciones de las empresas de distribución de los terrenos de dominio público del Estado, las Mancomunidades, las Provincias y los Municipios, para justificar la imposición a dichas empresas de la obligación de efectuar el suministro a todo abonado que lo solicitara (artículo 2), sin la cual no podría hablarse de servicio público.

La construcción doctrinal autónoma del servicio público a partir de la sustantivación del uso público, se produjo más tarde. En el principio, lo público progresó a partir de lo privado, de la utilización por la Administración del derecho privado por antonomasia, del derecho de propiedad.

Por sorprendente que pueda parecer, esta apelación a la propiedad se ha seguido haciendo siempre que se ha tenido dudas sobre la eficacia de otros títulos de intervención en un ámbito nuevo. La utilización del concepto, cier-

tamente artificioso, de dominio público radioeléctrico para organizar las telecomunicaciones por la Ley de Ordenación de 1998 (vid. hoy la Ley 32/2003, de 2 de diciembre) es muy expresiva en este sentido.

El ejemplo que acabo de poner de organización de lo público a partir de lo privado no es el único, ni mucho menos, como lo prueba la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921, conocida entre nosotros como Ley CAMBO por el nombre del Ministro que la promovió.

La intervención de la Administración en la actividad bancaria se había organizado inicialmente a partir del otorgamiento a determinadas entidades del privilegio de emisión. Acuña moneda metálica fue desde los tiempos más remotos una regalía del Príncipe; emitir papel moneda como alternativa remitía también necesariamente a una prerrogativa del poder y, por lo tanto, a un acto por el que este transfería, en forma y por tiempo limitado, ese privilegio a los particulares que pretendían ejercerlo. Las primeras regulaciones bancarias, desde el Código de Comercio de 1829 hasta las Leyes de 28 de enero de 1856 utilizaron al efecto el mecanismo de la concesión, aunque se abstuvieran de utilizar este término. En este caso, pues, en el principio fue lo público.

La Revolución liberal terminó con el sistema, al declararse libre la emisión de billetes por la Ley de 19 de octubre de 1869. El caos que esta súbita liberalización produjo fue formidable, tanto que el propio ECHEGARAY, que había firmado como Ministro la Ley citada, hubo de rectificar radicalmente poco después implantando el monopolio de emisión por Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874.

A partir de este momento el modelo concesional quedó reducido al Banco de España, al que se otorgó temporalmente el monopolio, y la Administración se quedó sin título alguno que le permitiera imponer una disciplina, siquiera fuese mínima, en el sector, ya que los restantes Bancos, eran simples Bancos comerciales y realizaban como tales una actividad estrictamente privada.

Para establecer ese mínimo de disciplina, que los tiempos hacían indispensable, tuvo CAMBO que implementar un doble pacto, no expreso ciertamente, pero perfectamente visible a pesar de ello: en primer lugar, con el Banco de España para que este se aviniera a actuar como banquero de última instancia a cambio de prorrogarle el privilegio de emisión, cuyo plazo inicial estaba a punto de concluir; y, en segundo lugar, con los demás Bancos para que aceptaran inscribirse en el Registro de Bancos y Banqueros y, en consecuencia, que se les aplicara la disciplina pública que la Ley se había esforzado en dise-

ñar a cambio, esta vez, de que se les permitiera acudir al Banco de España en situaciones de dificultad y obtener de este el préstamo que necesitaban.

A falta de un título jurídico-público específico, la ordenación y disciplina del sistema bancario español tuvo, pues, que buscar apoyo en un título privado, el pacto o contrato, a tres bandas en este caso entre Gobierno, el Banco de España y los demás banqueros privados. Y así estuvimos en este sector hasta la siguiente Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, fecha esta en la que las viejas barreras que separaban el Estado y la sociedad, lo público y lo privado, ya habían desaparecido, derrumbadas en la Gran Depresión, y el *New Deal*, una *silent revolution*, había investido a las Cámaras legislativas con poderes ilimitados para salvaguardar los intereses vitales del pueblo, por decirlo con las palabras de Friedrich HAYEK.

3. EL PASO A PRIMER PLANO DE LO PÚBLICO EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

3.1 Los derechos económicos y sociales

El siglo XX nos trajo en su primera mitad dos guerras terribles, pero también un nuevo modo de comprender la realidad y una sensibilidad también nueva para hacer frente a los problemas sociales. Con la Constitución mejicana de 1917 y la Constitución socialdemócrata alemana de Weimar de 1919, apareció en el escenario constitucional una nueva generación de derechos fundamentales, los derechos económicos y sociales, que, a diferencia de los derechos de libertad que dio a la luz la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no se satisfacen con la mera abstención de los poderes públicos, sino que exigen una actuación positiva de estos y, en particular, del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

Del Poder Legislativo, porque los derechos de esta nueva serie están constitucionalmente incompletos y para ser operativos necesitan el concurso del Legislador, que es quien puede y debe aportar lo que les falta para que puedan ser efectivamente disfrutados por los ciudadanos. Las Constituciones proclaman el derecho a la salud, al trabajo, a la vivienda, a la asistencia y a la protección en situaciones de necesidad, etc., pero este reconocimiento se quedaría en nada si el Legislador no regulara el sistema sanitario, el mercado laboral o el del suelo y la vivienda de modo que, en efecto, todo ciudadano pueda llegar a tener acceso a un médico y a un hospital, a un puesto de trabajo o a una vivienda digna. Sobre el Legislador recae la tarea de completar los derechos económicos y sociales que la Constitución deja simplemente perfi-

lados y de convertirlos en auténticos derechos subjetivos exigibles ante la Administración primero, y en los Tribunales después, si esta no les diera satisfacción en los términos establecidos por las Leyes.

Cómo pueda realizarse esa conversión depende, obviamente, de la naturaleza misma de cada derecho y, por supuesto, de las disponibilidades presupuestarias de cada país y de cada momento. La creación de un sistema de Seguridad Social, denominación esta que utiliza por vez primera la *Social Security Act* de 1935, promovida por Roosevelt, pero que adopta el sentido que hoy tiene a raíz del informe *Beveridge* de 1942, acredita que esa conversión es perfectamente posible y que el derecho constitucional a la asistencia y protección en situaciones de necesidad puede, en efecto, traducirse en prestaciones concretas, de cuantía determinada incluso, que el ciudadano puede reclamar ante la Administración y, en su caso, ante los Tribunales cuando se produzcan las circunstancias que la propia Ley precisa (enfermedad, accidente, incapacidad transitoria o permanente, vejez, orfandad, etc).

Naturalmente, la conversión a la que me refiero requerirá inexcusablemente el montaje por el Legislador de una organización pública prestacional, mayor o menor, que es a la que el ciudadano podrá acudir en primer término para exponer sus necesidades, la que habrá de valorar estas con la Ley en la mano y la que ofrecerá, en su caso, las prestaciones correspondientes. El protagonismo adquirido así por lo público en el Estado-Providencia de nuestros días es sencillamente indiscutible.

A fuer de sinceros hay que reconocer también que, incluso en el ámbito de los derechos clásicos de libertad, el efectivo disfrute de estos por los ciudadanos es difícilmente imaginable muchas veces si las autoridades públicas se abstienen totalmente de intervenir. El derecho a manifestarse públicamente no podría en muchos casos ejercerse, como es obvio, si las fuerzas del orden no frenaran a los contramanifestantes.

3.2 Las empresas públicas y su ropaje privado

Los últimos años de la primera mitad del siglo pasado nos trajeron también las dos oleadas nacionalizadoras, anterior una y posterior otra a la Segunda Guerra Mundial, fruto de la marea socializadora generada por la Revolución soviética. Sectores enteros de la actividad económica cayeron de golpe en manos de los gobiernos, francés y británico, que se convirtieron de la noche a la mañana en los primeros empresarios de sus respectivos países.

El gigantesco avance de lo público que este fenómeno produjo, no tuvo traducción en una correlativa retirada de lo privado, que, pasados los primeros momentos, se vio paradójicamente reforzado. La ideología nacionalizadora pretendió en un principio encontrar para las grandes corporaciones resultantes de las nacionalizaciones sectoriales un nuevo modo de gestión, alternativo a las formas mercantiles al uso, en el que la nación se viera de algún modo representada. De ahí salieron los Consejos tripartitos formados por funcionarios del Estado, trabajadores y consumidores o usuarios. El artificio no duró, sin embargo, demasiado tiempo y pronto cedió el paso a la utilización sistemática por las nuevas empresas públicas de las formas societarias privadas, lo que permitió a HOUIN afirmar que el Estado había expropiado a los antiguos empresarios no solo sus empresas, sino también sus técnicas.

Este es el origen de la figura, inicialmente llamativa, de la sociedad anónima de un solo socio, que la legislación posterior terminaría generalizando. Lo público, que estuvo en el origen de la sociedad anónima en los siglos XVI y XVII, volvió así a ejercer su influencia sobre una de las figuras más representativas de lo privado.

Una vez que las aguas se fueron calmando, en 1959, los Congresos del Partido laborista inglés y del Partido Socialdemócrata alemán, celebrados respectivamente en Blackpool y en Bad Godesberg, renunciaron formalmente a las nacionalizaciones sectoriales del pasado inmediato para apostar simplemente por la utilización de empresas públicas aisladas en supuestos concretos o por la participación pública en empresas privadas que necesitaran de subvenciones o ayudas del Estado, ostentaran posiciones de monopolio o actuaran en sectores en los que la liberalización hubiese conducido al caos. Lo público y lo privado interactuando constantemente, vinieron así a asociarse para asegurar la consecución de unos mismos objetivos.

3.3 La asignación a los derechos de una función social: el caso paradigmático del derecho de propiedad

De la interacción a la que acabo de referirme no hay mejor prueba que la evolución experimentada por el derecho de propiedad, derecho sagrado e inviolable en la Declaración de 1789 al que las Constituciones actuales asignan una función social, que corresponde al Legislador determinar en cada caso.

Corresponde a DUGUIT la paternidad de la idea, que prendió muy pronto en la cultura jurídica europea y encontró aplicaciones concretas en las Leyes ordinarias, antes incluso de la Segunda Guerra Mundial, a cuyo término encontraría expresa acogida en la Constitución italiana vigente y, con otras palabras, en la *Gundgesetz* alemana.

También en nuestro Derecho tuvo tempranamente un amplio recorrido y encontró, incluso, un reconocimiento general en el artículo 71 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que hace expresa referencia a la posibilidad de que «se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en un sentido positivo de una determinada función social», cuyo eventual incumplimiento por su propietario legitimaría su expropiación con el fin de buscar un nuevo titular dispuesto a cumplir la función social asignada.

El artículo 33.2 de nuestra Constitución contaba, pues, con precedentes, lo que le permitió ser muy preciso al afirmar, en relación al derecho a la propiedad privada y a la herencia, que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes». El derecho de propiedad ya no es, por lo tanto, el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes, como dice todavía el artículo 348 de nuestro Código Civil. Las Leyes ya no limitan puntualmente el derecho de propiedad, imponiéndole sujeciones o servidumbres concretas; lo delimitan, que es cosa muy distinta, y lo hacen además con carácter general, no en relación con una situación determinada, fijando, por lo tanto, sus fronteras, precisando hasta dónde llega y predeterminando su contenido en atención a un interés, que no es ya el del propietario, sino el de la comunidad. Lo público determina así decisivamente lo privado en todo caso, aunque lo haga con distinta intensidad en los distintos tipos de bienes en estricta correspondencia con la función social que a cada uno de ellos le impone la Ley en cada momento.

Más que de un derecho de propiedad hay que hablar, pues, de propiedades. El patrimonio histórico, cultural y artístico y los bienes que lo integran, «cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad» debe ser conservado y, en lo posible, enriquecido para poder entregarlo a las generaciones sucesivas, función esta que la Constitución asigna a los poderes públicos (artículo 46 de la nuestra). Para poder cumplir esta función social, el Legislador impone a los propietarios de los bienes que por su valor hayan sido declarados de interés cultural, prohibiciones expresas (de realizar todo tipo de obras sin la autorización expresa de los organismos competentes, de colocar sobre ellos publicidad comercial, de cambiar su uso o destino, de demolición, etc.) y obligaciones positivas específicas de hacer (de mantenimiento, conservación y custodia) o de soportar (régimen de visitas). Todo un estatuto jurídico, por lo tanto, en el que las facultades inherentes al derecho de propiedad privada conviven con las obligaciones, los deberes y las cargas de carácter público, cuyo estricto cumplimiento corresponde a la Administración garantizar haciendo uso, cuando sea preciso, de su potestad sancionadora o, en último extremo, de la potestad expropiatoria.

Algo parecido, aunque de forma no tan intensa, ocurre con la propiedad forestal y, por supuesto, con la propiedad agraria en general (legislación de fincas mejorables).

En el caso de la propiedad del suelo, ese estatuto jurídico es mucho más intenso, porque el suelo es el soporte necesario de la vida individual y colectiva y en él han de implantarse ordenadamente, esto es, de un modo racional, todos los distintos y muchas veces incompatibles entre sí usos y actividades que la vida reclama. No hace falta insistir, porque es obvio, en que esta función social debe prevalecer en todo caso sobre el interés individual de cada propietario. La ciudad no puede ser, en modo alguno, el resultado de miles de decisiones de los propietarios del suelo, independientes entre sí; debe responder, por el contrario, a un plan previo en el que todos los usos necesarios sean debidamente conjugados y armonizados. Y esto solo puede hacerse de dos maneras: la más obvia sustituyendo, vía expropiatoria, la propiedad privada del suelo necesario para la expansión de la ciudad, por la pública o bien, sometiendo a la propiedad privada a un estatuto jurídico estricto, en el que el uso privado del suelo se subordine a las necesidades públicas.

Nuestra primera Ley urbanística, la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, se planteó esta disyuntiva y desechó la primera de estas alternativas en beneficio de la segunda, a la que todavía responden las Leyes vigentes. Su Exposición de Motivos fue muy explícita en este sentido: «Si ideal en la empresa urbanística –dijo– pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerle, una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución... requeriría fondos extraordinariamente cuantiosos, que no pueden ser desviados de otros objetivos nacionales y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privadas».

Por eso el artículo 61 de la Ley optó por disponer que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios», idea que el artículo 70 remató al afirmar que «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones (por los planes urbanísticos) no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística».

El derecho de propiedad del suelo no tiene ya un contenido preciso *a priori*. Es el plan de ordenación el que fija ese contenido concreto para cada parcela

de suelo planeado en función de las necesidades de la comunidad, que a los representantes de esta corresponde valorar y conjugar al aprobar aquel. El *ius aedificandi* ha dejado de ser, pues, una facultad libre del propietario privado para convertirse en una determinación pública.

3.4 El ejemplo de la planificación indicativa

La planificación indicativa a la francesa que puso en marcha el Gobierno provisional del General DE GAULLE al término de la Segunda Guerra, ilustra muy bien la combinación de lo público y lo privado en orden a la consecución de un objetivo común, que en aquel momento era la reconstrucción del país y pasó a ser luego el desarrollo económico y social.

En aquel momento era imprescindible, en efecto, conseguir de algún modo el concurso de todos, pero había que conseguirlo respetando en todo caso la libertad de cada uno. La fórmula, que hizo fortuna, fue un *mixtum* complejo de lo público y lo privado. El plan era obligatorio para las Administraciones Públicas y los demás organismos que giraban en su órbita, pero tenía un carácter meramente indicativo para los particulares, a los que se «invitaba» a orientar sus actividades hacia los objetivos generales que el plan proponía, ofreciéndoles, si decidían hacerlo, ventajas y beneficios fiscales y de otros tipos.

La «invitación» a la que me refiero tenía truco, ciertamente, porque quienes no la aceptaran no solo no tendrían acceso a aquellas ventajas y beneficios, sino que tendrían que soportar «a cuerpo limpio» los rigores de una regulación general que, sin ayudas públicas, resultaba difícil de cumplir.

A esa época pertenecen las múltiples variantes de convenios y cuasi-contratos, acciones concertadas y acuerdos diversos entre la Administración y los empresarios privados, que permitieron hablar de una economía y de una Administración concertadas, a mitad de camino entre la economía de dirección central de los países del Este de Europa y del liberalismo puro y simple del pasado.

4. LA RECUPERACIÓN DE LO PRIVADO EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX. ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA

La segunda mitad del siglo XX aparece marcada, en Europa sobre todo, por el signo de la integración, que se inicia en 1950 con el Tratado Constitutivo de

la Comunidad del Carbón y el Acero firmado en París el 18 de abril de 1951 y los Tratados de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de la Comunidad Económica Europea firmados en Roma el 25 de marzo de 1957.

El proceso así iniciado dio un significativo salto hacia adelante con el Acta Única Europea de 1986, que se propuso la creación de un mercado único europeo en el que las personas, los servicios, las mercancías y los capitales pudieran circular con libertad sin barreras interiores y situó en el horizonte la realización progresiva de la Unión Monetaria, que se plasmaría, seis años después, en el Tratado de Maastricht.

Los antiguos monopolios nacionales y todos los demás obstáculos que se oponían a la efectiva implantación de ese mercado único europeo, tuvieron que ser sucesivamente allanados. Bloques completos de actividad económica cuya titularidad, al menos, había permanecido hasta entonces en manos del Estado, la electricidad, el gas, los ferrocarriles, el transporte aéreo y marítimo, el correo, el teléfono, la televisión, la radiodifusión, etc., se entregaron sin más al libre juego de las fuerzas del mercado, lo que amenazó con arruinar los esfuerzos realizados a lo largo del siglo precedente para asegurar a la totalidad de la población, incluidos los más desfavorecidos desde el punto de vista económico, y los peor ubicados territorialmente, el acceso a los servicios básicos que constituyen la infraestructura imprescindible para el normal desarrollo de la vida cotidiana porque contribuyen decisivamente a llenar la brecha que separa lo que FORTSHOFF llamó con enorme acierto el espacio vital dominado, que es mínimo en una sociedad industrial y urbana, del espacio vital efectivo, que es, por lo menos, nacional e incluso continental y, en muchos casos, universal.

La idea francesa del servicio público, que garantizaba a la Administración la *maîtrise* de su prestación, incluso en los casos de gestión indirecta por concesionarios privados, estuvo a punto de venirse abajo totalmente y solo pudo ser salvada con el tránsito de la concepción subjetiva u orgánica tradicional, a una concepción funcional que encontró su expresión en dos ideas próximas, pero distintas, una de origen anglosajón, el servicio universal, y otra de origen francés, las obligaciones de servicio público. Tanto la una como la otra aseguran el acceso a un conjunto básico de prestaciones a todo tipo de usuarios, independientemente de su localización geográfica y, a la luz de las condiciones nacionales específicas, a un precio razonable, garantizando al propio tiempo a los operadores una compensación adecuada de las cargas correspondientes.

Lo público, esto es, el deber irrenunciable de asegurar a todos el disfrute de las prestaciones y servicios que reclama una vida digna, ha alcanzado así un

punto de equilibrio con lo privado, el legítimo interés de las empresas que operan en estos sectores de maximizar el beneficio que persiguen.

La segunda fase del proceso de implantación del mercado único europeo, en la que estamos ahora, está siendo menos visible, pero no menos conflictiva. La clave es también la liberalización, que en este caso exige la eliminación de todas las intervenciones administrativas que, bajo la forma de autorizaciones, licencias, permisos, homologaciones, inscripciones, catalogaciones o figuras semejantes, subordinan la libre prestación de servicios a controles innecesarios y/o desproporcionados que no vengán justificados por «una razón imperiosa de interés general». La polémica Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, conocida vulgarmente como Directiva de Servicios, ha puesto en marcha así un nuevo proceso liberalizador, particularmente complejo esta vez porque afecta a la letra pequeña de los ordenamientos jurídicos de los veintiocho Estados de la Unión, e implica la valoración de una miríada de controles, la mayoría de los cuales carece de razón de ser y son simples barreras protectoras de los que están instalados en el mercado y procuran evitar que entren en el mismo nuevos competidores. La Ley española 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, responde, como es obligado, a este planteamiento, que está haciendo retroceder lo público para limitarlo a lo estrictamente indispensable para proteger el interés general.

El nuevo orden económico que se ha ido dibujando en el seno de la Unión Europea, tiene desde el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, una cobertura «constitucional» de la que hasta entonces había carecido. El Tratado de Roma tuvo que abstenerse, en su momento, de cualquier pronunciamiento ideológico, supuesto que el proceso de integración europea fue impulsado por todas las fuerzas políticas que contribuyeron a la victoria en el conflicto bélico cuyo final estaba todavía muy cerca. No hacía falta, por lo demás, cuando el objetivo básico era establecer un mercado común, espacialmente limitado, lo que requería poco más que un desarme aduanero. En 1992, sin embargo, con un espacio territorial más que duplicado y unos objetivos mucho más ambiciosos, en un clima político más propicio también, una vez derrumbado el «telón de acero» y terminada la «guerra fría» característica de la etapa inicial, los Estados firmantes no tuvieron ya dificultad en expresar en el nuevo Tratado el pronunciamiento ideológico hasta entonces evitado. Así lo hizo, en efecto, el artículo G, que modificó el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que, a partir de entonces, pasó a llamarse simplemente Comunidad Europea.

El artículo 3 A del Tratado en su nueva redacción proclamó con toda claridad que para alcanzar sus fines «la acción de los Estados miembros y de

la Comunidad incluirá... una política económica... que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia», declaración hoy incorporada, aunque en términos más matizados, al artículo 3.3. de la versión consolidada del vigente Tratado de la Unión.

En este escenario «constitucional», lo público asume la función de garantizar el libre despliegue de lo privado, de definir las reglas de juego y de aplicar estas de modo imparcial sancionando, en su caso, las eventuales infracciones. El Derecho de la Competencia adquiere así un valor determinante como garante de una competencia libre, en la que los operadores económicos no solo deben abstenerse de incurrir en las conductas colusorias que las Leyes tipifican como constitutivas de infracción, sino también evitar cualquier posible abuso de su posición de dominio en el mercado cuando efectivamente la tengan.

5. REFLEXIONES FINALES

El rápido recorrido histórico hasta aquí realizado es suficiente, me parece, para ilustrar la relación en que lo público y lo privado se encuentran en el ámbito jurídico, una relación ciertamente cambiante, pero estrecha en todo caso, de complementariedad más que de oposición, de continua interacción siempre, en permanente búsqueda de un punto de equilibrio.

Lo privado tuvo su auge en el siglo XIX, que fue el siglo de la libertad; lo público lo ha tenido en el siglo XX, que, a pesar de sus horrores, ha sido el siglo de la igualdad. Hoy la libertad y la igualdad forman un eje de coordenadas que permite reflejar con precisión en cada momento la concreta situación en la que nos encontramos, un punto más arriba o un punto más abajo, pero sin salirse de él.

En este contexto la tensión pública-privada ha perdido buena parte de su carga ideológica anterior, y se resuelve muchas veces con absoluta naturalidad en el terreno de la técnica jurídica. Un ejemplo entre muchos, permite comprobarlo con facilidad: la estructura e, incluso, el *quantum* de las remuneraciones de los administradores y directivos de las entidades de crédito está hoy sometida a escrutinio de las autoridades de supervisión bancaria y nadie ha levantado la voz contra lo que hace solo unos pocos años se hubiera considerado una intromisión intolerable en la vida privada, porque todos somos conscientes de que, tras esta intervención, no hay afán persecutorio alguno, sino simple constatación de la influencia que este asunto puede tener (y que,

de hecho, ha tenido en estos años de crisis financiera) en la asunción imprudente de riesgos por las entidades bancarias.

Otro ejemplo desde el lado opuesto: las Administraciones Públicas han visto disminuir drásticamente una de las prerrogativas más emblemáticas de la que han venido disfrutando durante más de siglo y medio en el campo de la contratación, el *ius variandi*, es decir, la potestad de modificar unilateralmente el contenido de los contratos administrativos sin límite alguno, siempre que así lo exigiera el interés público; nadie ha protestado por ello, ya que todos somos conscientes de que la utilización abusiva de dicha potestad reducía a la nada la libre competencia de los operadores.

Lo público y lo privado tienden, pues, en la sociedad en la que vivimos a compensarse, a corregir sus eventuales excesos, a asegurar un cierto equilibrio, que el Derecho tiene la irrenunciable función de garantizar.

Comunicaciones

El Derecho Procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado

Tomás J. Aliste Santos

Académico Correspondiente

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Profesor Agregado de Derecho Procesal (UNIR)

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. El camino de ida: De lo privado a lo público en la historia de los sistemas procesales de civil law y common law. 3. El camino de vuelta: Hacia la «despublicación» y privatización del Derecho procesal actual. 4. Coda: Crisis de identidad del Derecho procesal en el contexto globalizado.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La distinción entre Derecho público y Derecho privado ha constituido siempre uno de los primeros afanes conceptuales que los juristas tratan de hacer para la comprensión del universo jurídico. Esta división fue muy pronto introducida en la cultura jurídica occidental por el jurisconsulto Ulpiano, cuando reflexionando sobre el estudio del Derecho recogía en sus *Instituciones, libro I*, el célebre dualismo conceptual: «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*¹». Por supuesto, la dualidad Derecho público y Derecho privado con el transcurso del tiempo ha adquirido acepciones variadas, que van más allá del marco conceptual trazado por Ulpiano, pero en todas ellas se percibe la idea de oposición como denominador común. Quizás, por ello, el antagonismo entre ambas ramas sea elemento conceptual que, *prima facie*,

¹ Vid. D. I.1. § 2. Todas las citas al *Corpus Iuris* se hacen utilizando la edición de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889.

hace más reconocible la célebre dicotomía. En cualquier caso, como sostiene Bobbio, dicha dicotomía no se plantea en términos de equilibrio de ambas esferas del ordenamiento jurídico, sino que históricamente siempre se ha entendido bajo la idea de cierta prevalencia del derecho público frente al privado². No en vano, el propio Digesto de Justiniano así lo reconoce en diversos lugares, expresando límites más o menos claros al dominio del derecho privado. En este sentido, recordemos la conocida sentencia de Papiniano: «*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*»³, y la no menos célebre opinión de Ulpiano: «*Privatorum coventio iure publico non derogat*»⁴.

Igualmente, la dicotomía entre lo público y lo privado tiene una evidente perspectiva axiológica, evidenciándose, así, la pugna multiseccular entre dos concepciones del Derecho, y fruto de la cual, la prevalencia de lo público manifiesta a lo largo del último siglo⁵, sigue siendo reconocible aún en el presente. Sin embargo, dicha pugna en buena medida ha quedado superada, porque la venerable *summa divisio* del Derecho apenas puede acomodarse ya en el nuevo marco jurídico trazado por el imparable fenómeno de la globalización. Este hecho se advierte particularmente en el contexto de aquellos Estados fuertemente imbuidos en procesos de integración jurídica, como es el caso español. El intenso flujo de las relaciones económicas, políticas y culturales que se desarrolla en el mundo contemporáneo, está erosionando de forma constante el paradigma clásico del Derecho, cuestionándose sin disimulo sus propios cimientos. Hoy, como consecuencia de los procesos de integración supraestatal, es común entender que hay una crisis de la idea de soberanía, y que la vieja máxima *par in parem non habet imperio*, enunciada por Bártolo di Sassoferrato⁶, no se ajusta bien a la realidad jurídica del mundo actual, en tanto los viejos Estados, que hicieron bandera del brocardo durante la modernidad, hoy comparten el escenario internacional con otros sujetos de carácter post-soberano, que ejercen autoridad normativa extraestatal, en un contexto de policentrismo normativo, generado entre sujetos, que en no

² Vid. BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y Sociedad*, trad. esp., México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 2 y ss.

³ Vid. D. 2, 14, 38.

⁴ Vid. D. 50, 17, 45 § 1.

⁵ Acerca de la prevalencia de lo público frente a lo privado, Bobbio señala que «ha asumido diversas formas, de acuerdo con las diferentes maneras bajo las cuales se ha manifestado, sobre todo en el último siglo, la reacción a la concepción liberal del Estado y la derrota histórica, aunque no definitiva, del Estado mínimo. La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental». BOBBIO, N., *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁶ Vid. DI SASSOFERRATO, Bártolo: *Tractatus Represaliarum, Quaestio 1/3*, parr. 10, 1354. La máxima literalmente es: *non enim unam civitas potest facere legem suam super alteram, quia par in parem non habet imperio*.

pocas ocasiones son desiguales⁷. Se dibuja así un nuevo paradigma de orden global, caracterizado por un contexto entrecruzado de ordenamientos jurídicos. La coherencia de los viejos sistemas estatales monistas, que ordenaban tanto integración como prelación de fuentes del Derecho, cada vez es más difícil de articular, diluyéndose en un nuevo marco de «pluralismo jurídico»⁸, que explica el complejo entramado de relaciones del nuevo orden global extraestatal, articulado a través de los principios de cooperación y reconocimiento mutuo. Como veremos, todo ello repercute sobremedida en el paradigma de justicia del mundo actual, y, en consecuencia, en el entendimiento del propio Derecho procesal de nuestro tiempo, en tanto rama del orden jurídico particularmente permeable al movimiento globalizador.

2. EL CAMINO DE IDA: DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO EN LA HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES DE *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

Afirmar que el Derecho procesal ha sido, y continúa siendo, parte esencial del Derecho público parece un tópico indubitado. Sin embargo, si nos fijamos en los orígenes del Derecho procesal occidental, y también en buena parte de su desarrollo histórico, pronto nos percataremos de que lo privado y lo público han venido entrecruzándose a lo largo de los siglos, siendo el elemento público tan solo prevalente en determinadas épocas y en función de diversos factores. En este sentido, conviene superar una visión histórica errónea sobre qué entendemos por Derecho procesal. Buena parte de la doctrina considera que el Derecho procesal como disciplina autónoma del Derecho, surge tan solo a partir del enfoque propio que a las cuestiones procesales comienza a darse por el «procesalismo científico» decimonónico. Semejante concepción supone una reducción bastante voluntarista de lo que se entiende por Derecho procesal, como si el acervo histórico de doctrina procesal secular y canónica, acumulado durante los siglos del *ius commune*, no hubiese jamás existido. ¿Acaso no son Derecho procesal los venerables *ordines iudicarii*? ¿Acaso no son doctrina procesal juristas como Búlgaro, Placentino, Juan Basiano, Ricardo Ánglico y tantos otros ilustres nombres que contribuyeron al conocimiento de la disciplina? ¿No es Derecho procesal el *Speculum iudiciale* de Durante? ¿Tampoco es Derecho procesal la *Summa aurea de ordine iudiciario* de Martínez de Zamora? Bajo ese reduccionismo de lo que es Derecho procesal mal puede entenderse el sistema histórico de *common law* y la doctrina

⁷ Véase, por ejemplo, el caso de las relaciones asimétricas entre la Unión Europea y los Estados soberanos que la integran.

⁸ Para un estudio detallado de este fenómeno, vid. WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamento de una nueva cultura del Derecho*, ed. Dykinson, 2.ª ed., Madrid, 2018.

procesal constantemente generada por sus autores desde la conquista normanda de Inglaterra en el siglo XII. Siguiendo esa lógica, tampoco serían obras procesales las escritas por Glanvill, Bracton o Fithbert, tan vinculadas a la articulación del sistema de reglas procesales que aplicaban los históricos tribunales de Westminster, y al análisis de los *writs*, imprescindibles para entender las célebres *forms of action* que durante siglos modelaron el sistema de *common law* e, incluso, tras su desaparición, aún lo rigen desde sus tumbas, siguiendo la feliz expresión de Maitland⁹.

Por ello no parece razonable seguir defendiendo una concepción del Derecho procesal antihistórica y ferozmente positivista como la inaugurada por el «procesalismo científico» decimonónico y que ha sido concepción hegemónica durante el siglo XX¹⁰. Desde luego, conforme esa concepción el Derecho procesal adquiere un carácter netamente iuspublicista, concibiéndose así, tal y como se concibe el proceso, como relación jurídica de actos –ordenados por ministerio de la ley emanada del poder soberano– que progresivamente se desenvuelven con independencia del derecho sustantivo de fondo. Naturalmente, bajo ese cerrado carácter iuspublicista no se entiende la existencia de un Derecho procesal más allá del Estado. Y, por ello, tampoco pueden explicarse bien los actuales fenómenos de crisis de la soberanía jurisdiccional, huida de la jurisdicción y fomento de medios alternativos de solución de conflictos frente al proceso, que nacen al calor de la globalización jurídica y la correlativa crisis del concepto de soberanía estatal. Así las cosas, la concepción publicista del Derecho procesal no es capaz de legitimar los fundamentos del Derecho procesal más allá del Estado, cerrando los ojos a la realidad del Derecho de nuestros días.

En este punto, sin despreciar la importancia de la corriente iuspublicista para la formación del Derecho procesal, conviene retomar una concepción histórica de esta peculiar rama jurídica. Concepción siempre caracterizada por la con-

⁹ La sentencia genuina del autor fue: «*The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves*». Cfr. MAITLAND, F., *The forms of action at common law, a course of lectures*, Cambridge University Press, 1936, p. 1. Puede consultarse una edición en español: Ib., *Las formas de la acción en el common law*, trad. esp., Madrid, 2005, p. 56.

¹⁰ Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Evolución de la doctrina procesal», en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, UNAM, tomo II, pp. 293-325. Id. «Evolución de la doctrina procesal», en *Revista de la Universidad de Costa Rica*, vol. 5, 1951, pp. 327-349. En este sentido, es de justicia señalar que el propio Alcalá-Zamora, autor de la quintuple distinción de etapas del Derecho procesal, nunca redujo el Derecho procesal a la etapa del «procesalismo científico», señalando nítidamente que a pesar de ser un lugar común señalar el nacimiento del Derecho procesal como ciencia desde la obra de Bülow, la existencia del Derecho procesal evidentemente es anterior. En palabras del autor: «Se admite, en general, que el Derecho procesal como ciencia arranca de Oscar Bülow, que vendría a significar de ese modo, aunque el alemán con mucha más talla de jurista, lo que, verbigracia, Beccaria respecto del Derecho penal; pero conviene poner un poco los puntos sobre las *ies*, para no formarse una idea equivocada acerca de lo que esa afirmación representa. Porque el Derecho procesal existe antes, muchísimo antes de Bülow, y nada digamos del proceso». *Ib. Op. cit.*, p. 327.

fluencia de lo público y lo privado. Así lo demuestra la propia historia de las vías de solución de controversias en el Derecho romano. Allí, en la noche de los tiempos, lo privado y lo público aparecen naturalmente entrelazados, surgiendo fórmulas de mediación y arbitraje mucho antes del primitivo ejercicio de la potestad jurisdiccional, para coexistir luego pacíficamente con esta. Es más, arbitraje y proceso parecen encontrar un mismo anclaje en la Roma clásica, como bien demuestra un texto de Paulo, contenido después en el Digesto, en el cual se afirma la equivalencia epistemológica entre el arbitraje compromisorio y el proceso jurisdiccional: *compromissum ad similitudinem redigitur et ad finiendas lite pendente*¹¹. Es más, la fina analogía entre arbitraje y proceso, doquiera se mire, aparece trenzada en otros muchos fragmentos de las Pandectas, como ha subrayado Fernández de Buján¹², revelando la sutil armonía entre lo público y lo privado en el alba de dichas instituciones procesales.

Así las cosas, la convivencia de lo privado con lo público en el ámbito procesal ciertamente ha sido histórica tanto en los sistemas de *civil law* como de *common law*. En este sentido, desde el colapso del Imperio y durante los siglos de expansión del *ius commune*, lo público y lo privado siguieron manifestándose naturalmente en el Derecho procesal. Buena prueba de ello es la extraestatalidad de la jurisdicción, tan evidente en los siglos medievales como muy bien ha señalado Picardi¹³. Adviértase también que, tanto en los países de *civil law* como allá donde regía el *common law*, hubo una natural convivencia de tribunales públicos y privados evidenciando una pluralidad jurisdiccional difícilmente reconducible a unidad¹⁴. Baste recordar los antiguos tribunales de los *shires* –cuya cabeza eran los *sheriffs*– y los *hundred courts* en la Inglaterra medieval¹⁵, o el caso de la justicia señorial¹⁶, u otras jurisdicciones especiales¹⁷, como tales eran los tribunales de jueces comunales, o de las corporaciones de artesanos, mercaderes, universidades, villas, etc., tan reconocibles

¹¹ D. 4.8.1.

¹² Así, se refleja en D. 4.8.13.2; D. 4.8.41; D. 4.8. 46; D. 5.1.81; D. 5.5.1; D 5.1.35; C 3.1.14; C. 3.12.7; C. 2.55.5; C. 2.55.4.4. Vid. FÉRNANDEZ DE BUJÁN, A., «Del arbitraje romano configurado «a semejanza de los juicios» compromiso «quod iudicium imitatur»», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 270 y 271.

¹³ Vid. PICARDI, N., *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*, trad. esp., ed. Communitas, Lima, 2009, pp. 29-114.

¹⁴ La coexistencia de tribunales públicos y privados fue una constante medieval, y la figura del juez no se entendía con el significado unívoco actual. Por el contrario, bajo el término de juzgadores se entendía tanto a los jueces ordinarios, como a los jueces delegados y a los árbitros. Véase dicha distinción tal y como se recoge en la Partida III (vid. P. 3.4.1).

¹⁵ Vid. MAITLAND, F., *Las formas de acción en el common law. Lecciones de un curso*, trad. esp., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 81.

¹⁶ Vid. LÓPEZ DÍAZ, M., «La administración de la justicia señorial en el Antiguo Régimen», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 76, enero 2006, pp. 557-588.

¹⁷ Vid., entre otros, PINO ABAD, M., «Las jurisdicciones especiales durante la Edad Media», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. (Coord.), *Estudios sobre jurisdicciones especiales*, ed. *Omnia Mutantur*, Madrid, 2015 pp. 57-99.

en el sistema de *common law* como en los países de *civil law*. Es más, lo público y lo privado llegan a estar tan profundamente imbricados en el medioevo que confluyen en la génesis de singulares instituciones como la «alcaldía de avenencia»¹⁸, característica de la justicia municipal en los Reinos de León y Castilla. Todo ello, en suma, evidencia el cuadro general de la pluralidad jurisdiccional del medioevo, que a caballo entre lo público y lo privado en muchas ocasiones se manifestaba como una *iurisdictio sine imperio*¹⁹.

Fijémonos también en otro dato precioso acerca de la formación del Derecho procesal en la Edad Media. La propia doctrina que elaboró los *ordines iudicarii* a lo largo del período del *ius commune*, también se encargó de perfilar el *stylus curiae*, desarrollándose un *ordo iudiciarius* de fuerte impronta doctrinal²⁰, y, por ello, eminentemente extraestatal. Así las cosas, la extraestatalidad no solo era predicable respecto al ejercicio de la *iurisdictio*, sino que también fue durante mucho tiempo característica fundamental del procedimiento²¹, porque la praxis forense obedecía tanto al acervo doctrinal acumulado como a la *consuetudo curiae*, aplicada por jueces, abogados y auxiliares bajo la convicción real de entender esta como *opinio iuris sive necessitatis*. Buena prueba de ello viene dada por la praxis procesal de los antiguos tribunales de *common law*, los cuales, históricamente, se regían por un derecho procesal fiel al *stylus curiae*, y, por ello, absolutamente libre de cualquier intromisión del legislador²², más allá de la pura determinación de la forma de la acción a través del *writ* específico que pudiera corresponder al caso²³. En el *common law* histórico los tribunales gozaron siempre de *inherent jurisdiction* sobre las reglas que regían el desenvolvimiento del proceso, sin que el legislador siquiera osara por un momento sustraerles ese poder privado de su control²⁴. Y cuando la *king's peace* se convirtió en doctrina asentada, afirmándose claramente el carácter público de todo el Derecho procesal en el viejo *common law*

¹⁸ Vid. MERCHÁN ÁLVAREZ, A., «La alcaldía de avenencia como forma de justicia municipal en el Derecho de León y Castilla», en *La España Medieval*, núm. 6, 1985, pp. 65-92.

¹⁹ Cfr. PICARDI, N., *Op. cit.*, p. 46; VERDE, G., «Sul monopolio del Stato in tema di giurisdizione», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2003, vol. 58, fasc. 2, pp. 371-386.

²⁰ Vid. PÉREZ MARTÍN, A., «El *ius commune*: artificio de juristas», en VVAA. (Montagut, Coord.), *Història del pensament jurídic*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1999, pp. 69-93. Ib., *El derecho procesal del *ius commune* en España*, Murcia, 1999.

²¹ Vid. PICARDI, N., *Op. cit.*, pp. 51 y ss.

²² Desde luego, conforme al *Statute of Northampton* de 1328, los jueces, tanto en los grandes tribunales como en los pequeños, no podían ser siquiera molestados por mandatos reales que trataran de interferir en su independencia y en la forma de resolver los casos. En este sentido, los antiguos jueces de *common law* medieval sentían plenamente y defendieron siempre la máxima «*we will not and cannot change ancient usages*». Cfr. PLUCKNETT, T., *A Concise History of the Common Law*, fifth edition, Union, New Jersey, 2001, p. 158.

²³ Vid. MAITLAND, F., *Op. cit.*, pp. 58 y 59. Sobre la evolución histórica del sistema de *common law*, vid. ALISTE SANTOS, *Sistema de Common Law*, Salamanca, 2013, pp. 104 y ss.

²⁴ Vid. JACOB, J., *The reform of civil procedural law and other essays in civil procedure*, London, 1982, pp. 223 y ss.

inglés, paradójicamente, lo público y lo privado siguieron entremezclándose, sin clara distinción entre ambos, porque la elección de la forma de la acción correspondiente, bien fueran públicos o privados los intereses controvertidos²⁵, presuponía que se había quebrado el orden público obligando a su restauración por los tribunales.

Sin embargo, progresivamente la histórica coexistencia de elementos públicos y privados en el Derecho procesal de los sistemas de *civil law* y de *common law*, fue cediendo a medida que se construía el Estado moderno y se desarrollaba el concepto de soberanía con su correspondiente correlato jurisdiccional. De esta forma, el dominio del Derecho público fue paulatinamente extendiéndose a cada vez más campos del ordenamiento jurídico, siendo uno de los primeros el Derecho procesal. La proclamación de la soberanía jurisdiccional del Estado tuvo como consecuencia lógica la disolución de la pluralidad de jurisdicciones y la unificación del cuerpo de Derecho procesal existente, en el marco general impulsado por el movimiento codificador, proclamando el principio de exclusividad de la ley como fuente del Derecho procesal. Y, naturalmente, tanto «jurisdicción» como «acción» y «proceso» quedaron impregnados de una indeleble concepción iuspublicista estatal hasta la época más reciente. No en vano así lo ha evidenciado la propia legislación procesal allá donde se mire, proclamando el monopolio estatal de la jurisdicción y del procedimiento²⁶. El progresivo protagonismo del Estado sobre el modelo de administración de justicia se dinamizó con el impulso del movimiento codificador decimonónico, alcanzando su culminación con la afirmación de la estatalidad de todo el Derecho procesal. Culminaba así la lenta transformación del paradigma de justicia hacia un modelo eminentemente autoritativo con limitado margen a la autonomía privada²⁷. De este modo, el camino de ida se había completado.

3. EL CAMINO DE VUELTA: HACIA LA «DESPUBLIFICACIÓN» Y PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL ACTUAL

Indefectiblemente, el Derecho procesal, desde su codificación hasta el presente, ha sido un Derecho público. Sin embargo, el poderoso influjo globalizador ha sometido todas las ramas del tradicional Derecho público estatal a una extraordinaria transformación, cuyo resultado comienza a vislumbrarse en el mundo de nuestros días; sobre todo, en aquellos ordenamientos jurídicos más

²⁵ DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Valladolid, 1992, pp. 84-87. ALISTE SANTOS, T., *Op. cit.*, pp. 103 y 104.

²⁶ Vid. PICARDI, N., *Op. cit.*, pp. 239-242.

²⁷ Sobre la lenta transición hacia este modelo, vid. BENSON, B., *Justicia sin Estado*, trad. esp., Madrid, 2000, pp. 21-100.

permeables a procesos de integración normativa, como es el caso paradigmático de los Estados que forman la Unión Europea (en adelante UE). En este contexto, una de las ramas particularmente más afectadas ha sido el Derecho procesal, que está siendo objeto de una profundísima «despublicación» bajo la confluencia de dos fenómenos distintos. De un lado, la disolución de la soberanía jurisdiccional ha incentivado la «huida de la jurisdicción» estatal. De otro, se constata una crisis y centrifugación del Derecho procesal estatal. En este sentido, la incidencia de ambos factores está contribuyendo a un auténtico cambio de paradigma de la justicia global, siendo el momento actual período de transición de un modelo de «justicia autoritativa» a otro modelo de «justicia informal». Pero vayamos por partes. La disolución de la soberanía jurisdiccional de los viejos Estados es un fenómeno nítidamente apreciable en el mundo actual, pero sobre todo en aquellos Estados más expuestos a procesos externos de integración normativa²⁸. Curiosamente, el vaciamiento del concepto de soberanía jurisdiccional se produce tanto por arriba como por abajo del Estado. Por arriba, bien estableciendo jurisdiccionales supranacionales de carácter post-soberano; bien renunciando al ejercicio de la exclusividad jurisdiccional a través de convenios internacionales (caso de los tratados de arbitraje de inversiones); o bien adaptando el Derecho estatal al *soft law* sugerido por las entidades post-soberanas. Por abajo, convirtiéndose el propio Estado en promotor de la resolución privada o semiprivada de controversias, fomentando, para ello, toda una cultura jurídica premial en torno a los medios alternativos de solución de conflictos en detrimento del proceso jurisdiccional estatal²⁹. Lógicamente, la disolución progresiva de la soberanía jurisdiccional del Estado conlleva la expansión de la autonomía privada en el campo procesal, que históricamente, como hemos tenido ocasión de analizar, ha estado bajo el dominio del Derecho público durante los últimos doscientos años. A nadie puede extrañar que así se produzca la «huida de la jurisdicción»³⁰, y la consiguiente búsqueda y oferta de medios privados de solución de conflictos, diseñados como eficaces alternativas al proceso jurisdiccional estatal. Se dirá que no hay razones para ser tan alarmista sobre el futuro del Derecho procesal, porque en los sistemas de *civil law*, a tenor de las estadísticas judiciales, las partes siguen desarrollando una intensa litigiosidad a pesar de incentivarse activamente la solución extrajudicial de disputas. Sin embargo, en los sistemas de *common law*, particularmente en el sistema de *common law* estadounidense, allí donde el Estado ha contribuido a incentivar vías extraprocesales de

²⁸ Vid. CARPI, F., «La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione», *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 70, núm. 3, 2016, pp. 811-820.

²⁹ Vid. DE LA OLIVA, A., «ADR, o la riscoperta dell'acqua calda», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 70, núm. 2, 2016, pp. 507-514.

³⁰ Vid. TARUFFO, M., «Aspectos de la crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización», *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUM)*, núm. 3, 1999, pp. 61-75.

solución de conflictos –muchas veces con el concurso activo de los tribunales públicos– el número de casos judiciales ha descendido vertiginosamente, sobre todo tras el acogimiento entusiasta del concepto *Multi-Door Courthouse*. Y tanto es así que la «huida de la jurisdicción» en los Estados Unidos ha desencadenado el fenómeno conocido como *vanishing trial*³¹, objeto de análisis doctrinal entre los *common lawyers*³², los cuales llevan tiempo estudiando las consecuencias que podría traer la penetración excesiva de la autonomía privada en la salvaguarda del orden público procesal tal y como lo conocemos.

Además, téngase en cuenta que tanto en el ámbito de los sistemas de *common law* como de *civil law*, entidades supraestatales y post-soberanas como la UE son un potente factor corrosivo del Derecho procesal estatal, contribuyendo eficazmente a su «despublicación» y privatización, en aras de un enfoque de la administración de justicia de carácter utilitarista y «eficientista», dominado por una vaga y espinosa aplicación de la libertad de mercado. En el ámbito de la UE, ha habido una constante acción transformadora del Derecho procesal civil estatal³³. Buen ejemplo de ello son dos instrumentos de *soft law* importantísimos: la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2013, y, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de noviembre de 2014³⁴. Pues bien, en ambas Directivas se plantea una «concepción premial» de las denominadas alternativas a la jurisdicción, especialmente, la mediación y el arbitraje, estimulando que las partes en conflicto resuelvan sus disputas a través de estas vías extrajudiciales. Igualmente, el Derecho procesal penal estatal tampoco se sustrae a estos factores de centrifugación. La recepción de la *restorative justice*, y fórmulas derivadas del *plea bargaining*

³¹ Vid. REFO, P., «The Vanishing Trial», en *Litigation. The Journal of the Section of Litigation American Bar Association*, volumen 30, n.º 2, Winter, 2004, pp. 2-4. También vid. ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales*, Madrid, 2012, pp. 164 a 166.

³² Vid. STIPANOWICH, T., «ADR and the «Vanishing Trial»: The Growth and Impact of «Alternative Dispute Resolution»», *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, November 2004, pp. 843-912; ACKERMAN, R., «Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital», *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2006, Issue 1, pp. 165-180; YOUND, W., «Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution», *Suffolk University Law Review*, vol. XL, Issue 1, 2006, pp. 67-94.

³³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2018. Acción transformadora que también se hace sentir en el proceso penal.

³⁴ Las Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo; y, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE, han sido objeto de transposición en el Derecho español a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores; y la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

system, está transformando la faz de la justicia penal allí donde se experimenta con estas instituciones procesales de matriz privada³⁵. Tal es el caso de los tribunales del *common law* estadounidense y del *soft law* con el que la UE se empeña en implementar la *restorative justice* como alternativa eficaz al proceso penal.

En todo caso, el proceso de «despublicación» del Derecho procesal, ha abierto de par en par las puertas a una especie de privatización de este Derecho público, conduciendo, paradójicamente, al camino de vuelta.

4. CODA: CRISIS DE IDENTIDAD DEL DERECHO PROCESAL EN EL CONTEXTO GLOBALIZADO

La elección disyuntiva entre lo público y lo privado se cierne sobre el Derecho procesal del siglo XXI en su conjunto, manifestándose de forma inquietante a través de los fenómenos de «huida de la jurisdicción» y relativización del proceso, entendido ahora como un instrumento –entre otros muchos– de solución de controversias jurídicas sujeto cada vez más a la voluntad de las partes. Históricamente, el debate sobre lo público y lo privado en el Derecho procesal ha existido siempre, pero es en nuestro tiempo cuando se advierten suficientes indicios que llevan a cuestionar los fundamentos públicos del Derecho procesal con todo lo que ello puede significar para el desenvolvimiento epistemológico del mismo en el nuevo paradigma de justicia global. ¿Cómo será el Derecho procesal global? Cualquier reflexión invita a echar la vista atrás, tomando como ejemplo la genial síntesis procesal romano-canónica realizada por los glosadores y canonistas medievales del *ius commune*. En cualquier caso, aunque de forma progresiva siga afirmándose el elemento privado sobre el público, lo realmente importante es que el Derecho procesal continúe pivotando sobre tres elementos irrenunciables: la garantía procesal de los derechos, la defensa del contradictorio, y la racionalidad del proceso como medio epistémico abierto a la búsqueda de la verdad para dar a cada cual lo suyo.

³⁵ El triunfo de la *restorative justice* en sistemas de *civil law* como el español es tanto más paradójico cuanto más se piensa en los fundamentos que impulsaron su concepción en el *common law* estadounidense. Si nos fijamos bien en el *criminal procedure law* estadounidense no ha lugar a la acusación particular en ningún proceso. Sencillamente, el poder de acusar tiene carácter exclusivamente público y se monopoliza por los *U. S. Attorneys* y los *State Attorneys*. La víctima no tiene papel alguno en la justicia penal estadounidense como no sea la mera deposición de su testimonio en interrogatorio. De ahí que haya surgido la *restorative justice* como instrumento de reparación efectiva del daño a la víctima. En España desde hace siglos la acusación particular e, incluso, el acusador privado, sirven de cauce para la actuación penal de la víctima. Sobre el *plea bargaining system* vid. ALISTE SANTOS, T., *Op. cit.*, pp. 254-257; sobre *restorative justice*, vid. De URBANO CASTRILLO, E., «La crisis de la jurisdicción penal en un contexto globalizado», VVAA., *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el Derecho contemporáneo*, pp. 350 a 360.

Sobre la dependencia y los derechos del cuidador informal

Rosario Cristóbal Roncero y Nuria P. García Piñeiro

Académicas Correspondientes RAJL

Vocales de la Sección 8.ª de la RAJL

Profesoras Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

1. LA LEY DE DEPENDENCIA COMO NORMA REGULADORA DE LA SITUACIÓN DE «ATENCIÓN» QUE PRECISAN LAS PERSONAS DEPENDIENTES

La «dependencia» es un estado de falta o carencia, concretamente de falta de autonomía personal. El hecho de que una persona adopte decisiones siguiendo el consejo o la iniciativa de otra u otras no parece bastante para convertirla, sin más, en una persona dependiente¹. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LAPD) entiende por dependencia «el estado de carácter permanente en el que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal» (art. 2.2 LAPD). El precepto pone oportuno énfasis en el grave tipo de dependencias aludidas (edad, enfermedad y discapacidad), por un lado, y en la necesidad de que la persona sea atendida por terceros para poder subsistir, por otro. En efecto, el sistema de autonomía y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, SAAD) se caracteriza por la protección que despliega hacia aquellos que padecen cualquiera de las situaciones

¹ MONTROYA MELGAR, A.: «Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas», en *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), Ed. Civitas, 2007, p. 30.

señaladas que originan una dependencia y que les imposibilita para la realización de «las tareas más elementales de la persona que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas (...), entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas» (art. 2.3 LAPD).

En este punto, conviene precisar «la independencia del SAAD»² respecto a otros sistemas, en especial, respecto del sistema de la Seguridad Social, ya que como señala la Exposición de Motivos de la propia Ley 39/2006, la dependencia se configura «como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social»³. Se trata, pues, de un sistema paralelo al de la Seguridad Social, «dejando claro que, ni la dependencia es una contingencia protegida por la Seguridad Social, ni son de Seguridad Social las prestaciones de dependencia que en la Ley se contemplan»⁴. Nos encontramos, por tanto, ante un «sistema de nuevo cuño» que se estructura de forma deliberada a través de un marco generalista, ni público ni privado, residenciado en el artículo 149.1.1.º de nuestra Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva el Estado sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Configurada la dependencia como «una nueva modalidad de protección social» interesa ahora determinar los parámetros a los que atiende la situación de dependencia prevista en la LAPD. Así, señala Montoya Melgar, que «hay dependencia cuando la persona afectada por la incapacidad deja de ser autónoma y necesita ser atendida por terceros para subsistir»⁵. Esta falta de autonomía se concreta en el hecho de que la persona dependiente precisa de «la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria, o en el caso de las personas con discapacidad

² ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social*, Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 2015, p. 474.

³ Recuérdese, no obstante, que la entrada en vigor de la LAPD no ha suprimido las prestaciones del sistema de SS que tienen como finalidad la protección de las personas dependientes (gran invalidez, complemento del 50 % de la invalidez no contributiva, prestaciones familiares por hijo discapacitado a cargo, prestaciones por muerte conectadas a la dependencia, previstas a favor de hijos o hermanos que se hayan dedicado al cuidado prolongado del dependiente fallecido). Nos encontramos ante una situación de «conurrencia de prestaciones económicas y, en su caso, de deducción de las cuantías» (art. 31 LAPD), en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., «La protección de la dependencia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, Ed. Aranzadi, 1.ª Ed., Madrid, 2011, pp. 570-573.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. «Antecedentes y estructura de la Ley 39/2007, de 14 de diciembre», *Aranzadi Social*, 2007, núm. 17 (consultado en Aranzadi Instituciones, BIB 2006/1829, p. 13).

⁵ VV. AA: *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONTAYA MELGAR, A. (Dir.), cit., p. 30.

intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal (art. 2.2 LAPD). En cualquiera de los supuestos, la persona dependiente requiere del concurso de otra para poder realizar los actos esenciales de su vida cotidiana a través de distintas atenciones⁶, ya sean:

- «atenciones ordinarias», que pueden prestarle asistentes o cuidadores no especializados, pertenecientes incluso al entorno familiar o amistoso. Son los denominados por la LAPD «cuidados informales», que se prestan en el propio domicilio de la persona dependiente por personas de su familia o entorno «no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada» (art. 2.5 LAPD), o
- «atenciones importantes», que requieren ser desarrolladas por profesionales, dada su complejidad y/o costo. Son los que la LAPD llama «cuidados profesionales», «prestados por una institución pública o entidad, con o sin ánimo de lucro, profesional autónomo, entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios (...) ya sea en su hogar o en un centro» (art. 2.6 LAPD).

Estas atenciones o cuidados engarzan con la idea de la protección de la familia, como fundamento de la conciliación familiar y profesional, que se ubica en el artículo 39 de la Constitución Española de 1978. En efecto, este precepto recoge el mandato del legislador constituyente «para asegurar la protección social económica y jurídica de la familia» y garantizar el nexo de conexión entre los derechos reconocidos en la legislación laboral española asociados al cuidado de hijos y familiares dependientes y el principio rector de protección social, económica y jurídica de la familia (39. 2 CE). En este sentido, se establece una conexión con el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para poder satisfacer las necesidades de la persona y su familia; confirmando el vínculo entre la protección de la familia y el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras con cargas familiares y que necesitan compatibilizar el cuidado familiar con el trabajo⁷.

Interesa ahora destacar la «protección indirecta»⁸ de la dependencia a través de las garantías del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, con-

⁶ MONTOYA MELGAR, A.: «Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas», en *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), cit., pp. 30-31.

⁷ PÉREZ CAMPOS A. I.: «Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa», *REMYSS*, 2017, núm. 133, p. 53.

⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., «La protección de la dependencia», en YZQUIERDO TOLSA DA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, cit, p. 569. Entre las modalidades o variedades de la protección social de la situación de dependencia, distingue la autora entre: «protección de la dependencia a través del Sistema de Seguridad Social, preexis-

figuradas para permitir a los familiares o allegados a la persona del dependiente, compatibilizar su vida laboral con el cuidado o apoyo del dependiente, o para proteger a quienes han optado por cesar en su vida profesional, o no incorporarse al mercado de trabajo, para cuidar y apoyar al familiar o allegado dependiente. Precisamente, la comunicación se va a centrar en el concepto de cuidador informal o no profesional, y en los derechos que se le reconocen en atención a la dependencia como situación contemplada por la norma laboral, en relación con la conciliación de la vida personal y familiar, y la dimensión que aporta la LAPD.

2. EL CUIDADOR INFORMAL Y LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ET Y EN LA LAPD

Antes de entrar en la enumeración de las medidas laborales previstas en materia de conciliación de la vida laboral y personal con atención a la dependencia, es necesario delimitar el concepto de cuidador informal o no profesional del dependiente. En ese sentido, la doctrina científica⁹ ha puesto de manifiesto la complejidad de la figura, que viene dada por las diferentes situaciones en las que se puede encontrar el cuidador no profesional del dependiente o cuidador informal, y por ende, del diferente régimen jurídico aplicable en cada una de ellas¹⁰.

En principio, la figura del cuidador se refiere a aquella persona –familia o allegada, no profesional– que asiste al dependiente y le ayuda en la realización de las actividades básicas de la vida cotidiana¹¹. Por esta atención y

tente al modelo legal de protección social pública de la dependencia por la LAPD; protección específica de la dependencia a través del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia (SAAD) y la señalada protección indirecta a través de la protección y garantías del derecho social a la conciliación de la vida laboral y familiar desde la perspectiva constitucional de la familia».

⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *La Ley de Dependencia*, Aranzadi, 2007, p. 76; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: La protección de la dependencia, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. VIII, cit., p. 569; MOLINA NAVARRETE, C.: «El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer», RTSS, *CEF*, núm. 297, 2007, p. 33 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006», *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, p. 312.

¹⁰ LÓPEZ BALAGUER, M. «Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales», en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico de la Ley de Dependencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 733.

¹¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., «La protección de la dependencia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., entiende la autora que «una cosa es que se procure el cuidado de la persona dependiente dentro de su medio habitual y otra bien

cuidado, el ordenamiento jurídico articula sobre aquel un conjunto de derechos destinados a facilitar la compatibilidad entre su prestación laboral y su responsabilidad en la atención a la dependencia¹². Ahora bien, a efectos de la delimitación del concepto de cuidador informal también se debe mencionar el referido a la situación del dependiente desde la perspectiva de si es o no beneficiario de la prestación económica prevista en los artículos 14.4 y 18 LAPD, ya que «la existencia del cuidado familiar es la que justifica la prestación económica que no parece que vaya a establecerse en razón de los rasgos de la intensidad o el tiempo de la prestación familiar, sino del grado de dependencia del sujeto y determinada además en su cuantía por la capacidad económica del dependiente»¹³. En efecto, la LAPD dota al cuidador informal, de medidas específicas de protección de forma excepcional y en supuestos tasados.

Por tanto, nos encontramos ante una misma situación, atención al dependiente por el cuidador no profesional, que da lugar, sin embargo, a la aplicación de diferentes regímenes jurídicos. Así, desde el punto de vista de los derechos de conciliación para la atención a la dependencia podemos distinguir dos situaciones diferentes:

- Una, la del cuidador profesional que junto a la atención al sujeto dependiente –con derecho o sin derecho a prestación– mantiene su relación laboral, y en consecuencia, debe hacer compatibles ambas obligaciones teniendo que conciliar su trabajo con el cuidado del dependiente. En este caso, le serán aplicables las medidas de conciliación previstas en el ET y la LGSS.
- Otra, la del cuidador profesional que abandona su trabajo (temporal o definitivamente), o que nunca se incorporó, para atender al cuidado del dependiente, en definitiva, el cuidador que no es trabajador. En este supuesto, si el cuidador se dedica única y exclusivamente al cuidado del dependiente no le serían de aplicación ni las medidas previstas en el ET, ni las de la LGSS en materia de conciliación; únicamente podrá suscribir, como medida específica de protección, un convenio especial con la Seguridad Social en los términos previstos en el artículo 2.1 RD 615/2007, de

distinta que el cuidado recaiga siempre sobre otros miembros de la familia, en especial, sobre el papel de la mujer, lo que podría incidir en la perpetuación de su rol como cuidadora del hogar y de la familia», pp. 599-600.

¹² GARCÍA TESTAL, E.: «Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de seguridad social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales», en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., p. 792.

¹³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006», cit., p. 307.

11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia¹⁴.

Por su parte, la LAPD prevé otros instrumentos de protección específicos, pero para nada se refiere a estas medidas de apoyo o favorecimiento de la labor de atención del cuidador no profesional, especialmente útiles para quienes compatibilizan cuidado y trabajo. De este modo, es necesario acudir a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es la norma que contempla los instrumentos de conciliación para el cuidado de familiares en situación de dependencia¹⁵. Entre las medidas específicas que recoge el ET cabe destacar: la posibilidad de adaptar la jornada laboral (34.8 ET); la reducción de jornada por cuidado de familiar (art. 37.6 ET) y por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6 ET) y, finalmente, la excedencia por cuidado de familiares (art. 46. 3 ET).

No obstante lo anterior, es necesario abordar el alcance de los conceptos de dependiente y cuidador del dependiente, ya que no se encuentra una formulación única de los mismos en la LAPD y en el ET.

a) Por lo que se refiere al concepto de dependiente, recogido tanto en el artículo 2.2 LAPD como en los artículos 34.8, 37.6. 2.º y 46.3 ET, se deduce que ambas normas contienen definiciones compatibles aunque no idénticas¹⁶, y que en ocasiones, alguna de las normas presenta una interpretación más amplia del «dependiente». Así, mientras que el artículo 2.2 LAPD hace alusión a cuatro elementos concretos y definitorios de la calificación de dependencia¹⁷, los preceptos estatutarios admiten un alcance extensivo del concepto, refiriéndose:

¹⁴ Como analizaremos más adelante, el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14 de julio de 2012) ha incorporado, en este punto, modificaciones que suponen un cambio importante en el sistema de protección social del cuidador no profesional. En este sentido, el actual Gobierno ha anunciado la recuperación de las cotizaciones a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales antes de 2019.

¹⁵ Otra de las posibles medidas que se apuntan como instrumento específico de conciliación de la vida laboral y familiar, son las dirigidas a la protección jurídica de los trabajadores que hacen uso de ellas. Un estudio exhaustivo de estas, referidas, básicamente, a la nulidad del despido en los supuestos de utilización de los derechos de conciliación (art. 55.5 ET), el cálculo de las indemnizaciones y el procedimiento especial de resolución de discrepancias en materia de conciliación, lo encontramos en: LÓPEZ BALAGUER, M. «Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales», en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., pp. 758- 764.

¹⁶ LÓPEZ BALAGUER, M.: «Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (I): Medidas laborales», en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., p. 737.

¹⁷ Con clara vocación restrictiva, recuérdese que art. 2.2 LAPD alude a los cuatro elementos definitorios de la calificación de dependencia: a) existencia de una limitación física, mental,

- por un lado, al accidente y/o enfermedad, como causas de dependencia, si bien no exigen que esta situación de dependencia sea de carácter «permanente». Incluso esta interpretación amplia podría alcanzar a los supuestos de cuidado de menor afectado por cáncer (tumores, malignos, melanomas y carcinomas) pues, se habla de que la medida se extiende hasta que el menor cumpla dieciocho años, por tanto, nos encontramos también ante un supuesto de cuidado de familiar permanente o, al menos, duradero en el tiempo; y
- por otro lado, se alude al concepto jurídico indeterminado de que el dependiente «no pueda valerse por sí mismo», que tampoco coincide e incluso es más amplio que la exigencia que contiene la LAPD, que requiere que el dependiente «sea incapaz de realizar por sí mismo las actividades básicas de la vida diaria»¹⁸.

b) En relación al concepto de cuidador informal o no profesional, la opción legal es aquí inversa a la anterior, es decir, el legislador estatutario resulta mucho más estricto a la hora de regular los derechos de conciliación de los trabajadores que deben compatibilizar su actividad laboral con el cuidado de dependientes, ya que solo los que acrediten hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad podrán hacer uso del derecho a la reducción de jornada o a la solicitud de la excedencia previstos, sin incluir, ni a otros familiares, ni desde luego, a los allegados al dependiente sin vínculo familiar alguno. Conviene puntualizar, no obstante, que:

- Aunque no se menciona expresamente al cónyuge, parece lógico entender que esté incluido entre los sujetos causantes de los derechos de conciliación, aun cuando no hay parentesco pero sí idéntica y recíproca obligación de asistencia y socorro mutuo.
- Sin embargo, la aplicación de este derecho no está tan clara en el caso de las parejas de hecho. Sobre su exclusión se ha pronunciado negativamente la doctrina, en el sentido de abogar por una «desvinculación del grado del cuidado del grado de parentesco»¹⁹ en un contexto social en el que los vínculos familiares estrictos se van debilitando y flexibilizando cada vez más²⁰.

intelectual o sensorial; 2) la incapacidad de la persona para realizar por sí misma actividades básicas de la vida diaria; 3) la necesidad de ayuda de otra persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria y; 4) el carácter permanente de la situación de dependencia.

¹⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: «La protección de la dependencia», en YZQUIERDO TOLSA-DA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 601.

¹⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador», *Revista de Derecho Social*, 2017, núm. 78, p. 114.

²⁰ SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M. A.: *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Ed. Tirant lo blanch, cit., p. 38.

- También se olvida la norma del parentesco por adopción, no existiendo razón alguna para dicha omisión, ya que un pariente por adopción puede necesitar el cuidado de un trabajador²¹.

Por todo ello, siendo evidente que en todos los supuestos referidos puede darse una necesidad de conciliación, sería recomendable la reforma de la norma estatutaria para acogerlos expresamente.

Por su parte, la LAPD define el cuidado no profesional como «la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de su familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizado». Como se ha puesto de manifiesto²², nos encontramos ante una «noción ambigua», si bien la normativa de desarrollo de la Ley 30/2006 ofrece las claves para concretar el alcance de los términos. Así, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia:

- su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco; como también podrán hacerlo «las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento» (art. 12.2 RD 1051/2013),
- siempre que convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud.

Junto a esta regla general, la normativa de desarrollo también prevé situaciones excepcionales que extienden el alcance del ámbito subjetivo del cuidador dependiente bajo la concurrencia de determinadas circunstancias. De este modo, se amplía el concepto a personas que no sean familiares hasta el tercer grado, cuando la persona en situación de dependencia:

- tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención. En este supuesto, se admite el cuidado por parte de una persona de su entorno, siempre que: «a) resida en el municipio de la persona en situación de dependencia o en uno vecino, y b) lo haya hecho durante

²¹ GIL PLANA, J. «La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos», *RMEYSS*, 2017, núm. 133, p. 237.

²² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., «La protección de la dependencia», en YZQUIERDO TOLSA-DA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 601.

el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud» (art. 12.2 RD 1051/2013).

- tenga reconocido el grado III o II. Ahora bien, en este caso, será necesaria la convivencia con la persona de su entorno, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que se requiere.
- tenga reconocido el grado I. En esta situación, se exige que el entorno en el que se desarrolle el cuidado del dependiente tenga, además, la consideración de rural; si bien en este supuesto, a diferencia de los matices excepcionales anteriores, no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente.

En fin, de lo expuesto se deduce que, en el ámbito de la Ley de dependencia y su normativa de desarrollo, nos encontramos ante un concepto de «cuidador informal o no profesional» con un alcance subjetivo amplio que se extiende a familiares hasta tercer grado de consanguinidad e incluso a allegados en situaciones excepcionales.

Ahora bien, esta nueva configuración del concepto de cuidador dependiente establece un diferente nivel de reconocimiento de derechos en materia de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia, que no parece tener justificación, y plantea problemas para el ejercicio de las medidas de conciliación previstas en el ET, pues el cuidador de dependiente quedaría al margen del ejercicio de tales derecho, sin perjuicio de que se pueda ampliar el marco subjetivo de estos preceptos en los convenios colectivos o que el trabajador pueda llegar, en su caso, a acuerdos puntuales con el empresario²³. En este sentido, también se ha propuesto una revisión en el Estatuto de los Trabajadores del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas previstas para la conciliación de la vida laboral con la atención a la dependencia, «ajustando el alcance del mismos a los términos previstos actualmente en la normativa reguladora de dependencia, equiparando así en derechos a todos los trabajadores que sean al mismo tiempo cuidadores de dependientes, sea cual fuere su vínculo»²⁴. En todo caso, en una sociedad en la que la mujer está abando-

²³ «Si este es el concepto de cuidador que establece la LAPD, el que, en comparación, fija el ET es más limitado o restringido porque «i) limita el grado de parentesco al segundo grado, ii) no incluye el parentesco por adopción; iii) nada dice respecto del cónyuge», en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., «La protección de la dependencia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 603. La autora también manifiesta la discordancia entre una y otra norma (LAPD y ET) y solicita del legislador «que, en un futuro próximo, la elimine, o cuando menos, la restrinja».

²⁴ En efecto, señala que, de acuerdo con la nueva configuración del concepto de cuidador dependiente, el trabajador cuidador de este, que tenga el carácter de familiar hasta el segundo grado, podrá utilizar cualquiera de las medidas de conciliación prevista en el ET como derechos individuales cuyo ejercicio no puede ser limitado por el empresario, no así el trabajador cuidador de dependiente, salvo mejoras en el convenio colectivo o pacto individual con el empresario», en LÓPEZ BALAGUER, M. «Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la

nando su rol tradicional de cuidadora del hogar familiar y se ha incorporado plenamente al mercado de trabajo, y en la que los vínculos familiares son cada vez más débiles, quizás hubiera que plantearse la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo de la titularidad de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar no solo a casos de parentesco, sino incluso, a supuestos en los que no exista parentesco²⁵.

En conclusión, como ya hemos señalado, nos encontramos ante una misma situación de necesidad, como es la atención al dependiente por el cuidador no profesional, que da lugar, sin embargo, a la aplicación de diferentes regímenes jurídicos previstos en la normativa laboral, de Seguridad Social y en la específica de dependencia.

dependencia (I): Medidas laborales», en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia*. cit., p. 741.

²⁵ Propuesta de *lege ferenda* referida al derecho a la excedencia, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRRO, C: *La excedencia por cuidado de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 63. En igual sentido: GIL PLANA, J. «La excedencia para el cuidado de hijos y familiares: puntos críticos», *RMEYSS*, 2017, núm. 133, p. 237.

Importancia de los Principios Generales del Derecho Privado

Francisco Javier Gómez Gállico

*Registrador de la Propiedad y Mercantil
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación
Académico (Correspondiente) de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España*

1. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO

Dado que «Público y Privado en el Derecho» es uno de los temas de este X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica, y tras leer la magnífica ponencia que sobre la materia ha presentado el profesor D. Tomás Ramón Fernández, he considerado que podría tener algún interés volver a destacar la prevalencia, a mi entender, de lo privado sobre lo público, y en particular de los principios generales del Derecho privado, en la conformación del Derecho. Es posible que mi formación, más enfocada a lo jurídico-privado, influya en la toma de posición, pero lo cierto es que me mantengo en ello tras mi paso por la Administración Pública como Director General de los Registros y del Notariado. Además, en otra ocasión defendí la influencia esencial que han tenido los principios generales de Derecho privado en la economía y esta es una ocasión inmejorable para actualizar esas ideas¹.

Por supuesto, coincido con el insigne autor que la relación entre lo público y lo privado es «de complementariedad más que de oposición, de continua interacción siempre, en permanente búsqueda de un punto de equilibrio». Pero lo cierto es que –a mi juicio– las grandes construcciones jurídicas, que se utilizan en el Derecho Público, proceden del Derecho privado.

¹ GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier, «Influencia de los Principios Generales del Derecho Privado en la Economía de Mercado», Anuario Jurídico Villanueva, número 8, noviembre 2014, páginas 21 y ss.

Muchas categorías jurídicas que a veces se emplazan en el ámbito del Derecho público, son instituciones de innegable carácter privado. Pensemos en los derechos humanos, que son derechos fundamentales de la persona, y que en el Derecho Europeo, el constitucionalismo los ha ido encuadrando en el ámbito jurídico público. En mi opinión este enfoque no es correcto, pues el derecho a la vida, el derecho de asociación, la no discriminación por razón de sexo, ideología o religión, el respeto a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, el derecho a la fundación, a la propiedad o a la herencia –entre otros– por mucho que estén regulados pensando en la organización política del Estado, y se encuadren en el Derecho Constitucional, son ante todo derechos del individuo. Su reconocimiento por la más alta norma jurídica reguladora de las instituciones políticas del Estado, no resta un ápice a su configuración como derechos de la persona, y por tanto a su consideración como derechos civiles. Lo mismo ocurre con los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, que forman parte de la condición humana, y que son indisponibles y no susceptibles de transacción.

Alguno de los derechos privados esenciales del ser humano, como el derecho de propiedad, no son reconocidos por la Constitución Española como derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero sí como derechos y libertades públicas, y son susceptibles de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nadie duda, y menos los especialistas en Derecho natural, que la organización jurídica debe respetar estos derechos, por ser esenciales a la persona, cualquiera que sea la forma de organización política que se adopte. Y aunque es cierto que en el siglo XX se ha ido delimitando el concepto de función social de la propiedad y la existencia de diversos estatutos de la propiedad, de manera que se ha ido abriendo camino a una propiedad no absoluta, que está encaminada a la satisfacción del interés general, eso no justifica que el poder público pueda eliminar el núcleo esencial del derecho de propiedad, que son las facultades de goce, disposición y la muchas veces olvidada, facultad de reivindicar. Que la amplitud del goce pueda ser mayor o menor, según se trate de propiedad rústica o propiedad urbana, o que en esta los planeamientos urbanísticos puedan incidir en los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de atribución, no contradice que el núcleo del derecho de dominio es esencialmente un concepto jurídico privado. Lo accesorio es la delimitación del contorno del derecho de propiedad, el núcleo es lo esencial y no puede ser reducido so pena de producir la escisión nuclear del dominio y la desaparición del Estado de Derecho.

En el ámbito de otros derechos civiles en terminología anglosajona, o derechos o libertades públicas –derechos fundamentales del individuo– ocurre lo

mismo. Es conocida la doctrina *Brandenburg* en la doctrina jurisprudencial de Estados Unidos, donde el derecho del individuo a la libertad de expresión solo se admite que pueda ser restringida por la autoridad pública, cuando incite a una violencia clara e inminente o por incitación al odio. El Derecho público no puede restringir el derecho de un individuo a expresarse ni, el Estado puede prohibir sostener determinadas ideas, aunque resulten equivocadas, ni tampoco el derecho a expresarlas, ya que «el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado»². El Estado no puede prohibir el derecho de expresión del individuo salvo en supuestos muy excepcionales, que tienen que estar legalmente tipificados, sin que puedan venir restringidos por una norma reglamentaria.

Categorías jurídicas menos iusnaturalistas, que han sido reconocidas por el Derecho en normas positivas, y que se utilizan en el Derecho público, proceden del Derecho privado. Pensemos en las categorías de nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa), procedentes del Derecho contractual privado y que, por extensión, juegan, con especialidades propias, en el ámbito del Derecho administrativo. Tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, la anulabilidad tiene un menor alcance que la nulidad de pleno Derecho, la cual deriva de no haberse observado elementos esenciales del acto o negocio. En la nulidad absoluta cabe dejar sin efecto lo actuado con efectos *ex tunc* –a través de un procedimiento de revisión de oficio en el caso del Derecho administrativo–, mientras que la anulabilidad es susceptible de confirmación o convalidación. En definitiva, el Derecho público adopta conceptos de Derecho privado. Lo mismo ocurre con la institución de la prescripción, que lleva, por razones de seguridad jurídica, a consolidar situaciones jurídicas y a hacer decaer derechos y facultades, aunque es cierto que el Derecho administrativo la refuerza a través de la construcción jurisprudencial de la protección de la confianza legítima.

Un ejemplo más lo constituye la nacionalidad. Se suele situar esta institución en el ámbito de lo público, cuando es esencialmente un derecho privado. Desde una perspectiva jurídico-pública, la nacionalidad determina la sujeción del individuo a un determinado Estado en cuanto al ejercicio de sus derechos políticos. Pero no debe olvidarse que la nacionalidad es ante todo un estado civil, que determina la sujeción a un entramado de normas jurídico-privadas, que son las que están sujetas a la ley personal del individuo. Las normas de Derecho Internacional privado reconocen la prevalencia del

² Véase VALERO HEREDIA, Ángel, «Los discursos del odio, un estudio jurisprudencial», *Revista Española de Derecho constitucional*, 2017.

status personae en materias tales como matrimonio, familia, capacidad, filiación, ... en general las más cercanas a los derechos individuales. Y es un derecho fundamental del individuo el gozar de al menos una nacionalidad, evitándose situaciones de apatridia.

En España, demuestra el carácter jurídico privado de la nacionalidad el que aún esté regulada en el Título Preliminar del Código Civil, como, por cierto, ocurre también en la regulación de las normas interregionales de determinación de la aplicación de los derechos civiles forales o especiales. Y si bien es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa ha ido asumiendo competencia en ciertos aspectos de la nacionalidad (como ocurre en la adquisición a través de expedientes de adquisición de nacionalidad por residencia), aún conserva la jurisdicción civil competencia en materias relativas a la declaración del derecho de nacionalidad (caso de la adquisición de nacionalidad de origen en los supuestos del artículo 17 C. C. o de la consolidación de la nacionalidad por constante posesión de estado a que se refiere el artículo 18 C. C.). Lo mismo ocurre en otras materias propias del Registro Civil, como las relativas a la atribución del nombre, apellidos, patria potestad, limitaciones a la capacidad de obrar, adopción, etcétera, donde la intervención de la administración no puede llegar a desnaturalizar que son figuras de Derecho privado, y que es un juez ordinario –de la jurisdicción civil y no de la contenciosa– quien debe conocer de las materias relativas a ellos.

España como nación moderna, pese a lo que se pueda destacar desde la perspectiva jurídico-pública y constitucional, nace cuando se dota de una legislación nacional general de Derecho privado, de la que encontramos ejemplos en la Ley Hipotecaria de 1861, en la Ley del Notariado de 1862, en la Ley de Registro Civil de 1870 y en el Código de Comercio de 1885. En definitiva, nace como Estado de Derecho con la codificación. Todas ellas se aprueban incluso antes que el propio Código Civil de 1889, precisamente porque nadie dudaba, a diferencia del debate que se producía entre foralistas y partidarios de la unificación del Derecho Civil, en que era necesario un entramado de leyes jurídico-privadas que permitieran las relaciones sociales y económicas entre los individuos.

Algo similar es lo que está pasando a nivel europeo, donde cada vez son más los que piensan que la integración de los países de la Unión Europea pasa también por la unificación de su Derecho privado. El mercado interior exige también el acercamiento de las instituciones de Derecho privado. De ahí los esfuerzos de unificación de los principios contractuales de Derecho europeo y la numerosas directivas y reglamentos en Derecho privado, no solo de Derecho Mercantil o concursal, sino también Civil.

2. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PRIVADO

Los principios generales del Derecho manifiestan igualmente la preponderancia del Derecho Civil o privado en general, pues impregnan la totalidad del ordenamiento jurídico. Son los elementos estructurales de la organización jurídica, son comunes a los países democráticos, sean de influencia continental o anglosajona.

Son así principios de Derecho privado que deben respetarse, cualquiera que sea la estructura política del Estado, siempre que se quiera este encuadrar en el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, los siguientes: el principio de autonomía de la voluntad, con el límite de la ley, la moral y el orden público; el principio de libre creación de derechos reales; la libre transmisibilidad de los derechos patrimoniales; el principio de buena fe; el principio de responsabilidad patrimonial universal y de cumplimiento de los contratos; la irretroactividad de las normas; la igualdad de los nacionales y los extranjeros en los derechos patrimoniales; la protección de la buena fe de los terceros; y en general el de seguridad jurídica.

Hay que reconocer que el Derecho público, en particular el administrativo, aporta otros igualmente importantes para la conformación del Estado Social y Democrático de Derecho, como es el de respeto a la jerarquía de las normas, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o la moderna concepción del silencio administrativo positivo, que favorece enormemente las solicitudes de los ciudadanos frente a la administración.

1.º El principio de autonomía de la voluntad

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, los negocios entre particulares son obligatorios sin más límite que la ley, la moral y el orden público. Cualquier sistema político o Estado social de Derecho, debe sostener que todo lo que no esté prohibido es válido, y no la regla contraria de que solo esté permitido lo expresamente admitido.

En Derecho Romano se decía «*pacta sunt servanda*». Mientras no sean estipulaciones prohibidas expresamente o contrarias a la moral o a los principios esenciales de nuestro sistema social y político –no otra cosa significa orden público– lo pactado es válido y vincula a los contratantes. Pero lo mismo debe ocurrir frente a la administración, no solo cuando actúe como sujeto de Derecho privado, sino cuando actúe investida de *imperium*, pues debe proteger las actuaciones de los individuos que no transgredan la norma. Las restricciones a la libre negociación de los individuos deben ser excepcio-

nales y de interpretación restringida. También en su negociación con la administración pública. La voluntad de los otorgantes debe ser la principal fuente de las obligaciones, y solo tiene como límite que haya norma prohibitiva expresa, o vaya en contra de la moral o el orden público, entendidos como principios esenciales de nuestro sistema social y político. Eso sí, cuando vayan en contra de norma imperativa el acto es nulo de pleno derecho, salvo que en aquella se establezca un efecto distinto para caso de contravención (cfr. art. 6-3 C. C.)³.

2.º ***Numerus apertus* en la creación de derechos reales**

Se erige en esencial la tipicidad de los derechos, esto es, la definición típica por la ley del ámbito, extensión y efectos de los derechos que pueden ser intercambiados. La doctrina de los «*property rights*» no es otra cosa que eso: la definición clara de los derechos reales que facilite la negociación de los bienes, proporcionando a los operadores del mercado una información rápida y fiable de las consecuencias jurídicas de sus decisiones. Ahora bien, la tipicidad de los derechos reales debe conciliarse con la aparición de nuevas figuras no contempladas explícitamente por el legislador. Para ser competitivos en el mercado, deben admitirse nuevas figuras de derechos reales. Mientras exista causa justificativa para su reconocimiento y no exista figura jurídica que ya cumpla su cometido, debe el ordenamiento jurídico permitir que se creen nuevas figuras de eficacia o transcendencia real. Por esta vía se han admitido en España nuevos derechos reales, no contemplados en el Código Civil, tales como el tanteo convencional, los derechos de aprovechamiento por turnos –que nacieron al margen de un reconocimiento legal expreso como multipropiedad⁴– y se ha incorporado a nuestro Derecho figuras extranjeras, como *el leasing* inmobiliario, o *el trust*, figuras que han sido admitidas en nuestro Derecho en la denominada jurisprudencia registral, por analogía con figuras cercanas en nuestro Derecho como es el arrendamiento con opción de compra o las titularidades fiduciarias.

³ Por poner un ejemplo de contravención del orden público interno, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que aborda el problema de la maternidad subrogada. Otro ejemplo sería la imposibilidad de extender el régimen económico matrimonial de gananciales a las uniones de hecho, problema que aborda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013 y según la cual la normativa del matrimonio –en particular del régimen económico matrimonial– no puede ser aplicable analógicamente a las uniones de hecho, dado que la unión de hecho, aún generando una familia no equivale al matrimonio.

⁴ Finalmente, reconocidos por la Ley 4/2012, de 6 de julio, sobre aprovechamiento por turnos, anteriormente Ley 42/1998, de 15 de diciembre

3.º Libre transmisibilidad de bienes y derechos.

No puede existir mercado ni sociedades avanzadas, ni se puede hablar de Estado Social y Democrático de Derecho, sin reconocimiento de este principio general⁵.

La libre transmisibilidad de los bienes y derechos, tiene como consecuencia la apertura del mercado de garantías. Una de las modalidades de garantías reales que se están ahora abriendo camino con más fuerza, es el de la pignora-ción de los derechos de crédito, incluso aunque no hayan nacido –sean mera-mente futuros y siempre que la relación jurídica básica de la que nazcan esté determinada–. La posibilidad de pignorar créditos futuros, su libre transmi-sibilidad, ha llevado a la necesidad de crear registros internacionales de garan-tías en el ámbito aeronáutico, ferroviario, y en la explotación de satélites⁶.

4.º Principio de buena fe

Un Estado de Derecho se asienta en el principio de Derecho privado –pero que se extiende al Derecho público– consistente en que el ejercicio de los derechos debe ser de buena fe. El Derecho no admite el ejercicio antisocial de los derechos. La mera titularidad de un derecho no ampara su ejercicio abusi-vo. Ya lo sancionó la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, verdadera constitucionalización anticipada de nuestro Derecho privado.

El ejercicio del derecho tiene como límites su función social, el no lesionar derechos de otros, no ir en contra de los propios actos. La doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos –por ejemplo, en la invocación tardía de defectos puramente formales– puede servir también de criterio para determi-nar el ejercicio abusivo de un derecho. Pero también en el ámbito contractual rige la exigencia de buena fe. Los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean confor-

⁵ Nuestro Ordenamiento jurídico privado lo incorpora teniendo manifestaciones disper-sas: los derechos son transmisibles salvo pacto en contrario (art. 1112 C.C.), no caben sustitucio-nes fideicomisarias más allá del segundo grado (art. 781 C.C.), no cabe prohibiciones perpetuas de disponer o enajenar, ni más allá del límite para las sustituciones fideicomisarias (art. 785 C.C.), no tienen acceso al Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso (arts. 26 27 Ley Hipotecaria), ni es válido el pacto de no hipotecar (107.3 LH).

⁶ Dentro de este contexto cabe destacar que España ha ratificado el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, mediante instrumento de adhesión publicado en el «BOE» el 4 de octubre de 2013. Este convenio internacional consta de tres protocolos internacionales adicionales, sobre bienes aeronáuticos de la misma fecha que el Convenio marco; sobre material ferroviario (Luxemburgo, 23 de febrero de 2007); y sobre equipos móviles en temas relativos a bienes espaciales (firmado en Berlín, el 9 de marzo de 2012).

mes a la buena fe, al uso y a la ley (cfr. art 1258 C. C.). La buena fe es así elemento integrador del negocio jurídico.

Este principio tiene otras consecuencias: la necesidad de un equilibrio inicial entre los contratantes; la obligación de informarse recíprocamente de los riesgos; la imposibilidad de que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes; y la necesidad de transparencia en las condiciones generales de los contratos.

5.º El principio de responsabilidad patrimonial universal

Un presupuesto básico de un mercado que funciona con eficiencia en la asignación de recursos es que las obligaciones contraídas sean cumplidas. Los costes de transacción se incrementan a medida que la morosidad se va incrementando, y hacen inviable el mercado cuando el pago o cumplimiento de las deudas se paraliza. Todo Estado de Derecho debe basarse en el principio de Derecho privado de que las deudas deben ser satisfechas a su vencimiento y, en caso contrario, debe proveerse de remedios al acreedor. El principio general de responsabilidad universal se suele cifrar en el artículo 1911 del Código Civil, cuando afirma que el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros. Son muchos los mecanismos que el Derecho ofrece para asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones. Desde la autorregulación de los contratantes (principio de autonomía contractual) hasta la previsión por parte del Ordenamiento jurídico de garantías que aseguren el pago.

El reconocimiento de un derecho subjetivo implica no solo la atribución de facultades a los sujetos, sino también el reconocimiento de acciones. Y por tanto también de procedimientos para hacerlas efectivas. No podremos considerar un mercado como eficiente, si al acreedor no se le ofrecen cauces adecuados para la recuperación de su inversión o la ejecución de sus garantías.

6.º Irretroactividad de las normas

La irretroactividad de las normas, como criterio general, es también esencial para la inversión y la creación de riqueza. En economía se habla de riesgo país para determinar los peligros de inversión, y uno de los factores determinantes es que no se alteren las normas aplicables, al menos que no tengan efectos retroactivos que puedan mermar la rentabilidad de la inversión.

Nuestro Código Civil, desde su publicación y, específicamente, en la reforma del Título Preliminar en 1973, insiste en la irretroactividad de las normas como criterio general (artículo 2.3). Pero mucho antes ya, las disposiciones transitorias del Código Civil, verdadero modelo de regulación prudente y no retroactiva de sus disposiciones salvo en lo favorable. Merecen destacarse las tres primeras, verdadero ejemplo de mesura en la aplicación de las nuevas normas del Código Civil.

Este principio de irretroactividad de las leyes restrictivas, y en especial de los reglamentos y disposiciones de rango inferior, ha sido elevado a principio constitucional en el artículo 9 de la Constitución Española.

7.º Igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros en el Derecho Patrimonial

Considero también un principio general de Derecho privado esencial para favorecer la inversión y el desarrollo económico, además de por elementales razones de justicia y equidad, que los extranjeros tengan en el país los mismos derechos que los nacionales. Ningún Estado Social y Democrático de Derecho puede prosperar estableciendo restricciones a las inversiones extranjeras, o limitándolas, sin perjuicio de su control desde un punto de vista estadístico o macroeconómico, y de la posibilidad de establecer sectores estratégicos de interés para la defensa o la economía nacional, así como la facultad de exigir previa autorización administrativa cuando sea una inversión procedente de paraísos fiscales.

España recoge este principio general de equiparación con los extranjeros desde la legislación de Partidas, de la que pasó a nuestros Códigos Civil y de Comercio. Así el artículo 15 del Código de Comercio reconoce la libertad de ejercicio del comercio de las personas físicas y jurídicas extranjeras, sometiéndose en cuanto a su capacidad a la ley personal, como igualmente confirman los artículos 9.1 y 9.11 del Código Civil.

8.º Protección de terceros de buena fe

El principio de protección de terceros de buena fe (también podríamos denominarlo de conservación de los negocios jurídicos en beneficio de terceros) es uno de los principios generales del Derecho básicos para el desarrollo económico. No habría inversión sin que se garantizara la protección a quien confía

de buena fe en la apariencia derivada de las instituciones o de quien ignora las irregularidades que puedan afectar en la legitimación del otro contratante⁷.

9.º El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es uno de los básicos en todo Estado Social y Democrático de Derecho. Las personas físicas y jurídicas, cualquier operador jurídico, tiene derecho a la predictibilidad de las consecuencias de sus actuaciones. Eso se traduce en la necesidad de tipicidad de las normas penales y administrativas sancionadoras, y en que no haya actuaciones contradictorias de las autoridades administrativas y judiciales en supuestos idénticos. En materia societaria e inmobiliaria este principio es esencial, ya que la protección de terceros de buena fe es el eje de todo el sistema y base de la inversión. Aquí el principio de seguridad jurídica se denomina más específicamente como seguridad jurídica preventiva, y su máximo exponente se plasma en la protección de quien adquiere confiando en lo que el Estado proclama a través de un registro público.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de marzo de 2007, de unificación de doctrina de la Sala Primera, potencia claramente la fe pública registral, interpretando que la fe pública registral sancionada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege no solo al tercer adquirente, sino también al que primero adquiere, a título oneroso, e inscribe su título. Aunque no tenga legitimación dispositiva el vendedor (en definitiva, aunque no sea verdadero propietario), se protege al comprador de buena fe que confía en los pronunciamientos registrales. Si fuera, así no habría nadie que –salvo concertando un seguro– se atreviera a comprar un inmueble o a conceder un crédito hipotecario.

Cuando la propiedad de la tierra está formalizada e inscrita en un registro público, en un registro de la propiedad, y en consecuencia no existen dudas de la titularidad y de las cargas existentes sobre los inmuebles, el valor de esa propiedad crece exponencialmente. Y cuantos mayores efectos atribuya el Derecho a esa inscripción, mayor valor atribuirá a la propiedad inscrita. Por eso no son iguales todos los sistemas registrales. Solo los sistemas basados en la titulación pública, en el folio real, en la calificación y en la fe pública registral, se consideran hoy en día como sistemas plenamente fiables y garantías de la mayor rentabilidad de la propiedad inscrita.

⁷ La protección del tercero de buena fe se recoge en sede de rescisión (art. 1295 C.C.); en la adquisición de bienes muebles (art. 464 C.C. y 85 Co.Co), en la protección de los terceros que contratan con el mandatario sin conocer la revocación del poder (art. 1734 C.C.), así como en la subsistencia del poder extinguido (art. 1738 C.C.).

III. CONCLUSIÓN

La influencia del Derecho privado en la construcción del Derecho público es innegable, y muchas categorías que a veces se encuadran en este, son más bien propias del Derecho privado, como ocurre con los derechos fundamentales, los derechos de la personalidad, o la nacionalidad. Las construcciones jurídicas de Derecho privado sirven de base a las que operan en Derecho público, como ocurre con las categorías de nulidad, prescripción, etcétera. Es básico en cualquier Estado Social y Democrático de Derecho el respeto a los principios de Derecho privado como son: el principio de autonomía de la voluntad –con el límite de la ley, la moral y el orden público–; el de libre creación de derechos reales; la libre transmisibilidad de los derechos; la buena fe contractual, con sus manifestaciones de sinalagma inicial de prestaciones, información sobre riesgos contractuales y transparencia de las condiciones generales, así como de proscripción de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores; el principio de responsabilidad patrimonial universal; la irretroactividad de las normas, no solo de los reglamentos sino también de las leyes cuando no sean favorables; así como la igualdad de los españoles y los extranjeros; la protección de la buena fe de los terceros; y en general el de seguridad jurídica, particularmente a través de los mecanismos de seguridad jurídica preventiva.

Ius Publicum vs Ius Privatum **en el Derecho de Familia Actual:** **Los Límites de la autonomía** **de la voluntad en los acuerdos** **prematrimoniales¹**

Ania Granjo

Académica Correspondiente RAJYL
Doctora en Derecho Civil
Exmagistrada. Abogada

SUMARIO: 1. *Exordio*. 2. *Principales reformas normativas en Derecho de Familia y la libertad contractual*. 3. *Utilidad práctica de las capitulaciones matrimoniales y sus pactos*. 4. *El principio Ulpiniano pacta sunt servanda*. 5. *La ratio essendi del ius privatum y los límites del ius publicum*.

1. EXORDIO

Podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que en la actualidad estamos asistiendo a lo que bien pudiéramos llamar una *despublicación* del Derecho de Familia o, si se prefiere, a una progresiva *contractualización* del mismo.

El amplio margen que se deja a los ciudadanos en aras a su libertad contractual, es un claro ejemplo de la ampliación de los límites legales de la autonomía de la voluntad en favor de una disminución del intervencionismo público en dicho campo que, como veremos más adelante, queda restringido prácti-

¹ Ponencia basada en la tesis doctoral de la autora titulada *Arbitraje, Protocolo y Empresa Familiar desde el Derecho de Familia, la Unión Europea y la Diplomacia Económica Internacional. El método Arbicof*. Defendida en la Universitat de València (2015), habiendo obtenido la calificación de sobresaliente *cum laude* del tribunal presidido por el Excmo. Sr. D. Fco. Javier Orduña Moreno, catedrático de Derecho Civil y magistrado del TS, Sala de lo Civil.

camente a la defensa de los derechos de los menores e incapacitados y a velar por impedir situaciones de graves desigualdades entre esposos que solicitan su ruptura matrimonial.

Un claro ejemplo, al que en la práctica no se le otorga toda la importancia que tiene como instrumento vehiculizador de la libertad contractual de los futuros esposos, son las llamadas capitulaciones matrimoniales, carta de nupcias, o *capítols*. De su importancia, alcance, contenido y limitaciones versa esta ponencia.

Su contenido puede, y en nuestra opinión, debe ir más allá de la mera fijación de la elección del régimen económico matrimonial que regirá en el matrimonio de los futuros consortes o de su modificación, trascendiendo, y con mucho, la definición realizada por DÍEZ PICAZO, L/GULLÓN como un «negocio jurídico por medio del cual se regula el régimen económico-conyugal por la autonomía de los contrayentes» en consonancia con la literatura jurídico-doctrinal y el código sustantivo.

Por su parte, el Código Civil no solo proclama la libertad contractual de los cónyuges, sino que amplía legalmente la autonomía de la voluntad de los mismos al consagrar, mediante fórmula residual en el artículo 1.325 del código positivo, cuando determina que «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.»

En efecto, en ese «cualquiera otras disposiciones» podemos entender que pueden figurar, además de la fijación del régimen económico matrimonial elegido por los otorgantes, otros pactos como por ejemplo: las donaciones entre los propios esposos o por uno de ellos al otro, la promesa de mejorar o no, cuya fijación en capitulaciones gozaría de irrevocabilidad en virtud de la excepción al efecto contemplada en el artículo 827 del CC, las donaciones realizadas por un menor no emancipado con capacidad legal para casarse, siempre que sea autorizada por sus padres o tutor, y la donación entre esposos de bienes presentes y futuros (estos últimos para el caso de fallecimiento) con arreglo, eso sí, a lo regulado en las disposiciones respecto a la sucesión testada, sus requisitos y limitaciones.

Como corroboraremos a lo largo de este trabajo, tanto la legislación nacional como las autonómicas dejan un amplio campo de actuación a la voluntad contractual de los esposos, limitándose a velar, en aras a su validez y eficacia, a controlar los requisitos meramente formales de forma: escritura pública –aunque alguna normativa autonómica admite pactos en el convenio regulador presentado en el procedimiento de disolución/separación matrimonial

judicial, si bien circunscribiendo su eficacia post ratificación judicial– la celebración del enlace durante el año siguiente a su otorgamiento (en caso de las capitulaciones prenupciales) siendo este un plazo de caducidad, y a las limitaciones comentadas respecto a las materias de orden público sustraídas a la voluntad de las partes, haciendo un especial hincapié en la observancia de la igualdad de derechos entre los esposos sancionando su efectividad para los supuestos que los pactos supongan una restricción efectiva de dichos derechos.

Todo ello sin olvidar que el propio artículo 1328 del CC establece una prohibición, si bien parcial y limitada, al pacto concreto que contravenga la misma, por ser contrario a la Ley, costumbre o restrictivo de igualdad de derechos correspondiente a cada otorgante.

En el plano de un posible divorcio futuro, entendemos que las capitulaciones matrimoniales suponen un instrumento necesario, adecuado y útil a los fines de preservar el patrimonio de los cónyuges, con la intención de que no afecte, o afecte lo menos posible, en el supuesto de ruptura matrimonial, de alguno de sus miembros que se vea envuelto en un proceso judicial posterior.

Además de evitar el tedioso procedimiento para liquidar la sociedad conyugal, por inexistente *ab initio*, en el supuesto de que se pactara el régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes en dicho documento.

Y ya en el ámbito empresarial, resulta indiscutible la conveniencia (por no hablar de casi obligatoriedad) de suscribir las capitulaciones matrimoniales como documento preparatorio y accesorio al negocio principal –el matrimonio– donde tiene una gran utilidad, no solo para fijar el régimen económico matrimonial de la futura pareja (de un miembro de la empresa con otro ajeno a la misma, o con otro de distinta mercantil) a fin de no involucrar masas patrimoniales empresariales con personales, ni confundir patrimonios de distintas empresas por las mismas razones.

Amén de estas ventajas, hemos de resaltar la seguridad jurídica y judicial que proporciona la escritura notarial a los cónyuges, como título ejecutivo en una futura contienda jurisdiccional, y como protección de sus derechos a los derechos de terceros de buena fe que proporciona la publicidad de las capitulaciones mediante su inscripción en los oportunos registros: Civil (indicación), de la Propiedad (toma de razón), referido a los inmuebles, y la Notarial (en el propio protocolo notarial y en sus copias).

Y más concretamente si nos centramos en las empresas familiares, el regular las relaciones, no solo de índole patrimonial, como personal (con las limitaciones

legales pertinentes) de los futuros esposos en previsión de una futura ruptura afectiva antes de que suceda, es fundamental. En este documento se pueden fijar medidas compensatorias para paliar posibles efectos desiguales en caso de divorcio al haber pactado los futuros esposos el régimen de separación de bienes. De este modo se consigue evitar posibles desigualdades futuras que pudieran producirse de algún miembro ajeno a la empresa familiar y vencer la resistencia del mismo para otorgar las capitulaciones y cuantos documentos fueren precisos, en aras al cumplimiento del Protocolo Familiar que la determinada mercantil tenga suscrito. Con ello, se previenen futuras disputas, y lo más importante, la quiebra o fisura de los propios intereses de la mercantil familiar.

La importancia de la voluntad privada queda ampliamente constatada en que prima frente a la legislación estatal o autonómica, que solo actúa subsidiariamente en caso de inexistencia, invalidez o ineficacia de la misma y como garante del cumplimiento del orden público establecido al respecto.

Con carácter residual, pero no menos importante, señalar que no cabe duda alguna que los citados pactos, en una futura contienda judicial, servirán de pauta al juzgador para valorar las voluntades de los esposos contendientes en época «no sospechosa» respecto de los puntos sometidos a su tutela jurisdiccional cuando los ánimos están exaltados.

De todas formas y dado que, aunque la autonomía convencional de los esposos se ha ampliado considerablemente con el paso del tiempo, no es menos cierto que algunos de los pactos contenidos en las mismas, en orden a las donaciones contenidas en ellas, o respecto a pactos concernientes a operaciones liquidatorias de la sociedad legal de gananciales ya resuelta, originan pronunciamientos judiciales invalidantes de dichas convenciones. Cabría estudiar para el caso *ad hoc*, la conveniencia de incluir determinados pactos convenientes en el documento capitular o en otro accesorio e instrumental para conseguir la misma finalidad.

Es pues, el Derecho de Familia, una de las ramas que más transformación ha sufrido y está sufriendo en nuestro país en los ámbitos jurídico, social y político, y que ha conllevado unos paquetes de medidas legislativas muy importantes e innovadores que han revolucionado todo este amplio panorama y que han afectado enormemente al régimen jurídico matrimonial y familiar que existía en el período predemocrático, anterior a la promulgación de nuestra Carta Magna.

Las razones son muchas y variadas, pero entre ellas podemos apuntar las siguientes:

1.^a) Los pactos realizados por los cónyuges los sienten más comprometidos y, por lo tanto, los asumen con más facilidad reduciendo con ello significativamente sus incumplimientos y la litigiosidad judicial.

- 2.^a) Obedecen a una realidad más ajustada a la situación familiar concreta de la pareja en caso de ruptura y ello facilita la labor de su cumplimiento.
- 3.^a) Se evita el resentimiento de haber tenido que ser fijados por un tercero ajeno a la pareja (en el caso del órgano jurisdiccional) demostrando con ello la capacidad de diálogo y compromiso de los esposos.
- 4.^a) Mejora el diálogo post matrimonial entre los ex cónyuges con gran beneficio en el caso de existencia de hijos comunes.

Repasemos brevemente cuáles son las normas legislativas más significativas y cruciales que han promovido estos cambios en el Derecho de Familia, y que han supuesto, sin duda en estas últimas cuatro décadas, un reconocimiento cada vez más amplio a la autonomía privada a los esposos y que, unido a la jurisprudencia menor y mayor, ha supuesto lo que ya venimos apuntando desde el inicio de este trabajo: una *progresiva contractualización del Derecho de Familia a través de la libertad de pactos legalmente reconocida a los cónyuges*.

Pero ¿cómo se vehiculiza esta manifestación de autonomía de la voluntad? Según los más insignes juristas, la más reputada doctrina, jurisprudencia, investigadores, académicos y la casi totalidad de los prácticos del Derecho de Familia, coincidimos en afirmar que la autonomía de la voluntad de los esposos se lleva a cabo a través del término acuñado por DÍEZ PICAZO, los llamados *negocios jurídicos de Derecho de Familia* entre los que encontramos, principalmente, los siguientes:

- a) Las capitulaciones matrimoniales.
- b) El convenio regulador.
- c) Los pactos privados para los supuestos de separación de hecho.

La promulgación de normas en esta materia ha sido muy prolija en estos últimos años. Procedamos a continuación a repasar las leyes más significativas y de mayor calado en el panorama nacional que, a nuestro juicio, han vehiculado la expansión de esta libertad contractual de los esposos, reflejándolas a continuación por orden de importancia.

2. PRINCIPALES REFORMAS NORMATIVAS EN DERECHO DE FAMILIA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1.º) La *Ley 14/1975, de 2 de mayo*, que haciéndose eco del cambio social apuntado, expresa en su Preámbulo «Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del derecho de familia» y que, en palabras de RUBIO, «persigue como objetivo principal eliminar las tradicionales restricciones que han venido afectando a

la capacidad de obrar – o, al menos, a la posibilidad de actuar con plena eficacia– de la mujer casada».

España, en los últimos coletazos políticos del régimen dictatorial, y camino de una transición política hacia la democracia, debía ir asentando los valores en pro de la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, y ello pasaba necesariamente por la desaparición de las discriminaciones legales que venía sufriendo la mujer, por razón de sexo, siendo esta Ley un paso necesario para la carrera a meta de tales objetivos sociales, jurídicos y políticos. En esta misma línea la Ley 11/1990.

Un paso más, y tres años más tarde de promulgarse la Constitución Española, hallamos la publicación de las siguientes leyes en esta materia a fin de adaptarlas a los principios constitucionales de la Carta Magna del 78. Así, la siguiente norma regula la materia de filiación, potestad y régimen económico matrimonial.

2.º) La *Ley 11/1981, de 13 mayo*, que, en palabras del propio preámbulo del texto legal «modifica el título V del libro I del Código Civil, con los artículos ciento ocho a ciento cuarenta y uno comprendidos en el mismo». La importancia de esta Ley la hallamos en la reforma que llevó a cabo de, entre otros, los artículos 1323, 1324 y 1458 del CC, consagrando con ello el principio de absoluta libertad de contratación de los esposos para celebrar entre sí toda clase de contratos y negocios jurídicos.

Apenas unos meses más tarde, se promulgaría la primera Ley de divorcio postconstitucional para dar respuesta a una realidad imperante en España de parejas separadas, unidas de hecho con otras personas por imposibilidad de ruptura del vínculo anterior.

3.º) La *Ley 30/1981, de 7 de julio*, que introdujo la figura del convenio regulador en el artículo 90 del CC para la regulación en los supuestos de separación, nulidad y divorcio. Esta figura supuso, en expresión de GONZÁLEZ DEL POZO, una «privatización del matrimonio al conferir a la voluntad de los cónyuges, plasmada en dicho convenio, la categoría de primera fuente jurídica de ordenación o regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial».

4.º) La *Ley 13/2005* que vino a reconocer el derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo, dando amparo a los preceptos constitucionales que proclaman la igualdad entre sexos en aras a contribuir al desarrollo de la libre personalidad del artículo 10 de la misma norma fundamental. En esta línea argumental se expresa su Exposición de Motivos.

Así pues estas dos últimas leyes referenciadas, unidas a las correspondientes modificaciones de la Ley Procesal en orden a regular los cauces procesales oportunos para la tramitación de los procedimientos tendentes a la separación, nulidad y divorcio, supusieron la gran revolución en esta materia.

Coincidimos con LINACERO en afirmar al respecto:

«Las últimas reformas del Derecho de Familia, especialmente las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, permiten afirmar que estamos asistiendo a una auténtica redefinición del Derecho de Familia, que en algunos aspectos esenciales se asienta sobre bases que implican una quiebra o ruptura con el sistema anterior.»

Y un hito reformador en esta materia fue sin duda la siguiente norma.

5.º) La Ley 15/2005, la llamada coloquialmente *ley del divorcio exprés* que vino a suponer un reforzamiento a la autonomía de los cónyuges en dos aspectos fundamentales. A saber:

- a) Porque les permite y les amplía su autonomía facilitándoles el acceso a la disolución matrimonial *desobjetivizando* las causas para ello y reconociéndoles de esta forma su derecho respectivo a no continuar casados sin la concurrencia de una causa objetiva.
- b) Porque acoge el poder decisorio de los progenitores respecto a la fijación del ejercicio co-responsable de la patria potestad respecto a los hijos menores habidos del matrimonio por una parte, y por la otra, porque les permite que pacten sobre la guarda y custodia compartida o monoparental de sus vástagos, admitiendo el precepto hasta dos oportunidades para que los cónyuges lleguen a un consenso al respecto: bien proponiéndolo *ab initio* en el convenio regulador, o bien, a lo largo de todo el procedimiento y hasta el momento previo de dictar sentencia.

A tales efectos, indicar que en la *praxis* habitual la mayoría de los juzgados de Familia son muy receptivos a todas las posibilidades de acuerdo que ofrezcan las partes –a través de sus abogados–. En algunos supuestos, se llega al punto de hacer un último llamamiento a las mismas para que alcancen un posible acuerdo al inicio de la apertura del juicio oral señalado. En otros muchos casos, haciéndoles un llamamiento a la mediación familiar para solucionar el conflicto.

6.ª) La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En vigor desde el 23 de julio con las excepciones que entraron en vigencia el 30 de

junio de 2017. Debemos destacar de esta norma la competencia que le otorga a los notarios y secretarios judiciales (hoy Letrados de la Administración de Justicia) para que puedan decretar la separación o divorcio de los esposos en caso de que no existan hijos menores de edad no emancipados e incapacitados judicialmente.

Un gran paso se ha dado legislativamente permitiendo la Ley en estos casos indicados que sea el notario (carente de potestad jurisdiccional) quien pueda separar o divorciar. ¿Se puede ofrecer un ejemplo más claro de privatización en el Derecho de Familia? También estos pueden casar.

En definitiva, estamos asistiendo a una nueva dimensión jurídica del Derecho de Familia, que se ve constatada con la imparable y abundante legislación nacional, autonómica y constitucional a la que debemos añadir los instrumentos comunitarios e internacionales ratificados por España y que forman parte de nuestro acervo legislativo.

Con ello se está llevando a cabo un proceso renovador y actualizador de nuestro Derecho de la persona en general y de la familia en particular. Y, no menos importante la labor, que como fuente de Derecho, está llevando a cabo la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal revisando los asuntos que le son sometidos por las instancias judiciales previas.

Examinadas las cuestiones legislativas, pasemos ahora a analizar los cambios sociales que se están operando en nuestro entorno más inmediato para constatar, desde el importante prisma social, la necesidad de este instrumento jurídico con sus pactos. No en vano el Derecho tiende a dar respuestas a los problemas y necesidades de la sociedad y de su momento. Nuestra realidad social está cambiando y el Derecho de Familia con ella.

3. UTILIDAD PRÁCTICA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y SUS PACTOS

Sin lugar a dudas, podemos afirmar que la gran utilidad de este documento queda constatado por el significativo número de rupturas afectivas (separación, divorcio, nulidad) que se producen en nuestro país cada año, y cuya cifra va en aumento imparable. Baste leer la prensa diaria, donde se nos informa cada año de las estadísticas al respecto, para evaluar el calado del tema.

Ejemplo de ello es el artículo del diario digital *El Independiente* que, haciéndose eco de la estadística que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE), afirma que en el año 2016 se produjeron un total de 96.824 divorcios (aumen-

to del 0,3 % respecto al año anterior), 4.353 separaciones (descenso del 6,4 %) y 118 nulidades (que bajaron un 18,8 %). En total en España se produjeron oficialmente 101.295 rupturas afectivas oficialmente. Lo que significa que cada 5'19" se rompe oficialmente una pareja en nuestro país. O dicho de otro modo 125 rupturas/día (124,53).

En efecto, las quiebras de uniones afectivas son cada día más numerosas y sus efectos son devastadores, más si no tenemos la previsión de preverlos y consensuarlos en un momento de frialdad *ab initio* de la relación, cuando las voluntades están bien avenidas. ¿Que este hecho puede resultar *poco romántico*? Lo admitimos, pero menos alentador resultan los resultados cuando no se han previsto.

Hasta la propia Rota Romana se hace eco de la realidad de las rupturas afectivas a través del incremento en la petición de nulidades matrimoniales canónicas, lo que no es otra cosa que un claro síntoma de que el «fracaso matrimonial se ha convertido en un fenómeno corriente». El tema es tan evidente que algún sector de la sociedad, se atreve a elucubrar sobre la posibilidad de predecir los futuros divorcios en base a una fórmula matemática. Es por ello que, para paliar los efectos catastróficos de las rupturas, se hace preciso fijarlas previamente cuando hay buen ánimo para el diálogo y el acuerdo.

4. EL PRINCIPIO ULPINIANO DEL *PACTA SUNT SERVANDA*

Ya lo dijo ULPIANO: *pacta sunt servanda*, o lo que es lo mismo, los pactos han de ser respetados y cumplidos por las partes del acuerdo con el principio de la buena fe que inspira todo negocio jurídico. En palabras de GÓMEZ ROYO, esta frase sintetiza la máxima jurídica establecida, con carácter espiritualista, por el Derecho Canónico: «*pacta quantum cumque nuda, servanda sunt*». Vinculación obligatoria que asimismo recoge nuestro código sustantivo en su artículo 1091: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

Por ello y por la importancia que revisten los pactos, nos parece adecuado –con carácter previo a entrar de lleno a estudiar estos pactos o acuerdos– señalar la distinción Ulpiniana entre pacto y convención, conceptuando el primero como el consentimiento de dos o más persona sobre la cosa convenida y el segundo, como el conjunto de pactos sobre los que se transigen consentida y voluntariamente, pues a pesar de la generalidad del vocablo «convención», parafraseando a PEDRO, no hay ningún contrato ni ninguna obligación (sea verbal o contractual) que en sí no contenga una convención,

pues aun la estipulación que se hace verbalmente es nula si no media el consentimiento.

5. LA *RATIO ESSENDI* DEL *IUS PRIVATUM* Y LOS LÍMITES DEL *IUS PUBLICUM*

Comencemos pues a adentrarnos en el intrincado universo jurídico de la autonomía de la voluntad, *ratio essendi* del *ius privatum* y sus límites marcados por el *ius publicum*, sin perder la idea romana de la obligación de cumplir las partes lo que entre ellas pactaron pues, en palabras del propio ULPIANO, «*Quid enim tam congruum fidei humanae, qua mea, quae inter eos placuerunt, servare*».

En la misma línea apunta GÓMEZ ROYO «El jurista Ulpiano dice que todo el conjunto del Derecho se divide en público y privado. Llama Derecho Público al que pertenece a los intereses de la *res pública* y Privado al que rige los intereses de los particulares. Esta magna distinción se mantiene hasta nuestros días».

Entre el marco jurídico de los preceptos legales que enmarcan esta libertad contractual, destacamos los siguientes:

A) En el Código Civil: El artículo 1255 *in fine* que les permite celebrar «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». El artículo 1091 que explicita la fuerza vinculante *inter partes* de los contratos obligando a su cumplimiento. El artículo 1.261 que establece los requisitos esenciales para la validez de los contratos: consentimiento de las partes, objeto cierto y causa de la obligación establecida. El artículo 90, referido a la forma *ab substantiam* y contenido mínimo que ha de tener respecto de las materias objetos de los acuerdos que deben recogerse en él. El artículo 1328 por cuanto señala los límites de los acuerdos sancionando con la nulidad las convenciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. El artículo 1814, que prohíbe transigir sobre «el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

B) En nuestra Carta Magna: El artículo 10 que consagra el principio de la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 1 que proclama la libertad como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico. El artículo 9.3 respecto a la seguridad jurídica. Los artículos 14 y 32.1 que consagran los principios de igualdad. El artículo 39.1 que señala la protección de la familia.

Un gran paso en torno a la libertad contractual de los cónyuges, lo dio la Ley 15/2005 que supuso un reconocimiento a la autonomía privada de estos para regular su realidad matrimonial y su posible futura crisis en aras a acoplarla a la realidad social, familiar, personal y circunstancial del matrimonio en concreto y no en abstracto.

No obstante, tales libertades, ya hemos apuntado, quedan circunscritas a las limitaciones legales apuntadas para la validez y eficacia que asisten a los pactos celebrados entre los esposos.

Finalmente, señalar que aunque en España no exista una gran cultura sobre estos pactos previos al matrimonio, no les exime de su eficacia y validez como negocio jurídico de Derecho de Familia que son y al amparo de la libertad contractual que las leyes en nuestro país otorgan a los esposos para celebrar entre sí cualquier tipo de acuerdos o pactos por razón de su futuro matrimonio y, cómo no, en previsión de una futura ruptura marital. Las ruinas económicas de muchas personas, famosos y empresarios así lo ejemplarizan. Tomemos nota y hagamos que el negocio sean las capitulaciones matrimoniales y no la ruptura. *Más vale prevenir que llorar.*

El control de la potestad reglamentaria

Antonio Martínez Lafuente

Abogado del Estado

Doctor en Derecho

*Vicepresidente de la Sección de Derecho Financiero y Tributario
de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

1. LA COLABORACIÓN DEL REGLAMENTO

Es bien conocido que la reserva de Ley no es absoluta y que se permite la colaboración del Reglamento; las relaciones habilitantes entre la Ley y el Reglamento constituyen una cuestión constantemente suscitada y analizada.

Reiteradamente se ha dicho que es manifiesto que los Reglamentos ejecutivos son normas subordinadas a la Ley y responden a una exigencia: completar y desarrollar la Ley que los habilita *ad exemplum*, Sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 y 4 de mayo de 1982, y Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1993, 28 de octubre de 1995, 5 de diciembre de 1996, 28 de enero y 19 de febrero de 1997, y 5 de diciembre de 1998.

La potestad reglamentaria participa en la elaboración del Ordenamiento Jurídico, en el que se integra la norma reglamentaria una vez elaborada, dicha potestad no es incondicionada sino, que está sometida a la Constitución y a las Leyes (art. 97 de la Constitución).

Este sometimiento es el fundamento del control jurisdiccional, en el que se ponderan las relaciones del Reglamento con la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, muy singularmente con la Ley que desarrollan en el caso de los reglamentos ejecutivos, así como con los principios generales del Derecho y con la propia doctrina jurisprudencial en la medida en que esta complementa el Ordenamiento Jurídico, en los términos del artículo 1.6

del Código Civil y siempre en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Si bien los Reglamentos independientes son, por definición, los que se presentan más acusadamente como innovadores del Ordenamiento, también los Reglamentos ejecutivos pueden serlo en el sentido de incorporar reglas que en la ley *están enunciadas* o implícitas y pueden aclarar conceptos de la Ley que sean imprecisos; en otros términos, el Reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del Ordenamiento.

Sería absurdo, en efecto, partir de la consideración de que un Reglamento ejecutivo no puede ser innovador, ya que de ser así su utilidad mermaría considerablemente y el propio ensamblaje con la Ley se resentiría. Las innovaciones, obviamente, requieren que se cumplan dos condiciones: la *primera*, que exista habilitación legal, en forma de la Ley previa que desarrollar, y la *segunda*, que la innovación no rebase los términos de la habilitación, yendo en contra de los preceptos de la Ley habilitante o del resto del Ordenamiento.

Precisamente la invasión reglamentaria de aspectos cubiertos por la reserva de Ley tributaria, es la que ha dado lugar a la intervención del Tribunal Supremo anulando los preceptos en que se incide en nulidad de pleno derecho; el Recurso directo contra la norma reglamentaria y la eventualidad de su anulación hace que en el momento presente, las leyes tributarias reguladoras de cada tributo tengan una amplitud considerable, no así los Reglamentos dictados en desarrollo de las mismas¹.

¹ Podemos citar como ejemplo la privación de efectos de determinados preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto, 828/1995, de 29 de mayo; y así se anularon por Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997, el artículo 88.I.B; de 3 de noviembre de 1997, los artículos 39, 53, 59, 62 (b), 64 (5), 70(4), 71, 75; de 5 de diciembre de 1998 (dos) los artículos 2(4), 29 y 94(2) y 18 de enero de 2006 el artículo 75 (6); me ocupé de los preceptos anulados en: «La armonización fiscal en el Impuesto sobre Operaciones Societarias» integrante de la obra: *Justicia y Derecho Tributario*, Libro Homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez. Editorial La Ley (2008) p. 667 y ss.; asimismo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, se recuerda que para obviar esta deficiencia, el Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, en su artículo 29, dispuso que «En las adjudicaciones expresas de bienes y derechos que se realicen en pago de la asunción por el adjudicatario de una deuda al adjudicante se le exigirá el impuesto por el concepto de adjudicación en pago de deudas», pero esta Sala, en Sentencia de 5 de diciembre de 1998, resolviendo un recurso directo contra el citado Real Decreto, tras analizar las figuras de la dación en pago y para pago de deudas y de la dación en pago de asunción de deudas, declaró nulo el artículo 29, por entender que contravenía el principio de reserva de ley, al recoger el artículo 7 de la Ley del impuesto, que establece los diferentes hechos imponible, solamente «las adjudicaciones en pago de deudas», omitiendo toda referencia a las adjudicaciones para asunción de deudas.

1. **El control de la potestad reglamentaria:** Conviene señalar que tal actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (art. 97 de la Constitución y 128 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre) en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de Ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indican los citados artículos 47 (2) y 128 (2) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Gobierno: tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales, de carácter público; desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (arts. 22 y ss. de la Ley del Gobierno en redacción procedente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como a la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 de la Constitución), según establece el artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el artículo 106 de la Constitución, en relación con el artículo 29 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, redactado conforme a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del Ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción², que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 según la cual:

² A cuyo tenor: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido direccional de los actos anulados».

«Además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del Reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.»

«Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 de la Constitución, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del Ordenamiento Jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho Ordenamiento.»

En la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 de la Constitución. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la «naturaleza de las cosas» o la esencia de las instituciones.

Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (art. 97 de la Constitución y 22 de la Ley del Gobierno)³, en la redacción procedente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, el control jurisdiccional, atribuido a la Jurisdicción, se extiende a la constatación de la existencia de la

³ En la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, tras invocar lo expuesto por el artículo 97 de la Constitución, se aclaró que «resulta por tanto rechazable el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que este pueda a su vez conferirle válidamente a otros Órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria del Gobierno, por ser originaria, no excluye la posibilidad de delegaciones singulares»; me ocupé de ello «La potestad reglamentaria de los Ministros: especial referencia al ámbito tributario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Volumen II (1979); además de lo expuesto y sobre la ejecución de la potestad reglamentaria mediante orden autonómica, véase lo expuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de mayo de 2018; en todo caso recuérdese que a tenor de lo que se dispone en el artículo 129(4) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre: «Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las Consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados a ellos tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante».

necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo el Tribunal Supremo de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del Ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de la Jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTs 26 de febrero y 17 de mayo de 1999, 13 de noviembre, 29 de mayo y 9 de julio de 2001), entre otras)».

No quedaría completo el análisis que venimos realizando sin hacer mención de lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a cuyo tenor y bajo la rúbrica de «Principios de buena regulación» se expone:

«En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente de un anteproyecto de Ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.»

En el mencionado precepto se contiene una referencia expresa a dichos principios, que servirán para verificar si impugnada una norma reglamentaria por dicho motivo, la norma se ajusta a la «buena regulación», que es una de las novedades más importantes que ofrece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y que los Tribunales de Justicia deberán dar respuesta, como importante reto.

2. Los motivos de nulidad: El análisis de la nulidad de los preceptos reglamentarios por infracción del principio de reserva de Ley, no excluye que concurren otros motivos de impugnación, y en particular la ausencia del Dictamen previo del Consejo de Estado a la aprobación de la norma por el titular de la potestad reglamentaria; y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2009 recuerda que:

«Debe en consecuencia declararse la nulidad de la norma impugnada, sin que se oponga a esta conclusión, ni, en primer lugar, la Sentencia de esta Sala de 14 de abril de 2003, citada por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, pues no se contempla en ella un caso similar al presente, habida cuenta de que lo que en ella se examinaba era un Acuerdo del Consejo de Ministros carente de naturaleza de reglamento o disposición general, como el que aquí se examina, ni,

en segundo término, la Jurisprudencia que en su escrito de conclusiones cita como superadora del dictamen del Consejo de Estado, pues dicha Jurisprudencia ha sido rectificada por la más moderna recogida, entre otras, en la de 17 de enero de 2000 y las que en ella se citan, en la que se expresa.»

«Que dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la Ley y al Derecho. No es correcto pues volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el artículo 106 CE, casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo, sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria⁴.»

3. La reserva reglamentaria: Por último, también se impugna, al mayor rango la posible infracción de una denominada «reserva reglamentaria» ausente en nuestro Derecho⁵; y así el Auto del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2007, expuso:

«Pues bien, dado que el órgano judicial planteante de la cuestión anuda esta segunda queja exclusivamente a la estimación de la primera y que este Tribunal no ha apreciado la inconstitucionalidad de la norma por el motivo anterior, tal circunstancia bastaría para desestimar este segundo motivo de

⁴ Cuestión de indudable interés es la relativa a si el Consejo de Estado ha de intervenir en el ejercicio de su función consultiva con carácter previo a la aprobación de un Reglamento autonómico en desarrollo de una disposición legal; y así y con relación al «Impuesto sobre las instalaciones que inciden en el Medio Ambiente» de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de octubre de 1999, expuso que: «Tratándose de reglamentos ejecutivos dictados en desarrollo de leyes autonómicas, también se registraron vacilaciones, pues si parecía no haber dudas en orden a los reglamentos autonómicos que desarrollan leyes estatales, estas volvían a plantearse cuando se trataba de reglamentos ejecutivos correspondientes a Leyes Autonómicas». Dichas vacilaciones concluyeron con las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, y 204/1992, de 26 de diciembre, según las cuales, en el procedimiento de elaboración de Reglamentos ejecutivos, las Comunidades Autónomas han de requerir el dictamen del Consejo de Estado, cuando no dispongan de un órgano consultivo semejante al Consejo de Estado, determinando la ausencia de ese dictamen la nulidad de la disposición aprobada. Dicha doctrina encontró reflejo inmediato en la Jurisprudencia de esta Sala, como puede verse en la Sentencia de 17 de noviembre de 1995 dictada en un recurso extraordinario de revisión, y además y como recordó la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1999, en relación con esta misma cuestión: «esta Sala, en reiteradas sentencias que forman ya un auténtico cuerpo de doctrina, ha declarado que son contrarias a Derecho las liquidaciones derivadas del impuesto referido, basándose simplemente en la ilegalidad del Reglamento y de la Orden habilitantes de la exacción del mismo, según consta en las Sentencias de 3 de junio de 1996, 4 de mayo, 27 de octubre y 30 de octubre de 1999».

⁵ Véase «La reserva reglamentaria y la Constitución española» de Díez MORENO en: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*; Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales Volumen II (1979) pp. 623 y ss., así como: *Reserva de Ley estatal y autonomía tributaria. Cuestiones Conflictivas*, del profesor CALVO VÉRGEZ: Editorial Dyckinson (2009).

la cuestión. Ahora bien, ello no obsta para realizar alguna precisión más sobre la cuestión planteada, pues es doctrina de este Tribunal la de que "no resulta en principio contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario", pues "nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria, inaccesible al poder legislativo", razón por la cual, «la Ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario», "lo que en modo alguno vulnera el art. 24.1 CE" (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 15; y 248/2000, de 19 de octubre, F. 5).»

Ello se reitera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2015, de 5 de febrero, a cuyo tenor:

«En lo que respecta a las concretas alegaciones formuladas por el recurrente, hemos de coincidir con el Abogado del Estado, en que no existe en nuestro Derecho la denominada reserva reglamentaria, y, en consecuencia, no hay impedimento constitucional para que una norma de rango legal incluido el Decreto-Ley pueda entrar en la regulación de materias que en principio no se encuentran reservadas a la ley. Como hemos señalado reiteradamente, «no cabe deducir de la Constitución la existencia de una reserva reglamentaria, de manera que el legislador no tiene vedada la regulación de materias que no le estén materialmente reservadas, de suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario» (por todas, STC 120/2014, de 17 de julio, FJ 8).»

4. La deslegalización: A la misma se refiere el artículo 82 de la Constitución en cuyo apartado sexto se dispone que:

«Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.»

La delegación legislativa ha sido conceptualizada doctrinalmente como una delegación recepticia (de modo que las normas producto de tal delegación adquieren la naturaleza de la ley delegante en aquello en que no desbordan el marco o límite de la misma), en cuyo ejercicio el Gobierno no puede realizar ninguna alteración o modificación de las materias a refundir que no esté autorizada expresamente por la norma delegante⁶.

⁶ Me ocupé del tema en el «Enjuiciamiento de los actos y de las normas emanadas de la Hacienda Pública a la luz de la Constitución»; en *Hacienda y Constitución*. Instituto de Estudios Fiscales (1979), pp. 201 y ss.; véase asimismo «La revisión jurisdiccional de los decretos legislativos en materia financiera y tributaria» de la profesora Litago Lledó en *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega*, Volumen I (2005) pp.1073 y ss.;

El control en sede Contencioso-Administrativa del ejercicio de la legislación delegada, ha sido reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así la Sentencia de 19 de junio de 2001, analizó si el Real Decreto Legislativo 30/1980, de 30 de diciembre, se ajustaba a la Ley de delegación, Ley 32/1980, de 21 de junio, sobre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados exponiendo que:

«La idea de delegación recepticia (traducida en un Real Decreto Legislativo) lleva implícita la posibilidad de un «juicio *ultra vires*», es decir, de un juicio de los excesos de la delegación en que haya podido incurrir el Real Decreto Legislativo, juicio que los Tribunales no solo pueden sino que deben ejercitar.»

En dicha doctrina insiste la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2008, al indicar:

«El distinto planteamiento de las partes es básico pues la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contenciosa, tratándose de Decretos Legislativos, se reduce a comprobar si el Decreto Legislativo impugnado excede los límites de la delegación.»

«La Jurisprudencia tiene declarado que los decretos legislativos, amparados en una Ley formal habilitante, permiten un control judicial (al que se refiere el artículo 82.6 de la Constitución), siquiera limitado a comprobar si el uso de la habilitación se ha ceñido a los términos de la ley, lo que requiere tanto el examen de los requisitos extrínsecos de la habilitación como del fondo, con el resultado de que el exceso que pudiera apreciarse en la delegación recepticia no tiene el rango de norma legal, que solo alcanza *intra vires* al desarrollo de las bases de Ley habilitante, sino el de una disposición administrativa que, como tal, se sitúa bajo el control jurisdiccional conforme al artículo 106.1 CE y el artículo 9.4 LOPJ (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1993). Lógicamente ese exceso podría ser también objeto de control administrativo por la vía de la revisión de oficio.»⁷

en cuanto al ámbito del Decreto-Ley en la materia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 4 de febrero de 1983, limitó su utilización a los ámbitos no contemplados por la reserva de Ley y a partir de su Sentencia de 28 de octubre de 1997, el citado Tribunal matizó su doctrina, pues lo relevante pasa a ser «en qué tributo concreto incide el Decreto-Ley –constando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate».

⁷ El Tribunal Constitucional en Sentencia 56/2016, 17 de mayo, tiene declarado que: «Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, la reserva de ley "no excluye ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo

Idéntica conclusión se desprende de lo expuesto por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2017, en la que tras dar cuenta del ya citado artículo 82(6) de la Constitución expuso:

«La mención a la "competencia propia de los Tribunales" ha suscitado la duda de cuál puede ser el tipo de control que cabe que hagan los Tribunales ordinarios, dado que, como los decretos legislativos son normas con fuerza de ley y están sometidos al control de constitucionalidad, el control primigenio corresponde al Tribunal Constitucional (art. 161.1.a CE), al que, en su caso, podrán elevar los tribunales ordinarios las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad (art. 163 CE).»

El Tribunal Constitucional ha acogido la posibilidad de un doble control tanto por los tribunales ordinarios como por el propio Tribunal Constitucional (SSTC 51/1982, de 19 de julio; 47/1984, de 4 de abril; 51/2004, de 5 de julio; y 166/2007, de 4 de julio). Así, establece que cuando los decretos legislativos incurrir en excesos en el ejercicio de la potestad delegada (decretos legislativos *ultra vires*), o en cualquier otro vicio, vulneran la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional sería el único competente para enjuiciar con tal criterio dichos decretos. Pero también permite que los excesos de la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos puedan ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, por lo que correspondería al juez ordinario no aplicar los decretos legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o, para ser más precisos, el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de ley, sino únicamente de reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su inaplicación, conforme a lo previsto legalmente.

Es decir, un decreto legislativo, si es correcto, tiene fuerza de ley, pero cuando la delegación ha sido excedida en todo o parte, se trata de una norma que, en todo o parte de ella, no puede tener ya fuerza de ley, pero sigue siendo una norma jurídica emanada del Gobierno, es decir, un decreto sin más, que tiene un valor reglamentario. Y las normas reglamentarias sí que pueden ser enjuiciadas directamente por los tribunales ordinarios.

Esta jurisprudencia constitucional fue asumida legislativamente por el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al indicar que:

que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador" (STC 83/1984, de 24 de julio en el mismo sentido, SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 6; 18/2011, de 3 de marzo, FJ 9, y 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 3). Esta doctrina, aunque está establecida en relación con materias que están reservadas a la Ley por la Constitución, resulta plenamente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa».

«Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.»

Previsión que ha de ser complementada con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial:

«Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.»

Así como lo dispuesto en el ya citado artículo 29 de la Ley del Gobierno, en la redacción procedente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

«Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno y de los órganos y Autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.»

2. LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS

La relación de los mismos con el principio de reserva de ley es en la actualidad una cuestión pacífica, pero hasta llegar a ella hizo falta que por la Jurisprudencia se aclararan los conceptos, y en particular el significado y alcance de las normas mencionadas en el epígrafe.

Ante todo recordemos⁸ que a tenor de lo expuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«El Reglamento tendrá un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.»

Los Reglamentos no precisan, a diferencia de las Directivas⁹ desarrollo normativo en ninguno de los Estados miembros, y en el orden que nos ocupa es de apli-

⁸ Me remito a mi monografía «Fuentes del Ordenamiento Europeo y cuestión prejudicial», «Cuadernos de Derecho Registral», (2016) y a las consideraciones que sobre la misma expuse en la Revista *Registradores de España* nº 79 (2017)

⁹ Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2014, de 7 de octubre: «Ello significa que la Directiva va a ser desarrollada por cada Estado destinatario y no por una posterior norma europea, de manera que deberá establecer en su texto todas aquellas determinaciones que se consideren necesarias para la consecución del objetivo a alcanzar, sin perjuicio de que se puedan delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo

cación en materia de derechos de aduanas y percepciones ligadas al comercio exterior, así como a ciertas exacciones derivadas de la política agrícola común, tal y como acontece con la denominada «cuota láctea»¹⁰ amén de otros supuestos¹¹.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 2008, expuso que la regulación de una percepción por Reglamento Comunitario¹² no infringe el principio de reserva de Ley, al precisar que la tasa suplementaria de la leche es un mecanismo de control de la producción lechera, establecido por la Unión Europea para todos los Estados Miembros desde el año 1984, con el objeto de reducir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de leche y de productos lácteos, así como los consiguientes excedentes estructurales. Por ello, el Reglamento de la CEE 856/1984 modificó la organización común de los mercados de este sector, mediante la creación de la tasa suplementaria.

Esta tasa o mecanismo de control de la producción lechera supone la determinación de una cantidad global para toda la Comunidad, que constituye el umbral de garantía para la producción lechera. Dicha cantidad se distribuye entre los Estados miembros, en función de las cantidades de leche entregadas en su territorio durante años anteriores y, a su vez, cada Estado miembro distribuye la cantidad garantizada entre sus productores, asignándoles una cantidad de referencia individual, denominada «cuota láctea». La superación de la cantidad de referencia o cuota lechera, genera la obligación por parte de los productores, de pagar la tasa suplementaria, destinada a financiar el gasto generado por la comercialización de los excedentes y dichos pagos se efectúan por el productor o el comprador de la leche, con derecho de repercusión sobre el productor, dependiendo de la elección hecha por cada Estado miembro.

«Así las cosas, esta Sala –Sentencias entre otras de 28 de abril y 30 de junio de 2004, y 27 de septiembre de 2005, esta última dictada en el recurso de casación 4686/2000– viene configurando la tasa suplementaria como una "exacción parafiscal" en cuanto supone percepción coactiva cuyo producto se afecta a un fin determinado, sin tener reflejo en el Presupuesto del Estado. Y respecto de ella, el Derecho Comunitario impone una especial configuración del principio de legalidad, pues tal como se ha indicado en las Sentencias antes

(art. 290.1 TFUE). No hay aquí, por tanto, esquema similar al existente en nuestro Ordenamiento que permite regular una materia a través del binomio ley-reglamento de desarrollo».

¹⁰ Véase: «Problemática generada en torno a la tasa suplementaria en el sector de la leche y los productos lácteos en los ámbitos comunitario e interno», de la profesora GARCÍA CARRETERO, en *Quincena Fiscal*, n.º 5 (2014).

¹¹ Me remito a «La obligación de entrega de derechos de emisión de CO₂: problemática constitucional derivada de su origen comunitario»; de AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Bilbao Estrada y Marco en *Crónica Tributaria*, n.º 128 (2008) pp. 9 y ss.

¹² Me ocupé del tema en «Los Reglamentos comunitarios en la doctrina del Tribunal Constitucional italiano», en *Noticias CEE*, N.º 12 (1986) pp. 68 y ss.

referidas, las exigencias del principio de reserva de la Ley se cumplen con la cobertura del Reglamento Comunitario. A tal efecto, se ha afirmado: "1º) Que el artículo primero del Reglamento 3950/92 del Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de diciembre de 1992, establece: 'A partir del 1 de abril de 1993 y durante siete nuevos periodos consecutivos de doce meses, se establece una tasa suplementaria con cargo a los productores de leche de vaca por las cantidades de leche o de equivalentes de leche que se entreguen a un comprador o se vendan directamente para su consumo durante el período de doce meses en cuestión y que sobrepasen la cantidad que se determine. La tasa se fija en el 115 % del precio indicativo de la leche' ".»

«Precepto que, por tanto, contiene el establecimiento de la exacción, su cuantía y el sujeto pasivo. La doctrina del efecto directo del Derecho Comunitario en nuestro derecho interno impide, que pueda hablarse de ausencia de norma interna que regule la exacción. La norma comunitaria, que es un reglamento, excluye que pueda argumentarse con la inexistencia de norma que da cobertura a la exacción, y más cuando esa norma comunitaria regula los elementos esenciales de esta¹³.»

3. LAS NORMAS FORALES

Con motivo de la impugnación de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero,¹⁴ el Tribunal Constitucional, en Sentencia 118/2016, de 23 de junio, tuvo que esclarecer la relación de las normas forales con el principio de reserva de ley, y lo hizo en los siguientes términos:

«Conforme a lo que antecede, el sentido que hay que reconocer en la reserva de ley prevista en materia tributaria, que se dirige a preservar tanto la paridad básica de posición de todos los ciudadanos (art. 139.1 CE) como la unidad misma del ordenamiento (arts. 1.2 y 2 CE), no puede entenderse

¹³ La doctrina se ha ocupado del tema siendo de mencionar entre otros «El Derecho comunitario y la reserva de ley» de la profesora PITA GRANDAL, en *Primeras jornadas metodológicas Jaime García Añoveros*, anteriormente citada; véanse asimismo los trabajos del profesor CALATAYUD PRATS, «El principio de reserva de Ley Tributaria y el Derecho financiero derivado comunitario» en *Revista General del Derecho europeo*, n.º 30 (2013) y «El principio de reserva de ley tributaria y el derecho comunitario: Comentarios a la Sentencia 100/2012, del Tribunal Constitucional».

¹⁴ A cuyo tenor: «Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal. El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley».

desligado de la garantía de la foralidad que la Constitución consagra, que garantiza un régimen tributario propio en los territorios forales. La forma de conciliar aquella exigencia constitucional de la "reserva de ley" para establecer tributos (arts. 31.3 y 133 CE) con la potestad reglamentaria de los territorios históricos para establecer y exigir sus propios tributos (disposición adicional primera CE), se produce mediante la intervención del Estado que, a través de su potestad legislativa en la materia, configura un sistema tributario único y lo dota de contenido, para que, a continuación y bajo la cobertura de las leyes estatales reguladoras de cada tributo, las Juntas Generales hagan realidad su potestad tributaria a través de sus propias disposiciones normativas.»

«En suma, aun cuando la Constitución autoriza a los territorios históricos a establecer y regular su propio régimen tributario, han de hacerlo tanto en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía (disposición adicional primera), como de acuerdo con las previsiones del concierto económico (art. 41.1 EAPV) y de las leyes del Estado en materia tributaria [art. 41.2 a) y c) EAPV], las cuales no son "meramente habilitadoras para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente solo corresponde al Estado», sino también, como hemos señalado con anterioridad, son "leyes ordenadoras" de los tributos que integran aquel régimen tributario propio, «porque la Constitución encomienda aquí al legislador no solo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3)" [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 c), respecto de los tributos locales]. Procura así la Constitución garantizar «que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de 'un sistema' tributario en los términos exigidos por el art. 31.1 CE" (SSTC 120/2012, de 4 de junio, FJ 4; y 85/2013, de 11 de abril, FJ 3), integrando las exigencias de la reserva de ley estatal y de la autonomía foral, que no está carente de límites, no solo por el mismo carácter derivado del poder tributario de los territorios históricos, sino también porque 'como no podía ser de otro modo, la autonomía hace referencia a un poder necesariamente limitado" [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 8; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 b)].»

Mantener con coherencia la *Summa Divisio* del Derecho en Público y Privado, Exigencia de la diferencia esencial entre el Poder Público («lo Público») y los Particulares («lo Privado»)

José Luis Martínez López-Muñiz

Académico de Número de la Real Academia de Legislación
y Jurisprudencia de Valladolid
Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor Emérito de la Universidad de Valladolid

SUMARIO: *Introducción. 1. Deslinde entre actividades privadas y funciones y actuaciones públicas. 2. El supuesto ejercicio por particulares de funciones públicas. 3. Posibilidades y límites de aplicación del Derecho privado a las entidades públicas. Conclusión.*

INTRODUCCIÓN

Hemos presentado una Comunicación a la 1.^a Sección de este Congreso dedicada al *Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción*, para hacer hincapié en lo que consideramos «Dos condiciones conceptuales esenciales: una justa comprensión del Estado social y democrático de Derecho y de la *summa divisio* del Derecho en público y en privado que le es inherente».

Sostenemos allí que, si la distinción entre Derecho privado y Derecho público es determinante para el Estado de Derecho, es en razón de la radical diferenciación que este impone entre las personas humanas –con sus libertades y derechos fundamentales– y sus organizaciones libres y voluntarias, unas y otras, personas privadas, de un lado, y las organizaciones y entidades en que se institucionaliza el poder público, las personas jurídico-públicas, de otro, y la muy diferente relación que aquellas y estas tienen cabalmente con el Dere-

cho, por más que este siempre tenga el mismo fin y la misma razón de ser, como sabiamente expresó el jurista romano: *hominum causa omne ius constitutum est*.

No está la razón de la *summa divisio*, como hemos dicho, en el tipo de interés, particular o general, por el que velarían respectivamente, o en el distinto fin que orientaría a una y otra parte del Derecho. Y no lo está –digámoslo de otra forma, rememorando la firme doctrina transmitida por el ilustre maestro Federico de Castro¹– porque siempre y todo el Derecho mira a la vez y de manera inseparable al interés particular y al general, al derecho de cada uno en su ajuste a los de los demás, al bien del conjunto y al individual de las personas que lo forman. Pero Derecho privado y Derecho público sirven a ese único y mismo fin bifronte del Derecho de modos distintos, desde perspectivas distintas, porque se ocupan *in recto* de realidades subjetivas distintas, aunque, como hemos recordado, el Derecho público obviamente no deje de implicar, y de modo no poco relevante, a las personas privadas –aun solo en cuanto se relacionan con el Poder público– y el Derecho privado necesite de la ordenación y garantía que habrá de asegurarle el Poder público conforme al Derecho público.

1. DESLINDE ENTRE ACTIVIDADES PRIVADAS Y FUNCIONES Y ACTUACIONES PÚBLICAS

La adjetivación de las actuaciones o actividades relevantes para el Derecho como privadas o públicas dependerá entonces, en rigor, de que sean imputables a personas privadas o públicas, no de los supuestos intereses o fines privados o públicos a que hipotéticamente sirvan o hayan de servir, que, en efecto, aunque puedan aparecer primariamente como de un tipo o del otro, no dejarán comúnmente de encajar también en el contrapuesto. Lo que reclaman unos u otros principios jurídicos, unas u otras exigibilidades coercibles, para unos u otros tipos de actividades o actuaciones, privadas o públicas, es su autoría, su procedencia de una persona privada o de un Poder público, de una entidad pública, aplicándose por ello el Derecho privado en el primer supuesto si se enmarcan en relaciones entre sujetos privados y en el Derecho público en el segundo. Las propias relaciones *inter-privatos* pueden ser objeto por ello mismo de algún tipo de «publicación» –de sometimiento al Derecho público– cuando se impone sobre ellas algún tipo de intervención específica de la Administración pública sobre ellas y precisamente en razón de esta².

¹ *Derecho Civil de España* (Parte General), I, 3.ª ed., IEP, Madrid 1955, p. 99.

² Puede reconocerse así cierta razón, aun de forma limitada, a la posición que, atendiendo a la organización encargada de asegurar el cumplimiento del Derecho, ha sostenido VELASCO

Una gran parte de las actuaciones o actividades posibles pueden llevarse a cabo por personas privadas y por entidades públicas, algunas solo pueden realizarlas los sujetos privados y algunas otras solo los Poderes públicos.

Parece claro que solo los Poderes públicos podrán llevar a cabo actos o actuaciones que sean o impliquen ejercicio de potestades sobre personas libres, en plena capacidad de ejercicio de sus facultades y derechos, como darles normas obligatorias, zanjar en firme sus disputas o litigios o, en general, crear, modificar, extinguir o imponer situaciones jurídicas determinadas a esas otras personas, sin necesidad de su conformidad o asentimiento. El ejercicio del *imperium*, del *poder jurídico unilateral*, o de la coacción legítima, parece algo casi exclusivo del Poder público en el Estado de Derecho y como tal, las actuaciones que lo expresan pueden decirse públicas por antonomasia. Hay no obstante la legítima defensa, como ejercicio excepcional de violencia o coacción por parte de sujetos privados, que, con la debida proporcionalidad, es obviamente también, en tal caso, una actividad privada.

Hay luego algunos actos o actuaciones de relevancia jurídica que son propios y exclusivos del ser humano en su condición personal individual, que obviamente, por tanto, siempre serán, por naturaleza, privados, y nunca podrán ser públicos, porque nunca podrán ser llevados a cabo por entidades públicas y ni aun por ninguna clase de organización: piénsese en el matrimonio o en el testamento o en la actividad laboral o de trabajo propiamente individual. Algunos otros actos o actuaciones solo podrán ser privados además porque los principios del Derecho público impidan que puedan realizarlos el Poder público, las entidades públicas, como las donaciones sin causa o determinados actos de afirmación ideológica o religiosa que se entiendan incompatibles con la aconfesionalidad o neutralidad que se pueda determinar constitucionalmente para el Estado. En todo este tipo de supuestos podremos hablar de actividades privadas por naturaleza, con independencia de la importancia social que puedan tener. Nunca podrán tener por autor al Poder público.

Pero hay luego un amplio haz de actos, actuaciones o actividades que podrán ser tanto privadas como públicas en función de quien las realice, aunque la aplicación en principio del Derecho privado a las que realicen los sujetos

CABALLERO, F., *Derecho público «más» derecho privado*, Marcial Pons, Madrid 2014, más particularmente en pp. 101 y ss. Nos hemos referido sucintamente a ello en la nota 9 de la Comunicación presentada a la Sesión 1.^a En las páginas de la presente Comunicación podrán encontrarse sucintamente algunas respuestas implícitas a algunas de las objeciones que opone VELASCO en ese libro a la concepción que exponemos en *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 23 de octubre de 2009, publicado también en las revistas que se citan en nuestra otra Comunicación citada.

privados –salvo por su relación con el Poder público– y del público a las que lleven a cabo las personas jurídico-públicas, marcará diferencias de régimen que pueden ser importantes. Los servicios educativos o de asistencia sanitaria o de atención a mayores o a personas con alguna discapacidad pueden ser, en este sentido, tanto privados como públicos. Lo mismo toda suerte de actividades económicas de producción, transformación, comercialización y prestación de todo tipo de bienes y servicios. O las actividades de evaluación y acreditación de condiciones personales de aptitud, formación y capacidad, o de condiciones materiales de seguridad, salubridad y efectividad, o del estado económico y contable de empresas o entidades de todo tipo, en todas las que se ponen en ejercicio, en cualquier caso, conocimientos y saberes teóricos o prácticos propios de especialistas reconocidos y a su vez acreditados. En ninguna de las actividades ahora mencionadas hay nada que exija ser consideradas por sí mismas públicas, si bien, en cuanto sean expresión de saberes o pericias personales, deben considerarse preferentemente privadas, pudiendo ser incluso objeto de libertades fundamentales constitucionalmente garantizadas, como la de enseñanza, la científica, la de empresa, o la profesional y de trabajo, o estar vinculadas al derecho a la propiedad privada, lo que limitaría en todo caso las posibilidades de su entera publicación, cuando no sería esta implícitamente vedada constitucionalmente como el caso de la enseñanza o de la información, objeto, en efecto, de libertades públicas en modo alguno marginables. Pero con estos límites, hay, en efecto, muchas actividades que por sí mismas pueden ser tanto privadas como públicas, lo que no podrá ser, sin embargo, irrelevante para su régimen jurídico en ningún caso.

Lo que diferencia al Derecho público y al privado y lo que justifica en particular a aquel no reside, como muchas veces se ha dicho, en el ejercicio del imperio, del poder o de las potestades públicas, aunque, como hemos señalado, sin duda sea esto algo propio y exclusivo del Poder público y por tanto del Derecho público. Pero todo lo que asumen los Poderes públicos, las entidades públicas, requiere del Derecho público, para el que son importantes las potestades públicas pero también e incluso más las sujeciones propias del Poder público, exigidas por su propia naturaleza, origen y finalidad.

Y, desde luego, todas las actuaciones que asuma el Poder público, distintas del ejercicio de las potestades necesarias, habrán de contar con una justificación proporcionada en la razón de ser ya comentada del propio Poder público. Por ahí incluso comenzará la especificidad de su sumisión al Derecho público, porque el Poder público carece de libertad y por tanto también para ocuparse de asumir cualquier actividad que se le ocurra a quienes lo dirijan en cada momento. Su necesidad proporcionadamente justificada para el interés general, para la efectiva satisfacción de legítimos derechos, y, en

suma, el principio de subsidiariedad del Estado social de Derecho no deberían dejar de exigirse.

2. EL SUPUESTO EJERCICIO POR PARTICULARES DE FUNCIONES PÚBLICAS

A la luz de cuanto queda dicho, quizás pueda encararse más adecuadamente la cuestión del supuesto ejercicio de funciones públicas por sujetos privados, de la que se viene hablando y escribiendo con abundancia, indicándose no infrecuentemente que ello obliga a replantear el alcance del Derecho público y en particular del administrativo³.

Es común entender que determinadas actuaciones de evaluación y acreditación que, por diversas circunstancias históricas, comenzó tal vez a llevar a cabo con efectos jurídicos la Administración pública, por sí misma o a través de entidades a las que ella se las «concedería» para efectuarlas como suyas, tienen la condición de funciones o de actividades públicas, de modo que cuando, en efecto, con uno u otro título, se permite llevarlas a cabo a personas o entidades privadas, ello estaría evidenciando la posibilidad de un ejercicio privado o por particulares de funciones públicas. Así ocurriría o habría ocurrido con la denominada Inspección Técnica de Vehículos obligatoria, o la inspección periódica de ascensores, o tantas actividades de acreditación de condiciones de los más diversos bienes industriales⁴, o con la evaluación y calificación de los conocimientos y del aprendizaje requeridos para la emisión de títulos académicos, o con la acreditación de determinadas condiciones contables y económicas de sociedades o empresas de diversas índole, etc. Se reconoce incluso a algunas entidades la posibilidad de elaborar complejas normas técnicas de seguridad, a las que luego habrá de someterse la posibilidad de comercialización o uso de determinados productos.

Pero es claro que ninguna de esas actividades de evaluación y acreditación son, por sí mismas, necesariamente públicas, sino que, como hemos dicho, por su naturaleza deberían considerarse de suyo privadas, aunque puedan ser asumidas eventualmente, por razones justificadas, por el Poder público y

³ Así ESTEVE PARDO, J., «El nuevo garantismo de los intereses generales. La extensión del Derecho público a particulares que ejercen funciones públicas», en LAGUNA DE PAZ, J. C., SANZ RUBIALES, I., y DE LOS MOZOS Y TOUYA, I., *Derecho administrativo e integración europea (Estudios en homenaje al Prof. J. L. Martínez López-Muñiz, I (El ser de la Administración Pública)*, Reus, Madrid 2017, pp. 59-79.

⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia 1999, o CARRILLO DONAIRE, J. A., *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, prólogo de Francisco LÓPEZ MENUÑO, Marcial Pons, Madrid 2000.

pasar entonces a ser públicas, con todas las consecuencias. Otra cosa es que, al vincularse jurídicamente sus resultados a determinados efectos que inciden en la posibilidad de ejercer derechos o de satisfacer legítimos intereses, dentro de una pertinente y justa protección general frente a riesgos excesivos para las personas y las cosas, la regulación correspondiente deba incluir la exigencia de las condiciones apropiadas a quienes ejerzan tales actividades y establecer los controles o supervisión de la Administración que permita comprobarlas y garantizarlas de manera permanente. Pero esa necesaria sumisión, en tales casos, a una específica regulación y supervisión administrativa, no convierte ni tiene por qué convertir a tales actividades en «delegadas» de la Administración ni en públicas, bajo aspecto alguno: deben seguir siendo consideradas como lo que son: privadas, aun intensamente controladas por la Administración para mejor garantía de los intereses públicos –los diversos derechos e intereses legítimos del conjunto de las personas que pueden verse afectados– a cuya justa salvaguarda y protección deben contribuir tales actividades. El título que permita a los evaluadores o/y acreditadores producir, con sus actos de evaluación o acreditación, efectos habilitantes o legitimadores, reconocidos en Derecho y por ende exigibles coerciblemente, no debe ser, pues, el de la concesión administrativa, como si su actividad constituyese un servicio publicado, sino la licencia o autorización, previas las comprobaciones necesarias por la Administración competente.

Otra cosa es el caso de entidades privadas que colaboran con la Administración encargándose de redactar, por ejemplo, reglamentaciones técnicas. Que, en estos casos, esta actividad en sí misma no deje de ser privada no impide para nada que finalmente la Administración decida asumir tal reglamentación como norma propia mediante su pertinente aprobación, pasando en consecuencia a dotarla del carácter reglamentario correspondiente. No creo, en cambio, que pueda admitirse que se autorice a una entidad privada dictar por sí normas de obligado cumplimiento para otros, porque esto sí que es una actividad netamente pública que implica ejercicio de potestad pública.

Tampoco dejan, en fin, de ser actividades plenamente privadas aquellas, como las de contratación de obras, suministros o servicios –incluidas las ahora mal llamadas «concesiones de servicios»– por parte de entidades privadas que actúan en determinados sectores con derechos exclusivos o especiales, como todas las que son objeto de la todavía Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, aunque estén sometidas a una regulación especial que incluye reglas nacidas en el Derecho público y técnicas de garantía que puedan reconducir el control de su cumplimiento a la Administración pública (arts. 101 y ss. de la citada Ley 31/2007) y, en consecuencia, a la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 113 de la misma Ley). Tampoco se trata, sin

duda alguna, en estos casos de ejercicio privado de funciones públicas: son actividades privadas intensamente reguladas y como tales deben tratarse bajo la primacía de las libertades económicas que son propias de los que las realizan, sin más límites y condicionamientos –siempre de interpretación restrictiva– que los que, por razones justificadas y proporcionadas, les imponga la ley que establece su más intensa regulación.

¿Qué decir cuando las actividades privadas de evaluación y acreditación, u otras más o menos análogas de gestión material para, por ejemplo, identificar bienes y titularidades necesarios para una expropiación y hacer de ellas una tasación, o incluso para realizar todas las actividades materiales que requiere la expedición de una renovación del permiso de conducir, se inscriben en la tramitación de un procedimiento administrativo conducente a un acto administrativo requerido por la ley? En estos casos, no se trata de actividades a las que se reconocen efectos directos en tercero, sino de actividades que cumplimentan trámites que se insertan en el procedimiento administrativo que ha de seguirse para la adopción de determinados actos administrativos.

Me parece que la conclusión sobre su naturaleza no ha de ser distinta a la alcanzada en los demás supuestos comentados: las actividades de los sujetos privados son y no pueden dejar de ser privadas y como tales deben ser tratadas jurídicamente. Otra cosa será la valoración que puedan merecer los distintos supuestos en que se recurre a esa «externalización» de actuaciones propias de la tramitación de un expediente o procedimiento administrativo. Habrá que ver cuándo puede justificarse y cuándo no, o bajo qué condiciones, ese recurso a una colaboración privada que habrá de obtenerse por la vía de contratos específicos de servicios, teniendo en cuenta la naturaleza de cada una de las actuaciones de tramitación de que se trate y si participan o no de alguna manera en cuanto implican las potestades públicas, cuyo ejercicio ya hemos dicho que sí es algo que debe estar reservado al Poder público. Pero no hay inconveniente en admitir que carece de cualquier implicación en potestades la emisión de un peritaje médico o psicológico sobre determinadas condiciones para que alguien pueda conducir vehículos con la seguridad requerida por la ley, o la identificación material de las propiedades y otros derechos patrimoniales sobre el suelo que ha de ser ocupado por una nueva línea férrea previamente ya definida, así como su tasación, etc.

Más problemático puede ser el caso de los servicios privados de vigilancia armada o incluso de gestión por entidades privadas de establecimientos penitenciarios. Como dijimos, el Estado de Derecho se asienta en la idea de que la amenaza y el ejercicio de la fuerza coactiva, salvo para la legítima defensa, es actividad pública, reservada al Poder público. En cualquier caso, parece claro que, en la medida en que se admitan estas posibilidades, lo que son activida-

des de sujetos privados siguen siendo actividades privadas y no públicas, en sentido jurídico, por más que hayan de sujetarse a las severas normas que al efecto se dicten, además de a los correspondientes contratos de servicio que pueda ser necesario celebrar. Y, desde luego, cuando menos, habrá que exigir que la Administración retenga competencias de supervisión intensa, cuando no de dirección directa, según los servicios de que se trata, se presten a otras entidades privadas o a las propias entidades públicas.

A la postre, entonces, ¿dónde está en verdad el ejercicio por particulares de funciones públicas?

Los particulares como tales, no investidos de nombramiento legal o mediante el contrato de trabajo que los incorpore a la organización pública, y no convertidos en consecuencia por esas únicas vías en «componentes» de la organización del Poder público con cuanto ello implica, no pueden, no deben ejercer funciones públicas ni llevar a cabo actividades jurídicamente públicas. Lo que, desde luego, en modo alguno significa que las personas privadas no puedan llevar a cabo todo tipo de actividades de interés general. Ya hemos dicho que el fin del interés general no es exclusivo del Poder público. Cuanto más acierten los sujetos privados en acomodar libremente sus intereses particulares al interés general, promoviendo y sirviendo a este –los derechos efectivos de los demás– con la mayor amplitud y eficacia posibles, más pleno desarrollo humano logrará la sociedad, permitiendo que el Poder público llegue a restringir su actuación a lo que solo él puede y debe hacer. Constituye un error grave entender que las actividades de los particulares, si por excepción se dirigen al interés general, tendrían que someterse al Derecho público, en el fondo porque lo estarían haciendo por cuenta del Poder público y como en su nombre, por su delegación. ¿Dónde queda el valor de la persona humana y de su esencial dimensión solidaria en ese planteamiento?

Lo que no quita para que, por determinadas razones justificadas o atendibles, pueda ser pertinente la traslación a algunas actuaciones privadas de gran relevancia para la satisfacción de necesidades básicas de las personas, en particular si se llevan a cabo en situación de exclusividad o por un número restringido de operadores, algunas reglas o exigibilidades jurídicas que se han generado en el Derecho público por razones análogas. Pero esas reglas pasarán a insertarse, en principio, en el Derecho privado que rige la actuación de tales sujetos privados con todas las consecuencias.

Incluso, en fin, en el caso extremo en que el ejercicio de actividades o funciones que pueden ser calificadas de públicas por ser, en efecto, ejercicio de potestades, se atribuye o reconoce a personas de suyo privadas como los

comandantes de naves y aeronaves para el mantenimiento del orden en ellas, por no ser accesibles sus ocupantes a la acción protectora de las autoridades públicas ordinarias, habría que afirmar que el ordenamiento jurídico las incorpora transitoria o temporalmente en tales circunstancias al Poder público, actúan entonces por eso mismo como órganos o elementos de este y no como personas privadas.

Se confirma en suma que el objeto propio del Derecho público es siempre y solo la organización y la actuación de las organizaciones del Poder público, las entidades o personas jurídico-públicas, aunque incluya, desde luego, múltiples exigibilidades jurídicas a favor de las personas privadas o frente a ellas y, por lo tanto, se aplique también y de modo muy importante a todas las personas privadas precisamente en su relación con las públicas de acuerdo con la ley. Pero la sumisión al Derecho público en una u otra medida de las actividades de los sujetos privados no las convierte en públicas ni en poco ni en mucho y los principios jurídicos que han de regirlas habrán de seguir siendo básicamente los que se corresponden con su naturaleza, con su libertad y con sus derechos fundamentales, netamente diferentes de los que deben vertebrar las funciones y las actividades públicas a cargo del Poder público y sus organizaciones.

3. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Y ¿no se aplica también el Derecho privado a las entidades públicas? ¿No cuestiona este hecho la idea de que el objeto propio del Derecho privado son las personas privadas en sus relaciones recíprocas? Es una vieja cuestión.

Es indudable que, de siempre, también bajo el Estado de Derecho, se aplica el Derecho privado a algunas actividades e incluso –sobre todo a partir de una época más tardía en la historia contemporánea del Estado de Derecho– organizaciones del Poder público. Pero esta evidencia es compatible con el mantenimiento de la distinción Derecho público y Derecho privado en toda su importancia y en los términos expuestos, aunque forzoso es reconocer que ha constituido también una causa permanente de las dudas y de las críticas a tal planteamiento. No ha sido la última razón de esto el que, no sin frecuencia, se han presenciado tendencias e incluso acciones sostenidas favorables a una sucesiva ampliación del encauzamiento de la actuación administrativa por algunas de las ramas del Derecho privado, y, sobre todo, a una creciente y heterogénea utilización de distintas formas de personificación jurídico-privada para disponer la organización de partes enteras de la Administración o del soporte de sus actuaciones, no solo en el ámbito más

estrictamente económico, sino también en otros. Es lo que se dio en llamar ya hace tres decenios –e incluso mucho antes, ya en los primeros decenios del siglo XX en alguna doctrina germánica– la huida del Derecho público o administrativo.

En realidad la aplicabilidad de algunas de las exigibilidades propias del Derecho privado –civil, mercantil o laboral– a la Administración pública, es decir a la única parte del Poder público en que ello sería posible, de conformidad con reglas de esa parte del Derecho, tanto en favor de la propia Administración como en su contra o frente a ella, no tiene por qué verse como un cuestionamiento de los límites y de la razón de ser de la distinción entre Derecho público y privado. Cabe entender que es el propio Derecho público específicamente propio de la organización y la actuación de los Poderes públicos, y que, por lo mismo, determina la posición que a estos corresponde con respecto a los demás sujetos, el que remite al Derecho privado cuando en dicha actuación o en esta posición no hay base racional para que sean distintas de las reconocidas por el Derecho privado al común de las personas, a las personas por antonomasia –los seres humanos– y las sustentadas en su voluntariedad libre. Y pueden identificarse no pocas situaciones de la Administración en su relación con los bienes de su titularidad propia o ajena, o con diversidad de servicios que ella presta o que le prestan, en las que las exigibilidades jurídicas que determinan o que de ellas derivan no tienen por qué ser distintas de las comúnmente reconocibles en situaciones similares de las personas privadas con respecto a otras personas también privadas. Porque los principios específicos de las organizaciones públicas, del Poder público, y, por lo mismo, del Derecho público no tendrían ahí implicaciones o consecuencias que requieran precisamente la sumisión a este. Las organizaciones del Poder público son, como hemos dicho, muy específicas y en esa especificidad radica la razón de ser del Derecho público, pero no dejan de ser por ello personas o sujetos de Derecho, con aspectos comunes con respecto a las demás personas, las privadas, en lo relativo a lo que es su subjetividad jurídica personificada y no pocas de las posiciones en que pueden encontrarse con respecto a esas otras personas por razón de sus bienes, o de los que les sean necesarios, o bien de los servicios que necesiten de ellas o que les presten. La cuestión será solamente deslindar correctamente, por tanto, el Derecho público del Derecho privado que pueda aplicarse a la Administración cuando las razones que especifican al primero no sean relevantes y quepa, en consecuencia, entender que hay en él incluso una remisión implícita, si es que no es explícita, a esa sujeción al Derecho privado, como ocurre, en efecto, en materia de incorporación de personas al servicio de la Administración por contrato laboral y la consiguiente sumisión al Derecho laboral, o en aspectos del régimen de los bienes llamados patrimoniales de la Administración, sujetos al Derecho Civil o mercan-

til, o en cuanto al régimen de cumplimiento y extinción de los contratos privados civiles y mercantiles que también se reconoce que la Administración puede celebrar para el cumplimiento de sus fines, sin perjuicio de la incidencia del Derecho público en su constitución y en aspectos de su modificación y hasta de su extinción.

Nada de esto, pues, requiere cuestionar la trascendencia de la división del Derecho en público y privado. Siempre que la remisión al Derecho privado no se haga en bloque con relación a toda la actividad de una persona jurídico-pública, lo que comportaría una retirada completa e inadmisibles del Derecho público de ese ámbito que le es propio. Aunque la legislación española ha recurrido a este tipo de remisiones generales en relación con lo que se llamaron a partir de la LOFAGE de 1997 *entidades públicas empresariales*, lo cierto es que enseguida, y ya netamente en esa misma Ley, tal remisión general pasó a ser un *flatus vocis* al acompañarse de importantes reglas de Derecho público de aplicación obligada, sea cual sea la valoración que pueda hacerse sobre su suficiencia.

Otra valoración precisa, en cambio, la utilización por el Poder público de todo tipo de formas jurídico-privadas de organización y personificación de entidades instrumentales suyas, con las que se desgajan partes más o menos amplias de la organización propiamente pública para encomendarlas a haces determinados de actividades de toda índole, propias de la Administración matriz, que retiene la influencia dominante, el control e incluso la alta dirección de la entidad instrumental. No debería admitirse tal modo de enfundarse partes de la Administración pública en una personificación jurídico-privada societaria o fundacional privada, sustrayéndose en principio con ello íntegramente al Derecho público como si fuesen verdaderas organizaciones privadas. Es verdad también aquí que tampoco este revestimiento de personalidad jurídico-privada ha dejado nunca de ir acompañado de algunos controles jurídico-públicos sobre el gasto y que, enseguida, se han ido generando también disposiciones normativas para salvaguardar la sumisión de algunos aspectos más importantes al Derecho público, resultando con ello diversas mezclas de régimen jurídico-privado y público, fuente de no pocas complejidades e incertidumbres, que no logran además acabar con la impertinencia de ese recurso generalizado a tales personificaciones.

Una excepción limitada cabría admitir: la instrumentación organizativa en forma de sociedad mercantil de capitales –aunque sea con esa ficción admitida de la sociedad de un solo socio, si la Administración no los tuviera manteniendo en todo caso ella la influencia dominante– de las empresas públicas de mercado, que podrían quedar así más fácil y plenamente sometidas al principio de paridad de trato con las privadas a que obliga el Derecho de la compe-

tencia⁵, desde luego en el ámbito europeo (art. 106.1 TFUE). El Derecho público quedaría reducido en ellas al régimen de su creación o asunción por el Poder público o al de las decisiones de la Administración titular sobre ellas, así como a la información y control sobre su marcha y actuación. La acción de la Administración en estos casos –lo que debe seguir sometido al Derecho público– se reduce a los actos de creación y dotación, de modificación en su caso, de control y alta dirección –lo que puede incluir nombramientos y otras actuaciones– de cada una de esas empresas, de esas sociedades en mano pública, para que desarrollen su actividad económica, dentro de esos condicionantes, en libre concurrencia con sus reales o potenciales competidores. Es así cómo el Poder público trata entonces de dinamizar la economía o el empleo o lo que considera como mejor y más completo aprovechamiento de los recursos disponibles, etc. La «iniciativa pública» en la economía (art. 128.2 de la CE) habrá de justificarse conforme a los principios del Derecho público, aunque luego se ejerza con el carácter propio de una empresa que compite en el mercado en condiciones de libertad e igualdad. Y si no resulta sostenible en ese medio concurrencial, obviamente habrá de modificarse para tratar de que lo sea, o deberá simplemente enajenarse y/o suprimirse.

Esta posibilidad de generar empresas económicas de mercado en mano pública, revestidas de personalidad jurídico-privada no es aplicable a los establecimientos de servicios educativos o de asistencia sanitaria o social, por la elemental razón de que estos servicios personales no dejan de verse afectados en el modo y contexto de su prestación cuando son públicos, cuando quienes los prestan son entidades del Poder público: hay derechos fundamentales o libertades públicas que tienen exigencias, al respecto, de concreción distinta de las que comportan cuando quienes prestan tales servicios –aun materialmente iguales o similares– son entidades privadas, con su libertad para conformarse con un carácter o ideario propios, dentro del legítimo pluralismo social ideológico y religioso que el orden constitucional garantiza, y para responder de modo hipotéticamente más plenamente adecuado a las demandas sociales.

CONCLUSIÓN

Todo el Derecho que el Poder público ha de contribuir a esclarecer, promover y hacer efectivamente cumplir, ha de estar basado en la dignidad de la persona humana y en sus libertades y derechos fundamentales, y ha de servir precisamente a su garantía en sí mismos y en todos sus desarrollos y concrecio-

⁵ Que no deja de ser una parte del Derecho mercantil, privado, aunque haya ido cobrando creciente importancia un Derecho público –administrativo– de supervisión y garantía de esa competencia, que administrativiza parcialmente, a ciertos efectos, la materia.

nes. Pero ello tiene exigencias en buena parte distintas y específicas en cuanto se trate de la organización y actuación del Poder público, objeto propio del Derecho público, o del *status libertatis* de la persona humana y de las personas jurídicas privadas que ella crea libremente, así como de toda la actuación y relaciones entre sí de todas estos sujetos privados, que es el objeto del Derecho privado, aunque este contenga también, por razones tradicionales y también por ser sus sujetos propios, la persona humana y su proyección en personas jurídicas privadas, la base misma de la sociedad y del Derecho todo, elementos comunes a todo el Derecho, de aplicación por tanto también al Poder público cuando no sean relevantes sus exigencias jurídicas específicas, razón de ser del Derecho público.

El respeto efectivo de la libertad y los derechos de todas las personas humanas –auténtico centro y fundamento de todo el Derecho– depende en no poca medida de que el Derecho privado y el Derecho público se distingan adecuadamente y se apliquen en sus respectivos ámbitos, de modo que ni trate de encauzarse la organización y actuación del Poder público, en cuanto sean relevantes su peculiar origen, sus fines específicos o sus modos de actuación, por medio del Derecho privado, porque nunca el Poder público puede ser sujeto de libertad y comportarse como si fuera un particular –con la excepción, bien delimitada y limitada, de la actuación de sus empresas económicas de mercado en el sentido expuesto–, ni se admita que los particulares asuman funciones o actividades estrictamente públicas ni se entienda que tienen esta naturaleza las que realicen en pro del interés general, que, por ello, habrían de someterse al Derecho público como si fueran Poderes públicos.

Es fundamental distinguir bien lo público y lo privado, todo lo relativo al Poder público y todo lo que atañe a la persona humana y su libertad, y no confundir ni mezclar sus dinanismos y exigencias propias. Aunque no para contraponerlos como si hubieran de oponerse y seguir cada uno fines distintos, sino, muy al contrario, para favorecer su respectivo ajustamiento a Derecho de conformidad con su distinta naturaleza, caracteres y condicionamientos propios, al servicio de los mismos fines, que no pueden ser sino la mayor plenitud posible en la satisfacción efectiva del conjunto de los derechos fundamentales de todos, los de libertad y los prestacionales, en lo que también se sintetiza el llamado interés general.

Derecho a la protección de un medio saludable y sostenible

Juan M. Méjica García

*Doctor en Derecho y Doctor en Medicina
Académico Correspondiente de las Reales Academias de Jurisprudencia
y Legislación de España y de Extremadura*

1. LA INFLUENCIA MEDIOAMBIENTAL EN LA SALUD

Generalmente se define la contaminación ambiental como «la presencia en el ambiente de cualquier agente (físico, químico o biológico) en lugares, formas y concentraciones que pueden ser nocivos para la salud, la seguridad o para el bienestar de la población».

Con mayor concreción, el Real Decreto Legislativo 1/2016 la identifica con la «introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo, que pueden tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilidades legítimas del medio ambiente»¹.

La afección ambiental que con mayor frecuencia se alega cuando se invoca la protección de la salud es la relativa a la producción de ruidos y vibraciones, si bien no faltan otros como malos olores, humos, gases y demás emisiones a la atmósfera, radiaciones y ondas electromagnéticas. Esta gran variedad de supuestos nos advierte de que cualquier contaminación ambiental podría en principio causar la aparición de patologías asociadas, desde una faringitis, un prurito ocular, o una EPOC, a un mesotelioma de pleura o una neoplasia maligna de bronquio y pulmón. Hasta el punto de que la influencia del medio

¹ Cfr. art. 3, apartado 6 del RD Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (BOE núm. 316, de 31 de diciembre).

ambiente sobre la salud se percibe como muy elevada por parte de un 88,7 % de la población española².

Sensibilización medioambiental que se ha traducido, a la postre, en la adopción de diversas medidas legislativas y reglamentarias, entre otras la obligación de proporcionar información adecuada a la población, establecer estaciones de vigilancia por cada 50.000 habitantes, instalar electrofiltros, desulfuradores y desnitrificadores en actividades emisoras (así, la que realizan las térmicas), todo lo cual ha redundado en que la evolución de los promedios anuales de contaminantes, tanto para gases (NO_2 , SO_2 , O_3 o C_6H_6) como para materia particulada (las denominadas PM_{10} y $\text{PM}_{2,5}$) se hayan visto prácticamente reducidos a la mitad en los últimos años. En esta línea se intenta ahora abordar la descarbonización de la economía, entendida como la reducción de las emisiones de CO_2 de los procesos industriales, sobre todo en el sector energético, que aporta con diferencia el mayor volumen de emisiones verificadas, aunque entre el 40 y el 65 % de la contaminación atmosférica es consecuencia del tráfico rodado.

Exposición a la contaminación por las vías respiratoria, dérmica, digestiva o parenteral de la que se ha empezado a tomar conciencia de sus diversos efectos perniciosos con el incremento de los índices de morbilidad y mortalidad asociados a la emisión de partículas tóxicas al aire ambiente³. Pues se ha constatado la relación directa que existe entre el aumento de la polución con el desarrollo de algunas patologías, como son los acontecimientos cerebrovasculares (ictus), el cáncer de pulmón y ciertas neumopatías tanto de tipo crónico como agudo (por ej., el asma bronquial). Si bien su potencial toxicidad –que no se discute– no puede, hoy por hoy, medirse científicamente, pues los parámetros de referencia, los valores límite, etc., deben tener una consideración individualizada, estando muy limitada su determinación en el momento actual⁴.

En cualquier caso, todas las formas de polución influyen en la salud y bienestar de las personas y en la calidad de los entornos en los que habitan y desarrollan sus actividades. Porque la contaminación (por supuesto, con mayor énfasis la aérea y la acústica) no solo causa trastornos y molestias en la salud

² Véase VV. AA.: *La influencia del medio ambiente en la salud según la población española*, Fundación Mapfre, Madrid, 2010, pág. 13.

³ Desde una perspectiva legal se entiende por emisión la «expulsión a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación» (cfr. art. 3, apartado 8 del calendario RDL 1/2016).

⁴ Las «Directrices sobre la calidad del aire» de la Organización Mundial de la Salud (OMS-2005) estiman que con una disminución de las partículas PM_{10} de 70 a 20 microgramos por metro cúbico de aire sería posible reducir la mortalidad anual hasta en un 15 %.

y en la calidad de vida de los trabajadores en el lugar de trabajo, afectando a su rendimiento laboral, sino también en el entorno domiciliario; la situación resulta aún más grave cuando las viviendas se sitúan junto a explotaciones mineras, instalaciones industriales, astilleros, incineradoras y vertederos de materiales tóxicos, canteras y cementeras, mataderos, talleres, etc., ya que a la degradación ambiental suele sumarse con frecuencia la congestión circulatoria y el impacto acústico que generan el tráfico rodado y el ferrocarril. Alrededor del 80 % de nuestra población está convencida de que el asma, la faringitis crónica y otras enfermedades respiratorias, así como los cánceres de pulmón y vejiga, han aumentado por causa de la contaminación atmosférica y el deterioro del medioambiente⁵.

2. LA CALIDAD DE VIDA COMO CONTENIDO FUNDAMENTAL DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SALUDABLE

Señaladamente, el TEDH con un criterio aperturista, admite que la contaminación ambiental puede afectar a la vida privada familiar, sea tanto la producida por emisiones de humos, como por ruidos, olores y otras injerencias⁶. Es decir, el criterio del Alto Tribunal Europeo es que el impacto ambiental sobre la población puede ocasionarse a todos los niveles, aire, acústico, recursos hídricos y de gestión de recursos.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional afirma que ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, privándola de su disfrute en los términos del artículo 8.1 CEDH (STC 16/2004, de 23 de febrero). Criterio que también ha sido acogido por el Tribunal Supremo, al reconocer que los daños ambientales, en casos de especial gravedad, pueden conculcar el derecho fundamental a la intimidad y a la vida personal y familiar en el ámbito domiciliario, especialmente la exposición prolongada a determinados niveles de ruido que pueden objetivamente calificarse como evitables e insoportables, impidiendo o dificultando gravemente el libre desarrollo de la personalidad (STS de 12 de noviembre de 2007).

A ello hemos de añadir que es la misma preocupación que asiste a nuestro legislador en el RDL 1/2016, ya citado, al señalar que su propósito es «evitar o,

⁵ En este sentido ver VV. AA.: *La influencia del medio ambiente en la salud según...*, op. cit., pp. 155 a 166.

⁶ Valgan como muestra las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, 22 de mayo y 8 de julio de 2003, 30 de marzo y 30 de noviembre de 2005 ó 27 de enero de 2009.

cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto»(ex art. 1).

Es por lo que me atrevo a decir que las situaciones de deterioro ambiental grave conllevan a la postre un menoscabo en la calidad de vida tanto en los órdenes personal, familiar y social. Pues la calidad de vida se puede considerar como uno de los objetivos que integran el contenido fundamental del derecho protector del medio ambiente, tal y como se reconoce expresamente en el artículo 45.2 CE, el cual, además de reconocer el derecho de toda la población «a disfrutar de un medio ambiente adecuado», preceptúa la responsabilidad de velar por el desarrollo y conservación del mismo a los poderes públicos, así como la previsión de sanciones penales y, en su caso, administrativas, para todo aquel que lo contravenga. Calidad de vida que se identifica así con un medio ambiente adecuado y, en definitiva, con que no se degrade la calidad de las aguas, del aire, del paisaje... Es más, en cuanto bien jurídico e interés constitucionalmente protegido se debe perseguir restaurar las condiciones básicas necesarias para su mantenimiento. Con lo cual, la calidad de vida comporta tanto el promover la mejora del nivel de renta, como el defender el disfrute de los recursos naturales que el hombre precisa para su mejor pervivencia.

Al respecto, algunos textos internacionales contemplan el derecho a un «entorno» que sea «seguro» y «sano». Dimensión relativa a las circunstancias en las que la vida humana debe desarrollarse para que se considere saludable, que entronca con el derecho a que el medio ambiente donde aquella se desenvuelve sea «seguro» y «sostenible». La seguridad y la sostenibilidad ambiental constituyen, pues, dos condiciones indispensables sobre las que se fundamentan el bienestar y la calidad de vida. Más aún. Tal derecho a vivir en un entorno o ambiente «seguro», «sano» y «sostenible», explicitado en la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz⁷, está reconocido no solo a «toda persona», sino a «los pueblos» y «los seres humanos». De este modo se quiere remarcar que la titularidad del derecho no se limita al sujeto individual, sino que abarca igualmente su dimensión colectiva⁸.

⁷ Cfr. los arts. 3.2 y 4.3 de la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, de 10 de diciembre de 2010.

⁸ En este sentido véase también SÁNCHEZ PATRÓN, J. M.: «Paz positiva, seguridad humana y medio ambiente: del «deber de respetar» a la «obligación de proteger», en *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas* (Directores FALEH PÉREZ, Carmelo y VILLÁN DURÁN, Carlos), Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), Velasco Ediciones, Luarca, 2017, p. 102.

3. CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y DERECHO DE DAÑOS. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A ALGUNOS PUNTOS POLÉMICOS

3.1. La situación actual

Como se dijo, las emisiones de sustancias peligrosas o nocivas pueden alterar la atmósfera con un efecto perjudicial para la población, tal y como se viene asegurando desde hace un tiempo.

Especialmente, las Administraciones Públicas han ido evolucionando desde un enfoque general del medio ambiente y de la contaminación, al tratamiento de los concretos aspectos que resulta necesario tener en cuenta, y que varían dependiendo de las peculiaridades de cada territorio, así como de las concretas inmisiones liberadas y los problemas específicos que pueden causar estas en la calidad de vida de la población. Calidad de vida que además de las condiciones de salubridad engloba otras que permiten el descanso, el disfrute del medio ambiente, etc., o sea, el bienestar, concepto que va más allá de la mera tenencia de bienes materiales (enfoque patrimonialista) y de la dimensión psicofisiológica (perspectiva biomédica).

En todo caso, en materia de responsabilidad medioambiental hay que partir de que las fuentes contaminantes deben ser combatidas mediante la utilización de mecanismos de Derecho Público, pues, como dijimos, es la Administración Pública la que tiene encomendada la defensa y la protección de los intereses de tipo general, siempre y cuando se tenga en consideración un cierto grado de tolerancia, pues resulta prácticamente imposible, al menos con los medios con los que contamos, la total eliminación de las emisiones contaminantes a la atmósfera sin tener que renunciar a la industrialización y a las fuentes generadoras de energía.

Concretamente, la Ley 34/ 2007, de 15 de noviembre, fue la encargada de establecer las obligaciones que tienen los titulares de las empresas e industrias contaminantes en nuestro país. Dicha Ley supuso un plus de reforzamiento de la legislación que limitaba la cantidad de partículas contaminantes en el aire ambiente, clarificando y detallando las responsabilidades que las industrias asumirán en el caso de incumplimiento de los límites fijados. Los principios de «quien contamina paga» y de «prevención de la contaminación en la fuente» rigen la legislación y las eventuales responsabilidades que puedan surgir tanto civil como administrativamente.

3.2. **Anotación sobre la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental**

Como es sabido, esta persigue la protección de las especies silvestres y hábitats protegidos, así como del resto de elementos que forman parte de la naturaleza, sin diferenciar que sean o no de propiedad privada. De ahí que su artículo 5 establezca que: *«Esta ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o a cualesquiera otros daños patrimoniales»*. Lo cual justifica su inaplicación para el caso de que un particular reclame el resarcimiento de daños causados tanto en su salud como en la esfera patrimonial. Si bien respecto de las obligaciones de evitación y reparación de los daños causados contra el medio ambiente, la STS de 18 de julio de 1994 contiene la siguiente afirmación: *«El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente»*.

3.3. **Controversia sobre la competencia en materia de responsabilidad medioambiental**

El Tribunal Supremo, a pesar de que admite que pueden plantearse dudas para su determinación, se decanta por los tribunales civiles (SSTS de 14 de mayo de 1963 y 16 de enero de 1989, entre otras). Sin por ello desconocer que la jurisdicción contencioso-administrativa puede llegar a ser competente en aquellos casos en que intervenga la Administración, al tener esta el deber de salvaguarda y protección del medio ambiente por la Constitución Española (*ex art. 45.2*).

En este sentido, la STS de 12 de diciembre de 1980 reconoce que se trata de una zona tangencial entre ambos órdenes jurisdiccionales, no obstante lo cual debe distinguirse entre lo que atañe a la propiedad privada y su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a los intereses generales, de inequívoca naturaleza administrativa. De ahí que cuando el daño exija reparación indemnizatoria, su acción deba residenciarse en la sede ordinaria de la jurisdicción, independientemente de que se haya infringido o no una norma administrativa (SSTS de 14 de marzo de 2005 y 31 de mayo de 2007, entre otras).

3.4. **Objetivación de la responsabilidad medioambiental**

Esta se viene identificando como de tipo extracontractual y objetivo, de conformidad con los artículos 1902 y 1908 del Código Civil, siempre y cuando el daño no se haya originado «en la estricta órbita de lo pactado».

Sabido es que nuestra legislación civil ha ido evolucionando en el tratamiento de la responsabilidad por daños, desde la originaria necesidad de la concurrencia de culpa como requisito que había de acreditarse por el perjudicado. Más modernamente, la jurisprudencia se ha ido flexibilizando hasta predicarse la objetivación cuando la actividad dañosa proporciona un beneficio al sujeto causante (*ubi emolumentum, ubi onus*). El lucro o ganancia resulta, por tanto, el elemento sobre el que se basa el reproche, siendo irrelevante si el agente contaminador ha sido o no negligente a los efectos de imputarle la responsabilidad. Esta idea del riesgo como presupuesto de la responsabilidad objetiva se repite en la doctrina jurisprudencial, valgan como muestra las SSTS de 15 de marzo y 24 de mayo de 1993.

Por eso, se entiende configurada la responsabilidad medioambiental como de naturaleza objetiva, en orden a proteger a aquellas personas que puedan resultar perjudicadas por dichas inmisiones, a pesar de que estas se deriven de actividades industriales totalmente lícitas. Es decir, no basta con cumplir las prescripciones legales o administrativas para obtenerse la exoneración del titular de la empresa que perjudica a un tercero. Consecuentemente, el cumplimiento de la normativa ambiental resulta irrelevante a la hora de establecer la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

3.5. Acreditación de la relación de causalidad

En todo caso, el principal presupuesto que hay que demostrar es el nexo causal o la relación de causalidad entre la emisión y el daño producido. Con carácter general, el Tribunal Supremo sigue aquí un criterio práctico. Así, las SSTS de 4 de junio de 1980 y de 14 de julio de 1982 (sobre emanaciones de polvo por instalaciones fabriles), parecen decantarse por la teoría de la causa eficiente, mientras que la STS de 27 de octubre de 1990 (sobre muerte de peces por la contaminación de un río), se inclina de modo meridiano por la teoría de la causa adecuada, y en otros casos acude sin más a la presunción de culpa.

Asimismo, el TS reduce el campo de aplicación del caso fortuito y la fuerza mayor, de modo que solo los supuestos inevitables sirven para quebrar la relación de causalidad. Resultando así que cualquier acto que pueda incluirse en el círculo de actividad del sujeto agente no podrá interrumpir el nexo causal, porque al estar en su ámbito de actividad debería haber sido previsto por este (STS de 28 de abril de 1992).

3.6. Los artículos 1902 y 1908 del Código Civil como punto de partida. Referencia a la inversión de la carga de la prueba

A falta de una ley para reclamar este tipo de daños por la vía civil, surgen dudas acerca de la opción por uno u otro precepto. Así, una parte de la doc-

trina considera que el artículo 1908.2 suple tal carencia, pues su aplicación nace del tratamiento de esta responsabilidad como directa del titular de la empresa o industria que explota la actividad contaminante y por la que obtiene un beneficio. Sin embargo, otros consideran más adecuada la aplicación del artículo 1902, por entender que la responsabilidad es de tipo cuasi objetiva, la cual comporta un incremento de la diligencia exigible y el juego de la inversión de la carga de la prueba. En esta línea de objetivación de la culpa destacamos la STS de 30 de junio de 1976: «*La acción u omisión determinante del daño indemnizable a que dichos preceptos se refieren [los arts. 1902 y 1903] se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trata, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, más o menos eficaces*». Lo cual significa que el Tribunal Supremo predica tal objetivación al invertir la carga de la prueba, pues será el demandado quien deba acreditar que actuó diligentemente.

Sin embargo, la STS de 14 de mayo de 1963 afirma que el artículo 1908.2 CC establece taxativamente el criterio de la responsabilidad objetiva «*sin exigir que los daños sobrevengan por haber construido sin las precauciones adecuadas o por no estar las cosas en lugar seguro o adecuado, o por falta de las reparaciones necesarias (...) porque realmente, el propietario, al hacer uso de sus cosas, debe hacerlo sin causar perjuicio a los demás, y si lo ocasiona, debe indemnizarle*». De igual manera, la STS de 12 de diciembre de 1980, cuando declara que: «*El interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebrantamiento patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva*».

En todo caso, al hablar de reparación de daños ambientales hemos de remitirnos a la Ley 26/2007, en cuanto propugna la reparación *in natura* y el no dejar libertad a los interesados –agente causante del daño y sujeto dañado– para determinar cómo llevar a cabo tal reparación fuera de los límites de aquella Ley. No obstante, el lucro cesante se indemnizará en su caso según las reglas civiles generales.

4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS Y UNA REFLEXIÓN FINAL

En lo que aquí interesa, la idea del desarrollo sostenible impone la obligación de compatibilizar los intereses en cuestión, reconociendo que no todo pro-

greso económico tiene por qué conllevar mayor bienestar si con aquel se perjudica de modo grave el medio ambiente. Así lo recoge la STC 64/1982, cuando reconoce la necesidad de compaginar la protección de ambos bienes constitucionales, o sea, el medio ambiente y el desarrollo económico.

Muchas son las SSTS sobre daños al medio ambiente que para objetivar la responsabilidad civil utilizan la inversión de la carga de la prueba, llegándose al extremo de afirmar que la mera existencia del daño es prueba suficiente de que no se actuó con la diligencia debida (SSTS de 28 de enero de 2004 y de 14 de marzo de 2005), es decir, se adopta la presunción de culpa en el sujeto agente. Lo cual desemboca en el reconocimiento de una indemnización donde, en todo caso, deben prevalecer los principios de proporcionalidad y de equilibrio de intereses.

Abundando más en el tema, la última jurisprudencia del TS establece que la protección de los derechos no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que habrá de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales y no patrimoniales, por ejemplo en forma de peligro grave e inmediato para la salud.

Y ya a modo de corolario, sin poder negarse la mejoría que se está produciendo en el control de las actividades contaminadoras, hay que hacer hincapié en la necesidad de reducir los niveles de contaminación hasta los estándares mínimos posibles, lo cual, sin lugar a dudas, influirá favorablemente en la salud de la población, así como en su bienestar y calidad de vida. Esto es, el derecho a la protección de la salud ambiental resulta un derecho irrenunciable, pero habrá de compatibilizarse con el desarrollo armónico de lo económico.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: «El medio ambiente y el Derecho Civil. Homenaje a la obra del Profesor Díez-Picazo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 2002, pp. 501-548.

VV. AA.: *Practicum daños*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 451 y ss.

Público y Privado en el Derecho

José Luis Merino Hernández

Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

1. SISTEMA DE DERECHO CIVIL EN ESPAÑA

La Constitución española vigente, de 1978, consagró la pluralidad legislativa civil en España. Su artículo 149.1.8.^a, tras determinar que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, lo hace «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

Con ello se cerró un ciclo de más de cien años, durante los cuales se han sucedido diversos intentos de unificación del Derecho Civil en España, sin resultado positivo. A imitación del Código civil francés, de 1804, el proyecto español de 1881 trató de unificar los diferentes cuerpos legislativos españoles. Sin embargo, la reacción a la contra desde los territorios llamados «forales» –singularmente, Cataluña, Aragón y País Vasco–, dio al traste con el intento.

En el definitivo Código civil español, de 1889, el legislador estatal planteó una solución intermedia o de compromiso, consistente en que, tras el texto codificado, se insertarían sendos Apéndices, uno por cada territorio foral, en los que se incluirían las normas civiles propias más importantes. Solo se llegó a publicar el de Aragón, en 1925. Las demás Comunidades –llamadas entonces «regiones»– se opusieron mediante el silencio, no promulgándose ningún otro apéndice.

En 1946, se celebra en la ciudad de Zaragoza un Congreso Nacional de Derecho Civil, en el que como principal conclusión se aprueba que cada región foral elabore una Compilación con su propio Derecho Civil, la cual estará vigente un tiempo no determinado, tras el que se intentará incorporar al Código civil único aquellas instituciones forales de mayor interés, derogándose entonces las Compilaciones. Aquí sí que las diferentes regiones

forales aceptaron el cometido, y cada una de ellas elaboró y aprobó su propia Compilación.

Pero, como decía al principio, todo este sistema unificador decayó con la promulgación de la vigente Constitución de 1978.

A partir de ella, siete Comunidades Autónomas –Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y Valencia– tienen hoy un cuerpo de Derecho Civil, más o menos amplio, netamente diferenciado del Código civil español, quedando este aplicable al resto de Comunidades Autónomas –Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Murcia, Madrid, Extremadura, Andalucía, Canarias– y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Lo que en términos de población supone que aproximadamente un 43 % de los españoles se rige por un ordenamiento civil propio, frente al 57 % que regula sus relaciones privadas por el Código civil español.

2. LA ESTRUCTURA AUTONÓMICA DE ESPAÑA

La Constitución española de 1978, retomando el sistema previsto en la Constitución republicana de 1931, estructuró territorialmente el Estado mediante la instauración de Comunidades Autónomas, equivalentes –aunque no en todo caso– a las antiguas regiones, solo que ahora dotadas de personalidad jurídica y con una distribución de poderes equivalente a la de cualquier estado democrático, con la tripartita división entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Respecto del primero, cada Comunidad Autónoma española tiene un parlamento propio, independiente del estatal, de carácter unicameral y con facultades legislativas en las materias propias de sus competencias.

Precisamente, a partir de la instauración de los parlamentos autonómicos, todas las Comunidades con Derecho Civil propio han desarrollado una abundante normativa, en un intento de gozar, cada una de ellas, de un Código propio, separado e independiente lo más posible del Código civil español (texto normativo, según se ha dicho, aplicable a las Comunidades sin competencias legislativas en materia civil; al mismo tiempo que supletorio para las Comunidades forales en las materias no reguladas específicamente por estas).

Pero, aparte el Derecho Civil, la existencia en cada Comunidad Autónoma de un Gobierno propio y de una Administración pública encargada de ejecutar las previsiones gubernamentales en las materias que les son propias, está pro-

vocando que los respectivos Parlamentos Autonómicos estén legislando de forma permanente acerca de esas materias.

Se está generando así una variedad de cuerpos legislativos, uno por cada Comunidad Autónoma, con diferencias de contenido normativo a veces muy notables de unos a otros. (El ejemplo más notorio se plantea ahora en España con el distinto tratamiento normativo que, en materia del Impuesto de Donaciones y Sucesiones, están haciendo las distintas Comunidades Autónomas. Así, mientras en algunas de ellas no se paga impuesto alguno en la sucesión hereditaria de padres a hijos, en otras, por el contrario, se satisfacen cantidades muy importantes. Ello es la consecuencia de la permisividad del Estado quien, al transferir la correspondiente competencia –en este caso, recaudación del impuesto de donaciones y sucesiones–, admite que las Comunidades puedan normar lo concerniente a las tarifas, las bonificaciones, las reducciones y las exenciones fiscales del impuesto. Ello está generando una importante desigualdad en el trato fiscal de los ciudadanos en una materia tan sensible cual es el impuesto de sucesiones.)

3. LA INVASIÓN AUTONÓMICA DEL DERECHO CIVIL

Regulación de las «parejas de hecho»

Pero hay otro problema añadido. La práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, con una evidente imitación de unas a otras, en su legislación pública introducen y norman materias que inciden directamente en el Derecho Civil, de cuya competencia, como ya queda dicho, solo gozan siete de ellas.

Aparte de otras materias de menor importancia, hay un supuesto en el que ello se hace patente: la regulación de las llamadas «parejas de hecho» o «parejas no casadas».

Esta es una materia en la que no existe una normativa estatal. Nunca, desde el Gobierno del Estado, se ha presentado un proyecto de ley al respecto. Y aunque no han faltado intentos, en determinados momentos, desde los partidos de la oposición al Gobierno de turno, de legislar con carácter general en esta materia, sin embargo, todas las proposiciones de ley presentadas han sido rechazadas por la mayoría gubernamental. Ello ha provocado que hayan sido las propias Comunidades Autónomas las que han tomado la iniciativa, generando así una pluralidad legislativa muy poco homogénea, sin una mínima orientación básica estatal, ni unas normas aplicables en los conflictos interregionales en esta materia. Todo lo cual provoca no poco desconcierto a la hora

de aplicar cada una de esas leyes, y unas desigualdades entre los ciudadanos sometidos a una u otra, algo similar a lo expuesto acerca del impuesto de sucesiones.

Pero, sobre todo, lo que está originando es la invasión del campo del Derecho Civil por parte de Comunidades que carecen de competencias para ello.

Así, mientras algunas se limitan a regular la materia en el estricto ámbito del Derecho público, previendo la creación de un registro administrativo para la inscripción de las parejas de hecho, así como las relaciones de estas con las Administraciones Públicas –tal es el caso de La Rioja, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Murcia–, otras, sin embargo, en sus respectivas leyes sobre parejas de hecho, inciden en materias propias del Derecho privado, especialmente en lo que concierne a las relaciones personales y patrimoniales de la pareja mientras conviven y en el caso de su ruptura.

En todas ellas se parte de la libertad de pacto, por virtud de la cual las parejas de hecho tienen libertad para concertar, normalmente mediante escritura pública inscribible en el registro de parejas de hecho, todo lo concerniente a los aspectos personales y patrimoniales de sus relaciones, sin que tales pactos puedan perjudicar a terceros.

La presunta invasión del Derecho Civil se produce con las normas que tales leyes establecen en defecto de un pacto expreso de la pareja.

Así, en lo que concierne a las relaciones económicas interpersonales de la pareja, se dispone que «los miembros de la pareja de hecho contribuyen al sostenimiento de las cargas de esta en proporción a sus recursos» (Madrid y Extremadura); o «en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos» (Canarias). Además, deben contribuir a esos gastos comunes con su «trabajo doméstico» (Canarias) o «mediante aportación económica o trabajo personal» (Cantabria).

Alguna ley llega a admitir la posibilidad de que los miembros de la pareja de hecho establezcan su propio «régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación» (Andalucía).

Partiendo de la base de que las parejas de hecho determinan, como los matrimonios, el nacimiento de una familia, en el seno de esta se admite el «acogimiento» de menores desamparados (Asturias); incluso, llegando más lejos, también la adopción por ambos miembros de la pareja (Andalucía y Cantabria).

Estas leyes regulan también las relaciones personales y patrimoniales de la pareja cuando esta se disuelve por ruptura.

Así, «en el caso de que se produzca la disolución en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante» (Cantabria y Extremadura).

Además, si la pareja que se disuelve tiene hijos menores de edad, «la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y el régimen de visitas, comunicación y estancia se determinará en aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales» (Asturias, Cantabria y Extremadura).

También contemplan alguna de estas leyes el derecho del miembro superviviente de la pareja al fallecimiento de su conviviente, a «residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año» (Andalucía).

Al respecto, es muy significativo el fundamento sociológico, y su reflejo constitucional, en los que todas esas Comunidades se basan para verificar una regulación de la pareja de hecho fuera de lo estrictamente administrativo.

Los preámbulos de las correspondientes leyes autonómicas comienzan por realizar una serie de afirmaciones tendentes a la constatación de una realidad social, cual es que el matrimonio no es el único instrumento jurídico para la formación de una familia, y que en la actualidad las parejas de hecho también pueden dar lugar a su nacimiento. Así, por ejemplo: «los modelos de sociedad, sus formas de organizarse y los valores sobre los que esta se sustenta, han evolucionado y son ya muy diferentes a los que tradicionalmente han venido imperando décadas atrás» (Canarias); que hoy las leyes delimitan «un nuevo modelo de familia no fundado exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a cabo una convivencia estable» (Extremadura); «la realidad actual de nuestra sociedad nos muestra que cada vez son más frecuentes otras situaciones convivenciales distintas de la institución del matrimonio... formadas por parejas... que, pudiendo contraer matrimonio se abstienen de hacerlo» (Cantabria).

El paso siguiente argumental lo dan aquellas leyes autonómicas que consideran que el matrimonio como única institución de la que puedan derivarse relaciones familiares, personales y patrimoniales, está suponiendo una limitación a la libre expresión de su afectividad para una parte importante de los ciudadanos: «la familia no se constituye exclusivamente sobre la base de una unión matrimonial, sino también sobre unidades de convivencia que han ido

surgiendo como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión» (Andalucía); »la regulación normativa (de las parejas de hecho) debe ser el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones, sean estas cuales fueren, están o pudieran sentirse discriminadas» (Madrid); todos los ciudadanos deben poder optar «por cualquier medio para formar una familia que les permita el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de igualdad sin que de esta opción se puedan derivar consecuencias discriminatorias» (Asturias).

El sustento constitucional de tales afirmaciones y de las regulaciones que se siguen de ellas se centra en tres preceptos de la Carta Magna, a saber:

En primero de ellos el artículo 14, conforme al cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Sobre ese principio de igualdad, las citadas leyes autonómicas tratan de equiparar la familia nacida de la institución matrimonial y la creada mediante la constitución de una pareja de hecho con arreglo a los requisitos establecidos por la ley.

Por otra parte, el artículo 9.2 dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». O sea, como dispone alguna de esas leyes, evitar las consecuencias discriminatorias que pueden derivarse de un trato jurídico diferenciado para unas y otras uniones, la matrimonial y la de hecho.

Y, específicamente, el artículo 39 de la Constitución en cuanto establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Pero una familia que, en el sentir de ciertos legisladores autonómicos, no solo es la que nace de la unión matrimonial, sino también la surgida de una situación de hecho que reúna los requisitos exigidos por la ley. En la base argumental de esas legislaciones, este precepto constitucional es clave: si los poderes públicos deben asegurar la protección jurídica de la familia, y esta puede nacer no solo del matrimonio, sino también de una relación de pareja estable no casada, todas las Comunidades Autónomas, tengan o no competencias en Derecho Civil, pueden legislar, incluso de forma subsidiaria si el Estado no lo hace.

4. DERECHO PRIVADO O DERECHO PÚBLICO

Como señala el ponente, «lo público y lo privado no han sido contemplados nunca en el ámbito jurídico como dos realidades separadas, sino solo como... dos puntos de vista, dos perspectivas, dos maneras diferentes de enfocar lo jurídico, una que centra la atención en la *utilitas singulorum*, otra que lo hace en la *res publica*, en el interés del *populus*».

A este último criterio parecen responder las leyes autonómicas que tratan de regular determinados aspectos de las relaciones, personales y patrimoniales, de las parejas de hecho.

Todas ellas creen que la regulación que hacen al respecto entra dentro del marco competencial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Hay una en concreto, la Comunidad de Madrid, que afirma abiertamente que la regulación de las relaciones intersubjetivas de las parejas de hecho «supondría una extensión del Código Civil a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial... Sin embargo, a la espera de la referida extensión de la legislación civil, la Comunidad de Madrid debe poner sus medios y sus competencias al alcance de las uniones de hecho no reguladas, con el fin de otorgarles un reconocimiento y, además, introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad». Con ello se afirma una suerte de subsidiariedad legal civil desde la Administración pública autonómica. Una especie de ejercicio público del Derecho privado en esta materia concreta.

No lo ha creído así el Tribunal Constitucional español, el cual, en su Sentencia 81/2013, de 11 de abril, declara nulos los artículos 4 y 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid, la 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, porque esa regulación «se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho Civil».

Llegados a este punto, resultan cuando menos sorprendentes ciertos aspectos relativos a esta sentencia del TC.

En primer lugar, el hecho de que solo haya sido esta Ley de la Comunidad de Madrid, de entre las equivalentes de otras Comunidades Autónomas sin competencias legislativas en materia de Derecho Civil, la que haya sido recurrida ante el Tribunal Constitucional. Todas las demás –Asturias, Cantabria, Andalucía, Canarias y Extremadura– siguen vigentes, al no haber sido recurri-

das en el plazo de tres meses, desde su publicación, según lo previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

También, que el único recurso de inconstitucionalidad en esta materia se haya planteado contra la ley menos invasiva del Derecho Civil. Los artículos 4 y 5 de la ley autonómica recurrida, anulados por inconstitucionales, se centran fundamentalmente en la libertad de pacto que se proclama, en virtud del cual las parejas de hecho podrán regular libremente lo concerniente a sus relaciones personales y patrimoniales, durante la convivencia y en caso de ruptura; lo que no parece que suponga ninguna especial invasión del Derecho privado. Quizás, solo puede considerarse que existe tal invasión cuando la Ley establece que «a falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de esta en proporción a sus recursos». Pues el Tribunal Constitucional considera que una ley autonómica, en Comunidades sin competencias en Derecho Civil, no puede regular materias propias de este, y, entre otras, la forma de contribuir los miembros de la pareja de hecho a las cargas y gastos originados por la convivencia.

Precisamente, la libertad de pacto que proclamaba esa Ley (y otras) para que la pareja de hecho no casada pueda regular sus relaciones patrimoniales, tanto durante la convivencia como en caso de ruptura, es uno de los aspectos más importantes del Reglamento 2016/1104 del Consejo de la Unión Europea, de 22 de junio de 2016, que entró en vigor en todos los Estados de la Unión el 29 de enero de 2019.

En él se regula específicamente lo que denomina «capitulaciones de la unión registrada», entendiéndose por tal el «escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada» (art. 25.1) conteniendo un «acuerdo en virtud del cual los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión registrada» (art. 3.1.c), y en cuyo escrito establecen «el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución» (art. 3.1.b).

Nótese que el Reglamento europeo utiliza para ese acuerdo de la pareja de hecho el mismo término –«capitulaciones»– que en la práctica totalidad de las legislaciones civiles occidentales se emplea para referirse a los acuerdos matrimoniales.

Y, también, que esa extensión a la pareja de hecho del mismo instrumento del que pueden servirse los matrimonios está solo referida a la «unión registrada», es decir, a la pareja de hecho que ha solicitado su inscripción en el registro administrativo correspondiente, previsto en la legislación de su país; por tanto, no a la pareja que mantiene una mera convivencia afectiva fáctica sin registrar.

La influencia del constitucionalismo español en el Derecho Público Nicaragüense

Karlos Navarro Medal

Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Nicaragua

I. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA, LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN CENTROAMÉRICA

1. La influencia de la Constitución norteamericana y la Revolución Francesa

Tres son los acontecimientos que van a marcar e influir en el origen y desarrollo del derecho público en Centroamérica, y especialmente en Nicaragua: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, hecho este que se produjo el día 4 de julio de 1776. El aporte capital de la Revolución Angloamericana es el otorgamiento del documento denominado Constitución, que se suscribió el 17 de septiembre de 1787, siendo ratificada en 1788 y ampliada con la Declaración de Derechos de 1791.

La Constitución angloamericana consagra el principio de la separación de Poder Público, idea que vio la luz en el pensamiento político inglés y cuyo máximo exponente en Gran Bretaña fue John Locke.

En virtud de este principio se estableció una división tripartita de las funciones del Poder Público; que no es rígida, sino flexible, en la cual las distintas ramas actúan en colaboración, siendo consagrada la figura del Presidente como órgano de la Rama Ejecutiva (artículo 2), el Congreso como órgano de la Rama Legislativa (artículo 1) y a la Suprema Corte y los tribunales menores, se les otorgaba el ejercicio de la Rama Judicial (artículo 3). Tiene particular relevancia, en el nuevo modelo político propugnado por la Constitución de 1787, la

consagración de la cláusula de supremacía constitucional, en virtud de la cual la Ley solo es válida si es conforme a la Constitución (artículo 6).

El segundo gran acontecimiento es la Revolución Francesa, cuya fecha emblemática es el 14 de julio de 1789, día de la Toma de la Bastilla, en la ciudad de París y que viene a constituir el fin del Antiguo Régimen.

A diferencia de la Revolución Norteamericana, la francesa es una revolución ideológica cuyo aporte fundamental es haberle devuelto la dignidad a los hombres. Dentro de la Revolución Francesa existieron tres acontecimientos decisivos: uno de carácter liberal, uno de carácter democrático y otro de carácter social.

Con la Revolución Francesa, llega la libertad, igualdad y fraternidad de todos los ciudadanos; pero, también los principios de separación del Poder Público y de la Legalidad, pilares fundamentales del Derecho Público moderno.

Eduardo García de Enterría ha descubierto que la Revolución Francesa brindó dos ideas fundamentales al Derecho Público: el concepto de derecho subjetivo y el principio de legalidad, ambos presupuestos de la actuación del Poder Público y, a la vez, límite a los derechos y garantías ciudadanas.

El concepto de derecho subjetivo se encuentra íntimamente vinculado a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues siendo estos derechos inherentes a los ciudadanos, son positivizados en dicha Declaración. Con ello se busca que tales derechos sean tutelados por el ordenamiento jurídico, lo que constituye una garantía a las libertades públicas.

El artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama que «El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

Siendo el derecho subjetivo el poder que tiene una persona frente a otra y el ordenamiento jurídico en virtud de dicha atribución, le confiere la posibilidad de defenderlo y le otorga ciertos medios para ello.

También ha sido definido como el «reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto, imponiéndoles obligaciones o deberes, en un interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición».

2. El pensamiento ilustrado constitucional en Centroamérica, el Estatuto de Bayona y la Constitución de Cádiz

La Revolución Francesa y las guerras napoleónicas marcan el fin de la época de la Ilustración y del Absolutismo ilustrado en Europa. El pensamiento ilustrado constitucional se desarrolla al ritmo del crecimiento de los emergentes paradigmas liberal y republicano. Desde esta concepción, el Estado tenía que actuar a favor de las personas, y asegurar la libertad de palabra. La Ilustración experimentó su desarrollo posterior en el liberalismo del siglo XIX, aunque sus reconocimientos teóricos son reconocibles desde antes.

Desde cierto punto de vista, la dependencia Centroamericana del mundo ibérico dificulta la entrada de esta nueva ideología, porque España fue la última en aceptar aquella oleada de cultura occidental existente en el resto de Europa; y este hecho contribuyó a que el mundo español, cimentado en el orden y estructuras basadas en el catolicismo, fuera incapaz de compaginarse con la diversidad de formas que el cristianismo origina en Europa Occidental.

La invasión napoleónica de España fue la consecuencia inmediata que inicia el proceso independentista, al producir una crisis y un vacío de poder. Las corrientes políticas que salen a la luz en 1808, pueden agruparse esquemáticamente en tres grandes grupos: Los absolutistas ilustrados, representados por el anciano Floridablanca, presidente de la Junta Central, partidarios de considerar a esta como un poder provisional encargado únicamente de suplir al rey y de dirigir la guerra. Los constitucionalistas históricos, usarían la figura más sobresaliente de Jovellanos; e inspirados en el modelo inglés, querían la reforma de la Monarquía y la instauración de un sistema constitucional mediante la restauración de las antiguas Cortes. Y los revolucionarios, que serán después llamados liberales, cuya eminencia gris es el poeta Manuel Quintana, partidarios de la soberanía del pueblo y de una constitución inspirada en la francesa.

Las mismas corrientes políticas se dieron en Centroamérica, aunque encubiertas todavía en esa época. Los absolutistas eran representados por una buena parte de las autoridades metropolitanas, y por cierto número de criollos. Los constitucionalistas históricos forman sin duda la mayoría, como en la Península. Los revolucionarios, los futuros liberales, partidarios ocultos de la Revolución Francesa, son como en España muy minoritarios, jóvenes pertenecientes en su mayor parte a las elites intelectuales.

En estas circunstancias, las colonias en su mayoría se aprovecharon de las circunstancias para declarar sus ideas sobre el futuro Estado.

En este proceso ayudó, obviamente, la Constitución (algunos los llaman Estatutos) de Bayona, que aunque tuvo nula vigencia tanto en España como

en América, supone el primer ordenamiento constitucional para el Imperio Español, inspirado fundamentalmente en el ordenamiento napoleónico como culminación del proceso revolucionario francés, que había posibilitado la asunción del poder económico y político de la burguesía gala. No obstante, el texto incorpora algunos aspectos tradicionales españoles, como la importancia de la religión católica.

La Constitución de Bayona trajo para la América Española dos consecuencias importantes:

- 1) La quiebra del monolítico Imperio español, que se había conservado intacto en lo que al Nuevo Mundo se refiere, prácticamente durante más de trescientos años, a pesar de la profunda crisis que arrastraba desde el siglo XVII.
- 2) Sentaba las bases de unas nuevas relaciones entre los territorios americanos y la península. Así, mediante el artículo 87 del texto, se reconocían los mismos derechos para los habitantes de España y las provincias americanas, y en los artículos 88 y 89 se reconocían la libertad de comercio e industria dentro del Imperio español. Por otra parte, se suprimían para las Indias las aduanas interiores de provincia a provincia (art. 116), trasladándose las mismas fronteras de tierra y mar. Se establecía igualmente mediante el artículo 96, un solo código de leyes civiles y criminales para España y los territorios Americanos.

A la Constitución de Bayona le siguió la de Cádiz, cuyo mérito principal radica esencialmente en haber roto la organización del Antiguo Régimen, en España. Desde el punto de vista social, la Constitución de Cádiz rompe la organización estamental, permitiendo el surgimiento de una nueva burguesía integrada por terratenientes, comerciantes, industriales incipientes y una amplia clase media ilustrada. En lo económico, adopta la teoría fisiocrática, y en el artículo 131 se establece entre las facultades de las Cortes la de «promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan» (apartado 21). Al final del texto de la Constitución, el artículo 345 establece también el importante principio de la eliminación de todas las fronteras interiores: «no habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras». La inspiración central de la ideología liberal se encuentra en el artículo 4, que establece que «la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Desde el punto de vista político, logra la sustitución de la vieja monarquía basada en el derecho divino de los reyes, y se constituye en la primera Constitución de España. Además aparece cómo aporte político del documento, el constitucionalismo, la representación nacional basada en la igualdad de los ciudadanos, la soberanía nacional y la división de poderes.

La idea del constitucionalismo se puede reducir, por una parte, a la limitación del poder absoluto de los gobernantes, a través de instituciones sólidas, y la legitimación del poder a través de la aprobación de los gobernantes y su participación en el mismo. Esta limitación al poder se logrará por el acuerdo logrado sobre ciertas reglas fijas, y relativamente inmutables, que regularían el proceso político, logrando su objetivo cuando el ejercicio del poder esté debidamente distribuido. Es pues, el constitucionalismo, la primera y posiblemente la más importante decisión política atribuida a la Constitución de Cádiz.

La Constitución de Cádiz supuso para América el fin del Antiguo Régimen, y la muerte definitiva de la Monarquía Absoluta y la sociedad estamental, que ya nunca volverían a reproducirse en el Continente.

3. El rompimiento con el constitucionalismo español y la Constitución Federal de Centroamérica de 1824

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que le dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 –calco imperfecto de la norteamericana– fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano –con algunas mínimas variantes– se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y encargado de la preservación de la libertad.

Dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo –ejercido por un presidente (art. 106)– estaba la de garantizar el orden público; nombrar a los funcionarios de la República; asimismo «Podrá separar libremente y sin necesi-

dad de instrucción de causa a los secretarios del despacho, trasladar con arreglo a las leyes a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo federal, suspenderlos por seis meses y deponerlos con pruebas justificativas de ineptitud o desobediencia, y con acuerdo en vista de ellas de las dos terceras partes del Senado (art. 122); el artículo 123 establecía que «Presentará, por medio de los secretarios del despacho, al abrir el Congreso sus sesiones, un detalle circunstanciado del Estado de todos los ramos de la Administración pública».

Una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cayó en un estado de anarquía política y social. La anarquía fue tan grande en este período, que resultaba imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente atendiendo al gran número de analfabetos y al exiguo contingente de personas capacitadas para estos cargos: en un corto tiempo fueron depuestos de la Administración pública la cantidad de 318 personas.

Similares términos e idénticos conceptos a los de la Constitución Federal, encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, e igualmente en la Constitución del 12 de noviembre 1838 (primera Constitución de Nicaragua como Estado libre, soberano e independiente, una vez fracasada la federación).

Desde mediados del siglo XIX hasta la revolución liberal encabezada por el General Zelaya, el lento crecimiento demográfico, el mestizaje y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de la sociedad nicaragüense y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue clara expresión del sistema conservador: mantener un orden basado en la costumbre y en el *status quo*, donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades.

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General Zelaya. Aunque las reformas liberales implementadas por este tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado y el país, por otro, no lograron establecer un orden político estable, un progreso económico duradero, ni una Administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la Libérrima en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

El general Zelaya, al ser causa de intranquilidad –tensiones en el interior del país y guerras en el exterior– en Centroamérica y al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal, cae del poder en 1909, y a partir de allí comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

Por medio del Protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos. Durante este período, los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional.

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

El Estado Nicaragüense, veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal, se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

4. Las Constituciones del siglo XX y el Derecho público

A pesar de haber transcurrido varias de décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes, en Nicaragua no se logra descomponer del todo las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia, que se caracterizan por un orden semi-feudal.

Con este sistema de relaciones productivas se consolida el fenómeno del clientelismo que, a pesar de tener su origen en las haciendas y de ser un sello distintivo de las prácticas sociales y políticas de la oligarquía, se transformará en una característica esencial de la cultura política y, como tal, atravesará toda la historia política de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas como el caudillismo, y los liderazgos populistas que surgirán durante todo el siglo XX.

Al ser parte de las prácticas políticas del régimen oligárquico, el clientelismo se expandió y desarrolló también en los sectores urbanos, donde incluyó a funcionarios, administrativos, empleados de banca y de comercio, que eran incorporados al sistema de relaciones clientelares mediante su adhesión a las directivas del partido del poder y su adopción, como valores propios, de los modelos de vida y de comportamiento que ofrecía el sistema político.

Más tarde, ya institucionalizado como práctica social, el clientelismo político se constituye en el instrumento más eficiente para recibir cualquier tipo de apoyo, a través de la promesa de dar u otorgar un beneficio a quien se compromete a brindarlo.

Su origen viene dado por la coexistencia de estructuras de poder desiguales y asimétricas, junto con el desarrollo de lealtades interpersonales basadas en el favoritismo. Una vez institucionalizado como práctica cultural, se convierte en un sistema de relaciones de reciprocidad, utilizado como mecanismo de intercambio comunitario y de integración social. En este sistema de relaciones de reciprocidad se conjugan el prestigio y el poder.

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza. En lo político-administrativo, esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la sustitución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo.

En 1937, ya por Ley, el ejecutivo asume el gobierno de las Juntas Locales y más adelante, en 1939, la Constitución Política ratifica la conversión, hecha diez años antes, de Managua en Ministerio de Estado, abole la autonomía municipal y establece que la administración de las entidades locales estaría a cargo de municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo.

En la Constitución de 1950, aunque se mantuvo el sistema de nombramiento de las autoridades municipales por el Ejecutivo, se integró entre ellas a un miembro del partido llamado de minoría, que era escogido por el Ejecutivo de una terna presentada por dicho partido. Este sistema permaneció, con algunas modificaciones, en la Ley Orgánica de las Municipalidades de 1963, que restituyó el carácter electo de los Concejos Municipales, que contarían con cinco miembros hasta que la Ley Municipal de 1967 los redujo a tres (dos del partido mayoritario en las elecciones municipales, Alcaldes y Tesoreros, y uno del minoritario, el Sindico). Asimismo, las municipalidades estaban sometidas al Ministerio de Gobernación, el cual, por ley, ejercía una labor de vigilancia de las mismas, aprobaba sus presupuestos y Planes de Arbitrios, lo

que es tanto como decir que tenía facultades de control sobre la totalidad de vida municipal.

En la Constitución de 1939, en el Capítulo II, «De los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo», en su artículo 214, se establece que a «El Presidente de la República están confiados el gobierno y la administración del Estado y el mando supremo de todas las fuerzas armadas de la nación». Asimismo, de acuerdo al artículo 219, le corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, «nombrar y separar libremente a los secretarios y subsecretarios de Estado y a los demás empleados del Ejecutivo» (inc. 4); «Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución y las leyes» (inc. 4); «dirigir relaciones exteriores, nombrar agentes diplomáticos y cónsules de la República» (inc. 6). En el artículo 312 de esta Constitución se declara la intención de «crear el servicio civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político».

Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948; en la de 1950; y en la de 1974.

Como ya hemos analizado, el lento y complejo proceso que ha llevado a la configuración de Nicaragua como nación, se ha desarrollado en un perpetuo marco de lucha, en el que una multiplicidad de iniciativas de signo diferente, y muchas veces contradictorias, han tratado de prevalecer, sin éxito, sobre las demás. Esto impide descubrir en esta evolución un modelo o sistema de Estado específicamente nicaragüense, salvo como una casual confluencia de influencias foráneas que no llegaban a encontrar verdadera plasmación, pues eran sustituidas, al caer el poder político que las sustentaba, por otras influenciadas por principios de índole diversa.

2. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN LA CONSTITUCIÓN NICARAGÜENSE DE 1987, EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

El derrocamiento de Anastasio Somoza el 19 de julio de 1979, fue recibido con entusiasmo. En esa fecha se instala la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, quien ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

El 20 de julio, la Junta promulga el Estatuto fundamental de la República de Nicaragua, por el cual se deroga la Constitución Política de 1974 y las leyes constitutivas (art. 3). Asimismo, el 21 de agosto de ese mismo año se promul-

ga el Estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, los cuales se clasificaban en: Derechos del pueblo, Derechos individuales, civiles y políticos, Derechos individuales, económicos, sociales y culturales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político.

El 9 de enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República. Dicho texto ha sido ya objeto, pese a su juventud, de varias reformas constitucionales importantes. No obstante, nosotros nos centraremos, en el texto actualmente vigente.

Vamos a analizar, lo que desde nuestro punto de vista constituye las influencias más destacadas de la Constitución Española en la Constitución política de Nicaragua en el derecho público.

1. Estado Social de Derecho, la sujeción de la Administración pública al Derecho y la constitución económica

La promulgación de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978 supuso un cambio radical de los esquemas jurídicos vigentes hasta la época.

La configuración del Estado español como Social –artículo 1.1 de la Constitución de 1978– implica consecuencias trascendentales a la hora de definir la posición de los poderes públicos en relación a la satisfacción de las necesidades sociales.

La adopción de un papel protagonista por el Estado en la tarea de alcanzar un más alto grado de desarrollo individual y social, aun derivando de la anterior calificación genérica, es una exigencia concreta del mandato contenido en el artículo 9.2 de la Norma Fundamental, en cuya virtud los poderes públicos son titulares de la obligación positiva de realizar todas aquellas actuaciones tendentes a lograr que «la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», removiendo los «obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

Tanto la libertad como la igualdad –valores superiores del ordenamiento– constituyen el soporte básico a partir del que es posible lograr que las valiosas prescripciones contenidas en las normas, dejen de ser meras declaraciones formales desprovistas de toda operatividad práctica; de no ser así se convertirían en auténticos privilegios de unos grupos sociales concretos, ya que «no

hay libertad sino en igualdad, y los derechos fundamentales son tales si en términos reales son derechos de todos», por lo que «la interpretación de los derechos que la Constitución proclama habrá de ajustarse a esta idea de aspiración a la igualdad».

A pesar de las implicaciones intervencionistas que conlleva la cláusula Estado Social, el papel del Estado en el cumplimiento de sus deberes ha de enmarcarse necesariamente en el sistema económico trazado por el artículo 38 de la Constitución al reconocer «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

No obstante, el inciso inicial del artículo 128.2 de la Constitución, consciente de las características tan particulares de la intervención pública en el mundo económico, reconoce expresamente «la iniciativa pública en la actividad económica», declaración cuya amplitud debe entenderse en los anteriores términos. No obstante, es preciso recordar que, a pesar de la exigencia de igualdad impuesta por el respeto al principio de la libre competencia, a través de la iniciativa empresarial los poderes públicos deben perseguir objetivos distintos al mero ánimo de lucro que normalmente mueve a los particulares al ejercerla, ya que no puede encuadrarse dentro de los fines que la Constitución asigna al Estado la simple búsqueda del beneficio económico, lo que tampoco significa que deban aceptarse, sin mayor justificación, situaciones deficitarias.

No siempre las Constituciones recogen la consagración formal del modelo o sistema económico de un país. El ejemplo más patente es el de los Estados Unidos. Sin embargo, en España, los constituyentes dejaron expresamente plasmadas algunas expresiones, principios, libertades y derechos que configuran un sistema económico, así como los principios generales de la actividad empresarial.

Debe resaltarse que la Constitución Española es ambigua o flexible, ya que contiene principios de ordenación económica un tanto, o aparentemente, opuestos, y deja al liderazgo político de cada momento la elección de variados modelos o formas de ordenar la vida económica, y el mayor o menor protagonismo del Estado.

La principal misión que la Constitución Española de 1978 atribuye a la Administración Pública es el servicio, con objetividad, a los intereses generales o de interés público. Se trata de una opción constitucional que debe impregnar decisivamente toda su actividad, con independencia de la multiplicidad de formas en que pueda manifestarse. Esta irrenunciable dimensión servicial, no puede llevarnos a la identificación de la técnica concreta del

servicio público con el conjunto de la actividad administrativa, ya que, de hacerlo, estaríamos privando a la noción de servicio público de unos contornos precisos: si bien este constituye una modalidad concreta de la actuación administrativa, no toda la actividad de la Administración Pública tiene lugar a través de la misma.

Esta elemental distinción no impide que existan una serie de criterios que deben informar cualquier actuación administrativa, con independencia del mecanismo concreto a través del que se articule. Así, la Constitución española, además de reconocer expresamente la misión servicial aludida, enumera una serie de principios que, con carácter general, deben ser observados por todas las Administraciones Públicas: igualdad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, sometimiento pleno a la Ley y al Derecho así como a los fines que la justifican, responsabilidad, interdicción de arbitrariedad... Ahora bien, la mayor o menor intensidad con que estos principios se manifiestan, variará en función del mecanismo que se utilice, circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir la utilización de los mismos.

La Constitución de Nicaragua ofrece una regulación bastante detallada, en los temas de Estado Social, servicio público, derecho social, propiedad privada, libertad de empresa y de economía, que permite perfilar de forma bastante precisa el papel que corresponde a la Administración pública en dicho ámbito, y la influencia que tuvo la Constitución Española, específicamente de los artículos 1, 33 y 38.

Debe comenzarse, en tal sentido, destacando que en su redacción actual, se acoge en la normativa constitucional un sistema económico de carácter mixto, en el que se trata de salvaguardar un papel importante tanto a la iniciativa pública como a la privada.

El papel principal que corresponde al Poder Público, como garante de un correcto desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales.

Es en el campo de los derechos sociales donde esta orientación se hace más claramente perceptible. Así, el Capítulo III del Título IV comprende una amplia enumeración de derechos sociales, de los que se responsabiliza al Estado. Sin ánimo de agotar ese largo listado, se puede citar a título ejemplificativo el artículo 59, que establece que los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación; el artículo 61, que establece que el Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el

trabajo en la forma y condiciones que determine la ley; o el artículo 63, que afirma que es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos.

En la misma línea incide el artículo 98, que establece que la función principal del Estado en la economía, es desarrollar materialmente el país, suprimir el atraso y la dependencia heredados, mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza.

Especial referencia requiere la consagración de la muy administrativa institución del servicio público, que cuenta con un reconocimiento expreso en la Norma Máxima. Concretamente en el artículo 105, que establece que es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos, a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades, y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.

Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructuras de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad.

Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantiles. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.

Es deber del Estado garantizar el control de calidad de bienes y servicios y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo.

Debe destacarse de este reconocimiento dos aspectos. En primer lugar, se debe destacar que en la actual redacción de este precepto, la noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público genere problema de adaptación alguno a la nueva forma de entender el servicio público, tras los procesos de liberalización y desregulación, en el que se presta este en un entorno competitivo y no monopolístico.

Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, siga reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio; y eluda dicho término para referirse a los servicios de carácter social. Las viejas formas de pensar parecen haber sido aquí decisivas, llevando a situar este tipo de servicios, tradicionalmente designados como servicios compartidos, como una realidad próxima pero diferente al servicio público. Huelga decir que dicha redacción no debe impedir la consideración de ambas realidades como dos especies (servicios públicos económicos y servicios públicos sociales) de un mismo género (el servicio público).

Este reconocimiento de lo público viene acompañado, por otro lado, de un papel prominente para la iniciativa privada. Así, la Constitución realiza un claro reconocimiento de la propiedad privada, si bien limitada por su función social, como señala el artículo 44, que establece que en virtud de la función social de la propiedad, este derecho está sujeto, por causa de utilidad pública o de interés social, a las limitaciones y obligaciones que en cuanto a su ejercicio le impongan las leyes. Los bienes inmuebles mencionados en el párrafo primero pueden ser objeto de expropiación de acuerdo a la ley, previo pago en efectivo de justa indemnización.

También de la libertad de empresa, a la que el artículo 99 encomienda el protagonismo en el desarrollo de las actividades económicas, limitando de esta manera el papel del Estado en este ámbito. Así se infiere claramente de la dicción de dicho precepto, según el cual el Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales y sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social.

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras.

Como puede verse, la configuración que se da a la Administración pública en el ámbito económico, se encuentra totalmente en línea con las tendencias actuales, tendentes a limitar su actuación más bien al control y a la regulación, que a la intervención directa en la economía. Reservando esta última tan solo para aquellos servicios sociales y de autoridad, que solo la Administración puede desarrollar.

En la reforma a la Constitución en el año 2014, se incorporó en el artículo 131 la definición de Administración Pública: «La Administración Pública centralizada, descentralizada o desconcentrada sirve con objetividad a los intereses generales y está sujeta en sus actuaciones a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, calidad, imparcialidad, objetividad, igualdad, honradez, economía, publicidad, jerarquía, coordinación, participación, transparencia y a una buena administración con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regula el procedimiento administrativo, garantizando la tutela administrativa efectiva de las personas interesadas, con las excepciones que esta establezca».

Es evidente, la influencia de la Constitución Española en la redacción de este artículo, además de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo).

El tema de la subordinación de la Administración al Derecho tiene, igualmente, un aspecto procesal, que se consagró en el artículo 160 de la Constitución a través de esta misma reforma: «Se crea la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para examinar la legalidad ordinaria en las demandas de tipo general o de tipo particular que presenten los administrados en contra de todos los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho de la Administración Pública. La Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa corresponde a las instancias judiciales que determine la ley y en última instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia». Hoy, afortunadamente, se cuenta además, con una Ley Reguladora de lo Contencioso-Administrativo, que estuvo influida notablemente por la ley española del 13 de julio de 1998. También se encuentra en proceso de aprobación el Proyecto de Ley: Régimen jurídico de las Administraciones Públicas, Procedimiento Administrativo Común y Derecho de los ciudadanos.

En el aspecto doctrinal, desde el año 2000, se han incrementado las publicaciones sobre Derecho público.

2. La regulación constitucional del empleo público

Constituye la regulación del empleo público uno de los grandes retos a los que Nicaragua debe enfrentarse en los próximos años. La necesidad de generar una plantilla de servidores públicos neutrales, profesionales y capacitados,

es requisito imprescindible para la estabilidad de las reformas administrativas y su adecuado desarrollo.

Tradicionalmente, en Nicaragua los empleados públicos se regían por las mismas normas a las que se sujetaban el resto de los trabajadores. La vigente Constitución de 1987 ha puesto fin a esta situación, obligando a la ley a regular un régimen de Servicio Civil (art. 131), que tiene una clara influencia del artículo 103 inciso 3 de la Constitución Española.

La pregunta que se plantea, entonces, es hasta dónde llega esta vinculación. Un primer interrogante que surge, al respecto, es si la Constitución impone a los empleados públicos un régimen estatutario, o si pueden estar vinculados a la Administración por un régimen laboral.

Aunque el término funcionario es de difícil precisión, se suele entender por tal, en su sentido más estricto, un tipo particular de empleado público regido por un vínculo público de carácter estatutario. Lo que se traduce, en esencia, en dos grandes rasgos. Por un lado, el funcionario accede a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato. Por otro, porque sus condiciones de empleo no vienen fijadas por un contrato o convenio colectivo, sino que se determinan a través de normas objetivas, bien sean leyes o reglamentos, que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente. De lo que se deriva que, durante toda su vida profesional en la función pública, el funcionario queda encuadrado en el marco de un estatuto público que fija en cada momento sus derechos y obligaciones.

Podrían darse hasta cuatro respuestas diferentes a esta cuestión: a) la Constitución obliga a que los empleados públicos estén sujetos a un régimen estatutario; b) obliga a que el empleo público esté integrado mayoritariamente por funcionarios sujetos a un régimen estatutario; c) es indiferente a efectos constitucionales la naturaleza del vínculo que une a la Administración con el empleado; d) niega la posibilidad de que existan empleados públicos sujetos a un régimen estatutario.

Las dos primeras posturas parecen claramente rechazables, mediante una simple lectura de la Norma Fundamental, que habla en el artículo 131 de funcionarios y empleados públicos, con lo que admite la posible existencia de servidores públicos tanto estatutarios como no estatutarios. Más difícil resulta tomar postura por alguna de las otras dos, pues no se toma un criterio claro en la Norma Máxima, lo que nos lleva a pensar que el legislador no constriñe la opción de vincular al funcionario público a través de una relación estatutaria o laboral, dejando dicha decisión al legislador ordinario.

En nuestra opinión, la opción constitucional en este campo no es a favor de un régimen estatutario o no estatutario, sino a favor de un empleado público profesional, en el sentido de no designado por motivos de confianza o afinidad política, sino por sus cualidades profesionales, en base a criterios de mérito y capacidad. En tal sentido debe entenderse, a nuestro juicio, el mandato del artículo 131 de que el legislador regule el «servicio civil y la carrera administrativa».

Esta última estipulación nos lleva también a plantearnos otra cuestión. Sabido es que existían tradicionalmente dos grandes modelos de empleo público (sistemas de empleo y de carrera), que se diferencian entre sí por la mayor o menor distancia en que se encuentran respecto al régimen laboral común. Los primeros, más propios de los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, se caracterizan por tener como eje la idea de puesto de trabajo, de tal forma que el empleado público entra para desarrollar un puesto concreto en el sector público, quedando en principio su relación con la Administración ligada a las vicisitudes de dicho puesto, si este desaparece lo hace también el vínculo con la Administración y se carece de derecho alguno a desarrollar otros puestos.

Frente a ello, en un sistema de carrera, el empleado público entra en la Administración sin vinculación a un concreto puesto de trabajo, sino unido a un Cuerpo o Escala en el que se integra, pudiendo desarrollar a lo largo de su vinculación con la Administración, que se entiende, en principio, que se prolongará durante toda su vida profesional, los distintos puestos que pueden desarrollar los miembros de ese cuerpo o escala. El servidor público en este sistema tendría reconocido un derecho a hacer carrera, esto es, a la progresión profesional en la Administración según los criterios establecidos en la normativa que le sea aplicable, entre los que la antigüedad suele jugar un papel fundamental.

La Constitución nicaragüense toma partido claramente por la existencia de una carrera para los empleados públicos. Ahora bien, no debe olvidarse que en la actualidad, un modelo de carrera en sentido estricto es imposible de encontrar en ordenamiento jurídico alguno, de tal forma que lo normal es encontrar, en cualquier modelo de empleo público, la fusión de elementos propios de ambos sistemas teóricos.

Esto hace que se deba interpretar, a nuestro juicio, que es necesaria una cierta proximidad a los sistemas de carrera, en cuanto la ley deberá regular una carrera administrativa para los empleados públicos. Pero esto no obliga a establecer un modelo de este tipo en los demás aspectos, que podrán aproximarse en mayor o menor medida a un modelo de empleo.

Debe tenerse presente, además, que la necesaria regulación de la carrera administrativa deja un amplio margen al legislador para configurar esta, pues puede entenderse al modo más tradicional, como un sistema que permita el acceso paulatino en base a la antigüedad; o, como se suele entender actualmente, como una simple posibilidad, esto es, como un abanico de oportunidades profesionales de las que el servidor público podrá hacer uso o no, dependiendo de su valía y dedicación.

3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

La institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, constituye una pieza fundamental del Estado de Derecho y su reconocimiento y consagración en los ordenamientos jurídicos, reviste una gran importancia para el control de los poderes públicos y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

En el Derecho español, el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la Administración pública correspondiente por toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. El citado precepto, además de constitucionalizar la responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas, generaliza la misma para todos los supuestos –salvo el de fuerza mayor–, en que la lesión sea sufrida por el particular, en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que aquella sea consecuencia de dicho funcionamiento de los servicios públicos, sin aludir al carácter normal o anormal del mismo. El precepto constitucional garantiza tal derecho, en «los términos establecidos en la Ley», que no son otros que los dispuestos en el artículo 139 y siguientes de la ya derogada Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al interpretar estas normas, el Tribunal Supremo español ha establecido que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos: a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado; b) Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño; c) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido; d) Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; e) Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad; y f) Que la acción de la responsabilidad indemnizatoria sea

ejercitada dentro del plazo de una año, contado a partir del hecho que motiva la indemnización.

La generosa configuración legal y jurisprudencial de la institución de la responsabilidad patrimonial en el derecho español, sin parangón en los sistemas jurídicos comparados, ha llevado en los últimos años a un muy destacable aumento de los litigios en materia de responsabilidad extracontractual.

En Nicaragua, en un primer momento es reconocida la responsabilidad en el campo del derecho privado: civil y mercantil. Se trata de una responsabilidad indirecta y subjetiva, basada en la noción de culpa.

En la Constitución de 1987, en el artículo 131 se establece la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones que como consecuencias de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sufran los particulares en sus bienes, derecho e intereses.

Literalmente el artículo 131 establece: «El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones».

En este artículo es evidente la influencia de los artículos 121 y 106.2 de la Constitución Española. Asimismo, el Proyecto de Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, Procedimiento Administrativo Común y Derecho de los Ciudadanos, se recoge el procedimiento administrativo para el reclamo de estos, consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos.

A nivel doctrinal, existen pocos artículos que desarrollan esta figura, y a nivel jurisprudencia no existen sentencias de la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

4. La tutela judicial efectiva y el debido proceso

La noción de «derecho a la tutela judicial» importa al reconocimiento de un derecho prestacional que consigue del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotute-

la, garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.

El elemento definitorio de este derecho, es la concurrencia de todos los presupuestos jurídicos que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso.

El punto de frontera entre el derecho a la tutela judicial y el debido proceso es justamente aquel que permite distinguir todos los factores externos al proceso y que lo predeterminan.

El debido proceso comienza con acciones que se invocan, pero que requieren que el acceso a ella esté resuelto previamente, que existan precedentes, en un amplio sentido, motivados y conocidos, y que lo solicitado tenga garantías de cumplimiento.

Este derecho tiene una doble dimensión: adjetiva y sustantiva. La primera se entiende en función de otros derechos o intereses (civiles, comerciales, laborales, etc.), mientras que la segunda es considerada por la justicia constitucional, como un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho.

Por tanto, la tutela será plena cuando se pueda accionar ante la jurisdicción, directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella, que den una respuesta de fondo a los intereses o derechos legítimos respecto de los que se reclama y que se traduzca en una sentencia fundada y pública con la efectividad de la cosa juzgada y con garantías de su cumplimiento.

Es evidente que esta tutela se encuentra modulada en un debido proceso, estructurado bajo reglas de racionalidad instrumental o adjetiva. Esto importa una serie de requisitos, límites y condiciones para ejercer el derecho, todas materias propias de los procedimientos que establece la ley.

En consecuencia, el derecho a la tutela judicial «no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa».

La Constitución Española en su artículo 24 establece: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejerci-

cio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

El artículo 34 de la Constitución Política de Nicaragua dice «Toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva», es evidente la influencia del artículo 24 de la Constitución Española en la Nicaragüense.

Lo Público y lo Privado en el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid
Académica Correspondiente de la Sección laboral de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de España*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El régimen jurídico de las relaciones laborales al servicio de las Administraciones Públicas. 2.1 Carrera profesional y promoción del personal laboral. 2.2 Retribuciones del personal laboral. 2.3 Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral. 2.4 Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral. 2.5 Acceso al empleo público del personal laboral. 2.6 Composición de los órganos de selección del personal laboral fijo. 2.7 Clasificación profesional del personal laboral. 2.8 Provisión de puestos y movilidad de personal laboral. 2.9 Situaciones del personal laboral. 2.10 Responsabilidad disciplinaria. 3. La articulación del régimen jurídico aplicable a los empleados públicos laborales. 4. Conclusiones. V. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración pública presta servicios orientados a los intereses generales, y lo hace supeditada a los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, sometiéndose en su actuar plenamente a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

La satisfacción de esos intereses generales, ha resultado decisiva para que el legislador haya modalizado la relación de empleo público respecto de la relación común de trabajo. En este sentido, el legislador ha excluido del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores «la relación de servicios de los

funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades Públicas Autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias» [art. 1.3.a) ET].

No obstante, de forma creciente se viene produciendo un proceso de laboralización del empleo público. De entre todas las razones que han influido en dicho proceso, podríamos destacar la de mejorar la eficacia de la gestión pública, o, en palabras de la LMRFP¹, «la eficacia de la Administración al servicio del interés general de la sociedad».

Como constatación de esa laboralización, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público (en adelante, EBEP), se ha hecho eco de aquella y en su articulado hace referencia al empleado público, incluyendo no solo a los funcionarios públicos, sino también al personal laboral.

En el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, confluyen dos aspectos que guardan relación directa con el título de la ponencia a la que se adscribe la presente comunicación. Me refiero a que, por un lado, los empleados públicos laborales tienen la condición de empleados públicos, y al mismo tiempo, y, por otro lado, se rigen por las normas de Derecho privado, sin perjuicio de su sometimiento a las normas de aplicación general a las Administraciones Públicas (normas sobre presupuestos, incompatibilidades, etc.). De ahí que las relaciones de empleo público laboral hayan sido calificadas como de carácter «mestizo»², puesto que, en dichas relaciones, se combinan las normas laborales y las administrativas.

Dada la complejidad de estas relaciones laborales, y que la seguridad jurídica exige determinar la norma aplicable a cada institución jurídica, se hace necesaria la labor clarificadora, que permita establecer el régimen jurídico completo de las relaciones de empleo público laboral. A esa labor se dedica la presente comunicación.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS RELACIONES LABORALES AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El EBEP establece su aplicación al personal funcionario y «en lo que proceda» al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 2 EBEP).

¹ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

² GARCÍA MURCIA, J.: «Un suplemento a la reforma laboral de 2012: el Real Decreto-ley 20/2012 de estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad», en MONTAÑA MELGAR, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 496.

De forma más amplia, el artículo 7 EBEP dispone lo siguiente: «El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los propios preceptos de este Estatuto que así lo dispongan».

A continuación, el EBEP va determinando el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos, respecto de contenidos como los derechos y deberes, los principios de mérito, capacidad e igualdad en el acceso, la clasificación profesional, la carrera y promoción profesionales, las retribuciones, la jornada de trabajo, permisos y vacaciones, el Código de conducta, el régimen disciplinario, y la negociación colectiva, entre otras.

Cuando el EBEP desarrolla dichos contenidos, menciona expresamente qué normas jurídicas serán aplicables a los empleados públicos laborales, de modo que, en algunos aspectos, la regulación que afecta a estos últimos es común a la de los empleados públicos funcionariales, mientras que, en otros aspectos, esa regulación se diferencia remitiéndola al Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales al servicio de las Administraciones Públicas tiene carácter mixto, y pone de manifiesto la interrelación entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, o, dicho de otro modo, entre lo público y lo privado, en dichas relaciones laborales al servicio de las Administraciones Públicas.

Pasamos a analizar brevemente los preceptos del EBEP que se refieren expresamente a los empleados públicos laborales, con el fin de comprobar esa interrelación entre lo público y lo privado en estas peculiares relaciones laborales.

2.1 Carrera profesional y promoción del personal laboral

En relación con la carrera profesional y la promoción del personal laboral, el legislador del EBEP indica que se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el ET o en los convenios colectivos (art. 19).

2.2 Retribuciones del personal laboral

Según el artículo 27 EBEP, será la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, los instrumentos jurídicos que determinarán las retribuciones del personal laboral, eso sí, respetando en todo caso los límites presupuestarios de las cuantías, y que los incrementos retributivos no supongan globalmente un incremento de la masa salarial

superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal (art. 21 EBEP).

2.3 Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral

Los aspectos relativos a la negociación colectiva, la representación de los empleados públicos laborales ante la Administración y su participación, se deja a la regulación prevista por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del EBEP que sean aplicables al respecto (art. 32 EBEP).

2.4 Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral

Tanto la jornada como los permisos y vacaciones del personal laboral son contenidos que se regirán por «lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente» (art. 51 EBEP).

2.5 Acceso al empleo público del personal laboral

Para el acceso al empleo público laboral se aplican las mismas reglas que para la selección de los empleados públicos funcionarios de carrera. Del mismo modo, los sistemas de selección de oposición, concurso-oposición y, excepcionalmente, concurso basado en la valoración de méritos, previstos para el empleo público funcional, son también los indicados para el empleo público laboral (arts. 60 y 61 EBEP).

2.6 Composición de los órganos de selección del personal laboral fijo

Tanto la composición como el régimen establecidos en el artículo 60 EBEP son aplicables en relación con los órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya sea para seleccionar personal funcionario, o personal laboral³.

2.7 Clasificación profesional del personal laboral

La legislación aplicable, en este punto, al personal laboral del sector público, es la legislación laboral (art. 77 EBEP).

³ CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Art. 60. Órganos de selección», en AA. VV. (Dir. PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. V. y Coord.: QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 529.

2. 8 **Provisión de puestos y movilidad de personal laboral**

En virtud del artículo 83 EBEP, la provisión de puestos y movilidad del personal laboral debe regirse por los convenios colectivos aplicables y, en su defecto, por el sistema previsto para el personal funcionario de carrera.

2. 9 **Situaciones del personal laboral**

Para determinar los contenidos reguladores de las situaciones relativas al servicio activo, la excedencia, la suspensión de funciones o el reingreso, el legislador del EBEP se remite a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos aplicables (art. 92, 1.º párrafo).

Añade la ley la posibilidad de que los propios convenios colectivos aplicables, reconduzcan su contenido al ya fijado en el EBEP, en cuyo caso, será este último el que se aplique, si no resulta incompatible con el Estatuto de los Trabajadores (art. 92, 2.º párrafo).

2. 10 **Responsabilidad disciplinaria**

El régimen disciplinario aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas es el mismo que para los funcionarios públicos, tal y como señala el artículo 93 EBEP. Ese régimen jurídico está formado por el Título VII EBEP más las normas de las Leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del EBEP en este tema.

No obstante, en lo no previsto, se aplicará la legislación laboral.

3. **LA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES**

Como hemos comprobado, no existe una regla general, más allá de la indicada en el ambiguo artículo 7 EBEP, que nos permita responder a la pregunta sobre el régimen jurídico aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Más bien resulta imprescindible realizar una labor pormenorizada de delimitación del régimen jurídico aplicable para cada situación o contenido de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas.

En este sentido, podemos diferenciar diversos criterios conforme a los cuales se fija ese régimen jurídico, lo cual pone de manifiesto el tipo de relación que

surge en cada momento, entre la legislación administrativa y la laboral, de nuevo, entre lo público y lo privado en el Derecho.

Podemos distinguir, entre otras, las relaciones siguientes⁴:

- Complementariedad: en relación con la normativa aplicable con carácter general al personal laboral, prevista en el artículo 7 EBEP.
- Supletoriedad directa o inversa. En materia de provisión de puestos y de movilidad del personal laboral, parece operar la supletoriedad directa, en la medida en que se establece la aplicación de lo que prevean los convenios colectivos, pero, en su defecto, regirá el sistema previsto para el personal funcionario de carrera.

La supletoriedad inversa se puede observar en relación con la responsabilidad disciplinaria.

A) Remisión, por ejemplo, en materia de clasificación profesional, así como de carrera profesional y promoción del personal laboral.

B) Reenvío condicionado, por ejemplo, respecto de las retribuciones del personal laboral, la provisión de puestos y movilidad del personal laboral, o las situaciones de este.

Las relaciones indicadas no son las únicas deducibles del texto del EBEP, pero son suficientemente significativas de cara a valorar el grado de «mestizaje público-privado» existente en el régimen jurídico aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

4. CONCLUSIONES

De la exposición anterior, se puede afirmar que el estatuto jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas está compuesto por diversos estratos normativos⁵, pudiendo distinguirse la legislación laboral, el EBEP, las leyes autonómicas de función pública, los acuerdos y convenios colectivos.

Como consecuencia de los diversos instrumentos jurídicos que coexisten en el ámbito del empleo público laboral, nos encontramos ante un panorama

⁴ Seguimos, en este punto, a SEMPERE NAVARRO, A. V., ARETA MARTÍNEZ, M.: «Art. 77», AA. VV: (Dir. PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. V. y Coord.: QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 653 y ss.

⁵ QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 18.

dificultado, en unas ocasiones, por la ambigüedad del legislador, y, en otras ocasiones, por la necesidad de profundizar en el análisis de cada contenido, para aplicar, según el caso, el principio de complementariedad, el de especialidad, el de supletoriedad o el de norma más favorable, entre otros.

Por tanto, se trata de un complejo entramado de interacciones entre el EBEP y la legislación laboral de distinta tipología¹. A través de su estudio se evidencia la relación entre el Derecho público administrativo y el Derecho privado laboral, cuando se trata de empleo público laboral.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en MONTOYA MELGAR, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Art. 60. Órganos de selección», en AA. VV. (Dirs. PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. V. y Coord.: QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 526 y ss.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Un suplemento a la reforma laboral de 2012: el Real Decreto-ley 20/2012 de estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad», en MONTOYA MELGAR, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo del empleado público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n.º 93, 2011.
- MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2014.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Las Administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», en AA. VV. (Dir. LUELMO MILLÁN): *Relaciones laborales en las Administraciones públicas*, CPGJ, 2007.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2016.

¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., HIERRO HIERRO, F. J.: «Art. 7», en AA. VV. (Dirs. PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. V. y Coord.: QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 68.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., ARETA MARTÍNEZ, M.: «Art. 77», AA. VV: (Dir. PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. V. y Coord.: QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 653 y ss.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., HIERRO HIERRO, F. J.: «Art. 7», en AA. VV: (Dir. PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. V. y Coord.: QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 65 y ss.

Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia

Eduardo A. Samrizzi

*Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina)*

1. EL DERECHO DE FAMILIA INTEGRA EL DERECHO PRIVADO

Sabido es que la complejidad que por diversas razones –que no es del caso analizar aquí– se ha ido produciendo a lo largo del tiempo en las relaciones interpersonales –en sentido amplio–, tanto a nivel nacional como internacional, ha llevado a que las normas jurídicas que las regulan se hayan ido haciendo cada vez más profundas y complejas, lo cual, como es fácil de advertir, ha hecho que las mismas se hayan ido desdoblado casi necesariamente, en diferentes ramas del derecho. Una de las cuales es la que se ha dado en denominar Derecho de Familia, que está constituido por el conjunto de normas que regulan, fundamentalmente, las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia², como también las de estos con terceros³.

Por encontrarse esas relaciones regidas por normas que en su mayor parte eran consideradas de orden público⁴, en otras épocas se ha cuestionado la pertenencia del Derecho de Familia al derecho privado, lo que actualmente puede darse por superado, encontrándose incluidas la mayor parte de sus dis-

² Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5.^a ed., Buenos Aires, 2006, t. 1, p. 50, parágr. 15; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, *Derecho de Familia*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, 2017, p. 12, VIII.

³ Cuando por aplicación del ordenamiento jurídico se produce una relación entre dos o más personas miembros de una familia, destinada a regir intereses familiares, se dice que se produce una *relación jurídica familiar*.

⁴ Conf., entre muchos otros, GNECCO, EMILIO P., *Estudios de Derecho Privado*, Buenos Aires, 2008, p. 21 y ss.; PERRINO, Jorge Oscar, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 53 y ss., n.º 34; MINYERSKY, NELLY y LEVY, LEA, «La autonomía de la voluntad y la adopción», en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 15, año 1999, p. 69 y ss.; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, *Derecho de Familia*, cit., p. 14, X.

posiciones ya sea en los Códigos Civiles de los distintos países, como es en la República Argentina o en España, o en Códigos especiales que se ocupan particularmente del tema.

También se ha discutido en doctrina si el Derecho de Familia es una rama distinta del Derecho Civil, o si, por el contrario, forma parte del mismo, habiéndose llegado a la conclusión de que carece de una autonomía propia, por cuanto se encuentra dentro del ámbito del Derecho Civil, de donde tradicionalmente ha formado parte⁵. Lo que a nuestro juicio es así, no obstante poseer ciertas reglas o caracteres propios, lo que no alcanza a desvirtuar su pertenencia al derecho privado, y particularmente, al Derecho Civil, cuyas normas le resultan en su mayor parte aplicables.

Lo antes afirmado con respecto al carácter de orden público de una parte de dichas normas, hace que los individuos tengan limitada —o vedada— la posibilidad de modificar sus contenidos, aunque esa circunstancia no implica que el Derecho de Familia pertenezca al Derecho público, ni tampoco que esas disposiciones formen una rama del Derecho distinta al Civil, existiendo también en este último disposiciones que los particulares no pueden modificar, como son, por lo general, las que legislan, por ejemplo, sobre los derechos reales, o sobre la capacidad de las personas, en las que también campea el orden público, no teniendo los individuos, como norma general, libertad para actuar. Tampoco es decisivo al respecto que en el Derecho de Familia exista un interés público, ya que ese interés también está presente en el Derecho Civil, encontrándose en el Derecho de Familia entreverado el interés público con el privado.

En similar sentido, Zannoni afirma que el Derecho de Familia se integra en el Derecho Civil en razón de la materia, aunque el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer en determinados supuestos, contenidos de orden público. Agrega dicho autor que aunque estén en función de la satisfacción de intereses familiares, dichas relaciones no dejan de ser relaciones de coordinación entre personas⁶. Belluscio coincide con lo expresado, y afirma que si bien el Derecho de Familia tiene ciertas particularidades que lo distinguen de otras divisiones del Derecho, también las demás divisiones las tienen, las que

⁵ MAZZINGHI, Jorge Adolfo: *Derecho de Familia*, 4.ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 3, parágrafo 5; PERRINO, JORGE ÓSCAR, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2006, t. I, pp. 51 y ss., n.º 32; BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10.ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, pp. 1 y ss. Véase, asimismo, de este último autor, «Derecho de Familia», en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires, 1991, p. 828 y ss.

⁶ ZANNONI, Eduardo A.: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5.ª ed., cit., t. I, p. 52 y ss., especialmente p. 56, 3), parágrafo 18.

son fundamentalmente didácticas, encontrándose todas sus ramas íntimamente interrelacionadas, sin constituir compartimentos estancos⁷.

2. CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA

Al contener el Derecho de Familia disposiciones que se ocupan, en lo fundamental, como más arriba recordamos, de las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia, tanto de carácter personal como patrimonial, las mismas regulan las distintas cuestiones relacionados con la procreación, la filiación y la adopción, el matrimonio y las uniones de hecho, las relaciones paterno-filiales y las parentales, como también las cuestiones de la tutela y la curatela, así como las de carácter patrimonial de los integrantes de la familia (bienes conyugales, administración y disposición de los mismos, disolución y liquidación de la comunidad conyugal, bienes de los hijos), y de un tiempo a esta parte, la bioética, la eugenesia y la eutanasia.

3. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

El carácter imperativo que, como resulta de lo antes expresado, tienen una buena parte de las normas que integran el derecho de familia, las hace *indisponibles*, por lo que tradicionalmente, en esta materia el principio de autonomía de la voluntad ha tenido en la Argentina escaso margen de actuación, no pudiéndose, en líneas generales, «alterar la estructura natural objetiva que mejor garantiza el cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de la familia»⁸; lo que posiblemente sea de esa manera por la circunstancia a la que alude Borda, que pone el acento en que el Derecho de Familia está influenciado, más que ninguna otra rama del Derecho, por ideas morales y religiosas⁹, lo que efectivamente es así, dado el contenido de las materias que regula.

La voluntad de las partes ha jugado, por tanto, un papel restringido, como puede advertirse, por ejemplo y entre aspectos, en lo relativo a la relación de los padres con sus hijos en cuanto a la obligatoriedad de su educación y proveimiento de su sustento, o con respecto a los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia entre los esposos, o el de contribuir a las cargas del matrimonio; etc. De igual manera, a nadie se le ha ocurrido, hasta ahora, pretender

⁷ BELLUSCIO, Augusto César: *Manual de Derecho de Familia*, 8.ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 31, parágr. 9, f).

⁸ CONEN, CRISTIÁN y ORTELLI DE BISCOTTI, Ana María: *La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia*, La Ley, 2004-B, 1066.

⁹ *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10.ª ed., cit., t. I, p. 4, n.º 3, a).

modificar por la voluntad de las partes el alcance de los impedimentos matrimoniales¹⁰, ni tacharlos de inconstitucionales.

En cambio, el papel de la voluntad tiene, como norma general, en el resto del Derecho Civil, un margen más amplio, debiendo al respecto recordar el contenido del artículo 958 del Código Civil y Comercial, que dispone que *las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*. Como también el artículo 2651, en cuya primera parte se establece que *los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones*. Cabe no obstante señalar que ello no siempre y necesariamente es de esa manera, para lo cual basta con recordar lo normado para los derechos reales por el artículo 1884 del referido Código, que en su primera parte dispone que *la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura*.

Existe sin duda una tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público, que bien podemos decir que constituye un valladar a la libre voluntad de las partes, pues donde existe el orden público, se acaba la autonomía, debiendo el legislador alcanzar un justo equilibrio entre ambas cuestiones, de manera tal que permita satisfacer los derechos involucrados. Desde antaño se ha admitido una diferenciación entre las relaciones jurídicas familiares de carácter personal, en comparación con las de carácter patrimonial –en las que se es más laxo–, habiéndose destacado en las Conclusiones a las que se arribó en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Rosario en el año 2003, que «las reglas que garantizan la igualdad, la solidaridad y responsabilidad familiar y la protección de los hijos deben considerarse de orden público».

En la doctrina argentina existe una mayor receptividad de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones que conciernen a la intimidad de la persona¹¹, en que resulta aplicable el artículo 19 de la Constitución Nacional¹², que está ceñido a los hechos o *acciones privadas*, que no pueden situarse en el mismo

¹⁰ Los que se encuentran contenidos en los artículos 403 del Cód. Civil y Comercial, y 13 de la Ley 12.331, que se refiere a las enfermedades venéreas en período de contagio.

¹¹ Véase al respecto, BIDART CAMPOS, Germán J.: «Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?», en *Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n.º 15, p. 9.

¹² Dicha norma establece que «las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

plano que las normas¹³. Aparte de lo cual, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, al haberse ampliado la posibilidad por parte de los individuos de hacer uso de la autonomía de la voluntad en determinados supuestos. En efecto, existen ciertas cuestiones puntuales en las que el papel de la voluntad es relevante, debiendo al respecto recordar, entre otras disposiciones, el artículo 629 inciso c) del Código Civil y Comercial, que permite cuando la persona adoptada fuere mayor de edad, revocar la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente; o transigir con respecto a cuestiones en las que no se encuentre comprometido el orden público o sobre derechos renunciables, o sobre derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia (art. 1644). Pueden también las partes, en el caso del divorcio, efectuar acuerdos sobre sus efectos, siempre que no se perjudique de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar (art. 438). Asimismo y entre otros supuestos en los que se admite la actuación de la voluntad de los interesados, los progenitores pueden acordar sobre el cuidado personal de los hijos, salvo que resulte perjudicial para estos (art. 651 y concordantes). Una persona puede contraer matrimonio, encontrándose al respecto en juego su autonomía, que puede hacer valer, pero, a la vez, existen ciertas limitaciones (edad mínima, parentesco, matrimonio anterior subsistente, falta de salud mental), debiendo además para casarse, cumplir con determinadas formalidades. Lo mismo es, por ejemplo, para divorciarse, pues si bien actualmente no existe en la Argentina la necesidad de tener que invocarse causa alguna ni la existencia de un tiempo mínimo de matrimonio, la voluntad no resulta suficiente para obtener el divorcio, ya que se requiere la existencia de un juicio en el que un juez debe dictar una sentencia. Y así con la mayor parte de las distintas instituciones del Derecho de Familia.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Pero a la vez de haberse, por un lado, ampliado en parte el papel de la voluntad con respecto a determinadas cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia, por otro, se ha limitado al haberse incorporado a la Constitución ciertas normas propias del Derecho privado que antes eran legisladas prácticamente con exclusividad por el Derecho Civil, que por tal motivo, han pasado a ser consideradas de carácter indisponible.

Normas que se ocupan de la persona humana y de la tutela de los derechos del hombre, el honor, la privacidad, la integridad física, la igualdad entre los sexos, los derechos de los niños, han sido incorporadas a la Constitución, cuya supre-

¹³ MAZZINGHI, Jorge A.: *Los temas de familia en las XIX Jornadas de Derecho Civil* (Rosario, septiembre 2003), I, ED, 205-918.

macía sobre las restantes normas hace que su contenido quede por encima de otras normas legales no incorporadas a la misma y, por tanto, consideradas de inferior jerarquía; aun cuando no puede negarse la correlación existente entre las normas constitucionales y las del Código Civil y Comercial¹⁴. Con la incorporación de dicha especie de normas a la Constitución, se ha dejado de lado el enfoque según el cual las Constituciones deben contener, en su casi totalidad, disposiciones relacionadas con el Derecho público, produciéndose así la denominada *privatización del derecho constitucional*, o *constitucionalización del derecho privado*, y en particular, del Derecho de Familia¹⁵. A esta altura es importante destacar que ciertos principios contenidos en las normas constitucionales, fueron particularizados en una serie de derechos a los que se les ha dado un relevante contenido social, produciéndose de tal manera lo que se dio en llamar el *constitucionalismo social*; aunque esa tarea no fue patrimonio exclusivo de las normas constitucionales dictadas desde comienzos del siglo XX, ya que en innumerables oportunidades la Iglesia ha puesto el acento sobre el reconocimiento y la necesidad de la protección y el desarrollo de esos derechos, debiendo al respecto recordar, entre otras, la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, así como numerosos documentos y Encíclicas posteriores que condenan los totalitarismos de cualquier signo, que conculcan los derechos del hombre.

Si bien la Constitución Argentina ha sido una de las primeras que reconoció dentro del texto constitucional del año 1853, una serie de derechos fundamentales del hombre, tales como el de propiedad (art. 17), el de privacidad (art. 19), el derecho a casarse y a testar (art. 20), así como los derechos implícitos contenidos en el artículo 33 (que han dado lugar a una frondosa doctrina y jurisprudencia sobre su contenido), la Reforma practicada a la Constitución en el año 1994 incorporó una serie de derechos que hasta entonces eran regulados por el Derecho privado, dándoles de tal manera jerarquía constitucional. Recordamos al respecto, entre muchas otras, las disposiciones referidas a la preservación del medio ambiente; la que reconoce los derechos del consumidor y del usuario; la acción de amparo *contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja,*

¹⁴ Véase al respecto, LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo: *Tratado de Derecho de Familia*, dirigido por Adriana N. Krasnow y coordinado por Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk, AA. VV., Buenos Aires, 2015, tomo I, p. 132 y sigs.

¹⁵ En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, que fue sancionado y rige actualmente en la Argentina, se afirmó, entre otros conceptos, que «la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina».

altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (arts. 41 a 43).

Pero quizás la incorporación más relevante a la Constitución por la reforma del año 1994, ha sido la inclusión en el inciso 22 del artículo 75, de una serie de Tratados de carácter internacional que contienen determinados principios y derechos subjetivos que, como señalamos, pueden ser directamente reclamados, y que tienen una importante incidencia en la materia que nos ocupa. Ellos son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Dichas Convenciones fueron incorporadas *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Con posterioridad se han incorporado a la Constitución otras Convenciones, como la denominada Convención de Belém do Pará, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Como afirman Graciela Medina y Eduardo Roveda, a partir de la incorporación a la Constitución de los tratados de Derechos Humanos, «se crea un nuevo marco normativo, que modifica substancialmente el Derecho de Familia y fundamentalmente cambia los principios que históricamente han regido en nuestro ordenamiento jurídico familiar»¹⁶.

5. DISTINTOS PRINCIPIOS DE DERECHO DE FAMILIA O RELACIONADOS CON ESA RAMA DEL DERECHO CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN, FUERON RECOGIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Varios son esos principios, de los que nos limitaremos a recordar los más relevantes, debiendo señalar que el Código Civil y Comercial ha recogido en distintas normas diversos conceptos contenidos en el bloque de constitucio-

¹⁶ MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo A.: *Derecho Civil y Comercial. Derecho de Familia*, cit., p. 25.

nalidad y convencionalidad; o sea, en las distintas Convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Argentina en el artículo 75 inciso 22.

1) El derecho a la vida

Distintas Convenciones incorporadas al precitado artículo 75 inciso 22 de la Constitución, admiten que todo ser humano tiene derecho a la vida, debiendo al respecto comenzar por poner de relieve que en el artículo 3.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, se establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966, dispone en su artículo 6.º que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*.

Recordamos asimismo el contenido del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más conocida en la Argentina como Pacto de San José de Costa Rica–, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, en el cual se afirma que *toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho será protegido por la ley, y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado de la vida arbitrariamente...* Como se advierte, a diferencia de las anteriores, en esta última Convención se establece en forma expresa que la vida humana debe ser protegida desde la concepción, aunque deja abierta la posibilidad de que los distintos países establezcan excepciones al respecto en su legislación interna¹⁷, como podría ocurrir con relación a la despenalización del aborto en determinadas circunstancias excepcionales.

Cabe asimismo poner de relieve que tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se dispone que la pena capital no podrá ser aplicada a una mujer embarazada, lo cual, como bien señala Romeo Casabona, significa un claro –aunque indirecto– reconocimiento del interés en la protección de la vida de la persona concebida, distinto al interés de la vida de la madre, que en ese supuesto, se debe salvaguardar¹⁸.

No debe olvidarse, asimismo, que al aprobar mediante la Ley 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de

¹⁷ En cambio, en el artículo 19.1. de la Constitución de Chile se establece, sin excepción alguna, que «la ley protege la vida del que está por nacer».

¹⁸ El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid, 1994, p. 53.

las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, la Argentina formuló una reserva al artículo 1.º de la Convención, en el sentido de que debía interpretarse que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*. Además, en el artículo 6.º se establece que *los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*, y en el Preámbulo se recuerda lo ya expresado en la Declaración de los Derechos del Niño que fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1959, sobre que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*; a su vez, en el artículo 24.2.d) se dispone que los Estados parte adoptarán las medidas apropiadas para *asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres*. De lo cual también se puede afirmar el reconocimiento del derecho a la vida desde antes del nacimiento.

No podemos asimismo dejar de señalar que en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución, se dispone, entre otras cuestiones, la protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo.

Pues bien, ese derecho a la vida también ha sido recogido en el Código Civil y Comercial, en distintas disposiciones de las que resultan la responsabilidad civil por daño a la persona, recordando, entre otros, los artículos 1737 y siguientes, y en particular, el artículo 1745, que se refiere a la indemnización por fallecimiento.

2) El derecho a casarse y a constituir una familia

Dicho derecho no solo está reconocido explícitamente en el artículo 20 de la Constitución Argentina, sino también en varias de las Declaraciones y Convenciones enumeradas en el artículo 75 inciso 22; tales son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

También en distintas normas, desde el artículo 401 en adelante, el Código Civil y Comercial se ocupa del matrimonio y de la familia –tanto de la matrimonial como de la extramatrimonial–, a la que protege en forma amplia, no solo a sus integrantes sino también a su patrimonio, y particularmente, al hogar conyugal o familiar, en el que residen quienes integran la familia.

3) **Derechos y deberes de los niños y de los padres**

Esos derechos se encuentran reconocidos en distintos documentos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución, tales como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁹, y la Convención sobre los Derechos del Niño, en varias de cuyas normas se establecen dichos derechos y deberes respecto de distintas cuestiones, tales como, entre otras, a que se les provea educación, asistencia y alimentación; el derecho de los hijos a la vida, a la salud, a tener un nombre y una nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, y a preservar su identidad; a no ser discriminados o castigados por causa de su condición, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres, tutores o familiares; a no ser separados de sus padres y ser protegidos en caso de separación de aquellos; a ser oídos en juicio; a respetar su libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, así como de expresión; a la libertad de asociación; a acceder a la información; etc.

Varias son asimismo las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial, referidas a los derechos y deberes tanto de los niños como de sus padres, los que se encuentran contenidos fundamentalmente en el Título VII del Libro Segundo del Código, que se ocupa de la responsabilidad parental, que de acuerdo al artículo 638, consiste en *el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral...*

4) **La igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio, y entre las mujeres y los hombres**

Si bien la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se encuentra reconocida en el Código Civil y Comercial (art. 558), en el inciso 5 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se dispone que «la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo».

Y en cuanto a la igualdad entre la mujer y el hombre, que la legislación argentina también reconoce, recordamos al respecto el contenido en tal sentido de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, debiendo destacar que bien se puede afirmar que donde se respeta la igualdad, no existe la discriminación.

¹⁹ El artículo XXX de la misma dispone que «toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten».

5) La inviolabilidad de la vida humana y el respeto de su dignidad

Siguiendo las pautas establecidas en distintas Convenciones incorporadas a la Constitución, el Código Civil y Comercial dispone que *la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad* (art. 51). También se establece en dicho Código que *la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...* (art. 52).

6) El principio del interés superior del niño

Dicho principio, que se encuentra contemplado en distintas disposiciones del Derecho de Familia, tanto en la Ley 26.061²⁰, como también en el Código Civil y Comercial, ha sido tomado de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el artículo 3.1 establece que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño*.

7) El derecho a la identidad

Y en cuanto al derecho a la identidad, particularmente de los niños, reconocido por los artículos 7.^{o21} y 8.^{o22} de la precitada la Convención sobre los Dere-

²⁰ En el artículo 3.º de esa Ley se establece que «a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, madurez, grado de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida... Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros».

²¹ En el punto 1 de este artículo, se dispone que «el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

²² Dicha disposición establece: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas...»

chos del Niño, fue explicitado en el artículo 11.º de la Ley 26.061, como también –aunque quizás no con la necesaria amplitud– en el artículo 564 del Código Civil y Comercial, referido a la filiación derivada de las técnicas de procreación artificial, y en los artículos 595 inc. b) y 596 de dicho Código, para la adopción. Además de haberse establecido en forma expresa en el artículo 587, del que resulta –siguiendo una jurisprudencia anterior– el derecho del niño de reclamar el daño que le hubiera sido causado por la falta de reconocimiento paterno.

6. INCIDENCIA DE LOS TRATADOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RELACIONADOS CON EL DERECHO DE FAMILIA

De más está señalar la incidencia de los Tratados incorporados a la Constitución en cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia, lo que permite invocar su contenido ya sea en forma directa para el ejercicio de algún derecho, o para requerir con fundamento en los mismos, la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas del Derecho Civil, o hasta inclusive considerarlas derogadas por estimar que se contraponen al ejercicio de derechos establecidos en la Constitución. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución, sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio²³.

En la praxis judicial, dichas nuevas normas constitucionales han sido interpretadas de una manera tan amplia, que han llevado a dejar de lado en su aplicación al caso, soluciones expresas dispuestas en normas establecidas en el Código Civil y Comercial. Valga como ejemplo el principio del *interés superior del niño*²⁴, contenido entre otras disposiciones, en la Convención sobre los derechos del Niño –que tiene jerarquía constitucional al encontrarse incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución–, que se ha hecho valer de una manera demasiado flexible, hasta el punto de admitirse el carácter de madre del nacido por parte de la mujer que contrata a otra para que gaste un hijo para ella mediante la aplicación de una técnica de procreación asistida, dejándose así de lado una disposición como la del artículo 562 del referido Código, que establece que madre de la persona nacida es la que lo gesta.

²³ Fallos, 239:459, y 241:291. Recordamos asimismo que el primer párrafo del artículo 1.º del Código Civil y Comercial dispone que *los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*.

²⁴ Dicho principio se encuentra definido por el artículo 3.º de la Ley 26.061 como «la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley».

Asimismo, entre otros ejemplos recordamos la disposición establecida en el artículo 595 inciso f) del precitado Código, que requiere el consentimiento de la persona a ser adoptada, cuando esta tuviera al menos diez años de edad; pensamos que dicha norma podría ser considerada inaplicable en el caso particular de que se entendiera que es en *interés superior* del adoptando que se decreta su adopción no obstante la expresa negativa de este. De igual manera, para autorizar a un niño a salir del país, el artículo 645 inciso c) de dicho Código requiere no solo el consentimiento expreso de ambos padres, sino también el del menor, en el supuesto de que este tuviera al menos trece años de edad; pero si el mismo se negara al respecto, entendemos que podría obviarse su consentimiento si se entendiera que su *interés superior* consistiera en viajar al exterior para atenderse de una dolencia grave que en el país no tuviera curación.

Tal es la implicancia de las normas constitucionales, que se ha llegado a afirmar la existencia de un Derecho Civil constitucional, constituido por el Derecho Civil contenido en la Constitución –fundamentalmente, en los Tratados más arriba recordados enumerados en el artículo 75 inciso 22–, en que el contenido o marco genérico lo aporta el derecho constitucional, y el Derecho Civil opera como complementador¹.

Aparte de lo ya expresado al respecto, recordamos el cuestionamiento que se ha hecho con fundamento en la Constitución, de distintas disposiciones insertas en el derogado Código Civil, que eran consideradas poco menos que «intocables», habiéndose declarado por distintos tribunales la inconstitucionalidad del plazo de un año establecido en el artículo 259 de dicho Código para poder el marido impugnar la paternidad que se le endilga de acuerdo a la presunción de paternidad que resultaba del artículo 243, o por no poder un tercero interesado cuestionar la paternidad de un hombre casado; o la inconstitucionalidad que declaró el Tribunal Colegiado de Familia n.º 5 de la ciudad de Rosario con fecha 14 de noviembre de 2006², del plazo de tres años sin voluntad de unirse establecido por el artículo 214 inciso 2.º del Código Civil para poder requerir que se decrete el divorcio, por considerarlo demasiado extenso, arrogándose de tal manera –según se afirmó– facultades que solo pertenecen al Congreso de la Nación, que es el único que se encuentra autorizado por nuestra Constitución para derogar o modificar las leyes. Dichas cuestiones también pueden actualmente presentarse con el vigente Código Civil y Comercial, con respecto

¹ PERRINO, Jorge Óscar: *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 60.

² La Ley 2007-B, 648, con nota crítica de VIDAL TAQUINI, Carlos H.: «El divorcio versus la Constitución Nacional»; La Ley 2008-B, 10, con nota también crítica de DIEGUES, Jorge Alberto: «Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución»; y Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, mayo-junio 2007-II, p. 151, con nota aprobatoria de GÓMEZ, CLAUDIO D. y SALOMÓN, Marcelo J.: «Inconstitucionalidad del art. 214, inciso 2.º, C. Civil: un aporte más al debate sobre la autonomía personal en el derecho de familia».

a los plazos de caducidad establecidos para reclamar la filiación (art. 582) o para impugnarla (art. 588), como asimismo para impugnar la filiación presumida por la Ley (art. 590), o negarla (art. 591), o para impugnar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 593).

7. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí visto, puede por de pronto concluirse que el Derecho de Familia constituye una rama del Derecho Civil, lo que hace que pertenezca al Derecho privado, a lo que no obsta el carácter de orden público y, por tanto, imperativo, que ostentan muchas de sus normas. No obstante, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del Derecho de Familia, habiéndose ampliado el papel de la autonomía de la voluntad en ciertas cuestiones que forman parte del Derecho de Familia, debiendo el legislador tratar de alcanzar un justo equilibrio en la tensión existente entre ambas situaciones.

Sin perjuicio de lo cual, de un tiempo a esta parte se han incorporado a las Constituciones, y particularmente a la Constitución argentina, distintas disposiciones relacionadas con los derechos humanos y el derecho de familia, que de alguna manera han limitado la apertura que venía ocurriendo en ese Derecho con respecto a la autonomía de la voluntad de los individuos. Autonomía que no obstante los esfuerzos que resultan al respecto del contenido del Código Civil y Comercial, ha perdido en parte la fuerza original que se le quiso dar en el Código, en razón de la aplicación de distintas normas incorporadas a la Constitución.

Cabe por último poner de relieve la incidencia a la que hemos aludido en el curso de este trabajo, que tienen las normas contenidas en la Constitución en la resolución de los conflictos relacionados con el Derecho de Familia.

La Protección social complementaria: Concepto y modalidades

Y. Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

R. Aguilera Izquierdo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

1. EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Podemos definir la protección social como el conjunto de medidas heterogéneas (específicas o inespecíficas), previstas en nuestro ordenamiento jurídico y otorgadas por un tercero (sea ente público o privado) para prevenir y corregir las necesidades o riesgos sociales, fijados con antelación y, en cuanto tales, típicos y propios de un Estado social.

Uno de los rasgos básicos de la protección social es el de la necesaria «exteriorización» de la actividad prestacional, es decir, la existencia de un sujeto protector distinto del propio infortunado, sin que, en modo alguno sea consustancial a la misma la naturaleza exclusivamente pública del sujeto protector. Cosa distinta es que siendo la protección social uno de los fines básicos del Estado, la Constitución garantice a los ciudadanos ese derecho y, en consecuencia, obligue a los poderes públicos a arbitrar las medidas protectoras esenciales y básicas para conseguir ese objetivo. En este caso, nos encontramos con lo que podemos denominar *protección social pública*, cuyo núcleo central es la Seguridad Social, que por mandato constitucional (art. 41 CE) se constituye en un régimen público, mínimo, obligatorio y suficiente de protección social. A este núcleo central de la protección social pública que es la Seguridad social es al único que el artículo 41 CE atribuye varios rasgos sustanciales que son los siguientes³:

³ Ver, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

1. Titularidad pública de la función protectora en cuanto reflejo primero y básico de su «garantía institucional», quedando por tanto excluidos de este régimen los mecanismos de aseguramiento privados.
2. Derivado del anterior, naturaleza pública de los mecanismos de protección, en los que los poderes públicos asumen la responsabilidad última, permaneciendo la gestión bajo su control.
3. Obligatoriedad, en el sentido de que la Seguridad Social no es un mecanismo de protección de los riesgos sociales de naturaleza contractual y voluntaria.
4. Régimen suficiente de prestaciones ante situaciones de necesidad, en una clara referencia a la entidad de las prestaciones. Corresponde al legislador ordinario concretar cuándo se entiende que las prestaciones son suficientes en función de las circunstancias políticas, sociales y económicas que rodean al Sistema de Seguridad Social.

En efecto, la protección social pública y obligatoria es indisponible por otros sujetos, públicos y privados, es decir, es un ámbito exclusivo del Estado (art. 149.1.7 CE), cuyo contenido ha sido perfilado por el legislador ordinario.

Pero junto a la Seguridad Social, la Constitución menciona en su artículo 41 a las «prestaciones complementarias», que, a diferencia del régimen público, suficiente, mínimo o básico a que responde la garantía institucional de aquella, no constituye en nuestro ordenamiento jurídico un sistema jurídico. Estas prestaciones forman el sector complementario de la protección social y pueden ser definidas como el conjunto de técnicas protectoras (específicas e inespecíficas) de las necesidades sociales, ya sean públicas o privadas, económicas o técnicas, adicionales a las que ordena el núcleo fundamental de la protección social, es decir, el Sistema de Seguridad Social.

Las prestaciones complementarias son técnicas de protección adicional, cuyo objetivo es mejorar, en sentido amplio, la protección básica dispensada por el Sistema de Seguridad Social. Así, pueden mejorar las mismas prestaciones contributivas que otorga el régimen público de la Seguridad Social, utilizando la misma estructura prestacional, o pueden proteger a personas no incluidas en el ámbito del régimen público mínimo, o proteger necesidades sociales distintas a las previstas legalmente como contingencias o riesgos propios de aquel, u otorgar prestaciones de diversa naturaleza y carácter respecto de las que conforman la acción protectora del régimen público mínimo.

Estas prestaciones complementarias pueden ser públicas o privadas. Las públicas pueden a su vez ser obligatorias o voluntarias. En efecto, según deriva del inciso último del artículo 41 CE («las prestaciones complementarias son libres»), nada impide que los poderes públicos puedan ofrecer prestaciones

complementarias de forma voluntaria. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, esta modalidad hipotética de protección social complementaria pública voluntaria, no existe. Por tanto, las prestaciones complementarias públicas son, en el diseño legal actual, obligatorias.

Las prestaciones complementarias privadas son siempre voluntarias, en el sentido de que su asunción es asumida libremente por los sujetos protegidos para lograr el nivel de protección que quieran a sí mismos otorgarse.

De este modo, no toda la protección complementaria es voluntaria y, por tanto, no puede utilizarse el término Protección Social Voluntaria para con él identificar el contenido total del sector complementario de la protección social.

2. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA PÚBLICA OBLIGATORIA

Las prestaciones complementarias públicas, atendiendo a su diseño constitucional y legal actuales, a la distribución constitucional de competencias territoriales en materia de protección social entre el Estado y las Comunidades Autónomas y a la evolución histórico-legislativa en esta materia, pueden identificarse conceptualmente con la Asistencia Social y los Servicios Sociales, y adoptan hoy dos formas o manifestaciones jurídicas que, difícilmente distinguibles materialmente, se diferencian en base al dato formal de su incardinación o no en el Sistema de Seguridad Social.

Estas dos formas son:

- prestaciones «internas» al Sistema de Seguridad Social, en tanto que conjunto de prestaciones económicas o técnicas incluidas formalmente por el legislador ordinario en la acción protectora del mismo, con diseño legal imperativo, de competencia exclusiva del Estado; y,
- prestaciones «externas» al Sistema de Seguridad Social, en tanto que prestaciones instrumentadas directamente por los poderes públicos al margen o fuera del Sistema de Seguridad Social, incluidas las estatales, extraídas formalmente de ese Sistema por el legislador y asumibles por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 148.1.20 CE, que les reconoce competencias en materia de asistencia social.

La asistencia social, sea interna o externa al Sistema de Seguridad Social, se concibe, y así lo advierte el Tribunal Constitucional (SSTC 76/1986, 146/1986, 13/1992, 171/1998, 239/2002), como una técnica de protección social diferente a la antigua beneficencia, cuya finalidad es proteger situaciones de

necesidad específicas e individualizadas de los sujetos solicitantes, que habrán de probar esa necesidad, al margen de toda obligación contributiva de los destinatarios o beneficiarios. Es una técnica de protección, básicamente económica, dirigida a los colectivos que no pueden acceder siquiera a las prestaciones básicas que conforman la acción protectora del Sistema de Seguridad Social o dirigida a proteger contingencias diferentes a las que conforman el ámbito objetivo de protección de aquel.

Los servicios sociales, a diferencia de la asistencia social, se identifican en nuestro ordenamiento jurídico con el conjunto de prestaciones no económicas, sino técnicas o *in natura*, de carácter marcadamente colectivo, no individual, puesto que no exigen demostración alguna de ausencia de recursos individuales de quien los solicita, y de naturaleza estrictamente complementaria, puesto que están configurados para mejorar técnicamente las prestaciones económicas básicas o mínimas de dicho Sistema.

La asistencia social interna al Sistema de Seguridad Social, regulada en los artículos 64 y 65 TRLGSS, se concibe por el legislador como conjunto de prestaciones económicas, sin cuantía concreta predeterminada, y sanitarias, a las que pueden acceder los beneficiarios legalmente previstos si cumplen los requisitos fijados por el legislador (sustancialmente la necesaria demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de recursos indispensables para hacer frente a las situaciones protegidas) y se encuentran en uno de los supuestos establecidos; a saber, la pérdida de salarios como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis; la situación de paro forzosa sin tener derecho a prestaciones por desempleo o después de haber agotado los plazos reglamentarios de duración de esas prestaciones; y, en fin, la situación de incapacidad temporal por enfermedad común sin tener derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social ni, en su caso, a subsidios económicos de recuperación profesional.

Por lo que se refiere a los Servicios Sociales integrados en el Sistema de Seguridad Social, el TRLGSS menciona el servicio de reeducación y rehabilitación para quienes son beneficiarios del sistema de Seguridad Social [art. 42.1 e) TRLGSS], incluyendo en el mismo prestaciones recuperadoras de carácter técnico (tratamiento sanitario, orientación y formación profesional), subsidios económicos de recuperación y medidas de empleo selectivo.

Por lo que se refiere a las prestaciones complementarias públicas externas o al margen o fuera del Sistema de Seguridad, hay que tener en cuenta que se identifican en nuestro ordenamiento jurídico por el dato de su formal exclusión de la acción protectora dispensada por el Sistema de Seguridad Social a favor de los sujetos incluidos en su campo de aplicación, y se integra por el

conjunto de prestaciones (económicas y técnicas) prestadas por todos los poderes públicos territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales) al margen de aquel.

A diferencia de la protección social complementaria pública interna al Sistema de Seguridad Social, la externa estatal, configurada formalmente al margen de ese Sistema, adolece de una norma general que establezca las pautas o directrices básicas en esta materia y que configure dicha protección como conjunto coordinado y con coherencia interna.

No obstante el diseño legal de estas prestaciones, muchas de las que hoy dispensa el Estado podrían quedar perfectamente configuradas dentro de la acción protectora de la Seguridad Social; tal es el caso, por ejemplo, de las denominadas pensiones de ancianidad a favor de emigrantes españoles en el extranjero, que son auténticas prestaciones de Seguridad Social, de encaje perfecto en el artículo 7.4 TRLGSS.

Por lo que se refiere a la protección complementaria asumida por las Comunidades Autónomas, esta se ofrece bajo la apariencia formal y material de un sistema jurídico, en tanto que en cada una se aprecia la existencia de una norma general (que suele denominarse Ley de Servicios Sociales) que tiene como objetivo fijar las pautas o criterios generales de esa materia.

Esta protección complementaria externa es muy heterogénea, abarcando una amplia gama de prestaciones de forma y contenido muy diverso, económico o en especie, reconocidas, incluso, a sujetos incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. En su conjunto puede afirmarse que se integra por mecanismos diversos de garantía de ingresos mínimos, previstos para determinados grupos o colectivos que pueden acceder a las prestaciones del régimen mínimo y general de Seguridad Social y que se encuentran en un estado o situación de necesidad. Mecanismos o instrumentos ideados formalmente al margen de dicho Sistema y que en el proceso final de evolución del mismo deberían integrarse en su nivel no contributivo.

De este modo, el panorama existente en nuestro país respecto de la regulación de la materia de asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social se caracteriza por:

- la existencia de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas;
- el contenido muy heterogéneo de las fórmulas de asistencia social arbitradas por las Comunidades Autónomas; y,
- la inexistencia de una norma general que fije pautas y criterios en todo el territorio del Estado español.

Por su parte, en el campo de los servicios sociales externos se aprecia también una enorme diversidad, complejidad y extraordinaria extensión, puesto que aquellos entes territoriales han asumido competencias respecto de estos últimos como si ambos (asistencia social y servicios sociales) fueran iguales y se tratase de la misma materia desde la perspectiva de la distribución de competencias territoriales. Si bien la norma constitucional no les ha otorgado expresamente competencia alguna en materia concreta de servicios sociales (no se menciona en el artículo 148 CE), el cierto desinterés del Estado al respecto ha provocado que hoy aparezca esta materia como de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sobre todo en lo que respecta a los servicios sociales o asistenciales de colectivos especialmente desprotegidos, asumidos hoy por la totalidad de las mismas a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía y, en aplicación de los mismos, en virtud de normas generales y específicas relativas a los servicios sociales y acción social aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas.

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA VOLUNTARIA. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

Junto a la protección social complementaria pública, existe en nuestro ordenamiento jurídico una protección social complementaria privada, entendiendo por tal la voluntaria y externa al Sistema de Seguridad Social en la que se incluyen todos aquellos mecanismos que el legislador ordinario ha ideado, y ha confiado a muy diversas instituciones estrictamente privadas que actúan al margen del Sistema de Seguridad Social, con independencia de que las leyes estatales refieran formal y materialmente a ellas en normas estrictas de Seguridad Social. Estos mecanismos se han ideado con el fin de que los sujetos que así lo deseen, puedan garantizarse unas prestaciones adicionales cercanas o próximas a su nivel de rentas de activo que dejan de percibir cuando se actualiza la contingencia objeto de protección, ya sea una contingencia de las previstas por el legislador para el Sistema de Seguridad Social o cualquier otra contingencia prevista al margen del mismo.

A esta modalidad de la protección social no puede, a nuestro juicio, denominarse «Seguridad Social voluntaria» o «Seguridad Social complementaria», puesto que la Seguridad Social es, por mandato constitucional, de obligada naturaleza pública y de titularidad estatal y algunos de los mecanismos aquí incluidos no están integrados en el Sistema de Seguridad Social; de ahí la expresión Protección social voluntaria que nosotros adoptamos.

Como hemos señalado, el término «libre» (art. 41 CE) no equivale a privado, sino a voluntario. El precepto constitucional no opta exclusivamente por la

iniciativa privada en el ámbito de la protección social complementaria, y ha sido el legislador ordinario el que ha efectuado dicha opción. Como acertadamente se ha afirmado, «nuestro legislador ha optado por una lectura privatista del texto constitucional potenciando con carácter preferente la implantación de regímenes complementarios externos al sistema institucional de Seguridad Social, especialmente a través de Planes y Fondos de Pensiones»⁴.

Quedan excluidas del término protección social las medidas de autoprotección a través del ahorro privado de los propios beneficiarios. Las formas privadas de protección merecen el calificativo de social cuando interviene una tercera persona para atender las necesidades sociales; por tanto, al hablar de protección social voluntaria, solo nos referimos al conjunto de medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico y otorgadas por el empresario –bien voluntariamente, bien por la vía de la negociación colectiva– de forma adicional a las que ordena el régimen público, mínimo, obligatorio y suficiente de Seguridad Social, pero no a las que cada sujeto individualmente considerado esté en condiciones de otorgarse a través de los distintos instrumentos financieros de ahorro previstos en nuestro ordenamiento jurídico (planes de pensiones, contratos de seguro, planes de previsión social asegurados). Es cierto que las medidas que el empresario otorga a sus trabajadores pueden –y en la mayoría de los casos deben– ser gestionadas por los mismos instrumentos financieros que los particulares utilizan para obtener prestaciones adicionales a las ofrecidas suficientemente por el sistema de Seguridad Social, pero dichos instrumentos se rigen en estos casos por reglas específicas distintas, pues su existencia deriva de un contrato de trabajo o un convenio colectivo.

Las prestaciones incluidas dentro de lo que denominamos protección social voluntaria, se identifican con la expresión Mejoras Voluntarias. Las Mejoras Voluntarias son mecanismos de protección complementaria de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a los trabajadores por cuenta propia o ajena, incluidos en cualquiera de los regímenes contributivos. Son establecidas por la iniciativa privada y, a pesar de ello, se incluyen en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, según dispone expresamente el TRLSS (art. 238). Hasta la entrada en vigor de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, Ley 30/1995, de 8 de noviembre (LOSSP), el régimen jurídico de las mejoras voluntarias era único con independencia del instrumento de gestión utilizado por los empresarios para hacer viable dichas mejoras otorgadas a sus trabajadores. Tras la entra-

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Derecho a la Seguridad Social», en Monereo, Molina y Moreno (directores): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 1503.

da en vigor de la LOSSP, pueden distinguirse dos modalidades de mejoras voluntarias de prestaciones:

- Mejoras voluntarias no externalizadas o respecto de las que no existe obligación de externalización y que, por tanto, pueden ser gestionadas mediante fondos internos de las empresas; y,
- Mejoras voluntarias externalizadas o gestionadas obligatoriamente a través de los siguientes instrumentos privados previstos en nuestro ordenamiento jurídico: planes y fondos de pensiones, Mutualidades de Previsión Social y contrato de seguro colectivo de vida. Se trata de instrumentos de gestión de las mejoras voluntarias de libre iniciativa, funcionamiento y gestión, y de los que emanan prestaciones de carácter privado en modo alguno integradas en la acción protectora del sistema de Seguridad Social.

En la actualidad, el régimen jurídico de las mejoras voluntarias se regula fundamentalmente en los artículos 43 y 238 a 241 TRLGSS y en la Orden de 28 de diciembre de 1966, OMV, que aunque dictada bajo la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 1966, sigue constituyendo el único desarrollo reglamentario existente en esta materia.

Las notas características de las mejoras voluntarias quedan resumidas en las siguientes:

- a) La voluntariedad, principio básico que rige en el momento de su concesión o implantación, pero no en el de su supresión o modificación. Las mejoras pueden concederse por decisión unilateral del empresario o por acuerdo colectivo, incorporándose en ambos casos a los contratos de trabajo como condición más beneficiosa conforme al artículo 3.1 c) ET. También se pueden conceder por convenio colectivo estatutario, lo que constituye una práctica habitual en la negociación colectiva de nuestro país, reconocida indirectamente por el artículo 43.2 TRLGSS, conforme al cual las mejoras voluntarias pueden ser objeto de contratación colectiva. En estos casos las mejoras se elevan a norma al incorporarse al convenio colectivo.
- b) La obligatoriedad de la mejora una vez concedida. Conforme a lo dispuesto en el artículo 239 TRLGSS, párrafo segundo, y en el artículo 1.3 OMV, «no obstante el carácter voluntario para los empresarios, de la implantación de las mejoras..., cuando al amparo de las mismas haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento». La regla general transcrita pretende distinguir la voluntariedad en la concesión de la mejora, de la discrecionalidad en su posterior supresión o modificación. Así, la voluntariedad de las mejoras para el empresario rige en el momento de su concesión, pero una vez concedidas, devienen obligatorias y

para poder ser suprimidas o modificadas, deberán tenerse en cuenta reglas diferentes en función de la naturaleza del acto de creación:

- si han sido concedidas unilateralmente por el empresario, resulta esencial determinar cuál fue la voluntad de la empresa, en el modo que puede deducirse de sus actos, al no existir una declaración que fije los límites de lo que se acuerda. Así, en el caso de existir una voluntad reiterada en el tiempo de otorgar una protección adicional, no estamos ante actos de mera tolerancia que la doctrina científica y jurisprudencial han estimado carentes de fuerza vinculante para quien realiza la concesión, sino ante una condición más beneficiosa que, una vez incorporada al contrato de trabajo, forma parte de su contenido y no puede ser unilateralmente suprimida. La supresión o modificación de la mejora en estos casos, queda condicionada a la aceptación del trabajador o a su compensación por vía de neutralización;
- si han sido concedidas en convenio colectivo, su supresión o modificación solo es posible a través de un convenio colectivo posterior;
- no obstante la situación descrita, la jurisprudencia admite que en caso de «circunstancias nuevas e imprevistas» y con independencia del acto de creación (decisión unilateral o convenio colectivo), el empresario puede modificar o suprimir unilateralmente las mejoras voluntarias.

c) Por lo que a los modos de gestión se refiere, como hemos señalado tras la entrada en vigor de la LOSSP, es obligatorio distinguir entre mejoras de prestaciones para las que rige la libertad de opción reconocida en el artículo 240.1 TRLGSS –las empresas podrán realizar la mejora directa de prestaciones «por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o Entidades aseguradoras de cualquier clase»–, y mejoras de prestaciones que obligatoriamente deben ser gestionadas a través de contrato de seguro o plan de pensiones, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional undécima de la LOSSP. Así, respecto de las mejoras voluntarias de prestaciones temporales (básicamente incapacidad temporal, maternidad y desempleo), se mantiene la opción prevista en el artículo 240.1 TRLGSS, y respecto de las mejoras voluntarias de pensiones (jubilación, incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y muerte y supervivencia), a las que la LOSSP denomina compromisos por pensiones, desaparece la opción prevista en el TRLGSS, de manera que los empresarios ya no podrán sostener por sí mismos, a través de fondos internos, la gestión de dichas mejoras. Los únicos modos de gestión o instrumentación de los compromisos por pensiones que pueden utilizar los empresarios, son el contrato de seguro colectivo de vida (entre los que hay que entender incluidos los concertados a través de Mutualidades de Previsión Social) o el plan de pensiones, sin que exista ninguna otra opción. Hablamos en estos casos de mejoras voluntarias externalizadas,

pues las empresas están obligadas a gestionar los compromisos por pensiones, señalados mediante instrumentos ajenos a su patrimonio⁵.

d) Las mejoras «tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones de la Seguridad Social» (art. 1.3 OMV). Tienen atribuidos, por tanto, los caracteres propios de las prestaciones comprendidas en el ámbito de la protección mínima obligatoria de la Seguridad Social previstos en el artículo 44 TRLGSS; por consiguiente, no podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial o compensación o descuento, quedan sujetas a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto y son inembargables según lo dispuesto en la LEC.

e) Una vez establecidas, según lo dispuesto también en el artículo 1.3 OMV «se entenderán que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social». La asimilación a la Seguridad Social de que son objeto las mejoras voluntarias, no puede llevarse al extremo de entender que se regulan por la integridad de la normativa reguladora de las prestaciones a las que en concreto mejoran o complementan, pues no hay que olvidar que ni su origen es el de las prestaciones propiamente dichas, ni el sujeto obligado al pago es la Administración de la Seguridad Social. Se configuran, así, como prestaciones integradas en la acción protectora de la Seguridad Social pero solo a determinados efectos que la jurisprudencia ha ido perfilando.

f) En relación con las fuentes reguladoras de las mejoras voluntarias, a partir del año 1995 asistimos a una «despublicación» del régimen general de las mejoras voluntarias, propiciada por el nuevo marco legal impuesto por la LOSSP, y reforzada por el propio Tribunal Supremo⁶. En efecto, para el Tribunal Supremo las mejoras voluntarias tienen como fuentes fundamentales reguladoras, además de los preceptos legales del TRLGSS específicos, los pactos o reglas que las hayan creado, de forma que las condiciones, requisitos y elementos que conforman cada mejora, son los que se expresan en el convenio colectivo o acto que las crea y constituye. Así, para saber cuáles son la estructura y caracteres de una mejora prestacional concreta, es preciso acudir, en primer lugar, a esos pactos, convenios o pautas que la han establecido o instaurado. Solo en el supuesto de silencio u oscuridad en la fuente de origen de la mejora voluntaria, será preciso acudir al TRLGSS⁷.

⁵ De este modo, se ha tratado de trasponer a nuestro ordenamiento interno el artículo 8 de la Directiva 80/987, de 20 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Ver, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

⁶ Ver, GETE CASTRILLO, P.: «La disponibilidad convencional incondicionada de las pensiones privadas, un factor de inseguridad social», en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Parte II, Madrid, 1999.

⁷ Ver, SSTS 5-6-1997, Ar. 4628; 8-4-1995, Ar. 2923.

Conclusiones

ALFREDO MONTOYA MELGAR

*Coordinador de la Sección 6 del Congreso
Académico de Número de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España*

Moderador

CESÁREO ROCHA OCHOA

PONENCIA DE LA SECCIÓN 6 («PÚBLICO Y PRIVADO
EN EL DERECHO») DE D. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ,
ACADÉMICO DE NÚMERO DE LA R. A. DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Dicha Ponencia comienza destacando la preeminencia histórica del Derecho privado y la tardía aparición del Derecho público, articulado a partir del siglo XIX en torno a nociones, como las de dominio público y servicios públicos, tributarias del Derecho privado.

La primera mitad del siglo XX asiste al inicio del protagonismo de lo público, ante la necesidad de satisfacer los nuevos derechos sociales y económicos. En este contexto, la Ponencia cita dos grandes normas, muy conocidas y citadas por los laboristas: la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919. En el marco de esos derechos que nuestro Tribunal constitucional denomina «prestacionales», en cuanto que su efectividad pende de las prestaciones que efectúen los poderes públicos, la Ponencia alude a la creación de los sistemas de Seguridad Social, verdadero emblema del Estado-Providencia.

Muestra significativa del recíproco influjo entre lo público y lo privado, es la intervención de la Administración bancaria y la figura de la empresa pública, a las que la Ponencia dedica parte de sus reflexiones, completadas con las referidas a la función social del derecho de propiedad, proclamada por nuestra Constitución. De este modo, como sintetiza la Ponencia, «lo público determina (...) decisivamente lo privado en todo caso», afirmación que se ilustra con ejemplos

varios: el patrimonio histórico, cultural y artístico, y las propiedades forestal, agraria y urbana, así como la fórmula francesa de la planificación indicativa.

La Ponencia dedica sus páginas finales a la recuperación de lo privado en la segunda mitad del siglo XX, proceso en el que ha tenido una influencia decisiva la acción de la Unión Europea en pos de un mercado único. Tal recuperación logra alcanzar un punto de equilibrio entre lo público y lo privado, esto es, entre la aportación de prestaciones y servicios indispensables para una vida digna y el legítimo interés de las empresas.

Refiriéndose a la actualidad, la Ponencia destaca la coexistencia de una fuerte corriente liberalizadora, impulsada también por la Unión Europea, y de unos poderes públicos encargados de «garantizar el libre despliegue de lo privado».

En fin, la Ponencia destaca la relación de complementariedad entre lo público y lo privado, concluyendo que uno y otro tienden a compensarse asegurando un equilibrio del cual es garante el Derecho.

COMUNICACIONES

Relacionadas por su orden de recepción, la Ponencia 6 ha recibido las siguientes Comunicaciones:

1. **Comunicación del Dr. Eduardo A. Sambrizzi sobre «Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia»**

La Comunicación afirma que el Derecho de Familia forma parte del Derecho Privado, y específicamente del Civil, lo que no impide la existencia de normas de orden público, imperativas, y de un interés también público en ese sector del ordenamiento.

Aunque esa relevancia de lo público ha venido explicando el carácter indisponible de buena parte de las normas del Derecho de Familia, con la consiguiente restricción de la autonomía de la voluntad, que tiene un desenvolvimiento más amplio en otros campos del Derecho Civil (p. ej., en materia de contratos), en los últimos tiempos ha aparecido un fenómeno de signo contrario: el ensanchamiento de esa autonomía en determinadas cuestiones de familia, fenómeno del que cita el ejemplo argentino.

Por otra parte, se destaca la incidencia del constitucionalismo social en la regulación de la familia, pasándose revista a la incorporación al Código Civil

y Comercial de principios constitucionales que conciernen al Derecho de Familia, como son los relativos a los derechos a la vida y a la constitución de una familia; a los derechos y deberes de padres e hijos; a la igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, etc. Y, por último, la comunicación del Dr. Sambrizzi hace referencia a la recepción por el Derecho de Familia de normas internacionales, como las relativas al «interés superior del niño».

2. Comunicación de D. José Luis Merino Hernández, Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

Tras dejar constancia de que la Constitución vigente consagró la pluralidad legislativa civil en España, en consonancia con la estructura autonómica de nuestro país, la Comunicación reflexiona sobre la que llama «invasión autonómica del Derecho Civil», de la que ofrece un ejemplo significativo: la regulación de las «parejas de hecho».

Siendo esta una materia en la que no existe regulación estatal, las comunidades autónomas han tomado la iniciativa, dando lugar a un panorama normativo muy poco homogéneo, que crea desigualdades entre los ciudadanos y desconcierto en el aplicador de esas leyes.

En efecto, mientras que algunas de esas normas se limitan al ámbito jurídico-público (así, la creación de registros de parejas de hecho), otras inciden de lleno en cuestiones de Derecho Civil, justificándose, tanto con argumentos sociológicos como constitucionales (arts. 14, 9.2 y 39 CE) en su carácter supletorio a falta de pactos expresos. Esto último ocurre con las normas autonómicas sobre régimen económico de las parejas de hecho, sobre la adopción y acogimiento por dichas parejas o sobre las consecuencias económicas de la ruptura de la pareja.

En fin, la Comunicación hace referencia a la STC 81/2013 del TC, que anuló varios preceptos de la Ley de la C. A. de Madrid sobre parejas de hecho, por invadir la competencia del Estado. El autor concluye mostrando su sorpresa porque sea esta la única ley autonómica sobre la materia objeto de impugnación ante el TC, siendo así que es «la menos invasiva del Derecho Civil».

3. Comunicación de D. Karlos Navarro Medal, Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Nicaragua,

sobre «La influencia del constitucionalismo español en el Derecho público nicaragüense»

La Comunicación comienza destacando la influencia de la Constitución norteamericana, la Revolución Francesa y la Constitución de Cádiz en Centroamérica, reflexionando acerca del desarrollo del pensamiento ilustrado constitucional en Centroamérica, en el Estatuto de Bayona y en la Constitución gaditana, cuyo papel frente al «antiguo régimen» (monarquía absoluta, sociedad estamental) resalta.

La Constitución Federal de Centroamérica (1824) rompe a su vez con el constitucionalismo español para inspirarse en el norteamericano, sirviendo a su vez de modelo a las Constituciones de Nicaragua de 1826 y 1838. Con todo, la estructura social anterior a la independencia seguía teniendo su reflejo en las Constituciones, incluida la de 1858; reflejo que cederá el paso a una concepción más liberal y moderna, consagrada en la Ley fundamental de 1893.

Tras la intervención norteamericana, a partir de 1912, se desarrolla el fenómeno del clientelismo político, cuya máxima expresión se sitúa en la dictadura de Somoza, que instauró un fuerte centralismo refrendado sucesivamente por las Constituciones de 1939, 1948, 1950 y 1974.

Después del derrocamiento de Anastasio Somoza, en 1979, derogada de inmediato la Constitución de 1974 por el Estatuto Fundamental de la República de Nicaragua, se aprueba la vigente Constitución de 1987, objeto de ulteriores modificaciones.

La Comunicación dedica atención preferente a la influencia de la Constitución Española de 1978 sobre la nicaragüense, y a tal efecto pasa revista a las más destacadas materias objeto de esa influencia: la concepción del Estado Social de Derecho, el empleo público, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y, en fin, la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

4. Comunicación de D.^ª Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, Académica Correspondiente de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España, sobre «Lo público y lo privado en el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas»

El estatuto jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas tiene un carácter complejo, al hallarse integrado por una diversidad de

estratos normativos: la legislación laboral, el Estatuto básico del empleado público, la legislación autonómica sobre función pública, y los convenios y acuerdos colectivos sobre la materia. La recíproca influencia de dichas normas determina que el empleo público laboral se rija por una combinación de disposiciones de Derecho público (administrativo) y de Derecho privado (laboral).

La Comunicación examina sucesivamente la incidencia del régimen jurídico de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas sobre la carrera profesional y la promoción del personal; la jornada laboral, permisos y vacaciones; el acceso al empleo; la composición de los órganos de selección del personal fijo; la clasificación profesional; la provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal; las situaciones en que este puede hallarse, y, en fin, su responsabilidad disciplinaria.

A continuación, la Comunicación reflexiona sobre los criterios de aplicación del complejo régimen jurídico objeto de estudio: complementariedad, supletoriedad directa e inversa, remisión y reenvío.

5. Comunicación de D. Antonio Martínez Lafuente, Vicepresidente de la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España, sobre «El control de la potestad reglamentaria»

Partiendo de la función de colaboración con la ley que tiene el reglamento y de su sometimiento a la Constitución y a las leyes, la Comunicación pone de relieve el carácter innovador que los reglamentos –no solo los independientes sino también los ejecutivos– pueden presentar.

Estando el reglamento subordinado a la ley, e impedido de regular materias de reserva legal, el ejercicio de la potestad reglamentaria se halla sujeto al control judicial. El alcance de este control, tal y como lo entiende el TS, va referido tanto a la titularidad y competencia del ejercicio de la potestad reglamentaria, como a la observancia de los límites formales de esa potestad (jerarquía normativa, inderogabilidad singular y procedimiento de elaboración), y de los límites materiales de ella (reserva de ley y respeto a los principios generales del Derecho, a los que se viene añadiendo la interdicción de la arbitrariedad).

Ello no impide la utilización por el titular de la potestad reglamentaria de las legítimas opciones que, en ejercicio de su discrecionalidad, pueda elegir.

Tras la referencia a los «principios de buena regulación» a los que debe sujetarse la potestad reglamentaria (art. 129 de la L. 39/2015), la Comunicación trata sucesivamente, a la luz de la jurisprudencia del TC y del TS, de los motivos de nulidad de los preceptos, la reserva reglamentaria y la deslegalización.

La Comunicación concluye con una referencia a los reglamentos de la UE y a las normas forales, de nuevo con apoyo en la doctrina del TC y el TS.

6. Comunicación de las Dras. Rosario Cristóbal Roncero y Nuria P. García Piñeiro, Académicas Correspondientes de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España, «Sobre la dependencia y los derechos del cuidador informal»

La Comunicación parte de la consideración de la Ley de Dependencia como norma reguladora de la situación de atención que precisan las personas dependientes, entendiendo por dependencia «un estado de falta o carencia, concretamente de falta de autonomía personal».

Tras exponer el concepto de dependencia acuñado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia –no idéntico al que suministra el Estatuto de los Trabajadores–, las autoras destacan el hecho de que la protección de la dependencia constituye un sistema paralelo al de la Seguridad Social, pero distinto de este.

Desde el punto de vista de los derechos de conciliación para la atención a la dependencia, distingue la Comunicación dos situaciones diferentes: la del cuidador profesional que debe conciliar su trabajo con el cuidado del dependiente, y la del cuidador profesional que se dedica única y exclusivamente al cuidado del dependiente. Mientras que al primero le serían de aplicación las medidas previstas en el ET [posibilidad de adaptar la jornada laboral (art. 34.8 ET), reducción de jornada por cuidado de familiar (art. 37.6 ET) y por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6 ET), así como la excedencia por cuidado de familiares [art. 46.3 ET]] y las de la LGSS en materia de conciliación, el segundo solo podrá suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

Tampoco hay una identidad entre la Ley de 2006 y el ET en relación con el concepto de cuidador informal o no profesional, siendo el legislador estatutario mucho más estricto a los efectos de reconocerles los derechos de conciliación de los trabajadores, como razonan detenidamente las autoras, que proponen una reforma ampliadora de los titulares de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, más allá de los vinculados por parentesco.

7. **Comunicación de D. José Luis Martínez López-Muñiz, Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, sobre «Mantener con coherencia la *summa divisio* del derecho en público y privado, exigencia de la diferencia esencial entre el poder público («lo público») y los particulares («lo privado»)**

Tras reflexionar sobre el valor de la distinción Derecho público - Derecho privado para el Estado de Derecho, sobre la adjetivación de las actuaciones o actividades relevantes para el Derecho como privadas o públicas, según sean imputables a sujetos privados o públicos, y sobre la diferenciación entre Derecho público y privado, el autor se centra en el «supuesto ejercicio de funciones públicas por sujetos privados», llegando a la conclusión, tras un detenido análisis de supuestos, de que «las actividades de los sujetos privados son y no pueden dejar de ser privadas y como tales deben ser tratadas jurídicamente», y ello incluso en supuestos problemáticos, como pueden ser los relativos a los servicios privados de vigilancia armada o a la gestión por entidades privadas de establecimientos penitenciarios.

Así pues, las actividades de los sujetos privados «siguen siendo actividades privadas y no públicas, en sentido jurídico, por más que hayan de sujetarse a las severas normas que al efecto se dicten». Por tanto, los particulares como tales no pueden ni deben ejercer funciones públicas ni llevar a cabo actividades jurídicamente públicas, aunque en algunos casos resulten aplicables reglas de Derecho público.

La Comunicación aborda seguidamente la vieja cuestión de las posibilidades y los límites de la aplicación del Derecho privado a las entidades públicas, concluyendo que «es fundamental distinguir bien lo público y lo privado». Por lo demás, la aplicabilidad de algunas de las exigencias propias del Derecho privado a la Administración pública no supone un cuestionamiento de los límites y de la razón de ser de la distinción entre Derecho público y privado.

En fin, la ponencia concluye afirmando que el respeto de la libertad y los derechos de la persona depende en buena parte de que «el Derecho privado y el Derecho público se distingan adecuadamente y se apliquen en sus respectivos ámbitos».

8. **Comunicación de D. Tomás J. Aliste Santos, Académico Correspondiente de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de**

España, sobre «El Derecho Procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado»

El autor comienza señalando cómo tanto en los orígenes del Derecho Procesal occidental como en buena parte de su desarrollo histórico, lo privado y lo público han venido entrecruzándose, razonando más adelante la conveniencia de replantear la realidad histórica de esta rama jurídica, sin ignorar la importancia que la corriente iuspublicista ha tenido para la formación del Derecho Procesal.

Siendo cierto que la configuración histórica de esta rama del Derecho ha venido siempre caracterizada por la confluencia de lo público y lo privado, sin embargo, y progresivamente, la histórica coexistencia de elementos públicos y privados en el Derecho Procesal de los sistemas de *civil law* y de *common law*, fue cediendo a medida que se construía el Estado moderno y se desarrollaba el concepto de soberanía con su correspondiente correlato jurisdiccional.

Consecuencia de ese proceso fue que el dominio del Derecho público fue extendiéndose paulatinamente a nuevos campos del ordenamiento jurídico, siendo uno de los primeros el Derecho Procesal. Por ello, el Derecho Procesal ha sido, desde su codificación hasta la actualidad, un Derecho público. Ahora bien, el poderoso influjo globalizador de nuestros días ha sometido a todas las ramas del Derecho público estatal a una enorme transformación, cuyo resultado comienza a vislumbrarse, apuntándose la disolución progresiva de la soberanía jurisdiccional del Estado, que conlleva la expansión de la autonomía privada en el campo procesal.

9. Comunicación de la Dra. Ania Granjo, Académica Correspondiente de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España, sobre «*Ius publicum vs ius privatum* en el Derecho de Familia actual: los límites de la autonomía de la voluntad en los acuerdos prematrimoniales»

La despublicación y progresiva *contractualización* del Derecho de Familia, así como las múltiples modificaciones que viene experimentando, se manifiestan en la figura de las capitulaciones matrimoniales, en las que, como proclama el Código Civil en su artículo 1.325 «podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.»

El amplio campo de actuación que a la voluntad contractual de los esposos dejan tanto la legislación nacional como las autonómicas, se extiende al ámbi-

to empresarial, en el que es evidente la conveniencia (por no decir la casi obligatoriedad) de suscribir capitulaciones matrimoniales. La voluntad privada prima así sobre esas legislaciones, que solo operan subsidiariamente.

Esta importante manifestación de la autonomía de la voluntad se manifiesta a través de «negocios jurídicos de Derecho de Familia», a saber, capitulaciones matrimoniales, convenios reguladores y pactos privados para los supuestos de separación de hecho.

La Comunicación pasa revista a las principales reformas en la materia, llevadas a cabo por las Leyes 14/1975, de 2 de mayo; 11/1981, de 13 mayo; 30/1981, de 7 de julio; 13/2005, de 1 de julio, y 15/2015, de 2 de julio, y a continuación reflexiona sobre la utilidad práctica de las capitulaciones matrimoniales y sus pactos.

10. **Comunicación de D. Francisco Javier Gómez Gáligo, Académico Correspondiente de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España, sobre «Importancia de los principios generales del Derecho privado»**

Comienza la Comunicación destacando la prevalencia que a juicio del autor tiene lo privado sobre lo público, y, en particular, los principios generales del Derecho privado en la conformación del Derecho. Muestra de ello es que las grandes construcciones jurídicas que se utilizan en el Derecho Público proceden del Derecho privado.

Muchas categorías jurídicas que suelen emplazarse en el ámbito del Derecho público son, sin embargo, instituciones de innegable carácter privado. Así ocurre con los derechos humanos, que son derechos fundamentales de la persona, aunque el constitucionalismo europeo los ha ido encuadrando en el ámbito jurídico público; encuadramiento que no impide, por ejemplo, que el derecho de propiedad tenga un núcleo esencialmente privado, integrado por las facultades de goce y disposición, sin olvidar la facultad de reivindicar.

Por añadidura, otras categorías jurídicas que se utilizan en el Derecho Público proceden del Derecho privado; así, las de nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa) y la de nacionalidad.

Y es que existen principios de Derecho Privado que deben respetarse, cualquiera que sea su estructura política, en todo Estado social y democrático del Derecho; así, el principio de autonomía de la voluntad, con el límite de la ley, la moral y el orden público; el principio de libre creación de derechos reales; la libre transmisibilidad de los derechos patrimoniales; el principio de

buena fe; el principio de responsabilidad patrimonial universal y de cumplimiento de los contratos; la irretroactividad de las normas; la igualdad de los nacionales y los extranjeros en los derechos patrimoniales; la protección de la buena fe de los terceros; y, en general, el principio de seguridad jurídica.

11. **Comunicación de D.^ª Yolanda Sánchez-Urán Azaña y D.^ª Raquel Aguilera Izquierdo, Académicas Correspondientes de la R. A. de Jurisprudencia y Legislación de España, sobre «La protección social complementaria: concepto y modalidades»**

La Comunicación explica cómo las prestaciones complementarias son técnicas de protección adicional, cuyo objetivo es mejorar, en sentido amplio, la protección básica dispensada por el Sistema de Seguridad Social. Estas prestaciones complementarias son clasificadas por las autoras en públicas o privadas. Las públicas pueden a su vez ser obligatorias o voluntarias, si bien, en el diseño legal actual, solo son obligatorias y se pueden identificar conceptualmente con la Asistencia Social y los Servicios Sociales.

Por su parte, las prestaciones complementarias privadas son siempre voluntarias, en el sentido de que su asunción es asumida libremente por los sujetos protegidos para lograr el nivel de protección que quieren a sí mismos otorgarse. Las prestaciones incluidas dentro de lo que denominan las autoras protección social voluntaria se identifican con la expresión «mejoras voluntarias». En la comunicación se analizan brevemente sus notas características.

12. **Comunicación de D. Juan M. Méjica García, Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, sobre «Derecho a la protección de un medio saludable y sostenible»**

Tras recordar las nociones usual y legal (Real Decreto Legislativo 1/2016) de la contaminación ambiental, la comunicación destaca el hecho de que «la afección ambiental que con mayor recurrencia se alega cuando se invoca la protección de la salud, es la relativa a la producción de ruidos y vibraciones», sin descartar otras posibles (malos olores, humos, gases, radiaciones y ondas electromagnéticas).

Tanto la legislación –medidas legislativas y reglamentarias internas, y medidas internacionales– como la jurisprudencia constitucional y europea vienen resaltando cómo las situaciones de deterioro ambiental grave pueden implicar un menoscabo en la calidad de vida en los órdenes personal, familiar y social.

La Ley 34/ 2007, de 15 de noviembre, se encarga de establecer las obligaciones de los titulares de las empresas e industrias contaminantes, mientras que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, tiene por objeto la protección de las especies silvestres y hábitats protegidos, y demás elementos de la naturaleza, sean o no de propiedad privada.

Por su parte, el TEDH reconoce que la contaminación ambiental en sus diversas manifestaciones puede afectar a la vida familiar, y el Tribunal Constitucional declara que hay daños ambientales que, sin llegar a poner en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra el derecho al respeto de la vida privada y familiar (STC 16/2004, de 23 de febrero).

La comunicación se ocupa también de la responsabilidad medioambiental, señalando su carácter extracontractual y objetivo (arts. 1902 y 1908 del Código Civil) cuando el daño no se haya originado «en la estricta órbita de lo pactado»; y reflexiona sobre la acreditación de la relación de causalidad y la inversión de la carga de la prueba.

En fin, con cita de la STC 64/1982, se reconoce la necesidad de compaginar la protección de los dos bienes constitucionales que son el medio ambiente y el desarrollo económico.

Apéndice documental*

* Información extraída del documento-resumen realizado al cierre del Congreso.

X CONGRESO DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA

Convocado por



CONFERENCIA PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

Organizado por



REAL ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
DE ESPAÑA

Presentación



Era obligado que nuestro Boletín abordara, con cierta extensión, el desarrollo del X Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas. El resultado ha sido el que tengo el honor de presentar con estas líneas.

Desde muchos sectores jurídicos, españoles e iberoamericanos, nos han felicitado por el riguroso desarrollo y por el éxito del Congreso y de sus vertientes científica, académica y organizativa.

Éxito debido a la colaboración de los casi 300 congresistas, el impecable trabajo de moderadores, coordinadores y ponentes, y la estrecha unión entre el Comité Organizador y el Congreso de Delegados. Sin que podamos olvidar la generosa aportación de la editorial Thomson Reuters Aranzadi, y de los Ministerios de Justicia, Innovación y Universidades, y Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a través, este último, de su Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y Para Iberoamérica y el Caribe; así como del Real Centro Universitario María Cristina de El Escorial.

Es justo, pues, que me permita trasladar a todos los académicos de las 27 Academias participantes este satisfactorio resultado, que nos honra y espolea para futuras reuniones científicas. Resultado que ha sido posible también por el infatigable trabajo de nuestra Secretaria Ejecutiva, señora María Morandeira, la valiosa contribución del Oficial Mayor de la Real Academia de España y del Jefe del Departamento de Información, señores Pablo Valés y José Luis Olgueras, respectivamente. La señora Laura Varela, de la Sección de Congresos del Corte Inglés, fue también una importante ayuda.

No es corriente que un Congreso, de la especialidad que sea, reciba casi cien comunicaciones a las ponencias presentadas. Tampoco lo es su alto nivel y su brillante debate. El elevado número de comunicaciones aportadas por los señores académicos no permitió, lamentablemente, que todas fueran discutidas. Pero son mencionadas en este Boletín y su texto íntegro será publicado por las Actas. Ya estamos en contacto con dos editoriales para poner en marcha su impresión.

En fin, no quiero dejar pasar la ocasión sin agradecer a S.M. El Rey Felipe VI y a la Casa Real su sensibilidad ante todo lo que haga referencia a Iberoamérica, demostrada por su Real presencia en el acto inaugural y el brillante discurso pronunciado.

Rafael Navarro-Valls

Presidente de la Conferencia Permanente de
Academias Jurídicas Iberoamericanas

Madrid 2019

CONSEJOS DEL CONGRESO

Presidente de Honor

SU MAJESTAD EL REY DON FELIPE VI

Presidencia

EXCMO. SR. D. RAFAEL NAVARRO-VALLS

Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ

Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Consejo de Honor

EXCMO. SR. D. PEDRO FRANCISCO DUQUE DUQUE

Ministro de Ciencia, Innovación y Universidades

EXCMA. SRA. DÑA. DOLORES DELGADO GARCÍA

Ministra de Justicia

EXCMO. SR. D. JUAN PABLO DE LAIGLESIA GONZÁLEZ DE PEREDO

Secretario de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe

EXCMA. SRA. DÑA. REBECA GRYNSPAN

Secretaria General Iberoamericana

EXCMO. SR. D. LANDELINO LAVILLA ALSINA

Presidente de Honor de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. MARIANO ESTEBAN RODRÍGUEZ

Presidente del Instituto de España

EXCMA. SRA. DÑA. VICTORIA ORTEGA BENITO

Presidenta del Consejo General de la Abogacía

EXCMO. SR. D. JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Presidente del Consejo General del Notariado

Academia Organizadora

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Junta de Gobierno RAJYL de ESPAÑA

Presidente: **EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ**

Vicepresidente: **EXCMO. SR. D. RAFAEL NAVARRO-VALLS**

Secretario General: **EXCMO. SR. D. ANTONIO PAU PEDRÓN**

Vicesecretaria General: **EXCMA. SRA. DÑA. ENCARNACIÓN ROCA I TRÍAS**

Censor: **EXCMO. SR. D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO**

Tesorero: **EXCMO. SR. D. RAMÓN LÓPEZ VILAS**

Interventor: **EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA**

Bibliotecario: **EXCMO. SR. D. ANTONIO MANUEL MORALES MORANO**

Director de Archivo: **EXCMO. SR. D. JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ NAFRÍA**

Director de Publicaciones: **EXCMO. SR. D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ**

Presidente de la Fundación pro RAJYL: **EXCMO. SR. D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO**

CONSEJOS DEL CONGRESO

Consejo Ejecutivo

Coordinador General: **EXCMO. SR. D. RAMÓN LÓPEZ VILAS**

Presidente de la Sección de Derecho Civil de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

Presidente de la Fundación de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. ANTONIO PAU PEDRÓN

Secretario General de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. LUIS MARTÍ MINGARRO

Presidente de la Sección de Derecho Iberoamericano

EXCMO. SR. D. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE

Presidente de la Sección de Derecho Constitucional de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE

Presidente de la Sección de Filosofía del Derecho de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. PEDRO CRESPO DE LARA

Presidente de la Sección Derecho de la Información de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Copresidente de la Sección de Derecho Administrativo de la RAJYL de España

Tres Patronos de la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

EXCMO. SR. D. PEDRO RAMÓN Y CAJAL AGUERAS

Presidente del Comité Ejecutivo de Ramón y Cajal Abogados

EXCMO. SR. D. JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ

Presidente del Consejo Editorial de Thomson Reuters Aranzadi

EXCMO. SR. D. JUAN CARLOS ESTÉVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA

Presidente del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales de España

Representantes de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

EXCMO. SR. D. MANUEL ARAGÓN REYES

Académico de Número de la RAJYL de España. Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España

EXCMO. SR. D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

Presidente de la Sección de Derecho Procesal de RAJYL de España

EXCMO. SR. D. RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

Copresidente de la Sección de Derecho Administrativo de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. RICARDO ALONSO GARCÍA

Presidente de la Sección de Derecho Comunitario Europeo de la RAJYL de España

EXCMO. SR. D. RAFAEL CALVO ORTEGA

Presidente de la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la RAJYL de España

CONSEJOS DEL CONGRESO

Consejo Internacional

Consejo Ejecutivo de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

EXCMO. SR. D. JOSEP D. GUARDIA I CANELA

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Ex Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS CEA EGAÑA

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales

EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales

EXCMO. SR. D. CESÁREO ROCHA OCHOA

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Ex Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

EXCMO. SR. D. KARLOS M. NAVARRO MEDAL

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Nicaragua

EXCMO. SR. D. LEOPOLDO TOLIVAR ALAS

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia

EXCMO. SR. D. FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ

Vicepresidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia de Extremadura

EXCMO. SR. D. CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

Director asociado a Presidencia para asuntos americanos
Presidente de la Academia Peruana de Derecho

EXCMO. SR. D. BERNARDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Presidente comisión asesora para asuntos americanos
Presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación

EXCMO. SR. D. JOSÉ MARÍA ROSALES DE ANGULO

Director Ejecutivo de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada

EXCMO. SR. D. DOMINGO BELLO JANEIRO

Presidente comisión asesora para asuntos españoles
Académico de Número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

15

SESIÓN DE APERTURA

Jueves, 22 de noviembre de 2018

S.M. El Rey Felipe VI

Dolores Delgado García
Ministra de Justicia

José Antonio Escudero
Presidente de la RAJYL de España

Rafael Navarro-Valls
Presidente de la Conferencia Permanente
de las Academias Jurídicas de Iberoamérica





EL REY INAUGURA EL X CONGRESO DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA

Felipe VI invita a proteger los derechos de las personas ante la revolución tecnológica de Internet

En la inauguración del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, el Rey Felipe VI profundizó en tres de los grandes temas que los participantes en el encuentro iban a abordar esos días: El impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho, los Derechos Humanos y su tutela, y El Derecho Mercantil y la Globalización.

“La progresiva penetración de Internet en nuestro entorno privado, social y laboral, el creciente protagonismo de las redes sociales, y el aumento sucesivo del tiempo que invertimos en interactuar y relacionarnos mediante dispositivos móviles y ordenadores, ha afectado también a la manera de entender y concebir los derechos humanos”, indicó el monarca. La importancia de esta revolución tecnológica se confirma, añadió, “si tenemos en cuenta que cuando se valoran en relación a hechos y situaciones que tienen lugar en estos ecosistemas se les denomina, precisamente, derechos digitales”. El Rey recordó a los asistentes que “nos hallamos ante un campo prácticamente virgen en muchos aspectos, un campo en el existen innovaciones y retos”. Por ello, calificó de estimulante y realmente necesario intentar prever de qué modo se adecuarán los derechos humanos a estas futuras realidades donde los derechos de las personas deben estar protegidos en Internet de forma que los Estados respeten y protejan el derecho a la privacidad en las comunicaciones digitales”.

El monarca destacó asimismo el papel de los juristas de Iberoamérica en su contribución a la construcción del cuadro fundamental de los derechos humanos, impulsando su progreso y su consolidación, una tarea que calificó como inagotable. Felipe VI apuntó que el mundo jurídico iberoamericano ha de sostener



Su Majestad Felipe VI en un momento de su discurso de inauguración del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

siempre esa convicción común sobre los derechos humanos, que forman parte del marco constitucional en el que debe desarrollarse la convivencia política de nuestros países. “Unas naciones, las nuestras, que participan de las raíces comunes de nuestra civilización en la que los derechos del hombre y el ciudadano constituyen la piedra angular de todas las libertades y de todas las aspiraciones de justicia”.

También abogó Felipe VI “por una regu-

lación jurídica lo más uniforme posible, suprimiendo formalismos innecesarios y garantizando la seguridad jurídica, en el marco de un Derecho Mercantil que se aplica en un mundo cada vez más globalizado”.

En la primera parte de su intervención, Felipe VI recordó los orígenes históricos que desembocaron en el encuentro que inauguraba, “una iniciativa que hunde sus raíces en los mismos comienzos históricos



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

Felipe VI recordó que el Congreso “hunde sus raíces en la corriente ibero-americanista de finales del siglo XIX”

de la corriente iberoamericanista, a finales del XIX” Efectivamente, añadió, “su precedente más remoto fue el Congreso celebrado también en Madrid, en 1892, durante la regencia de la Reina María Cristina, siendo presidente de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España Antonio Cánovas del Castillo”.

No obstante, indicó el monarca, “este Congreso que ahora inauguramos entronca más directamente con los celebrados en distintas ciudades de países iberoamericanos desde los pasados años noventa”, recordando el celebrado en Madrid en 1996 que él mismo inauguró siendo aún Príncipe de Asturias.

“Entre los juristas y académicos de uno y otro lado del Atlántico hay una evidente comunidad de intereses, lenguas comunes y un Derecho –una legislación y una jurisprudencia- que encuentran sus raíces en el Derecho Hispano”, señaló El Rey, para añadir que “todo ello está en la base de este ejercicio académico, investigador y de fomento de la cultura que busca también la mayor colaboración de la Administración”.

El monarca destacó el papel de los juristas de Iberoamérica en su contribución a la construcción de los derechos humanos

Su Majestad tuvo palabras elogiosas para el Congreso de Academias, al que calificó de “ejercicio académico, investigador y de fomento de la cultura”



Su Majestad El Rey es recibido a las puertas de la Academia por la ministra de Justicia y el presidente de la RAJYL, José Antonio Escudero



Entrada en el Salón de Plenos de Su Majestad El Rey



Mesa inaugural. Rafael Navarro Valls, Dolores Delgado, Su Majestad Felipe VI, José Antonio Escudero y José Antonio Moreno Ruffinelli



LA MINISTRA DE JUSTICIA, DOLORES DELGADO

“Una Constitución útil para la convivencia, el desarrollo y la estabilidad”

La ministra de Justicia, Dolores Delgado, felicitó a los organizadores del X Congreso por esta iniciativa, que congregó en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España “a lo más grande de la judicatura de nuestro país y de Iberoamérica”.

Tras realizar un pequeño repaso por el origen histórico de la institución anfitriona, recordando a su impulsor y primer presidente, Cánovas del Castillo, y aludir a la idea de Ramiro de Maetzu de entender la comunidad de pueblos hispanos como una comunidad permanente, Dolores Delgado destacó la feliz coincidencia temporal de este encuentro internacional con la conmemoración del 40 Aniversario de la Constitución española.

Una Carta Magna, añadió, “ejemplo extraordinario de acuerdo, de pacto, que en sus 40 años de vigencia ha demostrado ser un instrumento útil para asegurar la convivencia democrática de los españoles, promover el desarrollo económico y social y dar estabilidad al sistema político”.

“Ejemplo extraordinario de acuerdo, la Carta Magna se ha demostrado un instrumento útil para asegurar la convivencia de los españoles”



La ministra de Justicia, Dolores Delgado, en un momento del acto inaugural del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



Vista general del Salón de Plenos donde se celebró la inauguración del X Congreso



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

25



José Antonio Escudero, presidente de la RAJYL, durante su intervención en la apertura del X Congreso

El Derecho y la Lengua como elementos básicos de cohesión

EL PRESIDENTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA, JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

“Un lugar de encuentro y baluarte en la defensa de los valores democráticos”

El presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, (RAJYL) José Antonio Escudero, dio la bienvenida a los congresistas recordando las palabras de Ortega: “a fuer de no quedar desnortados, los países tienen que orientarse en el mundo a través de su raza,

de su lengua, de su historia y de su cultura, porque van sumidos en ellas como la gota de agua en la nube viajera”. En esa línea, José Antonio Escudero afirmó que un congreso iberoamericano es, por propia naturaleza “un lugar de encuentro y reencuentro, un acontecimiento domés-

tico y familiar y al tiempo, por servir a la causa del Derecho, un baluarte -aseguró en su intervención- en la defensa de los valores democráticos, de la convivencia civil y, en última instancia, de la dignidad del hombre”.

“Una dinámica comunidad científica, una federación y una entrañable hermandad”



Su Majestad El Rey saludando a miembros de la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

El presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación señaló también que “las Academias participantes han constituido tiempo ha una dinámica comunidad científica, una federación y también una entrañable hermandad, aplicada a ahondar en el conocimiento de las raíces comunes de nuestro Derecho, estudiar y conocer las ricas diferencias de los distintos ordenamientos nacionales, y actualizar añejos problemas en sintonía con las inquietudes del hombre de hoy”.

Una comunidad científica, según hizo hincapié durante su alocución el presidente José Antonio Escudero, “en la que el Derecho y la Lengua son -precisó- elementos básicos de cohesión”.



RAFAEL NAVARRO VALLS, PRESIDENTE DE LA CONFERENCIA PERMANENTE DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA

“Es nuestra obligación colocar la Justicia en el tablero social”

El presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Rafael Navarro Valls invitó a los asistentes a trabajar para colocar la Justicia en el tablero social. En su discurso de bienvenida, Navarro Valls recordó que es necesario encontrar el equilibrio entre el Derecho en estado de reposo y el Derecho en pie de guerra. “Somos conscientes de que el Derecho Iberoamericano es producto de siglos de evolución que ha consolidado un Derecho modélico cuyo origen está en el Derecho continental”, apuntó.

El catedrático Navarro Valls se refirió también al drama del siglo pasado y del actual “en el que hemos sido testigos de como algunos juristas proscriben la Justicia de la vida social y política, proclamando un Derecho sin Justicia”.

“La Justicia es ignorada deliberadamente, colocada entre paréntesis”, criticó el presidente del organismo que promovió este X Congreso, afirmando con rotundidad que “es nuestra obligación colocar nuevamente la Justicia en el tablero social”. Por todo lo anterior, invitó a las treinta Academias allí representadas “a servir de enlace entre la sociedad y la ley, a ser mensajeros de paz”.

Rafael Navarro Valls agradeció a la editorial Thomson Reuters y a los Ministerios implicados (Justicia, Ciencia, Innovación y Universidades, y Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación), el patrocinio y apoyo para el desarrollo de este X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica e invitó a los asistentes a “intentar siempre algo audaz, el esfuerzo de situar el Derecho y la Justicia como la estrella polar de nuestro pueblo”.

El catedrático emérito de la Universidad Complutense y presidente de la Conferencia Permanente, Rafael Navarro Valls



Su Majestad El Rey saludando a miembros de la Comisión Ejecutiva de la Conferencia Permanente





MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

27

EL REY INAUGURA LA AMPLIACIÓN DE LA SEDE ACADÉMICA

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España crece en 1.800 metros

Coincidiendo con la celebración del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, S. M. El Rey inauguró oficialmente la ampliación de la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Felipe VI, en compañía de la ministra de Justicia, Dolores Delgado, el presidente de la Real Academia de Jurisprudencia de España, José Antonio Escudero, el secretario general de esta institución, Pau Pedrón, el presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas de Iberoamérica, Rafael Navarro Valls, y los arquitectos que dirigieron la ampliación del edificio, Valentín Berriochoa Sánchez Moreno y su hijo Valentín Berriochoa Hausmann, recorrieron las nuevas instalaciones. El nuevo espacio de Marqués de Cubas 15 suma a la histórica sede 1.800 metros cuadrados más, destinados a ampliar el Archivo y ubicar varias salas de reuniones. Alberga además en la planta baja una Sala de Exposiciones, y un Salón de Actos en la primera planta, con aforo para 120 personas. Precisamente, este espacio fue estrenado para el desarrollo de la Sección 5ª del Programa de este X Congreso.

Las obras de rehabilitación de Marqués de Cubas 15 fueron ejecutadas por la empresa Trycsa, ganadora del concurso licitado a tal efecto por el Ministerio de Fomento. En una segunda fase, que comenzará en 2019, está prevista también la rehabilitación de la sede histórica, (Marqués de Cubas 13) construida en 1798 bajo el proyecto de Manuel Martín Rodríguez, sobrino y discípulo de Ventura Rodríguez y que fue declarada Bien de Interés Cultural en 1998. En esta intervención se procederá a la conexión interior del edificio con el área ampliada en el colindante.



El Rey departe con uno de los arquitectos responsables de la ampliación de la RAJYL, Valentín Berriochoa



Placa conmemorativa de la ampliación de la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España inaugurada por Felipe VI



El Rey junto al presidente del Tribunal Constitucional, la Ministra de Justicia, los presidentes de la Academia y la Conferencia Permanente y los arquitectos, entre otros



La ampliación ha permitido mejorar el Archivo y dotar a la Academia de más salas de reuniones

El nuevo Salón de Actos, inaugurado por la Sección Cuarta del Congreso, tiene un aforo de 120 personas



Su Majestad, la ministra y el presidente de la Academia visitan el nuevo Archivo



El Rey, la ministra y el presidente del Tribunal Constitucional



El Rey y el resto de autoridades son informados por Berriochoa



Felipe VI visita el nuevo salón de actos de la Academia donde poco después se darían cita los participantes de la Sección Cuarta





MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

29

PONENCIAS

1. ESTADO DE DERECHO FRENTE AL POPULISMO Y LA CORRUPCIÓN
2. EL DESARROLLO DEL DERECHO EN EL MARCO DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO
3. DERECHO MERCANTIL Y GLOBALIZACIÓN
4. EL DERECHO CIVIL EN IBEROAMÉRICA: INTERCONEXIONES ENTRE LOS DIVERSOS PAÍSES
5. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTIVA TUTELA ESTATAL
6. PÚBLICO Y PRIVADO EN EL DERECHO





SECCIÓN 1

**ESTADO DE DERECHO:
DEFENSA FRENTE AL POPULISMO
Y LA CORRUPCIÓN**

Ponente

Leopoldo Tolívar Alas

Coordinador

Gabriel Ruán Santos

Moderador

Josep D. Guardia i Canela

**“La lucha contra los populismos organizados
pasa por recuperar el prestigio de las
instituciones democráticas”**

Dos de los principales problemas que amenazan a la sociedad actual, el aumento de los populismos y la corrupción, centraron el trabajo de los asistentes a la primera sección de este X Congreso, coordinada por el presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Gabriel Ruán Santos, y moderada por Josep Guardia i Canela, expresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación catalana. Bajo el título “Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción”, la primera ponencia corrió a cargo del presidente de la Real Academia asturiana de Jurisprudencia, Leopoldo Tolívar Alas.



De izquierda a derecha Leopoldo Tolívar Arias, ponente; Josep Guardia i Canela, moderador, y Gabriel Ruán Santos, coordinador, Mesa Primera

Tolivar Alas ofreció un profundo análisis a los populismos de todos los lados del espectro político y de todos los países, tanto europeos como iberoamericanos. Fue muy claro al señalar que esa respuesta social tiene que ver con el desencanto ciudadano ante fenómenos como la corrupción generalizada y el desprestigio de las instituciones democráticas. En este ámbito, recordó que España es un buen ejemplo para reivindicar la limitación de mandatos, una medida que sin duda reduce las tentaciones de corrupción.

El jurista destacó, también, que en situaciones de corrupción “la magistratura sigue siendo el primer objetivo a domesticar –o defenestrar, según los casos– por los políticos corruptos”; “Insidias, atentados, remociones ilegales, privación del juez natural, son una cara de la moneda. La otra, las dádivas, culto a las vanidades, favores personales y familiares...

La experiencia demuestra, muy paradigmáticamente en España, que la limitación de mandatos reduce las tentaciones de corrupción, según señaló el ponente

En suma, extender la mancha de la corrupción hasta llevarla a las togas”. Por todo lo anterior, reivindicó que “todo incremento a la protección y estatus de la judicatura será poca en cualquier reforma constitucional que tienda a cortocircuitar la corrupción generalizada, más allá de la legislación ordinaria administrativa o

penal”. Tolivar Alas coincide con varios autores expertos en el análisis de este fenómeno en que el populismo es más una estrategia que una ideología, que nace del desencanto, de la crisis económica, pero también como una propuesta antipartidista; “la mentalidad populista desprecia todas las actividades políticas tradicionales como contraproducentes y corrompidas. Sin duda, no obstante, aseguró, “la causa de la corrupción es, de entre todas, la que más puede justificar la reacción populista ante la petrificación de esta lacra en los gobiernos y sus Administraciones”. Ante la amenaza que populismos y corrupción suponen para el sistema democrático, el académico concluyó en la oportunidad de buscar las fórmulas que los propios ordenamientos constitucionales pueden ofrecer para preservar la imagen y la eficacia de la democracia representativa de origen liberal, ya bañada, en muchos tex-



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

31



El asturiano Leopoldo Tolivar, ponente de la Sección I del X Congreso de Academias



Gabriel Ruán, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales venezolana



Josep Guardia i Canela, expresidente de la Academia de Jurisprudencia catalana

tos fundamentales, en el modelo del Estado social y democrático de Derecho. “En el caso de las prácticas corruptas de gobernantes y administradores, es evidente que ninguna norma suprema va a admitir o tolerar lo que es un vicio del sistema”.

Además de la limitación de mandatos, abogó por una seria fiscalización de los patrimonios “exante” y “expost” de los cargos públicos, calificando esta medida de modesta, pero sensible cortapisa a las ambiciones menos confesables. Para este

experto, la eficacia pasa por detallar constitucionalmente un Poder Judicial auténticamente independiente e inamovible, tan protegido o más en su actuación y en sus medios como el Poder Ejecutivo en los distintos niveles de gobierno.



Vista general de la sala que acogió la Sección Primera

La Magistratura sigue siendo el primer objetivo a domesticar, o a defenestrar, por los políticos corruptos

El Poder Judicial debe ser auténticamente independiente e inamovible, y estar tan protegido como el Ejecutivo para evitar la tentación de los políticos corruptos de extender la mancha hasta alcanzar las togas



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



Asistentes a la ponencia y debate posterior de la Sección Primera del X Congreso

COMUNICACIONES

Estado de Derecho. Defensa frente al Populismo, de Bonifacio Ríos Ávalos (Paraguay)

Estado de Derecho Defensa frente al Populismo, de Cesáreo Rocha Ochoa (Colombia)

Frente al populismo y la corrupción, la virtud, de Remigio Beneyto Berenguer (España)

Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada, de Efraín Hugo Richard, Carlos Julio Lescano y José Daniel Cesano (Córdoba, Argentina)

Populismo, controles de cambios y de precios, y nacionalización y estatización, de Carlos Eduardo Acedo Sucre (Venezuela)

Humanización de las relaciones de poder. Estado y Justicia, de Victorio Magariños Blanco (Sevilla-España)

¿Acoitar la corrupción?: Responsabilidad de funcionarios públicos y el artículo 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, de Efraín Hugo Richard (Córdoba, Argentina)

Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y Servicios de Coordinación Antifraude, de José Antonio Fernández Ajenjo (España)

Actio Popularis y defensa del interés popular en la experiencia jurídica romana, de Antonio Fernández de Buján y Fernández (España)

Estado de Derecho, Populismo y Corrupción, de José Saez Capel (Bolivia)

La retórica populista del buen gobernante en el Bajo Imperio Romano: los panegíricos de Temistio, de José Antonio Martínez Vela (España)

Dos condiciones conceptuales esenciales para evitar la degradación del Estado de Derecho: una justa comprensión del Estado Social y Democrático de Derecho y de la "Summa divisio" del Derecho en Público y Privado que le es inherente, de José Luis Martínez López-Muniz (Valladolid-España)

La corrupción del Abogado, mediante la deslealtad profesional, en el Ordenamiento Jurídico Penal español, de Fernando Rodríguez Alonso (España)

Cuando al Derecho y a la Política quiere llegar el pensamiento confuso. Algunos aspectos relevantes ante la aceptación conceptual del Estado de Derecho y sus enemigos, de Amador García Carrasco (España)

Turno de preguntas tras la ponencia de Leopoldo Tolívar. En primer término, Jorge R. Vanossi, quien fue a su vez el ponente de la Sección Quinta de Academias Jurídicas de Iberoamérica



Turno de comunicaciones. Intervención de Antonio Fernández de Buján





MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

33



De izquierda a derecha, el moderador y el coordinador de la Sección Segunda, Manuel Pizarro y Luis María Cazorla, respectivamente. A continuación, los tres ponentes de la mesa redonda, Manuel González-Meneses, Daniel Tejada y Alejandro del Campo

SECCIÓN 2

MESA REDONDA: EL DESARROLLO DEL DERECHO EN EL MARCO DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO

Ponentes
Daniel Tejada Benavides
Alejandro del Campo Redonet
Manuel González-Meneses García-Valdecasas
Coordinador
Luis María Cazorla Prieto
Moderador
Manuel Pizarro Moreno

“Las novedades tecnológicas tensionan las relaciones jurídicas y son un reto a resolver para el ordenamiento jurídico”

El abogado Alejandro Sánchez del Campo Redonet, el notario Manuel González-Meneses García-Valdecasas y el Director de Publicaciones y Formación de Thomson Reuters España, Daniel Tejada Benavides, abordaron en una interesante mesa redonda “El Desarrollo del Derecho en el marco del Desarrollo Tecnológico”. Su objetivo, analizar el reto que para el Derecho y su aplicación suponen los nuevos avances tecnológicos.

El marco normativo, incluso los principios que lo informan, no parece ser suficientemente ágil y flexible para ordenar

adecuadamente situaciones que las tecnologías plantean y que son ya parte de nuestro día a día: criptomonedas, vehículos autónomos, patentes sobre formas de vida, smart contracts, drones, robotización del trabajo; y tantos ejemplos adicionales, apuntaron los participantes: “El vertiginoso desarrollo de las tecnologías que se ha producido en los últimos veinte años provoca retos que el Ordenamiento Jurídico no resuelve satisfactoriamente”. Las novedades tecnológicas tensionan las relaciones jurídicas y la capacidad de respuesta efectiva del Derecho se pone a prueba. El debate programado por el

X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica pretendió plantear de una manera rigurosa la naturaleza de los retos tecnológicos y su importancia, tratando de aproximarse al modo en que el Derecho ha de enfrentarse a ellos.

También puso el foco sobre el impacto de los desarrollos tecnológicos en el propio jurista, desde una doble vertiente: cómo los desarrollos tecnológicos obligan al profesional del Derecho a adaptar la forma en la que realiza su trabajo, y cómo la propia tecnología puede aportar soluciones y facilidades a la labor del jurista,



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

De izquierda a derecha, Manuel González-Meneses, Alejandro del Campo y Daniel Tejada Benavides, ponentes de la mesa redonda sobre Derecho y Desarrollo Tecnológico



permitiéndole realizar su labor de manera más efectiva. Tejada Benavides defendió que el abogado tiene un gran aliado en la tecnología y recordó que los despachos que se transformen serán los únicos que podrán permanecer en el mercado. Por ello, insistió en que la digitalización no ha de ser vista de forma parcial, como una amenaza, ya que también es una oportunidad que permite al profesional ser más competitivo.

El director de publicaciones de Thomson Reuters apuntó además que es un hecho que el cliente tiende a que el abogado le ofrezca una respuesta inmediata, pues está acostumbrado a ello con servicios de empresas como Amazon. Hoy día, afirmó, “un despacho es una empresa a todos los efectos y, al igual que ocurre con las universidades, además de formar en competencias debe formar en actitudes”. Pese a todo lo anterior, la realidad es que la Abogacía, explicó este experto, se adapta de forma lenta a las nuevas realidades; “pero las tecnologías –entre las que destacó, por su potencial, Aranzadi Fusión- permiten afrontar nuevos retos y posibilitan la integración con la función de gestión del despacho, la movilidad, o el incremento de la rentabilidad del despacho”.

El futuro ya está aquí
Alejandro Sánchez del Campo Redonet, of counsel de Garrigues en el área de startups and open innovation, trasladó a los congresistas al futuro. El ordenamiento jurídico, afirmó, se enfrenta a grandes retos. ¿Qué normas vamos a aplicar en Marte cuando lleguemos, sobre todo si tenemos en cuenta que lo más seguro es que quien llegue no sea un Estado sino una empresa privada?. ¿Qué normas se aplicarán en el caso de un accidente de un

coche sin conductor y que puede ir vacío? Sánchez del Campo se preguntó: ¿Cuánto trabajo van a quitar los robots, cada vez más autónomos?, ¿tienen que tributar y cotizar a la Seguridad Social? En ese futuro tan cercano, además, recordó el experto de Garrigues, las respuestas del Derecho

estarán lejos de ser uniformes. Al tiempo, señaló el distinto planteamiento inicial del continente europeo respecto a Estados Unidos afirmando que “mientras en Europa siempre pensamos antes en prohibir, en Estados Unidos funcionan con la mentalidad de que lo que no está prohibido está



María Eugenia Ortuño Pérez, defendiendo su comunicación



Turno de preguntas tras la mesa redonda en torno a Derecho y Desarrollo Tecnológico



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

35

La mesa de debate sobre “El desarrollo del Derecho en el marco del desarrollo tecnológico” ha estado coordinada por el Académico Luis María Cazorla Prieto y moderada por el también Académico Manuel Pizarro Moreno, ambos miembros de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación



Luis María Cazorla Prieto, coordinador de la Sección Segunda



Manuel Pizarro Moreno, quien hizo las veces de moderador de la mesa

permitido y esa es, precisamente, una de las razones por las que se ha convertido en la primera potencia mundial”. Pese a lo inquietante del planteamiento anterior, Sanchez del Campo ofreció también una visión positiva del potencial de las nuevas tecnologías aplicadas al Derecho, y puso como ejemplo el Contract Express, de Thomson Reuters, que permite de una forma mucho más rápida automatizar los contratos. El tercero de los ponentes en esta mesa debate sobre nuevas tecnolo-

gías, el notario de Madrid Manuel González-Meneses puso el foco en el blockchain “una nueva vuelta de tuerca a la mecánica de los títulos-valores; es un dinero programable por medio de los smart contract o contratos inteligentes”.

Lo que más cuesta entender de blockchain, explicó, es que no hay nadie detrás. “Bitcoin no es una empresa a quien se pueda reclamar si nos equivocamos al aceptar las reglas del juego”.

Criptomonedas, drones, vehículos autónomos, robotización del trabajo, smart contracts... cientos de elementos nuevos que exigen su encaje en el ordenamiento jurídico



Mesa presidencial de la Sección Segunda



Congresistas consultando publicaciones en el stand de Thomson Reuters, uno de los principales patrocinadores del Congreso



Ricardo Pardo Gato, en plena comunicación de la Sección Segunda del X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica



Turno de preguntas de los académicos participantes en la mesa redonda sobre Desarrollo del Derecho en el marco del Desarrollo Tecnológico (intervención de Alfonso Santiago)

COMUNICACIONES

Sobre la operatividad y resultados de la utilización de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho Romano: Una experiencia personal, de Ramón P. Rodríguez Montero (Galicia-España)

La evolución de la enseñanza universitaria del Derecho desde su origen hasta nuestros días: Especial análisis de la situación actual de la enseñanza on line, de Concepción Rayón y Sergi Regi (España)

¿El Derecho de Reunión virtual?, ¿Netstrike? O ¿Cibermanifestación? Análisis jurídico, de Ricardo García García (España)

Enseñanza y aprendizaje del Derecho en la UNED con las nuevas tecnologías: el ejemplo de la Historia del Derecho, de Consuelo Juanto Jiménez (España)

Lexnet: el cambio digital en tiempo real para los juristas, de Beatriz Sanjurjo Rebollo (España)

Derecho del Trabajo y Negociación Colectiva en los modelos empresariales de la industria 4.0 y la nueva era tecnológica, de José Antonio Gallardo Cubero (España)

Inteligencia artificial y otros avances tecnológicos: nuevos retos jurídicos deontológicos para la Abogacía, de José Ricardo Pardo Gato (Galicia-España)

El uso del portafolio digital para la Enseñanza-Aprendizaje y para la evaluación académica en el ámbito del Derecho, de María Eugenia Ortuño Pérez (España)

Revisión de la integración de las NTIC en la Educación Superior, en particular en los estudios de Grado de la Universidad Complutense, de Nuria de Nieves y Sira Pérez (España)

Equilibrios digitales, de Antonio García Padilla (Puerto Rico)

Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías, de José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala (España)



MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

37

SECCIÓN 3

DERECHO MERCANTIL
Y GLOBALIZACIÓN

Ponente

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano

Coordinador

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

Moderador

Ramiro Moreno Baldivieso

“Es oportuno impulsar una legislación mercantil que solucione la problemática jurídica que plantea la progresiva globalización”

El nuevo fenómeno de la globalización lo cambia todo e incide también, y de manera muy aguda, en el Derecho Mercantil y en las relaciones de intercambio de productos y servicios entre países. Así lo detalló el catedrático de Derecho Mercantil y académico de la RAJYL Alberto Bercovitz, en la ponencia que dio cuerpo a la Sección Tercera del X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica. La mesa estuvo coordinada por el también académico de la institución anfitriona, Antonio Hernández-Gil, y moderada por el presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, Rami-

ro Moreno. La intensificación del tráfico económico privado a nivel internacional ha dado lugar al estudio de los problemas que esa realidad plantea al Derecho Mercantil, apuntó el ponente, insistiendo en que ha de entenderse el término “globalización” como un fenómeno en trance de realización.

Esa expansión de las relaciones económicas, superando las dificultades planteadas por las fronteras nacionales, se debe fundamentalmente a la liberalización generalizada de los intercambios, entre los que destacan los flujos de capitales, la

incidencia de las nuevas tecnologías -especialmente en el ámbito de la comunicación y los transportes- y las innovaciones de la organización productiva. Bercovitz Rodríguez-Cano puso el foco, además, en otro elemento a tener en cuenta, la desmaterialización de los objetos sobre los que actualmente se puede negociar a nivel internacional. “Las relaciones económicas internacionales se han referido tradicionalmente al comercio de bienes materiales, pero hoy son objetos desmaterializados, son servicios, o los denominados bienes inmateriales”. La regulación tradicional resulta excesivamente complicada



De izquierda a derecha, Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, coordinador de la Sección Tercera; Ramiro Moreno Baldivieso, moderador, y el ponente sobre Derecho Mercantil y Globalización, el catedrático y académico Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano



Dos elementos inciden con peso en el escenario globalizador en relación a las transacciones comerciales, el Derecho de Protección de los Consumidores y la aparición del fenómeno de internet

para la rapidez y los objetos con los que se opera hoy día en el tráfico económico, señaló. A juicio de este experto, lo deseable para facilitar las operaciones económicas internacionales sería conocer, desde el primer momento, cual es la regulación aplicable, lo que se conseguiría si los distintos ordenamientos aplicables tuvieran las mismas normas, esto es, si fuera aplicable una regulación legal supranacional, (por ejemplo un Tratado Internacional), o si las disposiciones legales de los Estados relacionados con la operación económica tuvieran el mismo contenido”.

Derecho Blando

Como puede apreciarse, explicó el académico ponente, la relación entre la globalización y el Derecho mercantil plantea una problemática muy compleja. Ante una realidad tan cambiante, el jurista tiene que enfrentarse a una problemática global considerando cómo puede contribuir a una evolución que dé lugar a una regulación que proporcione los cambios necesarios para facilitar soluciones a los operadores de los mercados, soluciones que deben ser adecuadas a las nuevas circunstancias que se van perfilando y tienen que ofrecer el marco de una seguridad indispensable para quienes operan en el tráfico económico y en el mercado. Como es sabido, recordó Bercovitz, la creación de

La fórmula de la Comunidad Económica Europea, los *sofflaw* y los distintos organismos intergubernamentales, otros de los elementos analizados en la ponencia



Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ponente de la Sección Tercera



Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, coordinador



Ramiro Moreno Baldvieso, moderador

Comunidad Económica Europea tenía por objeto integrar un único mercado del que formarían parte los mercados de los Estados firmantes. Evidentemente, añadió, ese mercado único tenía que estar soportado por normas directamente pensadas para asegurar el mercado común.

Esas normas imponían la regulación legal que prohibía que los Estados adoptaran medidas para mantener la compartimentación de los mercados y establecían las normas legales, de vigencia inmediata, para proteger la libre competencia en el nuevo mercado. Esa tarea se ha llevado a cabo por cauces distintos, señaló el ponente; por una parte imponiendo normas

de aplicación directa, normas que se incorporan a los tratados o se imponen como Reglamentos; y otras normas que no son de aplicación directa, sino que obligan a los Estados miembros a incluir como normas jurídicas nacionales las disposiciones que se integran en las directivas.

Importante resulta, además, explicó, el establecimiento de un sistema jurisdiccional que vincula a un Tribunal de Justicia de la UE la interpretación inapelable de las normas integradas en el ordenamiento jurídico comunitario.

El experto se paró también en la importancia de la existencia de organismos inter-



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

39



Francisco Tusquets, Antonio Sotillo, Fernando Sarmiento y Fernando Andrés Beconi, presentando sus comunicaciones



COMUNICACIONES

El nuevo paradigma del contrato en la contratación globalizada y estandarizada sin negociación, de Antonio Sotillo Martí (Valencia-España)

Globalización y Derecho Mercantil, de Sergio Zavala Leiva (Honduras)

La modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los mecanismos de solución de controversias en materia de remedios comerciales, de Oscar Cruz Barney (México)

Globalización y Derecho Mercantil, de Juan Carlos Palmero (Córdoba-Argentina)

La doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Internacional. Análisis del caso Venoklim Vs República Bolivariana de Venezuela. Tramitación ante el CIADI, de Fernando Andrés Beconi Ortiz (Paraguay)

Globalización y Derecho Mercantil, de Fernando Sarmiento Cifuentes, (Colombia)

La incidencia de globalización en el Derecho Tributario de la Unión Europea y en España, de Carmen Botella García-Lastra (España)

El arbitraje internacional imprescindible en la globalización, de Julio González Soria (España)

La armonización de los impuestos especiales en la Directiva 2008/118/CE, de Antonio Fernández de Buján y Arranz (España)

El traslado del domicilio social de las Sociedades Mercantiles, de Francisco Tusquets Trias de Bes (Cataluña-España)

Libre competencia y mercado globalizado, de Juan Manuel Fernández López (España)

Algunas notas sobre globalización y empresas públicas, de Manuel Luis Pérez García (España)

gubernamentales que trabajan en dar respuesta al problema del Derecho Mercantil en el mundo globalizado: La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, el UNCITRAL (dependiente de Naciones Unidas) y el UNIDROT (un Instituto independiente, con sede en Roma, para la unificación del Derecho Privado).

Asimismo, se refirió a las "softlaw", (Derecho blando), esas disposiciones no imperativas que se ofrecen como leyes modelo o códigos de conducta, tan propias de los países anglosajones.

La revolución de Internet

La irrupción de Internet en las transacciones comerciales ha revuelto el escenario, eliminando fronteras y operando en un mercado global, creando situaciones sin precedentes en el ámbito comercial, destacó Bercovitz.

Su implantación tiene, a su juicio, un efecto perverso: dada la expansión de las redes informáticas a todo el planeta se suscitan dos ideas; la primera, que se vive ya un mercado globalizado, lo cual es cierto sólo en parte y por ello es exagerado pensar que han desaparecido los mercados locales, y la segunda, que sólo hay un mercado global, lo cual no es cierto, sino engañoso. Así, explicó, "es posible y ha-

bitual la realización de contratos por vía electrónica pero a la hora de ejercitar los derechos que corresponden a una de las partes que ha contratado, ésta se enfrenta al obstáculo a veces insuperable, de tener que acudir a la aplicación del Derecho extranjero y ejercitar los derechos derivados del contrato ante foros extranjeros que plantean muy pocas posibilidades de obtención de resoluciones justas y eficaces"

La otra modalidad de contratación por Internet que tiene lugar mediante un simple clic exige la aplicación de normas que tienen carácter imperativo, disposiciones para proteger al consumidor y asegurar el respeto a los intereses de quien decide contratar de esta manera automatizada.

Arbitrajes

Bercovitz insistió en que no debe olvidarse la extraordinaria relevancia que tiene la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, que con sus sentencias se actualiza y adapta a las nuevas circunstancias.

Tampoco hay que olvidar, concluyó, la incidencia que tienen en el mercado la gran cantidad de arbitrajes que se realizan y para cuya resolución hay que aplicar normas que han acordado las partes, en el caso de que no puedan imponerse normas de carácter imperativo.



MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

SECCIÓN 4



De izquierda a derecha, José Antonio Moreno Ruffinelli, Encarnación Roca i Trias y el ponente de la Sección Cuarta, el también presidente de la Academia Peruana de Derecho, Carlos Cárdenas Quirós

Ponente
Carlos Cárdenas Quirós
 Cordinador
José Antonio Moreno Ruffinelli
 Moderadora
Encarnación Roca i Trias

EL DERECHO CIVIL EN IBEROAMÉRICA: INTERCONEXIONES ENTRE LOS DIVERSOS PAÍSES

Cárdenas Quirós aboga por emprender la integración legislativa en materia de Derecho Civil entre los distintos países de Iberoamérica

El presidente de la Academia Peruana de Derecho, Carlos Cárdenas Quirós, ha sido el encargado de analizar las interconexiones entre los Derechos Civiles de los distintos países de Iberoamérica. Acompañaron al ponente de esta Sección IV del Congreso José A. Moreno Ruffinelli, presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales (coordinador de la mesa) y la Académica de la RAJYL y magistrada del Tribunal Constitucional, Encarnación Roca i Trias (moderadora).

En un profundo análisis comparativo de la normativa y Códigos Civiles vigentes y pretéritos de España y países de habla hispana y lusa, el experto civilista reivindicó la oportunidad de caminar hacia la integración legislativa en materia de Derecho Civil entre los distintos países de Iberoamérica. Las razones para esta

propuesta son de peso, recordó Cárdenas: existe un origen común en la codificación iberoamericana (España y antes Roma), “compartimos una misma lengua, se regulan las mismas materias y existe una equivalencia de las soluciones legales adoptadas”. Reconoció, no obstante, la dificultad de la propuesta en un momento como el actual, en donde varios países de esa área “sufren una etapa de amplia inestabilidad social y política cuando no de corrupción generalizada”.

Marco integrador

Para el profesor Cárdenas, el Derecho de Obligaciones y la Parte General de los Contratos serían las dos materias más viables para el inicio de un trabajo de integración. En el marco de ese propósito integrador, propuso tomar un acuerdo en el marco de este X Congreso para que

El origen común de la codificación iberoamericana, el uso de la misma lengua, el hecho de que regulen las mismas materias y la equivalencia de las soluciones legales adoptadas, son razones más que suficientes para la integración, asegura este experto, catedrático de Derecho Civil



MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

41



José Antonio Moreno Ruffinelli, presidente de la Academia paraguaya de Derecho y coordinador de la mesa; Carlos Cárdenas Quirós, presidente de la Academia Peruana de Derecho y ponente, y la magistrada del Tribunal Constitucional Encarnación Roca i Trias, moderadora

Carlos Cárdenas Quirós propuso la puesta en marcha de un repositorio electrónico de los Códigos Civiles y de Familia iberoamericanos, así como ampliar el Diccionario Panhispánico del español jurídico

sean las Academias las que promuevan la organización de un repositorio electrónico de los Códigos Civiles y de Familia iberoamericanos, así como de la legislación afín vinculada a las materias propias de tales códigos (como por ejemplo, los Códigos de los Niños y Adolescentes, legislación registral, etc.) -administrado por la Conferencia Permanente de las Academias de Iberoamérica. Manteniendo una permanente actualización de la información, explicó, esa base de datos podrá ser consultada con la seguridad de contar con los textos y sus correspondientes modificaciones completas y al día.

Como el lenguaje jurídico empleado -a pesar de ser uno el mismo idioma- no es necesariamente idéntico en todos los países, y hay giros idiomáticos propios de cada país, expresiones locales... sería necesario, a su juicio, uniformar el uso de las expresiones y precisar claramente su sentido y alcances para evitar inconvenientes en su debida aplicación e interpretación. Por ello, manifestó particularmente útil emprender un trabajo que ampliase lo ya avanzado con el Diccionario Panhispáni-

co del español jurídico, pero siendo las Academias jurídicas iberoamericanas las que encabezen esa iniciativa y definan sus márgenes de actuación.

Interconexión fecunda

Carlos Cárdenas afirmó que sería bueno dejar de lado la idea de que para adoptar una determinada solución legal integradora la mejor fórmula es la prevista en la propia ley nacional. Y recordó el inmenso valor del lema de la Unión Europea, *In varietate, concordia*. "Que sea también ese, al menos de momento, el sentido que deba tener la interconexión fecunda entre los diversos países de Iberoamérica en materia de codificación civil: Unida en la diversidad", apuntó.

Concluyó Cárdenas con un sentido recuerdo al profesor José María Castán Vázquez, recordando las palabras y extraordinaria lucidez de este americanista convencido cuando dijo: "Cumpliendo los juristas hispánicos, de un lado y otro del Atlántico, ésas y otras tareas, podrán coadyuvar desde el campo jurídico a que Iberoamérica camine hacia un futuro glo-

rioso siguiendo el auténtico viento de su historia. "De una historia -como escribe Pablo Antonio Cuadra- que comenzó en Roma, continuó en España, siguió hacia América, donde se detuvo un instante de siglos a incorporar el sentido total, en rutas y sangres, de lo ecuménico, y seguirá adelante, en marcha. Como una cruzada. Como los mismos Andes, que, en su quietud colosal parecen avanzar en fila, en una lenta y mitológica peregrinación hacia la Cruz del Sur".

Ante la dificultad de cualquier propuesta integradora, el presidente de la Academia peruana recordó el inmenso valor del lema de la Unión Europea *In varietate, concordia*



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



COMUNICACIONES

La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica iberoamericana, de Salomé Adroher Biosca (España)

El Derecho Civil en Iberoamérica: interconexiones entre los distintos países, de Pedro F. Silva-Ruiz (Puerto Rico-Académica de Córdoba, Argentina)

Aspectos legales y éticos en ciertos nexos sectoriales en el Ecuador, de Hernán Rivadeneira Játiva, (Ecuador)

Derecho Civil en Iberoamérica: interconexiones entre los diferentes países, de Juan Carlos Palmero (Córdoba, Argentina)

Una visión panorámica de la evolución del Derecho Civil en Cataluña (1989-2018), de Lluís Jou i Mirabent (Cataluña-España)

Principio de confianza mutua en la Cooperación Jurídica Civil Internacional: su implementación electrónica, de Liliana Etel Rapallini (Argentina)

Del Pignus Gordianum al Derecho de retención de la prenda en el ámbito iberoamericano. Un estudio comparativo, de Juan Antonio Bueno Delgado (España)



Arriba, Josep Guardia i Canela i Lluís Jou i Mirabent, asistentes al debate posterior a la ponencia de Cárdenas Quirós

Juan Carlos Palmero (arriba) y Salomé Adroher (abajo), dos de los congresistas que intervinieron en el turno de presentación de comunicaciones



Mesa presidencial de la Sección Cuarta en una vista de la sala



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

43



Luis Martí Mingarro, José Luis Cea Egaña y Jorge R. Vanossi, coordinador, moderador y ponente, respectivamente, de la Sección Quinta del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

SECCIÓN 5

LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTIVA TUTELA ESTATAL

“Nadie pretende convertir a los jueces en un führer, sino que potencien la garantía protectora de un procedimiento eficaz”

Ponente

Jorge R. Vanossi

Cordinador

Luis Martí Mingarro

Moderador

José Luis Cea Egaña

El Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Jorge Reinaldo Vanossi (académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España), cree firmemente en la existencia de una “era constitucional”, con el triunfo del modelo del Estado Constitucional de Derecho como epicentro. El constitucionalismo, dejó sentado en su intervención como ponente de la Sección V del X Congreso “es el gran enunciado de las reglas del juego: establecer un régimen igualmente obligatorio para gobernantes y gobernados que produzca efecto vinculante no solo para el

que está sujeto a la ley, sino también para el que sanciona la ley y aplica la ley”. Se trata, según sus palabras, de “sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por el gobierno razonable de las normas”.

La mesa de esta Sección V ha sido coordinada por Luis Martí Mingarro, académico de número de la RAGYL, y moderada por José Luis Cea Egaña, presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales. Vanossi señaló que el orden “es el precio de la libertad; un orden basado en la razón, el consenso y la experiencia”. Así, el Estado de Derecho depende fundamentalmente no solo de la predictibilidad de las normas, sino del Poder que tiene que “asegurar en su aplicación esos rasgos distintivos y característicos de lo que se llama ‘seguridad jurídica’ como un componente imprescindible del Estado de Derecho. No hay Estado de Derecho sin seguridad jurídica y no perdura la seguridad jurídica si no existe Estado de Derecho”. Lo que se re-

“El narcoestado está prácticamente instalado en nuestro continente: la única manera de desarmarlo es la cooperación internacional, pero es fundamental que, en cada Estado, el poder público recupere el monopolio de la fuerza”

clama, pues, de los jueces, “sobre todo en nuestros países” –insistió Vanossi–, es que pongan la mayor energía jurisdiccional dentro de su ámbito competencial. “Es inadmisibles –subrayó– resignarse ante sentencias meramente ‘invitatorias’, con plazos que tampoco se cumplen”. Al



igual que tampoco se puede admitir “que los jueces permanezcan indiferentes con respecto a la autoridad que se niega a ejecutar o dilate el cumplimiento de una decisión”, tal y como ocurre, según señala, “en Argentina, con casos paradigmáticos de inoperancia en la ejecución”.

“Nadie pretende convertir a los jueces en un führer”, explicó el Presidente de la Academia Nacional argentina. No se piden jueces “invasores ni sustituyentes de los otros poderes”. De lo que se trata –añadió– es de que, con su “capacidad pretoriana de creación de la norma individual, amplien y potencien la garantía protectora de un procedimiento idóneo y eficaz”. Y puesto que, citando a Ihering, “la función del Derecho es la de realizarse”, depende en gran medida de la organización judicial: del Poder Judicial, de la justicia a todos sus niveles y en todos sus términos.

Sostuvo Vanossi, en este sentido, que el Derecho Constitucional argentino está “maduro”. Ha acreditado “su legitimidad”, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por ello abogó acudir a él como “Derecho Público autóctono”, puesto que “está en condiciones de apoyarse en los elementos nacidos y desarrollados a través de la vida constitucional argentina desde 1853 hasta hoy”. Solo

“No hay Estado de Derecho sin seguridad jurídica y no perdura la seguridad jurídica si no existe Estado de Derecho. Es inadmisibles resignarse ante sentencias meramente ‘invitatorias’ con plazos que tampoco se cumplen, como ocurre en Argentina”



El ponente de la Sección Quinta, Vanossi, y, sentado, el moderador, Cea Egaña



Intervención de Francisco La Moneda (izquierda) y de Humberto Romero-Muci



MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

cuando no existan elementos vernáculos debería citarse a otros sistemas o instituciones, porque, recuerda el jurista, “pese a la era constitucional”, “no todas las instituciones son trasplantables”. “Siempre va a existir –a su juicio– el choque de dos culturas, la institucional, con la separación de poderes como triunfo del sistema, y la contracultura mesiánica, esto es, los sistemas autocráticos de presunta inspiración divina o ideológica”.

Vanossi aludía en este orden de cosas al “narcocostado”. “Prácticamente instalado en nuestro continente”, se lamentó. “Es fundamental que en cada uno de los Estados el poder público recupere el monopolio de la fuerza. No pueden existir fuerzas irregulares, ejércitos paralelos, asociaciones ilícitas con vínculos internacionales... La única manera de desarmarlo, es la cooperación internacional”. Igual que tampoco la lucha contra el narcotráfico –aseguró– “se puede hacer aisladamente por un solo Estado, porque es un fenómeno universal”.

“El Derecho Constitucional argentino está maduro, es un Derecho público autónomo, y en condiciones de apoyarse en los elementos nacidos y desarrollados a través de la vida constitucional argentina”



COMUNICACIONES

Sobre la inviolabilidad del “Domicilio Constitucional”, de Agustín Luna Serrano (España)

Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal, de Raúl Altamira Gigena (Argentina)

La articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los Derechos Humanos: el Principio de Subsidiariedad, de Alfonso Santiago (Argentina)

La Universalidad de los Derechos Humanos a los setenta años de la Declaración Universal, de Antonio Blanc Alzamir (España)

¿Puede el Estado garantizar la tutela efectiva de los Derechos Humanos?, de José Luis Cea Egaña (Chile)

¿Un precedente histórico del reconocimiento universal de los Derechos Humanos? La carta de autoridad y confirmación del Rey de Aragón, Sancho Ramírez, otorgada en 1063, de Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat (España)

Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos, de Humberto Romero Muci (Venezuela)

El acceso al agua limpia y potable como Derecho Humano primario y sine qua non: breve mirada sobre la evolución de su reconocimiento en el Derecho Internacional, de José Antonio Tomás Ortiz de la Torre (España)

Derechos Humanos sin constitución. Una paradoja del Tribunal Constitucional de Bolivia, de Rafael Vergara Sandoval (Bolivia)

Acceso democrático a la Jurisdicción Constitucional, de Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica)

Las nuevas tecnologías y su repercusión en los Derechos Humanos, de José Antonio Soler Martínez (España)

Derechos Humanos en Europa, de Juan Antonio Toro Peña (España)

Un elemento arcaico del Derecho de Familia. La cognatio, de Ángel Sánchez de la Torre (España)

Enseñanza superior y religión en el Ordenamiento Jurídico español hasta la Constitución de 1978, de Daniel María Tirapu Martínez (España)

La constitucionalidad de la educación diferenciada y de su financiación con fondos públicos, de Luis Sánchez Socías (España)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos como consenso jurídico imperativo (convergencia) internacional y límite de los ordenamientos jurídicos de las naciones, de Francisco La Moneda Díaz (España)

Identidad de los menores y reclamación de paternidad extramatrimonial, de Carlos Lasarte Álvarez (España)

La protección de los Derechos Humanos por el Estado, de Eduardo Gago Fernández Rubalcaba

Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal en el ámbito del Derecho Penitenciario español. Especial referencia a los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, de Josefina García Cervigón (España)

Sobre los defensores de los Derechos Humanos, de María Bernal Sanz (España)

Arbitraje internacional por Empresas: prevención ante vulneraciones de los Derechos Humanos, de Nazareth Romero Sánchez Mignel (España)

Derechos Humanos y Solidaridad Humana, de Patricia Santos Rodríguez (España)

El victimismo nacionalista como fenómeno político, de Pedro Francisco Gago Guerrero (España)

Actuación del letrado de la Administración de Justicia y garantías constitucionales, de Oscar Daniel Ludeña Benítez (España)



De izquierda a derecha, Jorge R. Vanossi, Luis Martí Mingarro y José Luis Cea Egaña



SECCIÓN 6

PÚBLICO Y PRIVADO EN EL DERECHO

“Lo público y lo privado nunca han sido dos realidades separadas en el ámbito jurídico”

Ponente

Tomás Ramón Fernández Rodríguez

Coordinador

Alfredo Montoya Melgar

Moderador

Cesáreo Rocha Ochoa

“Lo público y lo privado no han sido contemplados nunca en el ámbito jurídico como dos realidades separadas”. Así lo señaló el jurista Tomás Ramón Fernández Rodríguez, académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en el transcurso de su ponencia en X Congreso de Académicas Jurídicas de Iberoamérica.

Se trata “de dos puntos de vista, dos perspectivas, dos maneras de enfocar lo jurídico”, recaló Fernández Rodríguez, durante la exposición de la ponencia “Público y privado en el Derecho”, la última mesa de trabajo del encuentro que estuvo coordinada por el académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia

y Legislación y magistrado del Tribunal Constitucional, Alfredo Montoya Melgar, y moderada por Cesáreo Rocha Ochoa, ex presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Tomás Ramón Fernández aludió al romanista Juan Iglesias para remarcar que lo público y lo privado se “unimisman” en la aplicación del Derecho “si bien pueden presentarse en planos de mayor o menor prevalencia”. “Así ha sido siempre y así sigue siendo ahora”.

Presencia dominante

El ponente hizo un recorrido histórico para ilustrar cómo la preponderancia de uno u otro ámbito han variado. “Las pro-

porciones han cambiado a lo largo de la historia y lo público ha pasado a tener, al menos en apariencia, una presencia dominante en el último siglo”. En el XIX “el siglo de la libertad”, remarcó el jurista, “lo privado tuvo su auge y lo público lo ha tenido en el siglo XX, el siglo de la igualdad”.

“En la actualidad la tensión entre ambos ámbitos “ha perdido buena parte de su carga ideológica anterior y se resuelve muchas veces con absoluta naturalidad en el terreno de la técnica jurídica”.

El experto puso como ejemplo la normalidad con la que se asume hoy que la estructura e, incluso, las remuneraciones de los



Alfredo Montoya Melgar, Cesáreo Rocha Ochoa y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, respectivamente, coordinador, moderador y ponente de la Sección Sexta del X Congreso de Academias Iberoamericanas, titulada “Público y Privado en el Derecho”



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

47



Alfredo Montoya Melgar, coordinador de la Sección Sexta del X Congreso



Csáreo Rocha Ochoa, moderador de Público y Privado en el Derecho



Tomás Ramón Fernández Rodríguez, ponente de la Sección Sexta

directivos de entidades de crédito estén sometidas al escrutinio de las autoridades de supervisión bancaria, algo que “hace solo unos años se hubiera considerado una intromisión intolerable en la vida privada”. “Todos somos conscientes que tras esta intervención, no hay afán persecutorio alguno, si no simple constatación de la influencia que este asunto puede tener (y que, de hecho, ha tenido en estos años de crisis financiera) en la asunción imprudente de riesgos por las entidades bancarias”, remarcó el ponente.

Prerrogativa emblemática

Puso como ejemplo de lo opuesto el hecho de que las Administraciones hayan visto disminuir drásticamente “una de las prerrogativas más emblemáticas de las que han venido disfrutando durante más de siglo y medio en el campo de la contratación: la potestad de modificar unilateralmente el contenido de los contratos administrativos sin límite alguno siempre que lo exigiera el interés público”.

Sí señaló el jurista Fernández Rodríguez que “nadie ha protestado por ello, ya que todos somos conscientes de que la utilización abusiva de dicha potestad reducía a la nada la libre competencia de los operadores”.

“Lo público y lo privado”, según concluyó la ponencia expuesta por Tomás Fernández Rodríguez, “tienden, en la sociedad en la que vivimos, a compensarse, a asegurar un cierto equilibrio, que el Derecho tiene la irrenunciable función de garantizar”.

Tomás Ramón Fernández Rodríguez: “En el siglo XIX, el siglo de la libertad, lo privado tuvo su auge, mientras que lo público ha pasado a tener una presencia dominante, al menos en apariencia, en el siglo XX, el siglo de la igualdad”

A pesar de la prevalencia de uno u otro ámbito a lo largo de la historia, lo público y lo privado tienden, en la sociedad en la que vivimos, “a compensarse y asegurar un cierto equilibrio, que el Derecho tiene la irrenunciable función de garantizar”



Académicos asistentes a la ponencia de Tomás Ramón Fernández Rodríguez



Rosario Cristóbal Romero



Juan M. Méjica García



Francisco Javier Gómez Gállego defendiendo su comunicación



Asistentes a la sección sobre Público y Privado en el Derecho

COMUNICACIONES

La influencia del Constitucionalismo español en el Derecho Público nicaragüense,
de Karlos M. Navarro Meda (Nicaragua)

Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia,
de Eduardo Sambrizzi (Buenos Aires-Argentina)

Público y privado en el Derecho, de José Luis Merino Hernández (Aragón-España)

El control de la potestad reglamentaria,
de Antonio Martínez Lafuente (España)

Lo público y lo privado en el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas,
de Raquel Yolanda Quintanilla Navarro (España)

Importancia de los principios generales del Derecho Privado, de Francisco Javier Gómez Gállego (España)

Ius Públícum vs Ius Privatum en el Derecho de Familia actual: los límites de la autonomía de la voluntad en los acuerdos prematrimoniales, de Ania Granjo Ortiz (España)

Sobre la Dependencia y los derechos del cuidador informal, de Rosario Cristóbal Roncero y Nuria P. García Piñeiro (España)

Mantener con coherencia la summa divisio del Derecho en público y privado, exigencia de la diferencia esencial entre el Poder Público ("lo público") y los particulares ("lo privado"),
de José Luis Martínez López-Muñiz (Valladolid- España)

El Derecho Procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado,
de Tomás J. Aliste Santos (España)

La protección social complementaria: Concepto y modalidades, de Yolanda Sanchez-Urán y Raquel Aguilera Izquierdo (España)

Derecho a la protección de un medio saludable y sostenible, de Juan M. Méjica García (España)



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

49

ACTOS PARALELOS

22 y 23 de noviembre de 2018

VISITA AL MUSEO NACIONAL DEL PRADO
RECEPCIÓN EN LA CASA DE AMÉRICA
VISITA AL MONASTERIO DE EL ESCORIAL
COMIDA EN EL CENTRO UNIVERSITARIO MARÍA CRISTINA





VISITA AL MUSEO DEL PRADO

22 de noviembre

Los familiares y acompañantes de los académicos disfrutaron de una visita guiada al Museo del Prado

Tras la inauguración del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, el jueves 22 de noviembre, la organización de este encuentro ofreció a los familiares acompañantes de los académicos la posibilidad de realizar una visita guiada al Museo Nacional del Prado. La cercanía de la RAJYL, sede del Congreso, y el citado museo permitió al grupo disfrutar de un agradable paseo y un almuerzo de confraternidad como antesala de la visita. En su recorrido por el museo los asistentes pudieron acercarse al arte de Juan de Flándes, contemplando su obra "La crucifixión", o disfrutar de las pinceladas de Velázquez ante las "Las meninas" y "Las hilanderas". También deleitarse con la maestría de Goya, frente a su "Maja desnuda" o "Los fusilamientos del 3 de mayo". Entre otras obras, los integrantes de la visita observaron "Las tres gracias", de Rubens, "El caballero de la mano en el pecho" de El Greco o el "Agnus Dei", de Zurbarán.



Arriba, fachada principal del Museo del Prado. Junto a estas líneas, uno de los lienzos de la pinacoteca nacional, el "Agnus Dei" de Zurbarán



A la derecha, el grupo de familiares y acompañantes de los académicos asistentes al Congreso ante la casa donde vivió y murió Miguel de Cervantes. A la izquierda, detalle de "Las meninas" de Velázquez, otra de las obras maestras que tuvieron ocasión de contemplar en su visita al Museo del Prado





MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

51

RECEPCIÓN EN LA CASA DE AMÉRICA

22 de noviembre

La Secretaría de Estado de Cooperación Internacional agasajó a los congresistas en la Casa de América



Casa de América (antiguo Palacio de Linares)



Rafael Soriano Ortiz, vocal asesor de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y Para Iberoamérica y el Caribe, fue el encargado de recibir brillantemente a los congresistas en la recepción oficial que el Ministerio de Asuntos Exteriores les ofreció en el antiguo Palacio de Linares, hoy sede oficial de la Casa de América, la tarde noche del primer día del X Congreso. Un vino español en el que los académicos e invitados pudieron intercambiar experiencias y estrechar lazos en un ambiente distendido. Sobre estas líneas, Rafael Soriano Ortiz y Rafael Navarro Valls dirigen unas palabras de bienvenida a los académicos presentes.



Palabras de agradecimiento en nombre de todos los congresistas del Presidente de la Conferencia Permanente, Rafael Navarro Valls, al vocal asesor de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y Para Iberoamérica y el Caribe, Rafael Soriano Ortiz



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



El presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Rafael Navarro Valls, también ofreció un pequeño discurso de bienvenida a los asistentes a la recepción. Abajo, dos instantáneas de alguna de las mesas en torno a las cuales se reunieron los asistentes al X Congreso para disfrutar del vino español ofrecido por el Ministerio de Asuntos Exteriores



Un grupo de congresistas durante la recepción celebrada en el Palacio de Linares



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

53



Foto de familia de los académicos que visitaron el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial; visita incluida en los actos paralelos al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica celebrado en la sede de la RAJYL, en Madrid

VISITA AL MONASTERIO DE SAN LORENZO

23 de noviembre

Los juristas de España e Iberoamérica recorren los espacios que acogieron al rey Felipe II en El Escorial

La organización del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica ofreció a los congresistas asistentes la oportunidad de conocer una de las joyas de la arquitectura regia de nuestro país, el monasterio de San Lorenzo de El Escorial.

La visita cumplió, sin duda, todas las expectativas. Los juristas y sus acompañantes recorrieron la Basílica, la excepcional biblioteca fundada por Felipe II, un rey sin duda más erudito que beligerante, las estancias privadas a las que se retiró el monarca y su hija, y también el Panteón de los Reyes en donde yacen buena parte de los monarcas españoles. También tuvieron tiempo de visitar una de las piezas más excepcionales que guarda el monasterio, el Cristo Blanco, de mármol de Carrara, esculpido en una sola pieza por Benvenuto Cellini.

Al término de la visita guiada y sorprendidos por la monumentalidad del recinto, los asistentes a este X Congreso fueron agasajados por una comida en el Real Centro Universitario Escorial-María Cristina que remonta sus orígenes a la época de Felipe II y está gestionado por la Orden de los Agustinos.

Navarro Valls agradeció la cálida acogida a los participantes en este encuentro internacional de juristas y la abierta disposición de los responsables del Centro Universitario desde el primer contacto

Tras el recorrido por el Monasterio, los congresistas fueron agasajados con una comida en el Real Centro Universitario Escorial María Cristina

mantenido para hacerla posible, en especial a su Decano de Derecho, Francisco José Zamora.

Fue el Padre Agustino Prometeo Cerezo de Diego el encargado de agradecer la visita de los congresistas "que nos honra y nos hace sentir a gusto por la calidad y gran valor académico que todos ustedes tienen". Explicó a los presentes los orígenes del Centro Universitario en que se hallaban y recordó que la comunidad agustina gestionaba el monasterio de San Lorenzo de El Escorial desde 1885.



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



Los juristas y sus acompañantes visitaron la Basílica, la excepcional biblioteca fundada por Felipe II y el Panteón de los Reyes, donde yacen buena parte de los monarcas españoles

Vista general exterior del monasterio de San Lorenzo de El Escorial



Visitando la Biblioteca de El Escorial y su espectacular bóveda

Admiraron también una de las piezas más excepcionales de El Escorial, el Cristo Blanco, que fue esculpido en una sola pieza de mármol de Carrara por Benvenuto Cellini



Frente al Cristo Blanco de Benvenuto Cellini



Ante el portentoso retablo de la Basílica



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



En el Panteón de los Reyes



Izquierda, uno de los muchos valiosos volúmenes que atesora la Biblioteca del Monasterio



Arriba, detalle de los Jardines de El Escorial

Derecha. Abandonando El Escorial para asistir al almuerzo preparado en honor de los congresistas por el Centro Universitario María Cristina





MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



Camino del Centro Universitario María Cristina

Abajo, un grupo de congresistas ante el retrato de la Reina María Cristina

El Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial está a cargo de la orden de los Agustinos desde 1885, según explicó a los juristas y sus acompañantes durante la visita guiada el padre Prometeo Cerezo de Diego



Algunos asistentes al X Congreso, frente a la fachada de El Escorial



Vista de una de las mesas durante el almuerzo ofrecido por el Centro María Cristina



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

57



El padre Prometeo Cerezo de Diego felicitó a los postres a los asistentes al X Congreso de las Academias por "su calidad y gran valor académico"

El presidente de la Conferencia Permanente, Rafael Navarro Valls, dirigió unas palabras a los comensales. Otro tanto el padre Prometeo Cerezo (abajo, a la izquierda)



Derecha. Vista general de la mesa presidencial durante el almuerzo ofrecido a los asistentes al X Congreso por el Centro Universitario que gestionan los Padres Agustinos



Sendas panorámicas de las mesas que ocuparon los académicos y sus acompañantes en el Real Centro Universitario María Cristina



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

59

SESIÓN DE CLAUSURA

Sábado, 24 de noviembre de 2018

Manuel Dolz Lago
Secretario de Estado de Justicia

José Antonio Escudero
Presidente de la RAJYL de España

Rafael Navarro Valls
Presidente de la Conferencia Permanente
de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

IMPOSICIÓN DE LA GRAN CRUZ DE
SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT

NOMBRAMIENTO DE ACADÉMICOS HONORARIOS
Y ENTREGA DE DIPLOMAS





MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica



Foto de familia de algunos de los asistentes al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

CLAUSURA DEL X CONGRESO DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA

Nombramiento de Académicos de Honor

El acto de clausura comenzó con el nombramiento como Académicos de Honor de la RAJYL a todos los presidentes de las Academias presentes en el X Congreso que todavía no ostentaban esa distinción, a los que se sumaron los miembros del Comité Ejecutivo de la propia Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

Así, recogieron su título el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), Julio I. Altamira Gigena, Jorge R. Vanossi, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina), Ramiro Moreno Baldiviso, de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, Fernando Sarmiento Cifuentes, de la Academia

Colombiana de Jurisprudencia, Sergio Zavala Leiva, en representación de Carlos López Contreras, presidente de la Academia de Derecho de Honduras; Bernardo Fernández del Castillo, de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, José Antonio Moreno Ruffinelli, de la Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, Antonio García Padilla, de la Academia puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, Gabriel Ruán Santos de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, y Hernán Rivadeneira Játiva, de la Academia de Abogados del CAP (Ecuador).

Academias españolas

En el ámbito de las academias españolas, recibieron la distinción de Académicos Honorarios de la RAJYL los presidentes José Luis Merino Hernández, de la

Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Leopoldo Tolivar Alas, de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, Gabriel García Planas, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares, Luis Jou i Mirabet, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Francisco La Moneda Díaz, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia de Extremadura, Rafael López Cantal, su homólogo en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, Victorio Magariños Blanco, en representación del presidente de la Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación Antonio Moreno Andrade, Antonio Sotillo Martí, en representación del presidente de la Real Academia valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Rafael Bonmati Lloréns y Alfonso Candau, en representación de María Luisa Segoviano Astarburuaga, presidenta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Valladolid. Por último, recogieron sus títulos el vicepresidente de la Conferencia Permanente, Cesáreo Rocha Ochoa, el director ejecutivo del citado organismo, José María Rosales de Angulo, y Domingo Bello Janeiro, presidente de la comisión asesora para asuntos españoles de ese órgano ejecutivo de la RAJYL de España.



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

61



Salón de Plenos momentos antes de que dé comienzo el acto de clausura del X Congreso de las Academias Jurídicas



Nombramiento como Académico de Honor a Julio Altamira Gigena, presidente de la Academia de Córdoba, Argentina



Nombramiento como Académico de Honor a Jorge R. Vanossi, presidente de la Academia de Buenos Aires, Argentina



Nombramiento como Académico de Honor a Ramiro Moreno Baldvieso, presidente de la Academia de Bolivia



Nombramiento como Académico de Honor a Fernando Sarmiento Cifuentes, presidente de la Academia de Colombia



Nombramiento de Académico de Honor a Sergio Zavala Leiva, representante de la Academia de Honduras



Bernardo Fernández del Castillo, presidente de la Academia de México, en el instante de recibir su diploma honorario



José Antonio Moreno Ruffinelli, presidente de la Academia de Paraguay, recibe su acreditación de honor

El Secretario de Estado de Justicia, Manuel Dolz, fue el encargado de entregar los diplomas acreditativos a los nuevos académicos de honor

Fueron distinguidos los presidentes de las Academias que aún no ostentaban la distinción y los miembros del comité ejecutivo de la Conferencia Permanente



El presidente de la Academia de Puerto Rico, Antonio García Padilla, recoge el título de manos de Manuel Dolz



El presidente de la Academia de Venezuela, Gabriel Ruán Santos, recoge su nombramiento como miembro de Honor de la RAJYL



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

63



Nombramiento Académico de Honor a Hernán Rivadeneira, presidente de la Academia de Ecuador



José Luis Merino Hernández (derecha), presidente de la Academia aragonesa, nuevo académico de honor



Entrega del título de Académico de Honor a Gabriel Garcias Planas, presidente de la Academia de Baleares



Entrega del título de Académico de Honor a Francisco La Moneda Díaz, presidente de la Academia de Extremadura



Entrega del título de Académico de Honor a Rafael López Cantal, presidente de la Academia de Granada



Entrega del título de Académico de Honor a Victorio Magariños Blanco, representante de la Academia de Sevilla



Alfonso Candau Pérez, presidente de la Academia de Valladolid, en representación de la actual presidenta, María Luisa Segoviano



Nombramiento de Académico de Honor a Cesáreo Rocha Ochoa, expresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



José María Rosales de Angulo, Director Ejecutivo de la Conferencia Permanente



Domingo Bello Janeiro, miembro de la Comisión Ejecutiva de la Conferencia Permanente



Aplausos de los asistentes al X Congreso una vez finalizado el acto de clausura en el Salón de Plenos de la Real Academia de Jurisprudencia





MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

65

Entrega de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort a José Antonio Moreno Ruffinelli

El Secretario de Estado de Justicia, Manuel Dolz Lago, encargado de la clausura del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, hizo entrega de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort al presidente de la Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, José Antonio Moreno Ruffinelli, condecoración otorgada por el Consejo de Ministros del pasado 11 de octubre de 2018 a propuesta de la Ministra de Justicia.



José Antonio Moreno Ruffinelli tras la imposición de la Gran Cruz

Manuel Dolz Lago destacó la trayectoria del jurista paraguayo, que fue, entre otros muchos cargos, Ministro de Asuntos Exteriores y Presidente de la Cámara de Diputados de su país. “Con él comparto dos grandes pasiones, la literatura y el Derecho”, afirmó Manuel Dolz, señalando que “para José Antonio lo esencial del Derecho es el buen sentido, el sentido común, un pensamiento que entronca con los consejos que transitan por toda la obra de El Quijote que a tantos académicos inspiró en sus discursos”. En referencia a la trayectoria vital y profesional del condecorado, el secretario de Estado de Justicia señaló que “no han sido pocas las aventuras en que te has adentrado, con vocación internacional heredada de tu abuelo, y con responsabilidad”. En todas tus funciones, “contribuiste a unir países, continentes y personas”.

Fascinación por el fenómeno jurídico
El presidente de la Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales se mostró sinceramente emocionado al recibir la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, recordando aquella máxima: “De vez en cuando la vida nos regala un sueño tan escurridizo que hay que andar de puntillas para no romper el hechizo; eso sentí yo con este nombramiento”.

“La lengua española, tan rica y generosa, no alcanza para mostrar la emoción que siento al recibir esta Gran Cruz, el máximo reconocimiento en el mundo del

Derecho”, indicó Moreno Ruffinelli, para confesar, ante todos los presentes que “el Derecho es más que una profesión, es la razón de mi vida desde que me licencié como abogado a los 23 años; llevo más de cincuenta años dando clase, casi a diario, y con el mismo entusiasmo o mayor. Siempre he sentido fascinación por el fenómeno jurídico y satisfacción por servir a mi país en las distintas responsabilida-

des que se me han encargado, y siempre con el Derecho como norte”. Ruffinelli agradeció la concesión a Su Majestad El Rey y a la Ministra de Justicia; también las palabras del Secretario de Estado de Justicia, y a la Real Academia española y a las veinticinco academias que apoyaron la solicitud de esta condecoración; también a su esposa Marta, “la forjadora de mis sueños y mis ideales”.



Manuel Dolz ayuda al presidente de la Academia paraguaya a colocarse la condecoración



SECRETARIO DE ESTADO DE JUSTICIA, MANUEL DOLZ LAGO



Manuel Dolz, durante su alocución. Abajo, junto a José Antonio Escudero (a su derecha) y Navarro Valls, en la mesa presidencial de la sesión de clausura del X Congreso

“No respetar la esencialidad del Derecho es otra manera de violar los Derechos Humanos”

“Ya decía Roa Bastos: la verdad y la justicia, cualquiera que sea la boca que la pronuncie, no es extranjera”

El Secretario de Estado de Justicia, Manuel Dolz Lago, clausuró el acto refiriéndose a la importancia del X Congreso y su coincidencia con el 40 aniversario de la Constitución Española, y a las puertas de la celebración de los 25 años de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Sociales y Jurídicas.

“Desde aquel encuentro en Granada, en que se retomaba la idea puesta en marcha un siglo antes, habéis conseguido impulsar esta iniciativa y habéis ido más allá, porque como decía aquella máxima del paraguayo Roa Bastos: No soy un extranjero entre vosotros, la verdad y la justicia, cualquiera que sea la boca que la pronuncie, no es extranjera”, explicó Dolz Lago. También se refirió a la oportunidad y actualidad de los temas elegidos para las seis secciones del programa de este encuentro internacional. “Reflexionasteis sobre la corrupción, esa lacra que afecta a los pilares básicos del estado democrático, abordasteis el impacto de la tecno-

logía, porque sin duda las Constituciones del futuro hablarán de Estados Digitales; profundizasteis en el mundo de la globalización, escenario en el será muy importante la ética en las transacciones, y también trabajasteis en la efectiva tutela de los Derechos Humanos”, relató el Secretario de Estado de Justicia. Como decía Mandela, recordó Dolz “privarlos es ne-

garles su propia humanidad”. Recordó las palabras del Papa Francisco en su reciente recepción al Cuerpo de Embajadores al recordarles que los Derechos Humanos no solo se violan en las luchas por territorio, represiones o asesinatos, sino también por las organizaciones sociales que no respetan la esencialidad del Derecho.

Concluyó Manuel Dolz con las palabras de dos grandes literatos, Octavio Paz, “la luz es el tiempo que se piensa”, afirmando estar seguro que “el tiempo de este Congreso iluminará futuros encuentros”, y con las de Ida Vitale, la escritora uruguaya a la que hace unas semanas se le concedió el Premio Cervantes 2018: “No necesito más que una biblioteca y un aeropuerto para sentirme como en casa”.





MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

67



Mesa de clausura. De izquierda a derecha, Antonio Pau Pedrón, Secretario General de la RAJYL; José Antonio Escudero, Presidente; Manuel Dolz, Secretario de Estado de Justicia; Rafael Navarro Valls, Presidente de la Conferencia Permanente y Josep Guardia i Canela, Vicepresidente



JOSE ANTONIO ESCUDERO, PRESIDENTE DE LA RAJYL

“Gracias por cuanto han trabajado en el aprendizaje intelectual y el estrechamiento de las relaciones humanas”

El presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, José Antonio Escudero quiso agradecer a los congresistas los desvelos mostrados durante los tres días que duró este encuentro internacional de juristas y también la atención del Ministerio de Justicia, con su representante, el Secretario de Estado Manuel Dolz, presente, “que ha colmado de atenciones este congreso”.

“Hace unos días les di la bienvenida y ahora quiero darles las gracias por cuanto han trabajado en el ámbito del aprendizaje intelectual y en el estrechamiento de las relaciones humanas”, señaló Escudero. “Déjenme recordar a aquel filósofo griego que hablaba de la magia de los extranjeros, de lo mítico y divino de aquellos que vienen y luego se van”, indicó. “Los que han venido son unos extranjeros muy especiales, porque en cierto modo no lo son ya que hay un tronco común; ustedes dejan aquí, en esta casa y en nosotros, el recuerdo y el afecto de su presencia y se llevan nuestra admiración y nuestro recuerdo”.



Acto de clausura del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica celebrado en el Salón de Plenos de la RAJYL de España, con el Secretario de Estado de Justicia, Manuel Dolz, como invitado de honor



RAFAEL NAVARRO VALLS, PRESIDENTE DE LA CONFERENCIA PERMANENTE

Altura científica y caudal constante de sabiduría jurídica

El Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Rafael Navarro Valls, aprovechó el acto de clausura del X Congreso para explicitar ante los asistentes la satisfacción tanto del organismo que preside y como de la RAJYL de España, Academia anfitriona de la que es vicepresidente, "por la altura y el rigor científico de las ponencias y comunicaciones, por el caudal constante de sabiduría jurídica y savoir faire".



Rafael Navarro Valls durante su alocución

Rafael Navarro Valls resaltó también la tarea de los coordinadores, ponentes y moderadores de las distintas secciones que integraron el programa de este encuentro internacional. "modelo de eficacia y sensibilidad que dedicaron seis meses a hacer posible lo que se ha desarrollado estos tres días de encuentro".

Agradeció además a todos los que participaron en la organización de esta reunión científica, ayudados por personas excepcionales como María Morandeira, Secretaria Ejecutiva de la Conferencia Permanente, Pablo Vales, Oficial Mayor y José Luis Olgueras, responsable de Comunicación, ambos de la RAJYL, y a Laura Varela, responsable máxima del equipo de El Corte Inglés-Congresos para este evento.

Navarro Valls informó además de las decisiones tomadas por el Consejo de Delegados de la Conferencia Permanente celebrado aprovechando este encuentro.

También de un cambio de nomenclatura de la Conferencia Permanente, que a partir de ahora pasa a llamarse Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas. Y la referencia futura de lo que hasta ahora se llamaba Mesa Permanente, que pasará a denominarse Comisión Ejecutiva de la Conferencia.

Por último, aludió al estudio de la crea-

ción de un Instituto para facilitar la consecución de subvenciones para la celebración de este tipo de encuentros.

"Al marchar a vuestros destinos -concluyó el presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica- espero que llevéis en el corazón estos días de intercambios jurídicos, camaradería y sincero afecto".

"Al marchar a vuestros destinos espero que llevéis en el corazón estos días de intercambios jurídicos, camaradería y sincero afecto"



Vista general del Salón de Plenos donde tuvo lugar la sesión de clausura del Congreso



MADRID. Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

69

REUNIÓN DEL CONSEJO DE DELEGADOS DE LA CONFERENCIA PERMANENTE DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA 23 de noviembre



Presidentes de la Conferencia Permanente y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, durante el Consejo de Delegados

A iniciativa del presidente de la Academia venezolana, la Conferencia Permanente acordó la publicación de una Declaración de Apoyo a ese país, en la que los juristas exigen el restablecimiento de los Derechos Humanos y la Democracia en Venezuela

La Conferencia Permanente pasa a llamarse “Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas”

La Mesa Permanente es ahora la “Comisión Ejecutiva” de la Conferencia Permanente

Abajo, mesa del Consejo de Delegados de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica celebrado durante el X Congreso





MADRID, Del 22 al 24 de noviembre del 2018

X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

71

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Representada por el EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ. Presidente

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (ARGENTINA)

Representada por el EXCMO. SR. D. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA. Presidente

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)

Representada por el EXCMO. SR. D. JORGE R. VANOSI. Presidente

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS JURÍDICAS DE BOLIVIA

Representada por el EXCMO. SR. D. RAMIRO MORENO BALDIVIESO. Presidente

ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES

Representada por el EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS CEA EGAÑA. Presidente

ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

Representada por el EXCMO. SR. D. FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES. Presidente

ACADEMIA COSTARRICENSE DE DERECHO

Representada por el EXCMO. SR. D. ERNESTO JINESTA LOBO. Presidente

ACADEMIA DE DERECHO DE HONDURAS

EXCMO. SR. D. CARLOS LÓPEZ CONTRERAS. Presidente
Representada por el EXCMO. SR. D. SERGIO ZAVALA LEIVA. Secretario General

ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por el EXCMO. SR. D. BERNARDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. Presidente

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE NICARAGUA

Representada por el EXCMO. SR. D. KARLOS MANUEL NAVARRO MEDAL. Presidente

ACADEMIA PARAGUAYA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Representada por el EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI. Presidente

ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

Representada por el EXCMO. SR. D. CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS. Presidente

ACADEMIA PUERTORRIQUEÑA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por el EXCMO. SR. D. ANTONIO GARCÍA PADILLA. Presidente

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA

Representada por el EXCMO. SR. D. GABRIEL RUAN SANTOS. Presidente

ACADEMIA BRASILEIRA DAS LETRAS JURÍDICAS

Representada por el EXCMO. SR. D. FRANCISCO AMARAL. Presidente

ACADEMIA DE ABOGADOS DEL CAP (ECUADOR)

Representada por el EXCMO. SR. D. HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA. Presidente

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por el EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ. Presidente

REAL ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

Representada por el EXCMO. SR. D. LEOPOLDO TOLIVAR ALAS. Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE I. BALEARES

Representada por el EXCMO. SR. D. GABRIEL GARCÍA PLANAS. Presidente

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE CATALUÑA

Representada por el EXCMO. SR. D. LLUIS JOU I MIRABENT. Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA DE EXTREMADURA

Representada por el EXCMO. SR. D. FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ. Presidente

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Representada por el EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD. Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE GRANADA

Representada por el EXCMO. SR. D. RAFAEL LÓPEZ CANTAL. Presidente

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE MURCIA

Representada por el EXCMO. SR. D. JUAN ROCA GUILLAMON. Presidente

REAL ACADEMIA SEVILLANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EXCMO. SR. D. ANTONIO MORENO ANDRADE. Presidente.
Representado por el EXCMO. SR. D. VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO. Académico de Número

REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EXCMO. SR. D. RAFAEL BONMATHI LLORENS. Presidente
Representado por el EXCMO. SR. D. ANTONIO SOTILLO MARTÍ. Secretario

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE VALLADOLID

Representada por la EXCMA. SRA. DÑA. MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA. Presidenta

ACADEMIAS PARTICIPANTES



REAL ACADEMIA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
DE ESPAÑA



CONFERENCIA PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

EDITORIAL
BOE