

V ÉPOCA



REVISTA CUBANA DE DERECHO

FUNDADA EN 1924

VOL.1

NO.2

JULIO-DICIEMBRE

2021

ISSN: 2788-6670



RNPS: 2302



FUNDADA EN 1924

La *Revista Cubana de Derecho* (RCD) fue fundada en enero de 1924 con el nombre de *Revista Trimestral de Derecho Privado* (1924-1928). Su primer director fue el profesor Dr. Manuel Antonio Dorta-Duque. Es una publicación semestral (enero-junio/julio-diciembre) de carácter científico, arbitrada en acceso abierto y dirigida, principalmente, a la comunidad jurídica nacional e internacional. Publica resultados inéditos de investigaciones jurídicas en idioma español e inglés, bajo estándares de publicación normalizados internacionalmente. Se publica en formato impreso y, desde el año 2021, en versión electrónica. Es editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, organización social, autofinanciada y sin ánimos de lucro.

REVISTA CUBANA DE
DERECHO

V ÉPOCA

VOL. 01
NO. 02
JULIO-DICIEMBRE
2021



EDITORIAL
UNIJURIS

DIRECTOR

Dr. Juan Mendoza Díaz

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de La Habana

PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial

Universidad de La Habana

SECRETARIO DEL CONSEJO EDITORIAL

M. Sc. Alejandro González Monzón

Profesor Asistente de Filosofía del Derecho y Derecho Romano

Universidad de La Habana

MIEMBROS

EDITORES DE SECCIÓN

Dra. Yanet Alfaro Guillén

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de La Habana

Dr. Carlos Pérez Inclán

Profesor Auxiliar de Derecho Financiero

Universidad de La Habana

Dr. Andry Matilla Correa

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de La Habana

Dra. Olga Mesa Castillo

Profesora Consultante de Derecho de la Familia
Universidad de La Habana

Dr. Rodolfo Dávalos Fernández

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Habana

Dr. Ramón de la Cruz Ochoa

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana

Dr. Luis Solá Vila

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de La Habana

Dr. Fabio Raimundo Torrado

Asesor Jurídico
Comité Central del PCC

Dra. Martha Prieto Valdés

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de La Habana

Dr. Juan Mendoza Díaz

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de La Habana

Dra. Cristina Armella

Profesora Titular de Derecho Notarial
Universidad de Buenos Aires

Dr. Manuel Atienza Rodríguez

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

Dra. Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

Dr. Robert Alexy

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional
Universidad Christian-Albrechts de Kiel

Dra. Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Antonio Embid Irujo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Dr. Riccardo Guastini

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Génova

Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cuyo

Dr. Antonio Anselmo Martino

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Pisa

Dr. Eric Millard

Catedrático de Derecho Público
Universidad París X, Nanterre

Dr. Lorenzo Morillas Cueva

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

Dr. Luis Carlos Moro

Secretario General
Asociación Americana de Juristas

Dr. Jesús Olavarría Iglesias

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Catedrático de Derecho Agrario
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

9 CARTA EDITORIAL

10 **EDITORIAL**

11 EUGENIO BULYGIN: UNA BREVE SEMBLANZA

Eugenio Bulygin: a brief biographical sketch

Dr. Alejandro Daniel Calzetta
Dra. Julieta Rábanos

23 MANUEL DORTA DUQUE. APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN BIO-BIBLIOGRÁFICA

Manuel Dorta Duque: Notes for a bio-bibliographic reconstruction

Dr. Yuniel Rosabal Robaina

38 **ESTUDIOS**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

39 DOS OBJECIONES DE LUIGI FERRAJOLI A LA TEORÍA PRINCIPIALISTA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luigi Ferrajoli's Two Objections to the Principles Theory of Constitutional Rights

Dr. Robert Alexy

53 UNA PERIODIZACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS Kelsen. TRES FASES

A Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory. Three Phases

Dr. Stanley L. Paulson

87 LA FILOSOFÍA MORAL COMO FRUTA PROHIBIDA

Moral philosophy as forbidden fruit

Dr. Manuel Atienza

113 EL FUNDAMENTO MORAL DEL DERECHO

The moral foundation of law

Dr. José Juan Moreso

138 DERECHOS HUMANOS Y POSITIVISMO: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A PARTIR DE DOS
AUTORES EMBLEMÁTICOS, Kelsen Y BOBBIO

Human rights and positivism: consideration of the problem from two emblematic authors,
Kelsen y Bobbio

Dra. Véronique Champeil-Desplats

160 *BOSTOCK*: UN CASO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Bostock: a case of employment discrimination

Dr. Riccardo Guastini
Dr. Alessio Sardo

-
- 195** SOBERANÍA POPULAR COMO SIGNIFICACIÓN SOCIAL POSITIVA:
REFLEXIONES PARA DEBATIR
Popular sovereignty as positive social significance: reflections for debate
Dr. Yuri Pérez Martínez
- 212** LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA. UNA HIPÓTESIS PANORÁMICA
The roman-canonical juridical tradition. A general overview
Ángel M. López y López
- 247** EL COVID-19 Y LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO
The CoViD-19 and the execution of the contract
Dr. Massimo Franzoni
- 272** ENTRE PERSONAS Y COSAS: ANIMALES Y ROBOTS
Between people and things: animals and robots
Dr. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
- 312** NECESARIA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
EN CUBA: ELEMENTOS A TENER EN CUENTA POR EL LEGISLADOR
Necessary legal regulation of the law to the protection of personal data in Cuba: elements to
be taken into account by the legislator
Dra. Zahira Ojeda Bello
Dra. Danelia Cutié Mustelier
M.Sc. Yarina Amoroso Fernández
- 350** LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO DE FAMILIA NICARAGÜENSE: LA
MODIFICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA, POR ALTERACIÓN
DE LAS CIRCUNSTANCIAS
The *rebus sic stantibus* clause in nicaraguan family law: the modification in the jurisdictional
scope of administrative conciliation, due to alteration of the circumstances
Lic. Juan Carlos Rocha Valle
- 381** TRANSPARENCY AS A TOOL TO POTENTIATE GENDER-BASED
APPROACHES IN THE WTO
Transparencia en la OMC como estrategia de empoderamiento femenino
M.Sc. Desiree Llaguno Cerezo
M.Sc. Elizabeth Valdés-Miranda Fernández
- 414** EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN LOS PROCESOS DE DECISIÓN
DE LA UNIÓN EUROPEA
The role of national parliaments in decision-making process
of the European Union
Dra. Radoslava Brhlíková

443 PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO MODERNO.
APUNTES SOBRE SU NECESARIA APLICACIÓN EN LA JUSTICIA
AGRARIA CUBANA

Principles of modern Agrarian Procedural Law. Notes on its necessary
application in Cuba agrarian justice

M.Sc. Mayra Cruz Legón

470 LOS TRIBUTOS AMBIENTALES EN CUBA
Environmental tax in Cuba

Dr. Orestes J. Díaz Legón

Dr. Carlos A. Pérez Inclán

Lic. Yaraí Toledo Barrios

495 FUNCIONALIDAD CORRECTIVA DEL DERECHO DE TANTEO PARA UNA MEJOR
DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DE LOS TRIBUTOS ASOCIADOS
A LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA ENTRE PARTICULARES

Corrective function of the right of first refusal to better determine the taxable income on home
contract of sale between natural persons

Dr. (Teodoro) Yan Guzmán Hernández

Lic. Dayma Domínguez Gómez

533 PROPUESTA DE INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO ECONÓMICO. CRITERIOS
SUSTENTADOS DESDE LA CONSTITUCIÓN EN CUBA

Proposal for criminal intervention in the economic sphere. Criteria
supported by the Constitution in Cuba

Dr. Mariano Rodríguez García

568 **COMENTARIOS**

569 DECRETO-LEY NO. 11/2020, “DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD
CIVIL PARA LOS CONDUCTORES PROFESIONALES
DE VEHÍCULOS DE MOTOR”

Decree Law no. 11/2020, “On Civil Liability Insurance for Professional
Drivers of Motor Vehicles”

Dr. Alejandro Vigil Iduate

579 INSTRUCCIÓN NO. 246 DE 2019, DEL CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL
SUPREMO POPULAR. UN ANÁLISIS CRÍTICO

Instruction no. 246 of 2019 of the Governing Council of the People's
Supreme Court. A critical analysis

Dra. Iracema Gálvez Puebla

Dra. Elia Esther Rega Ferrán

600 MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1384 AL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: ESPECIAL REFERENCIA EN MATERIA DE DERECHO DE LAS PERSONAS, NEGOCIO JURÍDICO, DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE SUCESIONES
Modifications introduced by Legislative Decree 1384 of the Peruvian Civil Code of 1984: special reference in matters of People's Right, Legal Business, Family Law and Successions Law
Dr. Arturo Saúl Grau Castillo

648 LEY DE CAMBIO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS EN EL DERECHO CHILENO
Statute to change the order of surnames in Chilean law
M.Sc. Mauricio Tapia Rodríguez

662 RESEÑAS

703 ACTUALIDAD JURÍDICA

704 OTORGAN EL PREMIO NACIONAL DE DERECHO "CARLOS MANUEL DE CÉSPEDES" 2020 AL DR. JUAN MENDOZA DÍAZ

706 CONVOCATORIA AL 9NO CONGRESO DE LA UNIÓN NACIONAL DE JURISTAS DE CUBA

REDACCIÓN

EDICIÓN

Lic. Ivón Kennedy Suárez

DISEÑO

Lic. Maureen Suárez Ravelo

DIAGRAMACIÓN

Yalier Pérez Marín

RESPONSABLE DE COMUNICACIÓN

M.Sc. Amanda Laura Prieto Valdés

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://www.revista.unjc.cu>

ISSN PARA LA EDICIÓN IMPRESA

ISSN: 0864-165X

RNPS 0075

ISSN PARA LA EDICIÓN ELECTRÓNICA

ISSN: 2788-6670

RNPS 2302

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Calle 21, no. 552, esquina a calle D, Vedado, Plaza
de la Revolución, La Habana, Cuba

Apartado postal 4161, teléfonos: (53)7832-6209/
7832-9680/ 7832-7562/ 7832-6513/ 7832-6514/
7832-6616.

Web: <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho>

E-mail: revista@uncj.cu

Nota: Los artículos publicados expresan exclusivamente
la opinión de los autores y no constituyen el criterio
oficial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba

IMPRESIÓN

Empresa de artes gráficas Federico Engels

Me complace compartir con nuestro público la extraordinaria acogida que tuvo el primer número de esta nueva Época de la Revista, que se patentiza en las numerosas visitas recibidas al sitio. En el reporte estadístico que genera el sistema y que está visible para todos los que acceden a la versión en línea de la Revista, pueden apreciar que supera las 3500 interacciones recibidas, procedentes de más de 45 países. En el logro de esta amplia visibilidad de nuestra Revista desempeñó un importante papel la profunda estrategia de comunicación en las redes sociales, que permitió divulgar contenidos científicos de calidad en el gremio jurídico nacional e internacional. Son muy estimulantes los mensajes y notas de congratulación recibidas de diferentes partes del mundo, que reconocen la calidad de los trabajos contenidos en esta primera edición.

La Revista ha dado a conocer en su sitio web su Código de ética y buenas prácticas, inspirado en el Código del Comité de Ética de Publicaciones (COPE), dirigido a editores, revisores y autores, y como muestra de su compromiso con la calidad y la ética del trabajo editorial, la Revista se sumó a los signatarios de DORA.

Tras la publicación del primer número, el equipo editorial centró sus esfuerzos en el perfeccionamiento y estandarización de sus pautas de redacción y en la inclusión de sus contenidos en repositorios y bases de datos internacionales. Los resultados alcanzados en este empeño son meritorios, pues la Revista se incluyó en la Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanísticas (LatinREV); consolidó su presencia en la base de datos V/lex y en la Matriz de Información para el Análisis de Revistas (MIAR), y, más recientemente, la Revista fue incluida en el Directorio de Revistas Académicas y Científicas EuroPub y en la base de datos HEINONLINE.

El Consejo Editorial de la Revista organizó y dirigió el 1er Encuentro Nacional sobre Gestión Editorial y Ciencia del Derecho en Cuba, que se celebró en la sede del Ministerio de Justicia de la República de Cuba el pasado 2 de junio. En dicho encuentro se presentó el 1er número de la V Época y se coordinaron, de conjunto con los responsables de las revistas jurídicas del gremio con alcance nacional, estrategias y actividades mancomunadas a fin de realizar metas comunes en el ámbito editorial.

En este segundo número que ahora presentamos, la sección *Estudios* contiene 18 artículos de investigación en diversos espacios de la ciencia del Derecho, representativos de autores de 7 países. Por su parte, la sección *Reseñas* da cuenta de varias publicaciones de impacto en el período, tanto nacionales como extranjeras.

En este número se activa la sección *Comentarios*, en la que se ponen a consideración de nuestros lectores 4 comentarios legislativos, referidos a disposiciones normativas de Cuba, Perú y Chile.

Se activa también en este número la sección *Actualidad jurídica*, que brinda información de interés general para todo nuestro público.

Nos complace anunciar que el próximo número de la Revista, que será publicado en marzo de 2022, estará dedicado a la reforma procesal que tiene lugar en el país en este momento, que abarca la generalidad de los órdenes procesales en las diferentes materias.



Dr. Juan MENDOZA DÍAZ
Director

EDITORIAL _____

EUGENIO BULYGIN: UNA BREVE SEMBLANZA

Eugenio Bulygin: a brief biographical sketch

Dr. Alejandro Daniel Calzetta

Profesor de Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica
Universidad Alberto Hurtado, Chile
<https://orcid.org/0000-0003-2852-6947>
acalzetta@uahurtado.cl

Dra. Julieta Rábanos

Investigadora postdoctoral en Filosofía del Derecho
Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Universidad de Génova, Italia
<https://orcid.org/0000-0003-0490-3779>
julieta.rabanos@giuri.unige.it

Resumen

El presente texto trata de ofrecer una breve semblanza de la figura de Eugenio Bulygin, reconocido académico y teórico del derecho, fallecido el pasado 11 de mayo de 2021.

Palabras claves: Eugenio Bulygin; positivismo jurídico analítico; lógica deóntica; teoría del derecho; filosofía del derecho.

Abstract

The following text tries to offer a brief profile of the figure of Eugenio Bulygin, a renowned academic and theorist of law, who died on May 11, 2021.

Keywords: Eugenio Bulygin; analytical legal positivism; deontic logic; legal theory; philosophy of law.

Sumario

0. Introducción. 1. Eugenio, antes de ser Bulygin. 2. Bulygin, profesor y juez. 3. Bulygin, decano normalizador y filósofo comprometido. 4. Bulygin, académico estrella. 5. Bulygin, síntesis de algunas contribuciones relevantes. 6. Bulygin, mentor excepcional. 7. Eugenio, la persona.

Referencias bibliográficas.

0. INTRODUCCIÓN

El 11 de mayo de 2021, falleció Eugenio BULYGIN, de quien quizás el lector no haya escuchado hablar nunca, o sólo haya escuchado hablar a medias.

Podríamos intentar describir a Eugenio con una larga lista de sus hitos y cualidades, méritos y títulos, la cual probablemente desbordaría los límites de esta nota como desborda nuestra propia memoria. Nada de ello llegaría sin embargo a pintar un cuadro completo de su persona. Probablemente, ninguna imagen pueda captar todos los matices de un ser humano como Eugenio: académico, jurista, participante directo de nuestra historia institucional, mentor, acompañante, persona.

De todos modos, haremos aquí el intento.

1. EUGENIO, ANTES DE SER BULYGIN

Eugenio BULYGIN nació el 25 de julio de 1931 en Jarkov, actual Ucrania, parte de la hoy desaparecida Unión Soviética. “¡Pero no soy ucraniano!”, corregía siempre con firmeza a los que desapercibidamente -como, al inicio, nosotros- lo tomaban tal. “Mis padres eran rusos, y allí regía el *ius sanguinis*. Yo soy ruso”. Sus padres Víctor y María no sólo le transmitieron su nacionalidad: le transmitieron además, junto con su tío abuelo Lev y su abuela Vera, el amor por la lectura y las ciencias. Fueron ellos y su tío Nikolai quienes se ocuparon de la primera formación de Eugenio: le enseñaron matemáticas, le inculcaron el amor por la literatura y la poesía y lo introdujeron al alemán y al francés.

La primera parte de su vida estuvo signada por el turbulento contexto nacional e internacional de la época. Primero, su familia sufrió inconsolables pérdidas relacionadas con las políticas llevadas adelante por la propia Unión Soviética. Luego, el estallido de la Segunda Guerra Mundial marcó para Eugenio el inicio de un largo periplo que duraría casi una década. En 1941, su familia se vio forzada a huir hacia un pueblo rural ante la invasión alemana de Kharkov. En 1943, habiendo decidido escapar a París, fueron detenidos en la frontera con Polonia y deportados a un campo de concentración en Austria. En 1945, una vez terminada la guerra, su familia decidió no volver a la URSS y permanecer en Austria, asentándose en Linz. En 1949, y ante una Linz dividida entre estadounidenses y soviéticos, volverían a emigrar por última vez bajo los auspicios de un programa de las Naciones Unidas: esta vez, cruzando el Atlántico, hacia la República Argentina.

Eugenio había retomado sus estudios en Linz, en la *Realschule* (la misma escuela a la que había asistido WITTGENSTEIN, 40 años antes), donde adoptó el alemán como segunda lengua y desarrolló una intensa pasión por el ajedrez. Fue esta última habilidad la que le ayudó en su integración en un país con una lengua y culturas completamente desconocidas: su paso por el Club Argentino de Ajedrez y su socialización gracias al juego le permitió aprender el castellano muy rápidamente, y retomar finalmente sus estudios hasta concluir (en muy poco tiempo) su educación secundaria.¹

Habiendo entrado en 1953, Eugenio se graduó en Derecho en la Universidad de Buenos Aires en 1958 y luego se doctoró en 1963, universidad en la que conoció a la mayor parte de quienes serían sus íntimos colegas de aventuras y que, a pesar de sus andanzas por el mundo, ya no abandonaría nunca.

2. BULYGIN, PROFESOR Y JUEZ

BULYGIN comenzó su carrera en la docencia como “ayudante alumno” (una suerte de asistente aún no graduado) en la cátedra de Ambrosio GIOJA en 1956, carrera que duró casi 65 años. Su *curriculum* docente abarca una serie ininterrumpida de cargos en la Universidad de Buenos Aires hasta su declaración primero como titular de cátedra (la máxima distinción) en 1991 y, luego, como profesor emérito en 1997. Ocupó este último cargo dando clases en grado y posgrado, hasta el fin de sus días. Quizás porque, para él, “la mejor manera de aprender es dar una clase, porque ahí uno se da cuenta de todo lo que no sabe”.²

Su carrera docente se desarrolló tanto en Argentina como en el extranjero. En Argentina, además de la UBA, dio clases en la Universidad Nacional de la Plata, en la Universidad del Museo Social Argentino, en la Universidad Centro de Altos Estudios de Ciencias Exactas y en la Universidad Torcuato Di Tella. En el extranjero, fue profesor visitante de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), de la Universidad de Tel Aviv, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, de la Universidad Autónoma de Barcelona, del Centro de Estudios Superiores de Girona, de la Universidad Pompeu Fabra, del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), de la Università degli Studi di Genova, de la Universidad de Sao Paulo, y muchas otras.

¹ CARACCILO, R., “Entrevista a Eugenio Bulygin”, pp. 499-513.

² FERRAIOLI KARAMANIAN, G., MONTI, E., y J. RÁBANOS, “Una universidad para la democracia: entrevista a Eugenio Bulygin”.

BULYGIN no sólo se dedicó a desarrollar y transmitir su inmenso arsenal teórico: también tuvo ocasión de aplicarlo en la práctica del derecho. Entre 1986 y 2001, BULYGIN ejerció como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la República Argentina.

3. BULYGIN, DECANO NORMALIZADOR Y FILÓSOFO COMPROMETIDO

En los años 80, luego del retorno de la democracia en Argentina, fue elegido por el entonces presidente Raúl ALFONSÍN como Decano Normalizador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.³ BULYGIN formaba parte de un grupo de filósofos fuertemente comprometidos con la democracia y su restauración, los cuales ocuparon roles institucionales muy importantes en aquella década de rearmado de la Argentina.

Bajo su mandato, la Facultad de Derecho acompañó la transición de la sociedad desde la dictadura hacia la democracia, realizando su propia transición interna de la sujeción a la autonomía, de una facultad signada por el autoritarismo y el dogmatismo hacia aquella a la que BULYGIN y su círculo aspiraban como pilar de la democracia restaurada: una comunidad académica activa, crítica e independiente. Se expulsó a la policía de los pasillos; se recrearon los claustros; se cambió el plan de estudios por uno que dio libertad al estudiante;⁴ se les hizo el juicio académico a profesores impuestos por la dictadura, algunos de ellos simpatizantes del nacionalsocialismo.

Los filósofos analíticos como Eugenio formaron parte de aquellos perseguidos y hostigados durante la seguidilla de dictaduras militares que sufrió la Argentina. Durante la última, que duró desde 1976 hasta 1982, directamente se les prohibió investigar dentro de las universidades.

³ La “normalización” de las Universidades Nacionales argentinas luego del fin de la dictadura (1976-1982), se ordenó mediante el decreto 154/83, que disponía la intervención de éstas y la designación de “rectores normalizadores” (art. 1º) y, para las facultades, “decanos normalizadores” (art. 3º). Disponible en: <http://www.coneau.gov.ar/archivos/570.pdf>. Estos funcionarios “normalizadores” tenían la función general de re-encauzar a las universidades nacionales argentinas en la vida democrática luego de todos los años de dictadura e intervención. Para más detalles sobre su figura y sus competencias, puede verse FERRAIOLI KARAMANIAN, G., MONTI, E., y J. RÁBANOS, *cit.*

⁴ El “motor” detrás del cambio del Plan de Estudios era, según Eugenio, nada más y nada menos que Carlos S. NINO. La idea acordada para el cambio, según sus propias palabras, era “introducir un plan, un poco imitando, si ustedes quieren, la enseñanza en Estados Unidos o en Inglaterra”. FERRAIOLI KARAMANIAN, G., MONTI, E., y J. RÁBANOS, *cit.*, p. 13.

En 1972, BULYGIN y otros colegas, como Génaro CARRÍO, Carlos ALCHOURRÓN, y varios más, fundaron la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). Fue en SADAF donde este grupo de filósofos comenzó a planear modos de cómo restaurar la democracia. Antes, ALCHOURRÓN y BULYGIN habían fundado a finales de los años 60 un seminario de lecturas filosóficas con el propósito de ser echados, *manu militari*, de la universidad intervenida. Los militares no se percataron, y así dio inicio el actual Seminario Permanente de Lógica y Filosofía del Derecho (dirigido hasta mayo por BULYGIN mismo, y por los profesores Hugo ZULETA y Juan Pablo ALONSO).

Algunas personas consideraron que estos filósofos perdían el tiempo “con fríos juegos con la lógica”. Dejamos a criterio del lector determinar cuán inútiles y fríos fueron, en realidad, esos “juegos”.

4. BULYGIN, ACADÉMICO ESTRELLA

BULYGIN fue además uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX y de este joven siglo XXI, y uno de los fundadores de la escuela analítica de análisis lógico del derecho en Argentina y el mundo (con especial énfasis en Italia y España). Para ponerlo en pocas palabras: BULYGIN fue una estrella de las grandes ligas de la filosofía del derecho. Por un lado, recibió dos Premios Konex de Argentina y la condecoración como *Grande Oficial da Ordem da Liberdade*, otorgada por el Presidente de la República de Portugal, además de otra larga lista de reconocimientos y no pocos doctorados *honoris causa* en universidades argentinas y extranjeras. Además, fue presidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (la IVR, por sus siglas en alemán) de 1999 a 2003, y luego presidente honorario de 2007 en adelante.

Por otro lado, mantuvo largos y conocidos debates con otras estrellas del ámbito: Robert ALEXY, Manuel ATIENZA, Riccardo GUASTINI, Joseph RAZ, Georg H. VON WRIGHT, y la lista sigue. Eso sin mencionar sus encuentros y debates con los filósofos del derecho más relevantes del siglo pasado, como Hans Kelsen, H.L.A. Hart y Alf Ross, y las muy buenas relaciones que mantuvo con todos ellos. Justamente, esto último ha sido una marca registrada de BULYGIN a lo largo de toda su vida: las profundas y largas amistades, no sólo intelectuales, sino también personales, establecidas con tantos de aquellos que hoy se estudian como clásicos infaltables de sus ámbitos del conocimiento. La más clara de ellas, sin duda, es aquella que mantuvo hasta el final con Carlos ALCHOURRÓN, su *partner in crime* intelectual.

Sus trabajos (en soledad o con ALCHOURRÓN) han tenido además una enorme influencia, tanto en la academia como en la práctica. En la academia, mucho

de lo que se ha hecho en las últimas décadas en el mundo latino ha sido un desarrollo o una crítica de su obra. Pocos teóricos, sino los menos, le han sido indiferentes. En la práctica, han dado herramientas muy finas y punzantes para clarificar qué hacen y dicen los jueces, qué se entiende por derecho, cómo pueden identificarse los problemas que hay en los sistemas jurídicos, entre otras cuestiones. Nadie que trabaje en esas áreas puede desconocer dichos aportes; ni puede tampoco desconocerse cómo su pensamiento ha influido en tantos otros que luego se transformaron en profesores, abogados, jueces y miembros del gobierno.

Justamente, con ALCHOURRÓN escribió uno de los libros más influyentes de los últimos 50 años en el ámbito de la filosofía del derecho, *Sistemas Normativos*, editado por Mario BUNGE, A.J. AYER y Karl POPPER, entre otros. La enumeración de la bibliografía escrita por Eugenio, fruto de su prosa en soledad o de su perenne colaboración con ALCHOURRÓN, podría ocupar un pequeño libro. Nos permitimos aquí señalar algunos pocos, todos en castellano, que quizás puedan servir para introducir al lector a su trabajo:⁵

1. Algunos libros principales: *Sistemas Normativos* (1975[2012]); *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (1980[2011]); *Análisis lógico y derecho* (1991[2021]); *El positivismo jurídico* (2006); *Derecho y Lógica* (2015); *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas* (2018).
2. Algunos libros que recogen sus principales debates: *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, debate con Robert ALEXI (2001); *Validez y eficacia del derecho*, debate con Hans KELSEN y Robert WALTER (2005); *Las lagunas en el derecho*, debate con Fernando ATRIA y otros (2005); *Una discusión sobre la teoría jurídica*, debate con Joseph RAZ y Robert ALEXI (2007); *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, en el cual dialogó con una larga serie de quienes estudiaron su obra (2007); *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, debate con Manuel ATIENZA y Juan Carlos BAYÓN (2009).
3. Algunos artículos específicos que han tenido una inmensa importancia desde su aparición: "Naturaleza jurídica de la letra de cambio" (1961); "El concepto de vigencia en Alf Ross" (1963); "Sentencia judicial y creación del derecho" (1966); "Sobre el concepto de orden jurídico", con ALCHOURRÓN

⁵ Para una lista más desarrollada, al menos hasta 2006, puede consultarse el apéndice de BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*.

(1976); "The expressive conception of norms", con ALCHOURRÓN (1981); "Time and validity" (1982); "Conocimiento normativo y verdad", con ALCHOURRÓN (1982); "On Norms of Competence" (1988); "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos" (1991); "Limits of logic and legal reasoning" con ALCHOURRÓN (1992); "Cognition and Interpretation of Law" (1995); entre otros.

5. BULYGIN, SÍNTESIS DE ALGUNAS CONTRIBUCIONES RELEVANTES

Enumerar todas las contribuciones de BULYGIN al ámbito de la filosofía y la teoría del derecho sería decididamente imposible. Aquí solo vamos a enumerar, de modo muy sucinto, algunas de dichas contribuciones que consideramos de por sí importantes. Particularmente tres de ellas: 1. el método de la reconstrucción racional; 2. la importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas; y 3. la definición de dos conceptos descriptivos de validez.

1. MÉTODO DE LA RECONSTRUCCIÓN RACIONAL

Junto con ALCHOURRÓN, fue el primero en aplicar este método de la filosofía analítica a la teoría del derecho. El método de la reconstrucción racional consiste en tomar los conceptos de la ciencia jurídica y reformularlos mediante el uso de las herramientas lógicas más sofisticadas, disponibles al momento de la reconstrucción. De esta manera, se obtiene un concepto más sofisticado y más preciso que el anterior.⁶

Entre algunos de los conceptos que recibieron este tratamiento por parte de ALCHOURRÓN y BULYGIN encontramos los conceptos de "caso", "solución", "laguna" y "sistema".⁷

Es interesante ver cómo la clarificación de un concepto mediante este método necesariamente conlleva la clarificación de otros conceptos relevantes para una disciplina como la del derecho.

Por ejemplo, dentro del marco de una clarificación del concepto de sistema (normativo primero; jurídico, después), ambos autores ofrecen una clarificación del problema de las lagunas que, cincuenta años después, no ha sido superada todavía. No sólo dan una imagen más clara del problema de las lagunas normativas, sino que además analizan otros conceptos de lagunas usados por los juristas que solían confundirse con las lagunas normativas "clásicas". Dichos

⁶ Para más información véase ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., *Sistemas normativos...*, cap. 1.

⁷ *Ibidem.*, caps. 2 al 5.

conceptos son los que ALCHOURRÓN y BULYGIN dieron en llamar lagunas de conocimiento, de reconocimiento y axiológicas.⁸

2. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

La distinción entre normas y proposiciones normativas no es de BULYGIN ni de ALCHOURRÓN,⁹ pero ellos fueron los primeros en utilizarla de modo concreto, como parte del método de análisis mencionado en el punto anterior.

La distinción se basa en lo siguiente: vulgarmente, un enunciado del tipo “*El que matare a otro recibirá una pena de 25 años de prisión*”, suele ser considerado como una norma. Esto, sin embargo, es un error. Lo que podría entenderse como “norma”, dicen ALCHOURRÓN y BULYGIN, es el *significado* del enunciado y no el enunciado en sí mismo. Esto es así debido a que diferentes contextos de emisión implican distintos significados para el mismo enunciado.

Por ejemplo, si “*El que matare a otro recibirá una pena de 25 años de prisión*” lo encontramos en un texto de derecho penal, entonces lo que se expresa no es una norma sino una proposición normativa; esto es, una proposición existencial que afirma que cierta norma pertenece (o no) a un cierto sistema. En cambio, si el enunciado es emitido por un parlamento, luego de seguir las normas procedimentales correspondientes, entonces sí se estaría expresando una norma. Hay toda una pragmática que acompaña al enunciado, la cual determina si su significado es proposicional (o sea, descriptivo) o pseudo-proposicional (o sea, prescriptivo). Poder distinguir entre estos dos posibles tipos de significados es fundamental para poder distinguir entre distintos niveles de análisis del fenómeno normativo (y del fenómeno jurídico, en particular).¹⁰

3. CONCEPTO DESCRIPTIVO DE VALIDEZ

BULYGIN considera que el término “validez” es problemáticamente ambiguo. De éste, siempre según BULYGIN, pueden extraerse tres nociones diferentes de validez: validez como fuerza obligatoria, validez como pertenencia a un sistema y validez como aplicabilidad de una norma a un caso.

El primero de estos conceptos sería un concepto *normativo* de validez, de poca utilidad para la ciencia jurídica (positivista) debido a los problemas metafísi-

⁸ *Idem.*, caps. 2, 6 y 7

⁹ Para más información véase VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action*.

¹⁰ Véase el tratamiento del problema de la regla de clausura analizado en ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., *cit.*, cap. 7.

cos de determinar qué es esta fuerza obligatoria, y de dónde proviene (si es que proviene de algún lado). Además, pareciera ser que dicha fuerza obligatoria sería en última instancia de carácter moral, por lo cual es dudoso que este concepto normativo de validez arroje alguna luz sobre las propiedades de las normas y los sistemas jurídicos.

En cambio, los conceptos de validez como pertenencia y como aplicabilidad son conceptos *descriptivos* y *relacionales*. Ambos describen distintos tipos de relaciones que las normas jurídicas tienen dentro del marco de los sistemas jurídicos (como la pertenencia de una norma en una sucesión temporal de sistemas, o la aplicabilidad de una norma independientemente de su pertenencia al sistema jurídico de referencia).

Estos conceptos descriptivos permiten dar cuenta de diversas relaciones lógicas de las normas con los sistemas, si es que entendemos a los sistemas normativos como un tipo de conjunto o clase y, a las normas, como elementos o miembros de dichos conjuntos o clases.¹¹

6. BULYGIN, MENTOR EXCEPCIONAL

La marca indeleble que Eugenio BULYGIN ha dejado en muchos de nosotros no sólo tiene que ver con sus inconmensurables aportes académicos, sustantivos y metodológicos, a la teoría del derecho. Tiene que ver también con sus inmensos aportes personales a la formación y el crecimiento, personal y académico, de una gran cantidad de personas entre las cuales tenemos la fortuna de encontrarnos. No es ninguna sorpresa que, en relación con esa marca académica, nuestras intuiciones filosóficas sean muy cercanas a prácticamente todas las que Eugenio ha propuesto.

Esa marca personal, por su parte, se manifiesta en tres de los más grandes aprendizajes que hemos recibido para la academia y la vida: que hay que ser suave en las formas pero firme en el mensaje; que todo puede ser muy lindo, pero estar completamente equivocado; y que la forma más sincera de halago no es realmente la imitación, sino la crítica.

7. EUGENIO, LA PERSONA

Hemos tenido la inmensa fortuna de conocer directamente a Eugenio y compartir con él un par de décadas de su larga vida. Sin embargo, él vivirá en nuestros

¹¹ Para más información véase BULYGIN, E., "Time and Validity".

recuerdos, nuestros trabajos y nuestra memoria de sus palabras, su obra, su sentido del humor agudo y omnipresente, su voz característica con la elegancia de un aristócrata y la humildad de un par, su acento particular de erres marcadas, mezcla de ruso y alemán, su insistencia por las copas y vasos llenos, sus ojos penetrantes.

A partir de ahora, los que vengan después de nosotros ya no podrán seguirlo conociendo de manera directa; pero prometemos, para decirlo en palabras de Bertrand RUSSELL y como le hubiera gustado a Eugenio, hacer que puedan seguir conociéndolo por descripción.

Hasta pronto, Eugenio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., "The Expressive Conception of Norms", in Hilpinen, R., (Ed.), *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Springer Netherlands, 1981.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., "Conocimiento normativo y verdad", *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho de La Plata*, vol. 2. Universidad Nacional de la Plata, 1982.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., "Limits of Logic and Legal Reasoning", en Martino, A. (eds.), *Expert Systems in Law*, Elsevier, 1992.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 2011.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021.
- ALEXY, R., y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy-Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- ALONSO, J. P., "Eugenio Bulygin (1931-2021)", *Noticias de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 11/5/2021. [https://www.aafder.org/noticia/eugenio-bulygin-\(1931-%E2%80%93-2021\)](https://www.aafder.org/noticia/eugenio-bulygin-(1931-%E2%80%93-2021))
- ATRIA, F., BULYGIN, E., NAVARRO LÓPEZ, P. E., MORESO, J. J., RUIZ MANERO, J., y RODRÍGUEZ, J. L., *Lagunas en el derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- BULYGIN, E., "El concepto de vigencia en Alf Ross", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Buenos Aires, 1963.
- BULYGIN, E., "Sentencia judicial y creación del derecho", *La Ley*, no. 124, Buenos Aires, 1966.
- BULYGIN, E., "Time and Validity", en A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North-Holland Publishing Company, 1986.
- BULYGIN, E., "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 4, 1987.
- BULYGIN, E., "Cognition and Interpretation of Law", en Gianformaggio, L., Paulson, S. L. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Roma, 1995.
- BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006.
- BULYGIN, E., *Derecho y lógica*, Fontamara, México, 2015.
- BULYGIN, E., *Essays in Legal Philosophy*. Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BULYGIN, E., *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- BULYGIN, E., ATIENZA, M., y BAYÓN MOHINO, J. C., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009
- CARACCILO, R., "Entrevista a Eugenio Bulygin", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 14, 1993.
- FERRAIOLI KARAMANIAN, G., MONTI, E., RÁBANOS, J., "Una universidad para la democracia: entrevista a Eugenio Bulygin", *Carrera y Formación Docente: Revista Digital* 4, año 3, 2014, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/revista/revista-N04-2014-Otono.pdf>
- GUIBOURG, Ricardo A., "Entrevista a Eugenio Bulygin", *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, no. 6, Buenos Aires, 2008.
- KELSEN, H., BULYGIN, E., y WALTER, R., *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- MORESO, J. J., y REDONDO NATELLA, M. C., (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- RÁBANOS, J., y CALZETTA, A., "Eugenio Bulygin, decano de la democracia", *La Nación*, 14/5/2021, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/eugenio-bulygin-decano-de-la-democracia-nid14052021/>
- RAZ, J., ALEXY, R., y BULYGIN, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

REDONDO NATELLA, M. C., "Bulygin's Analytical Legal Positivism", in T. Spaak, P. Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963.

Recibido: 15/7/2021
Aprobado: 22/7/2021

MANUEL DORTA DUQUE. APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN BIO-BIBLIOGRÁFICA

Manuel Dorta Duque: Notes for a bio-bibliographic reconstruction

Dr. Yuniel Rosabal Robaina

Profesor Auxiliar de Derecho Civil

Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/000-0002-4618-8710>

yuniel.rosabal@lex.uh.cu

“... En la calzada más bien enorme de Jesús del Monte donde la demasiada luz forma otras paredes con el polvo cansa mi principal costumbre de recordar un nombre [...]”

ELISEO DIEGO

Resumen

El presente texto trata de ofrecer una breve semblanza sobre la vida y la obra del eminente jurista cubano Manuel Dorta Duque.

Palabras claves: Manuel Dorta Duque; Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Derecho hipotecario; Derecho agrario.

Abstract

This text tries to offer a brief overview of the life and work of the eminent Cuban jurist Manuel Dorta Duque.

Keywords: Manuel Dorta Duque; Faculty of Law of the University of Havana; Mortgage law; Agricultural law.

Sumario

1. Notas biográficas. 2. Primer Catedrático de Legislación Hipotecaria. Su labor docente. 3. Su activismo político y su labor legislativa. 4. Un hombre de fe. 5. De finales. **Referencias bibliográficas.**

1. NOTAS BIOGRÁFICAS

Formado por sus padres en el credo católico y con un profundo amor a la Patria –cuya familia dio a Cuba cinco libertadores–, DORTA DUQUE realizó sus estudios primarios en las Escuelas Pías de La Habana y el bachillerato en el Colegio de Belén, para luego estudiar la carrera de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Por su protagonismo estudiantil sobresalió tempranamente. Fundó y dirigió, junto a Domingo ROMEU Y JAIME, la revista científica *Estudiantes de Derecho*, de la cual también formaron parte Alberto BLANCO, Raúl CALONGE, Rafael GUÁS INCLÁN y Antonio LANCÍS.

En 1917 fue electo presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho, siendo su vicepresidente Guillermo ALONSO PUJOL; asociación que logró reunir a los presidentes de otras asociaciones estudiantiles para formar el primer Directorio Universitario, el cual también presidió.

En 1918 obtuvo el título de Doctor en Derecho Civil y fue de los primeros expedientes de su curso. Su tesis doctoral, titulada *El compromiso y su cláusula en el derecho procesal*, auguraba el talento de un hombre dedicado, minucioso en el trabajo y de extraordinaria inteligencia. A poco tiempo de graduado estableció su Bufete de abogados.

2. PRIMER CATEDRÁTICO DE LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. SU LABOR DOCENTE

DORTA DUQUE, junto al Dr. Emilio FERNÁNDEZ CAMUS, fundó y dirigió, entre 1918-1927, la Academia de Derecho, institución donde se formaron los alumnos que, por razones económicas, no podían asistir al curso de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. En la Academia impartió la materia de Derecho Procesal Civil, de 1918 a 1921, y Derecho Civil, de 1921 a 1927. Entre otros ilustres juristas, le acompañaron GUÁS INCLÁN, Alberto BLANCO, CALONGE, ROMEU y LANCÍS.

Por sus dotes de orador, el Colegio de abogados de La Habana premió su ponencia *Las reformas al derecho procesal civil* con la medalla de oro del concurso anual correspondiente a la edición 1922-1923. Fue diputado de este Colegio entre 1922 y 1926 y bibliotecario de 1926 a 1928. En el propio año 1923 fundó,

además, la *Revista Trimestral de Derecho Privado*, con Oscar GARCÍA MONTES, José PEREDA TRUJILLO, Alberto BLANCO y Arturo MAÑAS. Esta revista es la antecesora de la *Revista Cubana de Derecho*, razón por la cual DORTA DUQUE es considerado su primer director.

El 8 de marzo de 1927 fue nombrado Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Hipotecario de la Facultad de Derecho,¹ luego de haber vencido los ejercicios de oposición y haber ganado el concurso, según consta en el Acta de Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes de 3 de abril de 1927, conforme lo exigía la Ley 12 de junio de 1906.²

Sobre su examen de oposición,³ la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* no. 27, de 1927, en su sección *Nuestra redacción en Cuba*, subsección *Noticias*, reseñó lo siguiente:⁴

"... En la Universidad de la Habana se están efectuando actualmente oposiciones para cubrir la plaza de Profesor auxiliar de la cátedra de Legislación Hipotecaria.

"Han comenzado el día 14 de febrero presentándose de los cinco aspirantes, solamente dos, que son el Dr. Manuel Dorta Duque y el Dr. Juan Francisco Solís.

"El Tribunal está formado por dos Registradores, que lo son el Dr. Pedro G. de Medina e Ibáñez y el Dr. Ángel Claren; un magistrado de la Audiencia que lo es el Dr. Manuel Martínez Escobar; un abogado, que lo es el Dr. Ricardo Sarabasa, y tres catedráticos de la Universidad que lo son: el Dr. Fernando Sánchez de Fuentes y Peláez, el Dr. Gustavo A. Tomeu y Dr. Guillermo Portela.

¹ El 4 de octubre de 1927, por Comunicación al Rector de la Universidad, se hace constar que por orden del Decano de la Facultad de Derecho se acuerda la creación de un cuaderno de casos prácticos de Legislación Hipotecaria, expedido por Aurelio F. CONCHESO, Secretario de la Facultad.

² Decreto Presidencial no. 280, de 3 de marzo de 1927, dictado por Gerardo MACHADO a propuesta de la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes y certificado por José B. ALEMÁN en su condición de Secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes.

³ El examen constaba de 150 temas. Se elegían 10 papeletas al azar. Fueron 6 ejercicios de oposición donde obtuvo el máximo de puntos. Se contaba con 10 minutos para organizar los temas, luego debían exponerse en no menos de una hora y no más de 2.

⁴ Según reseñó Andrés SEGURA CABRERA, destacado abogado y notario del Colegio de La Habana y Registrador de la Propiedad en Santiago de Cuba, en aquel entonces corresponsal de la Revista en La Habana. Cfr. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 27, año III, marzo de 1927, pp. 217-218.

"Los ejercicios hasta ahora celebrados han resultado brillantísimos y esforzada la lid, pues ambos contendientes tienen sólida preparación, si bien en el Dr. Dorta Duque se advierte más aplomo, mejor decir y más didáctica. Explicó una lección, en el segundo ejercicio por modo magistral.

"Me propongo una más extensa reseña de estas oposiciones cuando hayan terminado y pueda ya dar cuenta del resultado. La cátedra es interesantísima, y por su afinidad con esta Revista nos despierta gran interés [...].

"... Han terminado las oposiciones que, como ya dijimos en nuestra nota anterior, venían celebrándose en la Universidad de la Habana para la provisión de la Cátedra auxiliar de Legislación Hipotecaria".

Triunfó el Dr. Manuel Dorta Duque, del que ya adelantamos que había dado una lección magistral en el segundo ejercicio.

Fueron también muy lucidos los otros dos.

El Dr. Manuel Dorta Duque es un joven abogado de grandísimos méritos profesionales y personales. Muy inteligente, muy culto, muy cumplido caballero.

Tiene verdadera vocación por la materia hipotecaria, la que hace tiempo viene explicando en su reputada Academia de Derecho, una institución privada que ha dado los mejores resultados, con un Cuerpo de competentísimos profesores, todos jóvenes entusiastas.

Lo visitamos en nombre de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario para darle el más efusivo parabién, que agradeció muchísimo, y le arrancamos la promesa, de un escrito suyo, para sus páginas, que ya aguardamos con ansia, pues ha de ser, verdaderamente, digno del mayor elogio. Le sugerimos la idea de reconstruir la lección que explicó en las oposiciones en el segundo ejercicio.

Muchos triunfos deseamos al joven catedrático en materia tan importante como compleja, cual es la legislación hipotecaria [...]."

Así, DORTA DUQUE, con solo 31 años, había ganado no solo su espacio en la Cátedra, sino también el respeto y la admiración de la academia en Iberoamérica.

El 31 de marzo de 1928, el entonces Decano de la Facultad le encomendó realizar una investigación acerca de los planes de estudios de las facultades de

Derecho de Columbia y Harvard, cometido que cumplió satisfactoriamente, motivo por lo que a su regreso le nombraron profesor del primer seminario de Práctica registral y procedimiento de la ley hipotecaria.⁵

Por aquella fecha, el Dr. Gustavo Adolfo TOMEU, Profesor Titular de la asignatura de Legislación Hipotecaria, discípulo de Ricardo DOLZ Y ARANGO, dejaba inconcluso el programa de estudios de la asignatura. Una penosa enfermedad impidió a DOLZ concretar el anhelo de su maestro LANUZA, y por ello, le confió a TOMEU la elaboración de dicho programa. TOMEU, por esas cuestiones caprichosas e inexplicables del destino, enfermó también.

Fue entonces cuando, imposibilitado de continuar al frente de la Cátedra, cedió a DORTA DUQUE los sumarios y conferencias que había elaborado, para que este culminara el programa de estudios de Legislación Hipotecaria.⁶

DORTA DUQUE diseñó un método más que revolucionario para explicar la asignatura encomendada por su maestro. Logró simular un Registro de la Propiedad dentro del aula, haciendo uso de libros inhabilitados, diarios y cuanto material de una oficina registral fuese posible, para lograr que el estudiante se sintiera dentro de un verdadero Registro. Lo curioso es que DORTA DUQUE nunca fue Registrador de la Propiedad, pero sí referencia, y no solo para estudiantes, sino que sus clases eran punto de encuentro de los aspirantes al cuerpo de Registradores y de los propios Registradores en ejercicio.

Finalmente, el 10 de mayo de 1930 entregó el programa reformado de la asignatura, listo para el curso académico 1929-1930. Este fue aprobado por unanimidad y sin enmiendas por el Comité Académico de la Facultad designado al efecto. Así, quedó a cargo de un nuevo seminario, ahora a titulado: Práctica de los Registros y Procedimientos de la Ley Hipotecaria.

En este punto, cuando indagaba en los archivos de la Universidad de La Habana sobre la vida académica de DORTA DUQUE para realizar el presente elogio, me surgió una pregunta que trataba de responder entre tropiezos y con un poco de ansiedad: ¿cuándo y quién fundó la primera Cátedra de Derecho Hipotecario en Cuba?

⁵ Acuerdo de 4 de octubre de 1929 del Consejo Universitario, según consta en Acta registrada al efecto.

⁶ Según consta en la Comunicación de 4 de mayo de 1929, emitida por el Decano de la Facultad, que obra a fojas en el expediente académico de Manuel DORTA DUQUE.

He aquí un aspecto polémico. El propio DORTA DUQUE hizo referencia a su fundación por TOMEU en 1925, tal y como explica, por ejemplo, en la prefación del magistral *Tratado de Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria*, que publicó en 1956. Esta obra obtuvo el premio nacional “Ángel C. Betancourt” en 1957, que se otorgaba a la mejor obra jurídica publicada en el año.

Ciertamente, la asignatura de Legislación Hipotecaria estuvo a cargo del Dr. Gustavo Adolfo TOMEU desde el 18 de agosto de 1925. TOMEU fue nombrado Catedrático Titular de Legislación Hipotecaria por Gerardo MACHADO MORALES, entonces presidente de la República.⁷ Esta fecha bien pudiera tomarse como fundacional de la primera Cátedra de Legislación Hipotecaria, *ergo*, algunas circunstancias hacen cuestionables la existencia de una cátedra antes de 1945.

En primer orden, al revisar las Actas del Consejo Universitario desde 1924 hasta 1960, se encontró que el 28 de febrero de 1928, el Consejo Universitario tomó el acuerdo de fundar la Cátedra de Derecho Hipotecario, según se recoge en el acta correspondiente a su sesión ordinaria; acuerdo que no llegó a concretarse o, mejor dicho, acuerdo del que no consta cumplimiento en las actas posteriores.

Quizás la enfermedad de TOMEU⁸ y la inexistencia de un programa de estudios de la propia asignatura hicieron inviable su concreción. También hubimos de revisar los programas de estudios de la Facultad de Derecho, desde su fundación hasta el corriente. Pudo constatarse que la asignatura Legislación Hipotecaria no aparece en el programa de la carrera hasta el año 1929.

Es el 15 de noviembre de 1943, mediante el Acuerdo 176, correspondiente a la sesión del Consejo Universitario del propio año, la fecha en que consta su creación. El acta fue registrada con errores y corregida luego, mediante los Acuerdos de 9, de febrero de 1945, y 28, de febrero del propio año, que derogan el Acuerdo No. 12, inciso a), de 4 de agosto de 1943. En esencia, se rectificó la cantidad de titulares: “[...] la Cátedra de Legislación Hipotecaria I 2, segundo

⁷ Resolución 99 de 18 de agosto de 1925, firmada por Gerardo MACHADO MORALES a propuesta de Fernández MASCARÓ, Secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes, publicada en la *Gaceta Oficial* no. 3, de agosto de 1925, conforme lo exigía a la Ley de 15 de octubre de 1923, relativa al nombramiento de los catedráticos.

⁸ TOMEU, ya para 1937, había cedido parte de las conferencias de la asignatura de Legislación Hipotecaria a DORTA DUQUE, encomendándole luego, el 21 de octubre de 1937, que explicara el curso nocturno de Legislación Hipotecaria 1937-1938.

curso, tendrá dos profesores Titulares, Manuel Dorta Duque y Gustavo Adolfo Tomeu. Dicha Cátedra quedará adscrita a la Actual Cátedra de Legislación Hipotecaria [...]”; texto que lejos de esclarecer la situación, añade más interrogantes. Ello porque, como ya se había referido, no hay constancia en las Actas del Consejo Universitario de la creación de la Cátedra en 1925.

El 10 de abril de 1945, DORTA DUQUE⁹ dirigió una carta al Rector de la Universidad solicitando su nombramiento como Profesor Titular de la Cátedra, en virtud de los nuevos presupuestos aprobados en aquel entonces, exigiendo además su derecho de ascenso conforme a lo establecido en los estatutos universitarios vigentes, elemento que deja entrever que de alguna manera no había recursos para sostener la Cátedra.

En respuesta a su petición, el entonces decano, el Dr. Emilio FERNÁNDEZ CAMUS, dio el visto bueno para que ocupara la plaza de Profesor Titular de la Cátedra, nombramiento que se hizo efectivo el 18 de abril de 1945, mediante resolución rectoral,¹⁰ quedando como Profesor Auxiliar el Dr. Agustín AGUIRRE Y TORRADO, ilustre hipotecarista y sucesor de DORTA DUQUE.

El 14 de octubre de 1942, DORTA DUQUE sugiere la creación de la Cátedra de Derecho Agrario y entrega el proyecto de Código de Legislación Agraria,¹¹ la cual se creó en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana ese propio año, como segundo curso de la Cátedra de Derecho Hipotecario. Estuvo él mismo a cargo de su explicación como único Profesor Titular.

En octubre de 1949 se le designó miembro de la Academia de Altos Estudios Jurídicos de La Habana, y en diciembre del propio año de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional, a propuesta de su presidente, el destacadísimo internacionalista Dr. Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN. El 27 de enero de 1951, DORTA DUQUE creó el seminario de oratoria forense.

⁹ Quien ya era catedrático de Derecho Civil por Decreto presidencial no. 39, de 30 de diciembre de 1930, publicado en la *Gaceta* no. 7, de enero de 1930.

¹⁰ Resolución rectoral de 18 de abril de 1945, dictada por el Dr. Clemente INCLÁN y COSTA, en su condición de Rector de la Universidad, en cumplimiento del Acuerdo no. 5 de 1937, según recoge el Acta del Consejo Universitario del propio año y certifica el Secretario General de la Universidad, Dr. Ramón MIYAR Y MILLÁN. Oficialmente toma posesión de la misma el 18 de julio de 1945.

¹¹ Según consta en Resolución rectoral, registrada el 16 de octubre de 1959, con número 51 240 del Libro de Actas del Consejo Universitario.

Entre las distinciones que recibió sobresale la “Medalla Oficial Conmemorativa del Primer Centenario de la Bandera de Cuba”, concedida el 4 de diciembre de 1950.¹²

El 3 de marzo de 1958, junto a los ilustres abogados Agustín AGUIRRE Y TORRADO y Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, este último, discípulo predilecto de Hans KELSEN en las Américas, le nombran integrante de la terna para la comisión de Extensión Universitaria.

Su labor docente educativa y su vasta y fructífera obra, ameritan el estudio de los juristas cubanos. Se hace necesario recuperar sus escritos, reimprimir sus libros, volver a sus enseñanzas. Entre sus más destacados trabajos se encuentran los siguientes:¹³

PUBLICACIONES:

- *Fundamentos y reformas en el derecho procesal*, premiada por el Colegio de abogados (1922).
- *Resumen de un curso elemental de derecho civil* (1925).
- *El endoso en derecho civil* (1925).
- *El código de los soviets* (1925).
- *La analogía en las causas de divorcio y el abuso del derecho* (1925).
- *Programa explicado de legislación hipotecaria* (1926).
- *El abuso del derecho, el concepto de precarista, los títulos al portador en el régimen hipotecario* (1927).
- *Programa de derecho civil* (1930).
- *Programa de Derecho civil, I curso* (1930).

¹² Otorgada por Decreto presidencial no. 4248, de 4 de diciembre de 1950, apartado IV, según consta en documento oficial de 20 de agosto de 1951 por Resolución rectoral del Dr. Clemente INCLÁN.

¹³ Tomado del informe que en cumplimiento del art. 74 de los Estatutos, presentara el propio Dr. DORTA DUQUE, que obra a fojas en su expediente administrativo.

- *La posesión y la publicidad* (1932).
- *La actuación de oficio y analogía de causa en el divorcio* (1932).
- *Curso de legislación hipotecaria* (1932).
- *Curso de Legislación Hipotecaria*, edición de 1953 (texto oficial de la Cátedra), recomendado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Juan, Puerto Rico, que también lo usó como texto oficial de la asignatura.

Entre sus conferencias más destacadas podemos indicar:

- *El régimen inmobiliario como factor de equilibrio en las relaciones interamericanas* (1938).
- *Conferencia sobre problemas económicos y financieros de Cuba* (1939).
- *El régimen inmobiliario como factor de equilibrio en las relaciones inter-americanas* (1941).
- *La inconstitucionalidad de la moratoria constitucional* (1942).

También habría que decir que:

- Fue miembro permanente de las Comisiones de Derecho Civil, Inmobiliario y Constitucional del Colegio de abogados de La Habana.
- Fue miembro de la Academia de Altos Estudios Jurídicos, electo en 1940.
- A petición de los alumnos del curso de 1940 redactó un proyecto de Ley para lograr el mejoramiento de la clase de abogados, de beneficio para los jóvenes graduados.
- Intervino como miembro de la comisión para redactar el anteproyecto de la Constitución de 1940, siendo luego Delegado a la Asamblea Constituyente.

En su labor docente:

- Tuvo a su cargo las explicaciones de todos los cursos de Legislación Hipotecaria desde 1937 hasta 1955.

- Desde 1937 atendió el seminario de Registro de la Propiedad, las prácticas de los estudiantes en los Registros y en los juzgados de primera instancia.
- A su cargo estuvo el curso de Propiedad y Derechos Reales, Derecho de Sucesiones y Derecho Hipotecario, en sus ediciones nocturnas.
- Redactó el proyecto de Reglamento de la Escuela Práctica de Derecho, creación del Dr. MÉNDEZ PEÑATE.

3. SU ACTIVISMO POLÍTICO Y SU LABOR LEGISLATIVA

En su ideal justicia habría que destacar en primer orden un hecho que marca su actitud personal ante la vida. Cuando transcurría el año 1930, Gerardo MACHADO MORALES, quien fuera uno de los generales del ejército libertador y un dictador sanguinario luego, sabedor de que las revoluciones se forjan al calor de los corazones de los jóvenes universitarios, decidió cerrar los centros de enseñanza media y superior, y cesar de sus cargos y sueldos a sus profesores.¹⁴

Ante semejante atrocidad, DORTA DUQUE fue el elegido para defender a los profesores y estudiantes ante los Tribunales y Consejos de Guerra. Así, promovió varios recursos de inconstitucionalidad contra la clausura de los Institutos y Escuelas Normales dispuesta por MACHADO,¹⁵ logrando un éxito abrumador ante el Tribunal Supremo, el cual anuló los decretos de clausura, dispuso la reapertura de dichos centros docentes y la restitución de todo el profesorado en sus respectivas cátedras.

DORTA DUQUE consiguió se les pagase a los docentes, íntegramente, los salarios no devengados durante el cierre, suma que ascendió \$ 10 000 pesos cubanos *per capita*. Por ese motivo, el claustro general de profesores de la Universidad

¹⁴ Decreto no. 1695, Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes, dado en el Palacio Presidencial el 15 de diciembre de 1930, dictado por Gerardo MACHADO MORALES en su condición de presidente de la República; Decreto presidencial no. 39, de 30 de diciembre de 1930, y Decreto presidencial no. 112, de 30 de diciembre de 1930.

¹⁵ El “asno con garras”. Así llamó el poeta y líder estudiantil Rubén MARTÍNEZ VILLENA a Gerardo MACHADO, luego de solicitarle que pusiera en libertad a Julio Antonio MELLA, también líder estudiantil, que llevaba 19 días en huelga por haber sido acusado y arrestado sin pruebas, el 25 de noviembre de 1925, por un presunto delito de terrorismo. MACHADO, ante la petición de VILLENA contestó: ¡Lo mato, lo mato por comunista!, a lo que VILLENA replicó: ¡Usted es un asno! ¡Un asno con garras!

de La Habana, en su sesión del 12 de julio de 1932, otorgó por unanimidad, un memorándum de agradecimiento al profesor DORTA DUQUE.

Derrocado MACHADO por la huelga general del 9 de abril de 1933, y restituidos todos los catedráticos en sus respectivas cátedras, le fue encomendado otro viaje con fines académicos. El 5 de mayo de 1933 regresó a EE. UU para estudiar los planes de estudio de las más importantes universidades del país, en aras de perfeccionar el programa de las asignaturas afines a sus cátedras.

Es en este periodo que renuncia como presidente de la Comisión de Catastro Nacional, en favor de Benigno AGUIRRE TORRADO.¹⁶ El 2 de agosto de 1949 vuelve a las universidades norteamericanas y canadienses, ahora con la finalidad de estudiar las materias afines a la Cátedra de Legislación Hipotecaria. Su gestión le animó a pensar en la necesidad de fundar la Cátedra de Derecho Agrario.

Tampoco puede dejar de reconocerse la honestidad con que DORTA DUQUE realizó una intensa actividad legislativa. Así, en 1934, redactó la Ley de Corporación del Turismo, declarada modelo en el Congreso Panamericano de Turismo en Panamá, de ese propio año.

Al ser un defensor de la intervención del Estado en la regulación de la economía, Miguel Mariano GÓMEZ ARIAS, presidente de la República en 1936, le nombró consejero legal y le encomendó reorganizar y poner en funciones el Instituto de Estabilización del Café. GÓMEZ ARIAS, previo acuerdo con el Ministro de Agricultura, José GÓMEZ MENA, encomendó a DORTA DUQUE resolver la aflictiva situación de los caficultores; situación que logró paliarse a través de los estatutos que redactó en su condición de Secretario del Instituto. Confeccionó, además, un plan de segregación para la exportación del café, que permitió a los caficultores obtener un precio remunerativo en su favor.

Los éxitos de DORTA DUQUE determinaron que, en octubre de 1936, el Presidente le nombrara Ministro de Hacienda, ahora con el objetivo de enfrentar la profunda crisis de las finanzas públicas que había dejado el gobierno anterior. DORTA DUQUE reorganizó el alto personal de dicho Ministerio y puso al frente a figuras de renombre como LAGOMASINO, Julián MODESTO RUIZ, RUIZ CERDA, NUDEZ BENGOCHEA, ARMSTRONG, ESTRADA, entre otros. Estableció un estricto régimen de control y supervisión de aduanas y zonas fiscales que aumentó rápidamente

¹⁶ Según consta en la carta de 2 de diciembre de 1943, dirigida a Rodolfo MÉNDEZ PEÑATE, que obra a fojas en su expediente administrativo.

las recaudaciones. Ello, unido a su honesto manejo de las finanzas, permitió al gobierno combatir la crisis económica que asfixiaba al país.

Dejó además establecidas las bases científicas de la organización de las finanzas y de la economía nacional, de las comisiones técnicas que trabajaron sobre una nueva estructuración de la Hacienda Nacional, los presupuestos funcionales, su reforma tributaria, sus sistemas de cobranza y de contabilidad y del Tribunal de Cuentas Nacional de Emisión y Redescuento. Se aseguró de que dichas comisiones estuviesen presididas por los economistas más sobresalientes de la época, tales como, Germán WOLLER DEL RIO, GUTIÉRREZ DE CELIS, GARCÍA MONTES, ÁLVAREZ DÍAZ y Luis BARRENA.

Desarrolló, por último, un plan de expansión de la economía nacional sobre la diversificación industrial y agrícola y de asistencia y protección al campesinado.

Sin embargo, todo este amplio, progresista y constructivo programa se vio interrumpido. La oposición de Miguel MARIANO GÓMEZ al enriquecimiento de los militares a costa del tesoro del país culminó en un enfrentamiento directo con Fulgencio BATISTA Y ZALDÍVAR, militar que protagonizaría un rudo golpe de Estado el 10 de marzo de 1952 y sería recordado por su cruento gobierno. En respuesta, BATISTA presionó al Congreso de la República y este depuso a GÓMEZ en diciembre de 1936.¹⁷

En todo el proceso, DORTA DUQUE mantuvo una adhesión plena al presidente constitucional, en la defensa a las prerrogativas y al régimen democrático. Miguel Mariano GÓMEZ murió depuesto en 1950, pero DORTA DUQUE reivindicó su memoria. Siendo Representante a la Cámara en 1952, logró que el Congreso, por medio de una ley, anulara la sentencia de destitución de Miguel Mariano GÓMEZ ARIAS.

En 1939 fue electo a la Asamblea Constituyente por el Partido Acción Republicana, y llegó a ser delegado de la Asamblea Constituyente de 1940, donde contribuyó con sus conocimientos legales y agrarios en los debates y elaboración de la Constitución. En 1939, junto a ZAYDÍN, estuvo encargado de estudiar y presentar al Senado una revaluación de la Ley de Crédito y Liquidación de la Moratoria Hipotecaria.

Como miembro de la Asamblea Constituyente abogó por la invocación a Dios en el preámbulo de la Constitución, mantuvo la defensa de las libertades de

¹⁷ *Apud* RODRÍGUEZ, Carlos R., *Letra con filo*, t. I, La Habana, 1983.

culto y de enseñanza y el derecho de los padres a decidir la educación de sus hijos. Elaboró también las bases económicas y financieras de dicha Carta Magna, con miras a la liberación y engrandecimiento de la economía nacional, la defensa del campesinado y la depuración de las finanzas del Estado.

En 1944 fue electo nuevamente Representante a la Cámara, por la provincia La Habana y también por el partido Acción Republicana. En la Cámara de Representantes presidió la Comisión de Hacienda. Entre las leyes que ayudó a crear en este periodo se encuentran: la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, la Ley Orgánica de los Presupuestos (coautor), la Ley del Banco Nacional de Cuba (coautor) y la Ley de Universidades Libres. Además elaboró un proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria para el beneficio del campesinado cubano.

Como presidente de la Comisión de Hacienda desempeñó en la Cámara los cargos de vicepresidente de la Comisión de Justicia y Códigos y de la de Derecho Inmobiliario. Su intensa labor legislativa le fue reconocida por la propia Cámara de Representantes en los votos de gracias de 23 de septiembre de 1946, 8 de junio de 1947 y 19 de marzo de 1948.

Su probada suficiencia, honestidad y su inigualable prestigio, hicieron que unos años más tarde, Eduardo, R. CHIBÁS le pidiese su incorporación al Partido del Pueblo Cubano (Ortodoxos), pretensión a la que DORTA DUQUE accedió –luego de haber cumplido con su período congregacional– y que le llevó nuevamente a la Cámara de Representantes en 1950.

El 15 de febrero de 1945 dio una gira por México en misión oficial del gobierno de la República, donde fungió como delegado de Cuba al Congreso de Chapultepec, cuya conferencia y actuación fueron reconocidas y aplaudidas, en acuerdo expreso de la Cámara de Representantes de Cuba en su sesión del 8 de abril de 1945.

4. UN HOMBRE DE FE

DORTA DUQUE fue además un católico connotado. Su activismo religioso dejó huella en la historia. Desde 1937 fue electo jefe nacional de la Orden de Caballeros Colón, organización católica internacional de carácter cívico, que luchó contra la amenaza del totalitarismo y defendió la libertad de culto y de enseñanza. Como jefe de dicha orden, organizó y presidió dos grandes movimientos populares de gran resonancia nacional: Pro-patria y reafirmación católica y Por la patria y por escuela.

Fue rector de la Academia Católica de Ciencias Sociales, en sustitución del notable filósofo cubano Mariano ARAMBURO Y MACHADO.

Por su notable labor como líder católico y a petición de su eminencia el cardinal ARTEAGA, se le concedió el 27 de julio de 1950 –por su santidad Pío XII– la condecoración papal *Pro Ecclesia et Pontífice*.

5. DE FINALES

Cuando triunfó la Revolución en 1959, no dudó en tender su mano en las nuevas tareas que se avecinaban. Fue así que el 19 de septiembre de 1959 se puso a disposición del Dr. Waldo MEDINA, presidente del Instituto Nacional de la Reforma Agraria, ofreciendo su Cátedra de Derecho Agrario para apoyar el efectivo cumplimiento de la Ley de Reforma Agraria.

Lamentablemente, todo proceso revolucionario suele tornarse convulso en sus inicios. Las amenazas, los sabotajes y las incontables acciones para frustrar la Revolución hicieron que se radicalizaran procesos que afectaron la vida académica del profesor DORTA DUQUE, al igual que la de otros profesores, aun cuando no apoyaron el régimen de BATISTA.

Entre dichos procesos estuvo la depuración del profesorado de la Universidad de La Habana. DORTA DUQUE fue considerado parte del pasado que los líderes de la Reforma Universitaria de 1960 querían dejar atrás. Así, el 22 de julio de 1960, la Junta Superior de Gobierno de la Universidad tomó el acuerdo no. 1, por el que se le suspendió de su empleo y sueldo,¹⁸ siendo sometido luego a una comisión disciplinaria el 14 de enero de 1961.¹⁹

DORTA DUQUE nos dejó cuando solo contaba con 68 años. Falleció en La Habana el 6 de julio de 1964, dejándonos no solo una extensa obra jurídica que debe ser referencia obligada para todos los estudiosos del Derecho Registral y el Derecho Civil en general –como lo fue y sigue siendo en algunas partes de este mundo–, sino el ejemplo de una vida apegada a principios y valores. Por eso, en el día de hoy, debemos sentirnos en deuda con su familia y con este hombre imprescindible para la historia del Derecho en Cuba. Sintamos que es

¹⁸ Según consta en comunicación expedida por Ángel QUEVEDO VALDIVIA, secretario de dicha junta, en virtud de lo dispuesto en Ley 917, de 31 de diciembre de 1960, sobre el proceso de depuración de la Universidad de La Habana.

¹⁹ Según consta registrado en el Acta del 17 de enero de 1961, del propio Consejo Universitario.

también una obligación moral restituir su memoria y colocarla al lado de los grandes maestros que han pisado este recinto sagrado para los que amamos esta noble profesión, que es enseñar Derecho en la Universidad de La Habana.

Deus meumque jus

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

RODRÍGUEZ, Carlos R., *Letra con filo*, t. I, Ciencias Sociales, La Habana, 1983.

SEGURA CABRERA, Andrés, "Nuestra redacción en Cuba. Noticias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 27, año III, marzo de 1927.

FUENTES DOCUMENTALES

Expediente académico del profesor Manuel Dorta Duque, que obra en los fondos del Archivo Central de la Universidad de La Habana.

Expediente administrativo del profesor Manuel Dorta Duque, que obra en los fondos del Archivo Central de la Universidad de La Habana.

Recibido: 3/2/2021
Aprobado: 25/2/2021

ESTUDIOS

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

DOS OBJECIONES DE LUIGI FERRAJOLI A LA TEORÍA PRINCIPIALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Luigi Ferrajoli's Two Objections to the Principles Theory of Constitutional Rights*

Dr. Robert Alexy

Catedrático de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho
Universidad Christian-Albrechts de Kiel, Alemania
alexey@law.uni-kiel.de

Resumen

Ferrajoli ha presentado dos objeciones en contra de la teoría principialista de los derechos fundamentales. La primera concierne a la cuestión institucional relativa a la legitimidad democrática del control de las decisiones del parlamento por parte de una corte constitucional, y la segunda a la cuestión metodológica acerca del tipo o modelo de argumentación a través del cual se puede determinar la inconstitucionalidad de una ley. La base de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Las reglas son mandatos definitivos, mientras que los principios son mandatos de optimización. Los principios entendidos como mandatos de optimización implican al examen de proporcionalidad, y la ponderación representa un elemento esencial del examen de proporcionalidad. Mi tesis principal en contra de la objeción metodológica es que la ponderación es una forma racional de argumentación, tal como se sigue de la explicación brindada por la fórmula del peso. En contraposición, Ferrajoli afirma que el método racional para la aplicación de derechos fundamentales no es la ponderación, sino la subsunción. Él sugiere sustituir la ponderación de derechos fundamentales por un modelo de subsunción en el que se consideren todas las circunstancias del caso. A modo de réplica, yo sostengo que el postulado de considerar todas las circunstancias del caso es aceptable, pero trivial, pues no permite reconstruir racionalmente la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y bienes colectivos. Para lograr tal

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Federico DE FAZIO, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina, federicodefazio@derecho.uba.ar.

* Quiero agradecer a Stanley PAULSON por sus sugerencias y consejos de estilo en idioma inglés.

reconstrucción, tanto la fórmula del peso como la segunda ley de la teoría de los principios, esto es, la ley de la colisión, son indispensables. Sobre la base de este argumento metodológico, que sostiene que es posible la ponderación racional de derechos fundamentales, el control judicial de constitucionalidad puede ser considerado como una representación argumentativa de las personas, lo que resulta compatible con la democracia. Esta conexión entre los argumentos metodológicos e institucionales conduce a una justificación del control judicial de constitucionalidad.

Palabras claves: teoría de los principios; objeciones metodológicas e institucionales; ponderación y subsunción; fórmula del peso; control judicial de constitucionalidad; racionalidad; democracia.

Abstract

Ferrajoli has raised two objections to the principles theory of constitutional rights. The first concerns the institutional question of the democratic legitimacy of the control of the democratically legitimized parliament by a constitutional court, the second the methodological question of the kind or model of argumentation by means of which the unconstitutionality of a norm can be determined. The basis of principles theory is the distinction between rules and principles. Rules are definitive commands. Principles are optimization requirements. Principles as optimization requirements imply proportionality analysis, and balancing is an essential element of proportionality analysis. My main thesis against the methodological objection is that balancing is a form of rational argumentation, if it follows the lines explicated by the Weight Formula. Ferrajoli argues that not balancing but subsumption is the rational method of the application of constitutional rights. He suggests to substitute the balancing of constitutional rights by the consideration of all circumstances of the case in the context of subsumption. Against this I argue that the postulate to considerate all circumstances of the case is acceptable, but trivial. It is not able to reconstruct the rational solution of conflicts between constitutional rights and between constitutional rights and collective goods. For this the Weight Formula and the second law of principles theory, the Law of Competing Principles, are indispensable. On the basis of the methodological argument that rational balancing of constitutional rights is possible, constitutional review can be considered as an argumentative representation of the people, which is compatible with democracy. This connection of the methodological with the institutional argument leads to a justification of constitutional review.

Keywords: Principles theory; institutional and methodological objections; balancing and subsumption; Weight Formula; constitutional review; rationality; democracy.

Sumario

1. El modelo de argumentación de la teoría de los principios. 1.1. ¿Mandatos de optimización como principios directivos? 1.2. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios. 1.3. La teoría de las reglas de derecho fundamental de Ferrajoli. 2. Legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad y argumentación. **Referencias bibliográficas.**

En mayo del 2014, una conferencia tuvo lugar en Venecia en la que fueron contrapuestas las respectivas concepciones de Luigi FERRAJOLI y mía sobre la relación entre los derechos fundamentales, el control judicial de constitucionalidad y la democracia. Mi ponencia, "Constitutional Rights, Democracy and Representation", y la respuesta a ella formulada por FERRAJOLI, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", fueron finalmente publicadas en 2015.¹ Dado que el artículo de FERRAJOLI fue escrito en italiano no he podido, hasta ahora, proporcionar una réplica lo suficientemente desarrollada. Por fortuna, Leonardo Di CARLO ha elaborado para mí una traducción al alemán del artículo de FERRAJOLI, lo que me ha hecho posible comprender el texto originalmente escrito en italiano. Estoy muy agradecido con él por este hermoso gesto y contento de poder brindar ahora una respuesta.

Las dos objeciones de FERRAJOLI en contra de la teoría principialista de los derechos fundamentales -él habla de un modelo principialista (*modello principialista*) en contraposición con su "modelo garantista" (*modello garantista*)-² refieren a las siguientes dos cuestiones: la cuestión institucional (*questione istituzionale*) relativa a la legitimidad democrática del control de las decisiones del parlamento por parte de una corte constitucional, y la cuestión metodológica (*questione metodologica*) acerca del tipo o modelo de argumentación a través del cual se puede determinar la inconstitucionalidad de una ley.³ Las dos cuestiones están íntimamente conectadas. Mientras mayor sea la confiabilidad, y con ello la objetividad, de la argumentación, mayor será la legitimidad demo-

¹ ALEX, Robert, "Constitutional Rights, Democracy and Representation", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, pp. 23-35; FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, pp. 37-52.

² FERRAJOLI, Luigi, *cit.*, p. 38.

³ *Ibidem*, p. 41.

crítica del control judicial de constitucionalidad, y viceversa. Esto implica que la respuesta a la cuestión institucional depende de la respuesta a la cuestión metodológica. Precisamente por ello, comenzaré por ésta última.

1. EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

La base de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva. Ellas son, por tanto, *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en su mayor extensión posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. De este modo, los principios son *mandatos de optimización*.⁴ Su forma de aplicación es la ponderación.

1.1. ¿MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN COMO PRINCIPIOS DIRECTIVOS?

En contraposición con muchos otros críticos de la teoría de los principios, FERRAJOLI coincide conmigo en torno a esta distinción conceptual.⁵ No obstante, objeta la “excesiva extensión” (*eccessiva estensione*) que, según él, mi teoría tiene.⁶ Es exactamente en este punto en el que surge el principal desacuerdo entre FERRAJOLI y yo. De acuerdo con la teoría de las normas de FERRAJOLI, la distinción entre principios directivos (*principi direttivi*), por un lado, y principios regulativos (*principi regolativi*), por el otro, es decisiva.⁷ Los principios directivos son descritos como normas que no son jurídicamente vinculantes. Con respecto a estas normas, él sostiene que no hay ocasión alguna en la que pueda hablarse de violación (*non è configurabile nessuna violazione*).⁸

Aquí comienza mi principal argumento. FERRAJOLI presenta a modo de ejemplo algunos artículos de la constitución italiana que expresan normas no vinculantes, por ejemplo, el artículo 1, que dice “L’Italia è una Repubblica, fondata

⁴ ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 47-48.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *cit.*, p. 45.

⁶ *Ibidem*, p. 45-46.

⁷ *Idem*, p. 46.

⁸ *Idem*.

sul lavoro”.⁹ En Alemania, dicha norma se denominaría *Programmsatz*.¹⁰ Él se pregunta: “¿Pero, por qué deben ser considerados principios directivos, y no reglas, la mayor parte de los derechos constitucionales como así también el principio de igualdad?”.¹¹ Sin embargo, los derechos constitucionales entendidos como mandatos de optimización no tienen nada que ver con esas normas no vinculantes. A los fines de reconstruir la fuerza normativa de los derechos fundamentales *qua* mandatos de optimización, es útil hacer un acercamiento más detallado a algunos elementos básicos de la teoría de los principios.

1.2. ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

La teoría de los principios está intrínsecamente ligada con el examen de proporcionalidad. La razón de por qué esto es así radica en que la naturaleza de los principios como mandatos de optimización conduce directamente a una conexión necesaria entre principios y proporcionalidad. El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) se compone de tres sub-principios: los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres principios expresan la idea de optimización. Los principios *qua* mandatos de optimización exigen una optimización tanto respecto de lo que es fácticamente posible como de lo que es jurídicamente posible. Los principios de adecuación y necesidad refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto concierne a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Aquí será únicamente considerada la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

La optimización relativa a las posibilidades fácticas, cuestión que abordan tanto del principio de adecuación como del de necesidad, exige evitar aquellos costos que sean evitables. Los costos, empero, son inevitables cuando los principios entran en colisión. Aquí es donde la ponderación se vuelve necesaria. La ponderación es asunto del tercer sub-principio, del principio de proporcionalidad; el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio nos dice qué es lo que significa optimizar con respecto a las posibilidades jurídicas. En la *Teoría de los derechos fundamentales* he expresado este requerimiento de

⁹ *Idem*.

¹⁰ Nota del Traductor: la expresión en idioma alemán *Programmsatz* puede ser traducida al español como *norma programática*.

¹¹ *Ibidem*: “Ma perché dovrebbero esse considerati pricipi direttivi, e non regole, anché la maggiore parte dei dirriti fondamentali e el prncipios uguaglianza?”.

optimización relativo a las posibilidades jurídicas a través de una ley que he denominado “ley de la ponderación”.¹² Esta ley dice:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o interferencia de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

La “ley de la ponderación” ha sido un importante paso en mi estudio sobre la ponderación. Pero, con el fin de lograr un análisis más profundo, preciso y completo, esta “ley de la ponderación” ha tenido que ser desarrollada un poco más. Este mayor desarrollo ha derivado en la “fórmula del peso”.¹³ La “fórmula del peso” define el peso de un principio P_i en un caso concreto, es decir, el peso concreto de P_i en relación con el principio que le colisiona P_j (W_{ij}), como el cociente entre, por un lado, el producto de la intensidad de la interferencia a P_i (I_i), del peso abstracto de P_i (W_i) y del grado de confiabilidad de las asunciones acerca de las implicancias que tiene la medida en cuestión para la no realización de P_i (R_i) y, por el otro, el producto de los mismos valores con respecto a P_j , es decir, ahora con referencia a la satisfacción de P_j . Su forma básica¹⁴ es la siguiente:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Una fórmula como la “fórmula del peso”, que expresa el cociente entre dos productos, solamente tiene sentido si todos sus factores pueden ser representados a través de números. Este es el problema de la gradación. En otro lugar,¹⁵ he propuesto una escala discreta, esto es, una escala triádica no-continua, en la que se implementan secuencias geométricas. Esta escala asigna los valores “leve” (l), “moderado” (m) y “serio” (s) a las intensidades de interferencia y los pesos abstractos. Estos valores son expresados por medio de los números 2^0 , 2^1 y 2^2 , esto es, a través de 1, 2 y 4. En lo que respecta a la dimensión epistémica, es decir, R_i y R_j , se puede trabajar con los niveles “confiable” o “cierto” (r),

¹² ALEX, Robert, *A Theory...*, cit., p. 102.

¹³ ALEX, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, 16, 2003, pp. 433-449, en 443-448.

¹⁴ Para una versión refinada, véase: ALEX, Robert, “Proportionality and Rationality”, en Vicky Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 13-29, en 18.

¹⁵ ALEX, Robert, “The Weight Formula”, en Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek, Wojciech Zaluski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Jagiellonian University Press, Krakow, 2007, pp. 9-27, en 20-26.

“plausible” (p), y “no evidentemente falso” (e), a los que pueden asignárseles los números 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} , esto es, 1, $\frac{1}{2}$ y $\frac{1}{4}$.¹⁶ A través de esta escala triádica, se pueden capturar la mayoría de las decisiones dictadas por parte de las Cortes constitucionales. En casos en los que ésta no fuera suficiente, es decir, en los que haya que introducir gradaciones aún más finas, la representación puede extenderse a una escala triádica doble.¹⁷

La fórmula del peso es una reconstrucción aritmética de la estructura formal de la ponderación. Desde el punto de vista formal existe una notable similitud con la forma general de la justificación interna,¹⁸ que expresa la estructura formal de la subsunción a través de la lógica matemática.¹⁹ En ambos supuestos, la estructura formal en sí misma no resulta suficiente para garantizar la racionalidad de la decisión. Pero es necesaria si, conjuntamente con la dimensión sustantiva, se quiere alcanzar el máximo nivel de racionalidad.

Quien asigna sin más los números recién mencionados a las variables de la fórmula del peso, por ejemplo, a las variables I_i e I_j , es decir, a la intensidad de la interferencia de P_i y a la intensidad de la interferencia de P_j como consecuencia de no intervenir P_i , aplica una estructura sumamente racional de un modo sumamente irracional. La cuestión cambia fundamentalmente cuando dicha asignación de números se conecta con argumentos que pertenecen a la dimensión sustantiva. Esto es posible debido a que los números que deben colocarse en las variables de la fórmula del peso representan clasificaciones; en el caso de las variables I_i e I_j , las clasificaciones de “leve”, “moderado” y “serio”. Un ejemplo es el de la interferencia de la libertad de expresión (P_i) con el fin de proteger el derecho al honor (P_j). Si la interferencia de la libertad de expresión es clasificada como seria, esto es, si I_i recibe el valor 4, entonces el número 4 no representa otra cosa que la proposición “esta interferencia con la libertad de expresión es seria”. Lo mismo se aplica si la intensidad de la interferencia del derecho al honor como consecuencia de su no protección es clasificada como leve. El número 1 representa, también en este caso, a la proposición “la interferencia del derecho al honor como consecuencia de su no protección es leve”. El punto crucial es que tales proposiciones (que pueden ser denominadas

¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷ *Idem*, pp. 22-23.

¹⁸ Sobre este punto, véase ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Argumentation as Theory of Legal Justification* (pub. orig. 1978), trad. R. Adler y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 227.

¹⁹ ALEXY, Robert, *A Theory...*, *cit.*, p. 448.

“proposiciones clasificatorias”) requieren, como las aserciones en general, de una justificación. La cuestión es si pueden ser justificadas.

Los autores que objetan la racionalidad de la ponderación deben rechazar la posibilidad de justificar las proposiciones clasificatorias. Esto es precisamente lo que suponen los argumentos de arbitrariedad, decisionismo e intuicionismo, presentados respectivamente por Jürgen HABERMAS,²⁰ Bernhard SCHLINK²¹ y Ralf PORSCHER.²² En contra de todas estas posiciones he formulado la “tesis de la argumentación”.²³ Esta tesis dice que las proposiciones sobre las intensidades de la interferencia de P_i y P_j de como consecuencia de no intervenir P_i son pasibles de una justificación racional. Un ejemplo en este sentido se presenta en la decisión de la Corte Constitucional Federal alemana de 1997 sobre la obligación de los fabricantes de productos tabacaleros de poner advertencias acerca de los peligros que el fumar acarrea para la salud²⁴ (sentencia a la que ya me he referido en mi conferencia en Venecia).²⁵ Esta obligación representa una interferencia leve a la libertad de comerciar. En contraste, una prohibición total de comerciar cualquier tipo de producto tabacalero contaría como una interferencia seria. Entre esos casos leves y serios, pueden encontrarse otros con una intensidad moderada en la interferencia. Un ejemplo en este sentido sería una prohibición de vender a través de máquinas expendedoras de cigarrillos, junto con circunscribir la venta de productos tabacaleros exclusivamente a determinados establecimientos comerciales. Sería fácil refutar la tesis de que la obligación de poner advertencias acerca de los riesgos que acarrea fumar representa una intervención seria a la libertad de comerciar y que la prohibición total de comerciar productos tabacaleros representa una interferencia leve. Es precisamente por ello que la intensidad de la interferencia en la sentencia mencionada es establecida como leve. Del otro lado, está la importancia de proteger a la población de los riesgos que el fumar acarrea para la salud. La

²⁰ HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms* (pub. orig. 1992), trad. W. Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 259.

²¹ SCHLINK, Bernhard, “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtfunktion”, *Grundrechte-Zeitschrift*, 11, 1984, p. 462.

²² PORSCHER, Ralf, “The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit?”, en M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 241.

²³ ALEXY, Robert, “On balancing...”, *cit.*, p. 23.

²⁴ BVerfGE 95, 173.

²⁵ ALEXY, Robert, “Constitutional Rights...”, *cit.*, p. 26.

Corte considera que esa importancia es alta.²⁶ Como consecuencia de todo ello, el caso es decidido. Naturalmente, hay casos en los que no es fácil establecer clasificaciones. Pero la existencia de casos en los que la ponderación es difícil, no excluye la existencia de casos claros de ponderación. Los casos claros de ponderación sirven de base para extender la idea de la racionalidad de la ponderación también a los casos difíciles.

1.3. LA TEORÍA DE LAS REGLAS DE DERECHO FUNDAMENTAL DE FERRAJOLI

En su respuesta a mi conferencia de Venecia, FERRAJOLI comienza con el caso de los fabricantes de productos de tabaco recientemente mencionado. Su reconstrucción es completamente diferente a la mía. De acuerdo con FERRAJOLI, no hay ponderación alguna entre dos principios que colisionan (en nuestro caso, entre la libertad de comerciar, garantizada por el artículo 12 (1) de la Ley Fundamental alemana, y la protección de la salud de la población, que es un bien colectivo con estructura de principio que el legislador está, cuanto menos, facultado para perseguir).²⁷ FERRAJOLI sostiene que solo existe una ponderación (*ponderazione*) “de las circunstancias concretas del caso sometido a la decisión”.²⁸ Ahora bien, la ponderación es una actividad normativa. Si solamente jugaran un rol los hechos del caso, sería imposible alcanzar un resultado normativo. En este punto, dado que FERRAJOLI se opone a concebir los derechos fundamentales como principios, se sigue que se refiere a ellos en tanto reglas. Esta es la base de su tesis de la subsunción.

El foco que pone sobre los hechos del caso es la clave para entender la tesis de la subsunción de FERRAJOLI. Él dice que es posible hacer juicios precisos acerca de las violaciones de los derechos fundamentales.²⁹ Esto aplica tanto respecto del derecho a la igualdad como así también de los derechos a libertades clásicas y los derechos sociales (tal como el derecho a la salud o a la educación). Cuando cualquiera de estos derechos resulta violado (*violazione*), se deriva

²⁶ BVerfGE 95, 173 (183-7).

²⁷ ALEXY, Robert, *A Theory...*, cit., pp. 81-82. Véase, Además, ALEXY, Robert, “Individual Rights and Collective Goods”, trad. R. Adler, in: *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools*, vol. 8, *Rights*, editado por Carlos Nino, Aldershot/Hongkong/Singapur/Sidney, pp. 163-181.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, cit., p. 49, “delle concrete circostanze dei fatti sottoposti a giudizio”.

²⁹ *Ibidem*, p. 46, “di queste norme sono ben configurabili precise violazioni”.

una prohibición definitiva (*divieto perentorio*).³⁰ Coincido con FERRAJOLI sobre este punto. La decisión relativa a los productores de tabaco es un ejemplo de un resultado definitivo. Pero esta regla que resuelve el caso no es el resultado de una subsunción (*sussunzione*).³¹ Sobre este punto mi desacuerdo con FERRAJOLI es profundo: esta regla surge de una ponderación.

A los fines de demostrar esto último, es necesario echar nuevamente un vistazo a la teoría de los principios. La teoría de los principios está definida por dos leyes: la ley de la ponderación, explicada a través de la (ya presentada) fórmula del peso, y la ley de la colisión. Esta última ley está constituida por dos conceptos. El primer concepto es el de relación de precedencia. Esta relación puede ser simbolizada por medio de " $\mathbf{P}$ ". El segundo concepto es el de precedencia condicionada. Esto es simbolizado a través de " $\mathbf{C}$ ". Sobre esta base, puede ser expresado el resultado de cada aplicación de la fórmula del peso.³² Su forma básica es:

$$(P_i \mathbf{P} P_j)C$$

Esta fórmula expresa una relación de precedencia condicionada, que debe ser leída del siguiente modo: "el principio P_i precede al principio P_j bajo las condiciones $\mathbf{C}$ ". El punto decisivo es que esta relación de precedencia condicionada implica una regla. Precisamente, esto se expresa a través de la ley de la colisión, que dice así:

"Si un principio P_i tiene precedencia sobre un principio P_j en las circunstancias $\mathbf{C}$: $(P_i \mathbf{P} P_j)C$, y si P_i da lugar a la consecuencia jurídica Q en las circunstancias $\mathbf{C}$, entonces se aplica una regla válida que tiene a $\mathbf{C}$ como su supuesto de hecho y a Q como su consecuencia jurídica: $\mathbf{C} \rightarrow Q$."³³

³⁰ *Idem*, p. 47.

³¹ *Idem*.

³² Existen tres posibilidades:

- (1) $W_{ij} > 1 \rightarrow (P_i \mathbf{P} P_j)C$;
- (2) $W_{ij} < 1 \rightarrow (P_j \mathbf{P} P_i)C$;
- (3) $W_{ij} = 1 \rightarrow \neg(P_i \mathbf{P} P_j)C \ \& \ \neg(P_j \mathbf{P} P_i)C$ (empate).

Estas tres reglas establecen la relación entre la fórmula del peso y la ley de la colisión.

³³ ALEXY, Robert, *A Theory...*, cit., p. 54.

Esta ley hace explícita la estructura lógica de la transición que va desde la colisión de principios hasta la regla final que se subsume en el caso individual. Esto permite poner en claro dónde FERRAJOLI y yo estamos de acuerdo y dónde disentimos. Ambos requerimos una transición desde un nivel normativo abstracto hasta una regla concreta. Y ambos básicamente remitimos a las circunstancias del caso (*circostanze*).³⁴ Pero FERRAJOLI pretende que esa transición sea llevada a cabo a través de una subsunción directa del caso individual en el derecho constitucional, mientras que yo sugiero que esa transición se alcance por medio de la ponderación de principios de acuerdo con la fórmula del peso, para recién luego, en un segundo paso, arribar a una regla concreta aplicable al caso individual según los términos de la ley de la colisión.

La legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad depende en un grado considerable de la posibilidad de una argumentación constitucional racional. Pero, ¿cuán racional es el modelo garantista de FERRAJOLI con su metodología basada en la tesis de la subsunción? FERRAJOLI propone un método clásico, inspirado en ARISTÓTELES y otros autores, que concibe a la ponderación como perteneciente a la dimensión de la equidad (*dimensione equitativa*).³⁵ Esta dimensión de la equidad “no consiste en otra cosa que en el entendimiento y la evaluación de las circunstancias concretas e irrepetibles”.³⁶ Esta conexión entre la equidad (como entendimiento y evaluación de las circunstancias concretas e irrepetibles) y la subsunción es, sin embargo, un pobre modelo metodológico. Este modelo puede ser sintetizado por medio de la siguiente regla: la norma que sirve de base para la solución del caso tiene que ser aplicada tomando en cuenta todas las circunstancias concretas del caso. En alemán uno diría: *unter Berücksichtigung aller Umstände*.³⁷ Esto es cierto, pero trivial. La teoría de los principios no niega que deben ser consideradas todas las circunstancias del caso. Sino que lo que requiere es que la consideración de todas esas circunstancias no sea llevada a cabo de cualquier manera, esto es, de modo caótico, sino por medio de un orden sistemático que garantice la mayor racionalidad posible. Este orden sistemático se encuentra definido por las dos leyes de la teoría de los principios: la ley de la ponderación, explicada a través de la fórmula del peso, y la ley de la colisión.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, *cit.*, p. 49.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Idem*. “in null’altro che nella compresione e nella valuatione delle concrete e irripetibili circostanze”.

³⁷ Nota del Traductor: la expresión en idioma alemán *unter Berücksichtigung aller Umstände*, puede ser traducida al español como *considerando todas las circunstancias*.

Sobre esta base, todos los argumentos ofrecidos por FERRAJOLI pueden ser refutados. FERRAJOLI combina su modelo de la subsunción con el concepto de aplicación (*applicazione*), y presenta esta combinación como algo opuesto a la ponderación (*ponderazione* o *bilanciamento*).³⁸ Con ello pasa por alto el hecho de que la ponderación es también una forma de aplicación de normas. Ella comienza con dos subsunciones; así, por ejemplo, con la subsunción de una opinión crítica en internet bajo el principio de libertad de expresión y, luego, con la subsunción de esa misma opinión crítica bajo el principio de derecho al honor. Si uno tomara en cuenta a uno de esos derechos fundamentales de manera aislada, no estaría haciendo una aplicación adecuada de la constitución. Por el contrario, solamente estaría aplicando una parte de la constitución. Pero, aplicar solo una parte de la constitución cuando otra parte también reclama ser aplicada, no es una aplicación en sentido estricto de la constitución. En síntesis, la contraposición entre aplicación y ponderación es equivocada. La ponderación es una aplicación de la constitución, y es, en casos donde estén involucrados derechos fundamentales, una correcta aplicación de la constitución.³⁹

Todo esto implica que la teoría de los principios no destruye la normatividad (*normatività*) de la constitución.⁴⁰ Por el contrario, esta teoría ofrece el método más racional para preservar su normatividad. En este sentido, podría decirse que el modelo principalista (*modello principalista*) no se contrapone al modelo garantista (*modello garantista*),⁴¹ sino que es el mejor *modello garantista*.

2. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ARGUMENTACIÓN

En mi conferencia de Venecia, he presentado un elemento decisivo en favor de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad: la idea de una repre-

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali...", *cit.*, p. 50.

³⁹ Naturalmente, una constitución puede también contener derechos fundamentales con estructura de reglas. Un ejemplo al respecto es el artículo 102 de la constitución alemana, que dice: "La pena de muerte queda abolida". Otro ejemplo de una determinación normativa llevada a cabo por el constituyente que tiene el carácter de una regla es el artículo 104 (2) (3) de la constitución alemana, que reza del siguiente modo: "La policía no tiene permitido mantener a alguien arrestado bajo su propia autoridad más allá del día después del arresto". Con todo, la mayor parte del catálogo de derechos constitucionales no tiene este carácter.

⁴⁰ ALEX, Robert, "Constitutional Rights...", *cit.*, p. 50.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

sentación argumentativa de las personas.⁴² FERRAJOLI califica el concepto de representación argumentativa como “una categoría extraña”, que de acuerdo con su opinión es “equivocada” y quizá también absurda.⁴³ Su argumento sostiene que la representación política consiste en representar aquellos deseos e intereses que encuentran su expresión al momento de votar.⁴⁴ Esta es una concepción decisionista de la democracia. Este modelo decisionista contrasta con mi concepción deliberativa de la democracia, que incluye todos los elementos del modelo decisionista, pero agrega un elemento adicional: el elemento de la argumentación.⁴⁵

FERRAJOLI separa al control judicial de constitucionalidad del discurso democrático más general. Según su opinión, la Corte tiene que hallar la “verdad”.⁴⁶ Es cierto que la verdad es un punto decisivo, pero solo podemos intentar aproximarnos a ella por medio de la argumentación; en particular, dentro de un Estado democrático, a través de la argumentación pública. La argumentación de una Corte constitucional es, en efecto, pública, y en su marco se elevan dos pretensiones. La primera es la pretensión de que su interpretación de la constitución es correcta. Aquí yace una diferencia decisiva con respecto a la argumentación pública que realiza el parlamento. Por supuesto, la argumentación pública del parlamento puede hacer referencia a la constitución, pero ello no significa que siempre tenga que hacerlo. También puede simplemente afirmar que se encuentra operando dentro del ámbito que la constitución deja libre para la toma de decisiones políticas, y que la decisión particular que promueve es la mejor decisión desde el punto de vista de las razones políticas. La segunda pretensión que está necesariamente conectada con la argumentación de una Corte constitucional, es la pretensión de que esa argumentación sea aceptada por parte de todo aquel que reconoce la autoridad de la constitución. FERRAJOLI rechaza esta conexión entre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad y el “consenso racional de las personas racionales”.⁴⁷ Su crítica dice: “Non sono d'accordo”.⁴⁸ Mi respuesta a ella es muy simple: “Non

⁴² *Idem*, p. 32-34.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, *cit.*, p. 43. “una categoria singolare, a mio parere fourviante”.

⁴⁴ *Ibidem*. “nella rappresentanza delle volontà, degli interessi, delle opzioni e degli orientamenti politici degli elettori”.

⁴⁵ ALEXY, Robert, “Constitutional Rights...”, *cit.*, p. 32.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali...”, *cit.*, p. 44.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 43. “consenso razionale delle persone razionali”.

⁴⁸ *Idem*.

sono d'accordo". El constitucionalismo es un intento maravilloso por institucionalizar la dimensión ideal del derecho dentro del ámbito de la realidad política. Es una expresión de la "confianza en la razón".⁴⁹ Esta confianza puede ser destruida en algunos momentos, pero también puede prevalecer en otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Argumentation as Theory of Legal Justification* (pub. orig. 1978), trad. R. Adler y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (pub. orig. 1985), trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, 16, 2003.
- ALEXY, Robert, "The Weight Formula", en Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek, Wojciech Zaluski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Jagiellonian University Press, Krakow, 2007.
- ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Democracy and Representation", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015.
- ALEXY, Robert, "Proportionality and Rationality", en Vicky Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- ALEXY, Robert, "Individual Rights and Collective Goods", trad. R. Adler, in: *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools*, vol. 8, *Rights*.
- FERRAJOLI, Luigi, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Riv. fil. dir.*, 1, 2015.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms* (pub. orig. 1992), trad. W. Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996.
- PORSCHER, Ralf, "The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit?", en M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SCHLINK, Bernhard, "Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtfunktion", *Grundrechte-Zeitschrift*, 11, 1984.

Recibido: 14/3/2021

Aprobado: 1/4/2021

⁴⁹ ALEXY, Robert, "Constitutional Rights...", *cit.*, p. 34.

UNA PERIODIZACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS Kelsen. TRES FASES*

A Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory. Three Phases

Dr. Stanley L. Paulson

Profesor Emérito de la Universidad de Washington en St. Louis
Universidad Christian-Albrecht de Kiel, Alemania
spaulson@law.uni-kiel.de

Resumen

El autor divide la obra de Kelsen en una periodización de sus fases de desarrollo en la teoría jurídica, en tres fases, a saber, la fase constructivista (1911-1919), la cual incluye un periodo de transición (desde 1914 hasta 1919), hasta la larga y clásica fase (1920-1960) y, finalmente, la teoría tardía, conocida en la bibliografía como la *Spätlehre* (1960-1971). La primera fase, sin la dimensión kantiana, lleva directamente a la segunda fase, en la que la dimensión kantiana es prominente. Sin embargo, la tercera fase es una teoría jurídica totalmente distinta, la cual suplantó todo lo que conocemos de la fase clásica.

Palabras clave: Hans Kelsen; Immanuel Kant; Adolf Julius Merkl; constructivismo; Stufenbau; *Spätlehre* (fase tardía).

Abstract

The author divides Kelsen's work, in a periodization of his phases of development in legal theory, into three phases; a constructivist phase (1911-1919), including a transition period (from 1914 to 1919), then the lengthy, classical phase (1920-1960), and, finally, the late theory, known in the literature as the *Spätlehre* (1960-1971). The first phase, sans a Kantian dimension, leads directly to the second phase, where the Kantian dimension is prominent. The third phase is, however, an altogether different legal theory, supplanting everything we know from the classical phase.

* Traducción del inglés al español a cargo del Dr. Alejandro NAVA TOVAR, Profesor-investigador, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Profesor de Filosofía del Derecho, Posgrado en Derecho de la UNAM, México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI 1), alexto-barkley@gmail.com. El autor y el traductor del presente ensayo agradecen a Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN y al equipo de la *Revista Cubana de Derecho* por el espléndido trabajo de revisión.

Keywords: Hans Kelsen; Immanuel Kant; Adolf Julius Merkl; constructivism; Stufenbau; Spätlehre.

Sumario

1. Introducción. 2. Tabla de fases del desarrollo de la teoría jurídica de Kelsen. 3. Resumen de las tres fases. 4. Constructivismo, parte uno: los primeros años de Kelsen. 5. Constructivismo, parte dos: el periodo de transición hacia 1914-1919. 6. Los inicios de la fase clásica: 1920-1928. 7. La fase clásica per se: 1928-hacia 1936. 8. El interludio etnológico 1936-1940. a) Introducción al interludio etnológico. b) El tratado de Kelsen sobre Causalidad y retribución. c) El significado de la causalidad humeana en la filosofía jurídica de Kelsen. d) Las secuelas de la revolución de 1936-1940. 9. La reanudación de la fase clásica per se: 1940-1960. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

La idea de establecer fases de desarrollo más o menos distintas en la obra de un escritor –designada a veces como periodización– no deja de ser controvertida.¹ En *After Hegel*, Frederick C. BEISER, distinguido historiador de la filosofía, escribe que “[t]odas las periodizaciones son artificiales”.² Vladimír KUBEŠ, quien proviene de la Escuela Jurídica de Brno,³ alude a las “etapas de desarrollo” en la obra de varios filósofos, incluyendo a Immanuel KANT, Nicolai HARTMANN y Edmund HUSSERL, y señala que en el caso de KELSEN, su teoría tardía, su *Spätlehre*, crea grandes dificultades para quien busque reunir las distintas etapas del desarrollo de su obra como partes de un todo único.⁴ En un artículo gratificante, “Wiener

¹ Las investigaciones sobre las sutilezas de una periodización son distintas de las preguntas acerca de la recepción de la obra de un escritor. Sobre lo último, cfr. DREIER, H., “Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre”, en *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre (Festakt für Robert Walter)*, pp. 17-34, repr. en DREIER, H., *Kelsen in Kontext*, pp. 95-114. DREIER distingue el desarrollo “interno” de la teoría jurídica de Kelsen –el centro de atención de una periodización–, de perspectivas externas, entre ellas la recepción otorgada a la teoría. Sobre la recepción concedida al trabajo de KELSEN, véase también JESTAEDT, Matthias (Ed.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*.

² BEISER, F. C., *After Hegel*, p. 1.

³ La figura principal de la *Escuela de Teoría Jurídica* de Brno, a veces descrita como una “escuela hermana” de la Escuela de Teoría Jurídica de Viena, fue Franz WEYR. Sobre la obra de WEYR, cfr. Agostino CORRINO, A., “Precursors of the Pure Theory of Law: František Weyr”, de la sección del destacado artículo de CORRINO, “Logistic Normativism: *The Wiener rechtstheoretische Schule*”, en *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, pp. 51-64 (pp. 51-162).

⁴ Cfr. KUBEŠ, V., “Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre”, *ZÖR N.F.*, No. 31, 1980, pp. 158-165 (pp. 155-199).

Realism", Pierluigi CHIASSONI se refiere a los escollos inevitables que surgen en el trabajo sobre una periodización, señalando que bien puede representar la teoría en cuestión como "plagada de inestabilidad", llena de "tirones conflictivos".⁵ Eugenio BULYGIN, en su innovador artículo, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", indica que "encontramos en el pensamiento de Kelsen dos grupos de ideas que provienen de dos tradiciones filosóficas bastante diferentes, lo cual crea dificultades al seguir la evolución filosófica de Kelsen".⁶ Carsten HEIDEMANN, en *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, observa que la teoría jurídica de KELSEN, en publicaciones que abarcan un periodo de más de 60 años, sufre "cambios radicales", y estos deben rastrearse y hacerse inteligibles para que los conceptos de KELSEN dejen de permanecer vagos.⁷ Gabriel NOGUEIRA DIAS, en su tratado sobre KELSEN, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, habla de las "complicaciones" inevitables que surgen en el esfuerzo por rastrear el desarrollo de la teoría jurídica kelseniana.⁸ Matthias JESTAEDT, jurista especializado en derecho público y editor de la *Hans Kelsen Werke*, aborda, en un artículo dedicado en gran parte a los principales problemas de KELSEN en *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (1911), el tema de la periodización, y escribe que un estudioso que se acerque a la teoría de KELSEN desde el punto de vista jurídico-filosófico, indudablemente enfatizará en puntos que son diferentes de aquellos de un académico que escriba desde el punto de vista de la teoría jurídica.⁹

Sin embargo, estos siete autores, lejos de sugerir que la miríada de problemas debería impulsarnos a abandonar la idea de una periodización, la respaldan.¹⁰ La

⁵ CHIASSONI, P., "Wiener Realism", en *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, p. 131 (pp. 131-162).

⁶ BULYGIN, E., "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", *Ratio Juris*, No. 3, 1990, p. 30 (pp. 29-45).

⁷ HEIDEMANN, C., *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, p. 19. También, del mismo autor, cfr. "Norms, Facts, and Judgments: A Reply to S. L. Paulson", *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 19, 1999, pp. 345-350; "Noch Einmal: Stanley L. Paulson and Kelsens urteilstheoretischer Normbegriff", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, No. 93, 2007, p. 129.

⁸ NOGUEIRA DIAS, G., *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, p. 129.

⁹ Cfr. JESTAEDT, M., "Von den 'Hauptproblemen' zur Erstauflage der 'Reinen Rechtslehre'", en Robert Walter (Ed.), et al., *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, pp. 114-115 (pp. 113-135).

¹⁰ La periodización de Frederick C. BEISER de la filosofía alemana de finales del siglo diecinueve se encuentra en *After Hegel* (nota 2). La notable periodización de Pierluigi CHIASSONI de la epistemología kelseniana se encuentra en CHIASSONI, P., *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, pp. 306-330. Eugenio BULYGIN, en "An Antinomy" (nota 4) establece ocho tesis que sirven como piedras de toque de las dos tradiciones filosóficas, cuyo desarrollo rastrea en la teoría jurídica de KELSEN. Carsten HEIDEMANN (nota 5) y Gabriel NOGUEIRA DIAS, en *Rechtspositivismus...*, cit., pp. 129-256, elaboran periodizaciones inusualmente de-

bandera de advertencia que ondean, algunos con más vigor que otros, invita a prestar atención a las trampas, aunque estas no me disuaden. En particular, expongo en la siguiente tabla tres fases en el desarrollo de la teoría jurídica de Kelsen.

2. TABLA DE FASES DEL DESARROLLO DE LA TEORÍA JURÍDICA DE KELSEN

I. Fase constructivista: 1911-1919 (dos periodos)

- constructivismo *per se* 1911-1913
- periodo de transición 1914-1919

II. Fase clásica: 1920-1960 (cuatro entradas y tres periodos distinguibles)¹¹

- los inicios 1920-1927
- fase clásica *per se* 1928-hacia 1936
- interludio etnológico hacia 1936-1940
- reanudación de la fase clásica *per se* 1941-1960

III. Fase tardía 1960-1971¹² (junto con sus trabajos publicados póstumamente)

Sin embargo, la fase tardía, a la que me refiero aquí para tener una imagen completa de la periodización, no forma parte del presente artículo. Empiezo con un resumen de las tres fases.

talladas del desarrollo de la teoría jurídica de Kelsen. El respaldo de Matthias Jestaedt a la iniciativa llamada “periodización” se manifiesta en los informes editoriales espléndidamente detallados incluidos en los volúmenes *Hans Kelsen Werke*. Cfr. *Hans Kelsen Werke* 4, pp. 579-800 (pp. 787-789).

¹¹ Sin duda, mi “cuatro” simplemente cuenta las entradas en la lista. Sería engañoso si se entendiera que significa algo diferente a eso. La fase clásica *per se* (1928-hacia 1936) y su reanudación (1941-1960) representan un todo único. El interludio etnológico (entre 1936-1940) tiene lugar dentro de la fase clásica mayor *per se*.

¹² Hans Kelsen murió el 19 de abril de 1973. La hija menor de Kelsen, Maria Feder, quien vio a su padre prácticamente a diario durante los últimos veinte años de su vida, nos informó a Bonnie y a mí, durante una de nuestras visitas a Kensington, California, que su padre no se dedicó a investigar ni a escribir durante los últimos dieciocho meses de su vida. Para más detalles sobre los últimos años de su vida, cfr. OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen Biographie*, pp. 910-917.

3. RESUMEN DE LAS TRES FASES

El término “construcción”, en la literatura jurídica europea del siglo XIX, se refiere a la formación de conceptos, y este es de hecho un tema prominente en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, de Kelsen. Kelsen hace un esfuerzo sostenido en este tratado para proporcionar nuevas construcciones de lo que son, en parte, doctrinas legales familiares, hablando, por ejemplo, de la responsabilidad penal como “claramente [una] construcción desde un punto de vista específicamente normativo”.¹³ Las construcciones de Kelsen son nuevas, ya que, como él sostiene, no recurren a una apelación al psicologismo o al naturalismo, los cuales eran el atractivo característico de sus predecesores en la teoría del derecho público o *Staatsrechtslehre* alemana del siglo XIX.

Pero, ¿cómo apoya Kelsen estas construcciones sin apoyo del psicologismo o del naturalismo? ¿Cómo llega a lo que él denomina “un punto de vista específicamente normativo”? Su respuesta se encuentra en su esfuerzo por llegar a un apoyo neokantiano para sus construcciones. La primera evidencia textual que apunta a esta búsqueda de Kelsen se encuentra en el “Prólogo” de *El problema de la soberanía*, publicado en 1920.¹⁴ Aquí Kelsen anuncia su programa, su teoría *pura* del derecho, refiriéndose a los filósofos neokantianos con miras a fundamentar su programa. Es este desarrollo el que me hace designar al año 1920 como el punto de partida en la fase clásica. Me refiero al periodo 1920-1927, incluidos los principales tratados de 1922 y 1925, para designar los inicios de la fase clásica.

Así, a partir del ensayo monográfico de 1928, *Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico*, y continuando hasta la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* en 1960, la dimensión neokantiana de la teoría jurídica de Kelsen es más o menos explícita, incluso si hay grandes variaciones en el énfasis. Llamo a este largo periodo la fase clásica *per se*: 1928-1960. En algunos pasajes de los escritos de este largo periodo, Kelsen habla con gran optimismo acerca de la promesa de la dimensión neokantiana,¹⁵ mientras que en otros pasajes deja la impresión de mostrarse ambivalente.¹⁶ Es más,

¹³ Kelsen, H., “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre”, p. 142, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, p. 249.

¹⁴ En lo que respecta al Prólogo, 1920 es una fecha exacta. Aunque Kelsen comenzó a trabajar en el libro en 1915, el Prólogo fue escrito en la primavera de 1920, y algunos añadidos son incluso posteriores.

¹⁵ Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, § 16, pp. 73-77, y en § 34(d), pp. 204-209.

¹⁶ Cfr. Kelsen, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, § 17, p. 35, y *Reine Rechtslehre*, cit., § 26, pp. 111-112.

durante la larga fase clásica un desarrollo va mucho más allá de la ambivalencia. Este es el “interludio etnológico” (1936-1940),¹⁷ como yo lo llamo, en el cual Kelsen arroja por la borda todo rastro de la maquinaria neokantiana. Aquí toma lugar un serio coqueteo con el empirismo humeano. Sin duda, el coqueteo es de corta duración y Kelsen regresa al redil a principios de la década de 1940. La restauración del orden previo es muy clara en los tratados que escribe Kelsen durante la década de 1950.¹⁸ Posteriormente, en 1960 y los años inmediatamente posteriores, Kelsen arroja por la borda a la gran teoría pura del derecho por segunda vez. Empieza de nuevo en esta etapa y el resultado es la fase tardía o *Spätlehre*. Hacia el final de su larga vida, Kelsen, al igual que a fines de la década de 1930, respalda una vez más lo que podría denominarse como “empirismo jurídico”.

Hay una transición natural de la fase constructivista a la fase clásica. La última fase, la fase clásica, representa el esfuerzo de Kelsen por dar una respuesta a la pregunta que plantea en lo que llamo el periodo de transición de la fase constructivista, a saber, la cuestión acerca del fundamento filosófico de sus construcciones. La última fase de Kelsen, por el contrario, no forma parte del proyecto representado por las dos primeras fases. La confianza que Kelsen manifiesta en gran parte de lo que escribió durante las dos primeras fases es suplantada en la fase tardía por un nuevo escepticismo dirigido hacia las “cosas kantianas”, el cual va acompañado de un marcado cambio hacia el empirismo.

Sin duda, aquellas posiciones que sostienen que la fase tardía de Kelsen es diferente de todo lo anterior son controversiales. Aun así, el argumento a favor de un marcado alejamiento de Kant y el neokantianismo es formidable. Ya sea que Kelsen esté siguiendo sus pistas, durante el periodo tardío, tácitamente de Hume o expresamente de Vaihinger, el fundamento filosófico proveniente de estos está a años luz de las cuestiones kantianas. Vaihinger a veces es descrito como neokantiano, y esto es correcto con respecto a su trabajo filosófico temprano, en particular, su detallado comentario sobre Kant.¹⁹ Al mismo tiempo, Vaihinger en su obra filosófica tenía mucho más en común con aquellos positivistas filosóficos alineados al pensamiento de Ernst Mach –y para quienes el mundo

¹⁷ En la “Autobiografía de 1947”, Kelsen escribe que ya había comenzado, en Viena y luego en Colonia, a recopilar material etnológico. Una parte de este material se incluyó en *Vergeltung und Kausalität* (manuscrito terminado en 1940). Cfr. § 5, más adelante.

¹⁸ Cfr. Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, pp. 53-54.

¹⁹ Vaihinger, H., *Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft*.

consiste en sensaciones y nuestras construcciones a partir de ellas–, que con KANT. Este es el VAIHINGER de KELSEN con sus construcciones como “ficciones”.²⁰

La fase clásica ocupa un lugar preponderante en mi periodización. Sin embargo, esto no quiere decir que los primeros años de lo que llamo la fase constructivista *per se*, 1911-1913, también puedan tratarse en los términos de la fase clásica, como si este periodo inicial también fuera clasificable como “jurídico-filosófico”. Por el contrario, en el tratado *Problemas Capitales* (1911) y en los principales artículos que KELSEN publica poco después, no hay, *stricto sensu*, un enfoque jurídico-filosófico en absoluto, un punto que DÍAS señala con claridad en su tratado.²¹ Es más, KELSEN en *Problemas Capitales* sostiene que sería una locura buscar un fundamento del derecho, la misma idea que surge más tarde como la norma fundante con su función de fundamento aparentemente jurídico-filosófico.

Una vez hecho este resumen, comienzo la periodización propiamente dicha. Mi táctica es comenzar con algunos detalles de la fase constructivista. Luego paso a la fase clásica con su división cuádruple, tal y como fue expuesta en la tabla de fases desarrollada anteriormente. La tercera parte de la fase clásica, el interludio etnológico de 1936 a 1940, representa de hecho la *salida* a corto plazo de KELSEN de la fase clásica (y se incluye dentro de la rúbrica de la fase clásica simplemente porque está rodeada, cronológicamente, por desarrollos de la fase clásica). La narrativa de la gran fase clásica corre hasta la publicación, en 1960, de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*.

4. CONSTRUCTIVISMO, PARTE UNO: LOS PRIMEROS AÑOS DE KELSEN

Mi discusión sobre el constructivismo kelseniano en esta sección tiene dos énfasis. En primer lugar, un breve desarrollo sobre el constructivismo en el siglo XIX, seguido del constructivismo de KELSEN en *Problemas capitales* (1911) y en los artículos que publica a continuación.

El constructivismo en la teoría jurídica de Kelsen: los primeros años. En sus construcciones formuladas en el gran tratado de 1911, *Problemas capitales*, KELSEN nota que “un concepto ‘construido’, por medio del cual un punto de vista normativo suplanta la errónea noción ‘psíquica’ de voluntad jurídica, es una

²⁰ KELSEN se inspira, en el último periodo, en el tratado de VAIHINGER *Die Philosophie des Als Ob*; la mayor parte del trabajo en el tratado tuvo lugar en el periodo 1876-1878.

²¹ Cfr. NOGUEIRA DIAS, G., *Rechtspositivismus...*, cit., pp. 148-50, p. 154, et *passim*.

herramienta conceptual, no una ficción”.²² “Construcción” en la obra de Kelsen, así como en la obra de sus predecesores del siglo XIX, se refiere a la formación de conceptos.²³

En este mismo camino, Kelsen asume la idea de imputación central, la cual funciona en *Problemas capitales* como la herramienta conceptual de Kelsen en su esfuerzo por eliminar el dualismo del Estado y el derecho. Como escribe Dias, es debido a la “imputación que se puede conocer al Estado como entidad jurídica”.²⁴ En la lectura convencional, “imputar” (del latín *imputare*) significa atribuir, adscribir. En una ronda inicial en *Problemas capitales*, Kelsen sigue a Kant, argumentando que responsabilizar a alguien de algún evento es imputar el evento a ese alguien, es afirmar “la imputación de un hecho material a una persona”.

“Si el juicio que declara a una persona culpable de un hecho cualquiera significa, dicho en otros términos, que esta persona es sujeto de una norma infringida, deberá reconocerse asimismo [...] que este juicio es, sencillamente, idéntico con el que imputa un hecho a una persona con el fenómeno de la imputación. Decir que alguien es ‘culpable’ de un resultado cualquier externo vale, pues, tanto, como decir que este resultado se le imputa”.²⁵

Sin embargo, en una segunda ronda, Kelsen se aparta de Kant. Kelsen pasa de la persona física a la *persona ficta*, un “punto de imputación” en el lenguaje kelseniano, que es la abreviatura de un grupo de relaciones jurídicas.

²² Kelsen, H., “Hauptprobleme...”, *cit.*, p. 181, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, p. 292.

²³ A esta dimensión de la obra de Kelsen –la construcción como formación de conceptos– Merkl le da una clara expresión. Escribe que Kelsen, en *Das Problem der Souveränität*, “hace desfilar ante nosotros las opiniones académicas más destacadas sobre la soberanía, conduciéndonos desde las visiones más ingenuas y primitivas de la soberanía como fenómeno fáctico hasta la muy refinada interpretación de la soberanía como propiedad del Sollen jurídico”. Sin identificarse con ninguna de estas opiniones, “[Kelsen] construye desde los cimientos –ni siquiera se puede decir: desde los escombros de las construcciones enterradas por su crítica– una nueva construcción”. Cfr. Merkl, A., “Hans Kelsens System einer reinen Rechts-theorie”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 41 N.F. 2, 1921, pp. 171-201 (p. 173).

²⁴ Nogueira Dias, G., *Rechtspositivismus...*, *cit.*, p. 142 (énfasis mío).

²⁵ Kelsen, H., “Hauptprobleme...”, *cit.*, p. 143, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, p. 248. Normalmente, la parte que causa el hecho es, por supuesto, la parte a la que se le imputa el hecho, haciéndola responsable. Sin embargo, como señala Kelsen, los dos estados de cosas –causales e imputativas– solo están relacionados de forma contingente. Kelsen ilustra este punto con un fenómeno familiar, el de la responsabilidad vicaria, en la que, por definición, la parte que causa el hecho y la parte o la empresa a la que se imputa la responsabilidad son distintas. Cfr. Kelsen, H., *Introduction to the Problems...*, *cit.*, §13, p. 27; *Reine Rechtslehre*, *cit.*, §28(c), pp. 125-126; *General Theory of Law and State*, pp. 65-71.

Esta construcción de Kelsen –sus “puntos de imputación”– representa su respuesta inicial a una serie de desarrollos sorprendentes en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX.²⁶ Lo que comenzó en el *Sistema de derecho romano actual* de Friedrich Carl von Savigny como una indagación sobre el sujeto jurídico en tanto persona natural, según la cual la construcción de la persona jurídica como *persona ficta* representaba una anomalía, es transformado por Kelsen en un esquema por el cual la persona física se convierte una *contradictio in adjecto*. En lugar de la persona física, la persona jurídica ficticia surge como el concepto de personalidad jurídica, y el Estado como persona jurídica ficticia –el cual, en la teoría de Kelsen, es el orden jurídico, el sistema jurídico, el punto último de imputación frente a todas las construcciones del derecho– también tiene personalidad jurídica.²⁷ El Estado personifica la totalidad del sistema jurídico, mientras que otras personas jurídicas personifican subsistemas, partes del todo. Como dice el propio Kelsen más tarde, reflexionando sobre su trabajo en *Problemas capitales*, estas construcciones equivalen nada menos que a “la reducción de los conceptos ‘estado’ o ‘voluntad estatal’ para significar ‘unidad del sistema,’ ‘punto de imputación’ o ‘punto de referencia,’”²⁸ una reducción que elimina el dualismo de derecho y Estado. Ambos son idénticos. Las supuestas referencias al Estado se entienden correctamente como referencias al derecho.²⁹

Finalmente, en esta primera fase, Kelsen no aborda en absoluto la cuestión de un fundamento filosófico para su teoría. En *Problemas capitales*, Kelsen escribe que simplemente no tiene sentido pedir algún tipo de fundamentación en nombre de la pretensión de que “la norma jurídica debe cumplirse y aplicarse”. Esto es así en virtud de que argumenta Kelsen:

“[l]a idea de la norma jurídica en cuanto ‘norma’ ya contiene la calificación de que la norma jurídica *debe* cumplirse y aplicarse, de modo que [la]

²⁶ Cfr. BINDER, J., *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*; WIEACKER, F., “Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts”, en Ernst Forsthoff (Ed.) et al., *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag*, pp. 339-383.

²⁷ Cfr. Kelsen, H., “Hauptprobleme...”, cit., p. 187, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, p. 298.

²⁸ Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Prólogo a la segunda impresión (1923), p. X, en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, p. 9.

²⁹ Ciertamente, la tesis de la identidad de Kelsen no aparece en *Problemas capitales*, de forma completamente desarrollada. De hecho, en un momento dado respalda lo que por Jellinek se conoce como la “teoría de las dos caras” del Estado, teoría que es diametralmente opuesta a la tesis de la identidad de Kelsen. Cfr. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 406 y la nota 3, en la que Kelsen cita, entre otros, a Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 359 y ss., en *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, p. 542 y nota 3. Esta curiosidad ha sido notada por Nogueira Dias, G., *Rechtspositivismus...*, cit., p. 141, nota 29.

cuestión [de una justificación] equivaldría a preguntar, digamos, por qué debería cumplirse una norma que se debe cumplir”.³⁰

5. CONSTRUCTIVISMO, PARTE DOS: EL PERIODO DE TRANSICIÓN HACIA 1914-1919

Varios artículos importantes en el repertorio de Kelsen representan el periodo de transición, es decir, los primeros esfuerzos de Kelsen para fundamentar su teoría jurídica. El periodo llega así a su fin con la obra *El problema de la soberanía* (1920), que marca el comienzo de la fase clásica. Aun así, como señalo a continuación, para algunos propósitos es mejor verla como una obra híbrida, que sirve como enlace entre el periodo de transición y la fase clásica de Kelsen.

El primero de estos artículos de Kelsen es “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischen Verfassung” (“Derecho federal y estatal de acuerdo con la Constitución austriaca”) de 1914,³¹ seguido de la larga y contundente respuesta a Eugen Ehrlich, “Un fundamento de la sociología del derecho” de 1915.³²

El primer ensayo, “Derecho federal y estatal de acuerdo con la Constitución austriaca”, marca el comienzo del esfuerzo de Kelsen por desarrollar lo que surgirá un poco más tarde, *expressis verbis*, como la norma fundante. En el artículo de 1914, Kelsen se refiere a un “punto arquimédico”, el cual describe como el punto “desde el cual se pone en movimiento el mundo del conocimiento jurídico”.³³ Solo más tarde, Kelsen señala que esto cuenta como una declaración de la norma básica.³⁴ Este desarrollo particular, oculto a la vista en un artículo dedicado principalmente a la investigación de Kelsen sobre la continuidad constitucional, garantiza, más directa y claramente que cualquier otra cosa en el artículo, mi pretensión de que esto marca el comienzo de la transición

³⁰ Kelsen, H., “Hauptprobleme...”, *cit.*, p. 352, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 2, p. 481.

³¹ Cfr., en particular, Kelsen, H., “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischen Verfassung”, *AöR*, No. 32, 1914, pp. 202-245, 390-438, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 3, pp. 359-425, en §2, pp. 206-215, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 3, pp. 364-370.

³² El ensayo de Kelsen sobre Ehrlich apareció en 1915.

³³ Cfr. Kelsen, H., “Reichsgesetz...”, *cit.*, §3, pp. 216-217, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 3, p. 370. El texto es citado en capítulo 3, nota 51.

³⁴ Para este desarrollo posterior, cfr. Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Prólogo a la primera edición (1923), p. XV.

en la fase constructivista de Kelsen, a saber, su anticipación de lo que será convertido en la fase clásica, con todo lo que esto implica. Aquí, por primera vez, Kelsen juega con la idea de una norma fundante y, significativamente, vincula sus comentarios elípticos con la noción de conocimiento jurídico. En las deliberaciones posteriores de Kelsen, estas dos nociones ocupan un lugar central en prácticamente todo lo que tiene que decir sobre el fundamento filosófico de las construcciones que ha elaborado para reemplazar a todas aquellas contaminadas por el psicologismo y el naturalismo de sus predecesores.

Un año después, en 1915, Kelsen presta mucha atención al concepto de presuposición. Este concepto sirve como el soporte principal en su argumento sostenido contra Eugen Ehrlich, cuyo derecho consuetudinario, según Kelsen, cuenta como derecho de buena fe solo si existe una norma presupuesta de orden superior. El punto es de considerable interés, ya que marca el comienzo del uso concertado de Kelsen de la noción de presuposición. Esta es la base de la apelación a la norma fundante en todo lo que tiene que decir al respecto antes del gran avance en *Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico*, la monografía de 1928, donde, por primera vez, Kelsen procede explícitamente explicar con detalle a la norma fundante en términos neokantianos.

6. LOS INICIOS DE LA FASE CLÁSICA: 1920-1928

Para anticipar el giro de Kelsen a los inicios de la fase clásica, en 1920, diré unas palabras sobre el periodo de gestación del tratado *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* (1920). En el Prólogo, Kelsen comenta que comenzó a trabajar en el tratado en 1915 y esencialmente completó este trabajo un año después. De hecho, sin embargo, estuvo ocupado trabajando en esta obra hasta 1919 y, aparentemente, también hasta bien entrado 1920.³⁵ Por ejemplo, Kelsen dedica una sección entera a la monografía de Hugo Krabbe, *La idea del estado moderno* (1919),³⁶ y muchas discusiones en las profusas notas al

³⁵ Thomas Olechowski informa que Kelsen, en una carta al editor Mohr del 24 de agosto de 1919, habló de la longitud del libro como "entre 15 y 20 fascículos (*Bogen*)", lo que sugiere, como señala Olechowski, que incluso en esta fecha tardía, el por otra parte muy preciso (*penible*) Kelsen todavía no estaba seguro de la longitud del libro. Cfr. Olechowski, T., *Hans Kelsen Biographie*, cit., p. 264.

³⁶ Krabbe, H., *Die moderne Staats-Idee*, traducción al inglés: *The Modern Idea of the State*. La edición holandesa, *De moderne Staatsidee*, fue publicada en 1915. Curiosamente, Kelsen escribe en el Prólogo de su tratado que no pudo retomar la monografía de Krabbe de 1919. Cfr. Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. VI (Prólogo), en

pie de Kelsen se refieren a desarrollos prevenientes del periodo 1917-1919. Es más, en el libro Kelsen comienza a considerar la idea de una norma fundante, un tema que abordaré a continuación. Al mismo tiempo, hay una buena cantidad de material en el libro que refleja lo que llamo el periodo de transición de la fase constructivista.³⁷ Ni el programa de la posterior Teoría pura del derecho ni las referencias a los filósofos neokantianos y su papel en el proyecto de Kelsen aparecen en el texto de *El problema de la soberanía*, salvo por el Prólogo de la obra, que, como explico a continuación, es especial y diferente.

Un tema en mi breve tratamiento del tratado de 1920 es el enfoque general de Kelsen sobre la soberanía en sus contextos tanto municipales como internacionales. Aquí, una vez más, el trabajo de Kelsen sobre la formación de conceptos cobra gran importancia. Empiezo por este punto, pero esto me lleva directamente a preguntas sobre cómo es tratada la norma fundante en este tratado. Después de echar un vistazo a lo que aparece en *El problema de la soberanía* bajo esta rúbrica, regreso al tema de la soberanía, que Kelsen aborda desde su punto de vista característicamente no-naturalista. Kelsen suplanta la noción tradicional de soberanía con la idea de una *norma más alta*, una idea que ya se puede encontrar en forma tolerablemente clara en las primeras páginas del tratado:

“La norma por sí sola es el ‘gobernante’, y este gobernante es ‘soberano’ sólo en la medida en que la norma se presupone como la norma ‘más alta’.

“Sin embargo, que una norma o un sistema de normas, un orden, se presuponga como ‘más alto’ representa una cierta calificación lógica de la norma. Por lo tanto, la norma es establecida (*gesetzt*) o presupuesta (*vorausgesetzt*) como el origen lógico, ya que no es más derivable.”³⁸

Virtualmente, en todo lo que Kelsen dice en su obra posterior acerca de la norma fundante, es cuidadoso en distinguir entre la norma de derecho positivo establecida (*gesetzt*) y la norma fundante presupuesta (*vorausgesetzt*), y Kelsen

Hans Kelsen Werke, vol. 4, pp. 267-268 (Prólogo de 1928), en p. VIII, pero, como se señala en el texto, el libro de Krabbe es el centro de toda una sección en el tratado de Kelsen, *Das Problem der Souveränität...*, cit., §6, pp. 27-31, en Hans Kelsen Werke, vol. 4, pp. 298-301.

³⁷ También, cfr. NOGUEIRA DIAS, G., *Rechtspositivismus...*, cit., 152-153, quien considera el lugar del tratado de Kelsen de 1920 en la periodización en términos similares a los míos. Él también recoge datos en el texto de Kelsen que indican que estuvo ocupado trabajando en él mucho más allá de 1916.

³⁸ Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität...*, cit., § 2, p. 8, en Hans Kelsen Werke, vol. 4, p. 279.

es capaz de yuxtaponer claramente las dos expresiones, cuya raíz en lengua alemana (*-gesetzt*) es la misma. ¿La disyunción de las dos nociones aquí –establecida o presupuesta–, sugiere cierto tirón y arrastre en el pensamiento de Kelsen sobre la norma fundante, como si no tuviera claro cuál de estas posibilidades debería seguir? Sin duda, esta es una posible explicación. Pero una explicación más probable es que el énfasis de Kelsen en la cita está en la idea general de que una *norma* desplaza el antiguo concepto naturalista de soberanía, ya sea la norma que representa la constitución de derecho positivo, ya sea la norma fundante.

Sobre la norma fundante, podría recopilar y exponer las caracterizaciones más frecuentes de la norma básica en los escritos de Kelsen. Destacan cinco de ellas: (1) la norma fundante en cuanto habilitación última para emitir normas; (2) la norma fundante como base última de la validez jurídica, es decir, aquí la “validez” de una norma jurídica se refiere a su pertenencia al orden jurídico; (3) la norma fundante como fundamento último de la validez jurídica, aquí la “validez” de una norma jurídica se refiere a la vinculatoriedad; (4) la norma fundante como presuposición del paso del sentido subjetivo de un acto a su sentido objetivo o jurídico; y (5) la norma fundante como presuposición de la unidad del orden jurídico. De estas cinco caracterizaciones, se encuentran en *El problema de la soberanía*, restringiéndome al contexto del derecho interno, las caracterizaciones (1), (3) y (5).

Paso brevemente al notable prólogo de *El problema de la soberanía*, escrito en la primavera de 1920. Aquí Kelsen hace referencia a los filósofos neokantianos Paul Natorp y Rudolf Stammler,³⁹ y también hay referencias en el prólogo a “una pura y purificada teoría del derecho” y a la “pureza”.⁴⁰ El prólogo marca, más obviamente que cualquier otra cosa en *El problema de la soberanía*, su estatus como el primer tratado de la larga fase clásica. En una palabra, Kelsen anuncia su programa filosófico. El programa está listo para funcionar.

Aun así, este es en gran medida un trabajo de jurista. Como sugiere el título de Kelsen, él está inmerso en un examen del concepto de soberanía, y esto es llevado a cabo desde un punto de vista jurídico. Incluso si las obras clásicas sobre soberanía, por ejemplo, *Los seis libros de la República* de Jean Bodin

³⁹ Cfr., Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (edición de 1920) pp. III y VI, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 4, pp. 265 y 267; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (edición de 1928) pp. V y VIII.

⁴⁰ Cfr., Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität...* (edición de 1920), cit., pp. III y IV, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 4, p. 265; *Das Problem der Souveränität...* (edición de 1928), cit., §26, p. 105.

(1576-1583), están aferradas a la idea del poder absoluto e ilimitado del Estado, Kelsen reconoce, a pesar de todos los disfraces, un pensamiento que debe ser “señalado y asegurado”. En otras palabras, Kelsen sostiene que los puntos de vista totalmente erróneos de la soberanía en la tradición no deberían conducir al abandono del concepto. El núcleo de la soberanía permanece viable, y la tarea es la explicación, esto es, en el lenguaje kelseniano de la fase constructivista anterior, que la tarea reside en la formación de conceptos.⁴¹ Así Kelsen ofrece una definición.

“La soberanía consiste en una característica única e indivisible y no significa otra cosa que el Estado o el orden jurídico así caracterizado es un *orden superior* y, por lo tanto, independiente de todos los demás.”⁴²

El problema, entonces, es comprender la “independencia” del Estado. ¿A qué viene esto cuando hay varios Estados en juego? Si, responde Kelsen, “la ‘independencia’ del Estado de otros Estados equivale a una coordinación jurídica, entonces la asunción de una autoridad que está igualmente por encima de todos los estados es inevitable.”⁴³ Este punto de referencia, continúa Kelsen, esta autoridad común que hace posible la coordinación de elementos, es el derecho internacional.⁴⁴ Kelsen continúa argumentando que un panorama completo de la soberanía, lo cual implica independencia, requiere una mirada de cerca al derecho internacional.⁴⁵ Aquí, en la segunda parte del tratado, Kelsen introduce lo que se conoce en la literatura como monismo jurídico, a saber, su esfuerzo por combatir otro de los dualismos que él considera que siembran confusión.

⁴¹ A esta dimensión de la obra de Kelsen –la construcción como formación de conceptos– Merkl le da una clara expresión. Merkl escribe que Kelsen, en *Das Problem der Souveränität*, “hace desfilar ante nosotros las opiniones académicas más destacadas sobre la soberanía, conduciéndonos desde las visiones más ingenuas y primitivas de la soberanía como fenómeno fáctico hasta la muy refinada interpretación de la soberanía como propiedad del *Sollen* jurídico”. Sin identificarse con ninguna de estas opiniones, “[Kelsen] construye desde los cimientos –ni siquiera se puede decir: desde los escombros de las construcciones enterradas por su crítica– una nueva construcción”. Merkl, A., “Hans Kelsens System...”, *cit.*, p. 173.

⁴² Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität...* (edición de 1920), *cit.*, § 9, p. 38, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 4, p. 308.

⁴³ Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität...* (edición de 1920), *cit.*, § 9, p. 40, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 4, p. 310.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ En general, cfr. Kammerhofer, J., *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*; Bernstorff, J., *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*; García-Salmónes, M., *The Project of Positivism in International Law*.

Fue Alfred VERDROSS, en 1914, quien planteó de forma agradable las posibilidades para resolver el problema de la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal. En una construcción dualista, los sistemas de derecho internacional y de derecho estatal se entienden como completamente separados e independientes entre sí, mientras que, en una construcción monista, o el derecho estatal se incorpora al sistema del derecho internacional o el derecho internacional se incorpora al sistema del derecho estatal.⁴⁶

KELSEN, al abordar el mismo tema en su ensayo temprano "Sobre la ilegalidad estatal", da la impresión de que le gustaría dejar abierta la cuestión de si la solución dualista es defendible.⁴⁷ Sin embargo, su argumento posterior contra la posibilidad misma del dualismo ya es discernible aquí. ¿Estaría justificado, pregunta aquí, caracterizar como "derecho" –en una lectura unívoca– dos órdenes normativos completamente independientes? ¿Sería apropiado tratar ambas normas en conflicto como normas jurídicas en las que cada una pertenece a un orden normativo diferente y completamente independiente? Por supuesto, el dualista responde afirmativamente. KELSEN, sin embargo, tiene serias dudas, y en su primera obra madura sobre el monismo jurídico, *El problema de la soberanía* y la teoría del derecho internacional, estas dudas prevalecen. De hecho, aparte de algunos detalles, sus argumentos contra el dualismo junto con una tenaz defensa del monismo revelan la misma posición que está defendiendo 40 años después.⁴⁸

Paso ahora a *Teoría general del Estado* (1925), la última de las principales obras de KELSEN en lo que llamo los comienzos de la fase clásica. Es un tratado enorme,⁴⁹ que cubre temas que abarcan todo el espectro de la teoría pura del

⁴⁶ VERDROSS, A., "Zur Konstruktion des Völkerrechts", p. 336 (pp. 329-359), en *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, p. 2002. Cfr., KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität...*, cit., § 25, p. 104, en *Hans Kelsen Werke*, vol. 4, pp. 368-369; del mismo autor, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours*, No. 14, 1926, pp. 275-276 (pp. 227-331).

⁴⁷ Cfr. KELSEN, H., "Über Staatsunrecht", pp. 100-101 (pp. 1-114), en *Hans Kelsen Werke*, vol. 3, pp. 519-520.

⁴⁸ Cfr. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., §§ 43-44, pp. 328-345. En general, cfr. AMRHEIN-HOFMANN, C., *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*. Una obra más antigua, muy descuidada, también es gratificante: SCHIFFER, W., *Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur*.

⁴⁹ La *Teoría general del Estado* de Kelsen tiene más de 200.000 palabras, una extensión comparable a la de su *Teoría pura del derecho* en su segunda edición (1960), publicada originalmente con dos extensos apéndices. Estos tratados tienen aproximadamente la mitad de la longitud del primer tratado de KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (1911).

derecho de Kelsen, así como algunos temas de teoría política; en otras palabras, temas que van más allá de lo que Kelsen entiende, *stricto sensu*, por “teoría jurídica”. Por lo tanto, junto con la atención a los campos cuasitécnicos que caen directamente dentro de la teoría jurídica –por ejemplo, el “giro dinámico” marcado por la introducción de la doctrina de la *Stufenbau*, y las especies de imputación central y periférica–, Kelsen aborda cuestiones que caen dentro del ámbito jurídico concebido de manera más amplia, por ejemplo, las distinciones altamente polémicas, como las ve Kelsen, entre derecho público y derecho privado, junto con cuestiones que se extienden a la teoría política tradicional, por ejemplo, caracterizaciones y distinciones entre monarquía, república y democracia.⁵⁰

El libro de Kelsen fue encargado por los editores de la prestigiosa *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, una serie que consta de tratados de derecho académico, y es casi seguro que las expectativas de los editores hayan influido en la elección de temas de Kelsen. En ese momento el tratado de Georg Jellinek con el mismo título, *Allgemeine Staatslehre* (1900, 3ª ed. 1914), se había establecido como la obra estándar en este campo. También en este caso, Kelsen se vio influido, a veces positivamente, a veces negativamente, por lo que Jellinek había escrito.⁵¹ Tomo dos temas en el tratado de Kelsen. Primero, paso brevemente a la doctrina de la *Stufenbau*. Aquí aparece, en un importante tratado de Kelsen, por primera vez. Luego paso a la idea de imputación de Kelsen, en particular a la imputación periférica. Esta es completamente distinta de la imputación central, la cual retomé brevemente en mi discusión, más arriba, de los *Problemas capitales*, de Kelsen.

La reforma introducida en nombre de un “punto de vista dinámico”, provocada por la doctrina de la *Stufenbau*, es un desarrollo que Kelsen relata con admirable franqueza en el prólogo de la segunda edición, en 1923, de *Problemas capitales*. Anteriormente, en la publicación inicial de *Problemas capitales* en 1911, Kelsen estaba casado con un “sistema estático de normas generales”.⁵² Es decir, como explica Kelsen, los actos de aplicación del derecho se consideran de alguna manera “contenidos” en las normas jurídicas generales. Estos actos,

⁵⁰ Por ejemplo, cfr. “La teoría de las formas de Estado”, en *Allgemeine Staatslehre*, §§ 44-50, pp. 320-371.

⁵¹ Matthias Jestaedt, en su edición de la *Teoría general del Estado de Hans Kelsen. Studienausgabe*, establece una tabla, en los apartados XXVI-XXVII, en la que se comparan los motivos de los tratados de Jellinek y de Kelsen, de idéntica denominación.

⁵² Kelsen, H., Prefacio a la segunda edición de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. XII.

por tanto, solo pueden entenderse *in abstracto*. Aquí hay un problema. Este basa en el hecho de que el contenido de la norma individual, que representa un acto de ejecución, “va mucho más allá del contenido de la norma general”.⁵³ Este fenómeno, a saber, la norma individual que va mucho más allá de la norma general, captura la idea de la creación del derecho y para explicarla, Kelsen habla de la “unidad de una regla de creación”.⁵⁴ El desarrollo completo de esta noción es una tarea realizada por el colega más joven de Kelsen, Adolf Julius Merkl, en nombre de la *Stufenbau*:

“El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema *genético* de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Julius Merkl. En una serie de trabajos desarrolla Merkl esta *teoría gradual del derecho* como la teoría de la *dinámica jurídica*, la defiende enérgicamente contra el prejuicio, al que aún se aferra nuestra presente obra, del derecho contenido solamente en las leyes generales, dando un sentido relativo a la antinomia, plasmada y anquilosada en términos absolutos, de la ley y la ejecución, la creación y la aplicación del derecho, la norma general y la individual, abstracta y concreta”.⁵⁵

Kelsen elaboró su propia enunciación de los elementos de la doctrina de la *Stufenbau*, basándose en Merkl, en un artículo de 1924, “La teoría de los tres poderes o funciones del Estado”. El documento apareció en un *Festschrift* para celebrar el 200 aniversario del nacimiento de Immanuel Kant.⁵⁶ Luego Kelsen incorporó todo este artículo en su tratado, *Teoría general del Estado*,⁵⁷ y la

⁵³ *Ibidem*, p. XIV.

⁵⁴ *Idem*, p. XIV.

⁵⁵ Kelsen, H., Prefacio a la segunda edición de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, trad. corregida, pp. XV-XVI, (la nota a pie de Kelsen, en la cual enumera los escritos más significativos de Merkl sobre la *Stufenbau*, es omitida aquí).

⁵⁶ Kelsen, H., “Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, pp. 214-248 (el ensayo fue publicado con motivo del cumpleaños de Kant el 22 de abril de 1924).

⁵⁷ Ver Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 229-255. La “Vorbemerkung” (Advertencia preliminar) del ensayo de 1924 (pp. 374-375) no se encuentra en la reimpresión de la *Teoría general del Estado*. Sin embargo, la *Teoría general del Estado* contiene la sección “Der Fiskus” (“El fisco”, pp. 240-242) y la sección “Verwaltung und Regierung” (“Administración y gobierno”, pp. 244-246), ninguna de las cuales se encuentra en el ensayo de 1924. Finalmente, el último párrafo, el § 36(a) de la *Teoría general del Estado* (p. 250 y ss.), en torno a “Subordination, nicht Koordination der Staatsfunktionen. Stufentheorie” (“Subordinación, no coordinación de las funciones del Estado. Teoría del orden escalonado”), no se encuentra en el ensayo de 1924.

doctrina de la *Stufenbau* se ha mantenido desde entonces como una doctrina prominente en la *Teoría pura del derecho* de Kelsen.

7. LA FASE CLÁSICA *PER SE*: 1928-HACIA 1936

Quiero ahora referirme a la fase clásica *per se*. En 1928, Kelsen publica la más pequeña de sus obras importantes, *Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico*.⁵⁸ Esta obra marca la transición hecha desde los inicios de la fase clásica, que va de 1920 hasta 1928, hacia la fase clásica *per se*, que va de 1928 hasta 1936, con una interrupción hecha entre 1936 hasta 1940. La clave en la transición es el énfasis de Kelsen en los elementos neokantianos en *Los fundamentos filosóficos*. Es más, este énfasis se sustenta en los escritos posteriores de Kelsen, incluido su extenso artículo de 1931, "La teoría general del derecho a la luz de la visión materialista de la historia",⁵⁹ y en la primera edición de la *Teoría pura del derecho*.

Los orígenes de los *Fundamentos filosóficos* se remontan a una conferencia de Kelsen, bajo los auspicios de la sección de Berlín de la *Kant-Gesellschaft*, titulada "La idea del derecho natural". Kelsen realizó su conferencia el 1 de febrero de 1928. A partir de entonces elaboró material adicional, convirtiendo así esta conferencia en un libro breve (en el que la teoría del derecho natural, a pesar del título del libro, desempeña un papel relativamente modesto).

La monografía de 1928 consta de cuatro partes: la primera parte se compone de una elaboración comprimida sobre las doctrinas de la doctrina jurídica analítica de Kelsen, incluida la estructura de la norma jurídica, las limitaciones al sistema jurídico impuestas por la necesidad de coherencia, etc. En la segunda parte hay una polémica enérgica, aunque superficial, contra la teoría tradicional del derecho natural. La tercera parte comprende un ensayo especulativo sobre etnología, lo que marca, ya en 1928, su gran interés en ese campo.⁶⁰ Finalmente, en la cuarta parte se encuentra lo que veo como el *desenlace* (*dénouement*) del libro, en la cual Kelsen recurre a lo que él llama

⁵⁸ Kelsen, H., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*.

⁵⁹ Kelsen, H., "Allgemeine rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, No. 66, 1931, pp. 449-521.

⁶⁰ Como se desarrolla en el § 5, el gran interés de Kelsen por la etnología culmina, en su obra publicada, en el tratado *Vergeltung und Kausalität* (traducido en español como *Sociedad y naturaleza*, terminado en 1940).

la *Weltanschauung* científica, y su examen de esto culmina en una exposición de aspectos de la teoría del conocimiento de KANT. Ofrezco breves elaboraciones sobre cada una de las cuatro partes.⁶¹

En la primera parte, KELSEN se pregunta por qué ciertos actos humanos, “que ocurren en el espacio y el tiempo, y son perceptibles para los sentidos”⁶² se consideran no simplemente como expresiones subjetivas de intención, sino como normas jurídicas objetivamente vinculantes.⁶³ A esto KELSEN responde, como siempre, con la norma fundante. En la primera parte, su caracterización de la norma fundante refleja en su mayor parte la norma presupuestada o “pensada”, la cual es familiar de enunciados anteriores. Aun así, KELSEN agrega algo nuevo, pues afirma ahora que la norma fundante va más allá de un mero esquema de autorizamiento e incluye ciertas restricciones formales. En particular, KELSEN tiene en mente la regla *lex posterior derogat priori*, que, según él, es necesaria para que el orden jurídico no carezca de coherencia.⁶⁴ Por supuesto, la regla de la *lex posterior* no puede resolver todos los conflictos de normas y KELSEN aborda el tema de manera expresa. Una sola ley es promulgada en un momento determinado y se considera que contiene “disposiciones lógicamente contradictorias y mutuamente excluyentes”.⁶⁵ Aquí no hay motivo para volver a la regla de la *lex posterior*. En cambio, el órgano legal que aplica este material jurídico debe elegir una disposición en conflicto o la otra, o, como escribe KELSEN, “se puede afirmar que las disposiciones se destruyen entre sí”, lo que significa que este material legal es “jurídicamente irrelevante”.⁶⁶

⁶¹ En lo que considero las cuatro partes del libro, están desglosadas de la manera siguiente: la primera parte son los §§1-14 (pp. 7-30); la segunda parte son los §§15-21 (pp. 30-41); la tercera parte son los §§22-32 (pp. 41-60); la cuarta parte son los §§33- 40 (pp. 60-78). Debo añadir que esta división no refleja la propia división de KELSEN. En particular, mi primera parte incluye todos los dos primeros capítulos de KELSEN junto con las dos primeras secciones de su tercer capítulo. Mis partes tres y cuatro representan una división dentro del cuarto capítulo de KELSEN.

⁶² La pregunta de KELSEN aquí es familiar en ambas ediciones de la *Teoría pura del derecho*. Cfr. *Introduction to the Problems...*, cit., §2, pp. 8-9, *Reine Rechtslehre*, cit., §2, pp. 1-2.

⁶³ KELSEN, H., *Die philosophischen Grundlagen...*, cit., §4, p. 12.

⁶⁴ *Ibidem*, §10, pp. 21-23.

⁶⁵ Aquí KELSEN se refiere expresamente al conflicto normativo, en el que ambas normas en conflicto han sido dictadas en el mismo momento, descartando así la aplicación de la regla de la *lex posterior*.

⁶⁶ KELSEN, H., *Die philosophischen Grundlagen...*, cit., §10, p. 23.

En la segunda parte, Kelsen entabla una polémica contra la teoría tradicional del derecho natural.⁶⁷ Kelsen restringe su argumento a lo que él llama “las fórmulas vacías” de la teoría del derecho natural, por ejemplo, el mandato de “tratar igual a lo igual” y el “*suum cuique*”.⁶⁸ Kelsen se pregunta qué es lo que cuenta como “igual” y qué se merece cada uno de nosotros. Así, Kelsen responde que estos temas solo pueden ser decididos por el derecho positivo. Dadas las restricciones que impone Kelsen al tratar estas doctrinas del derecho natural como “fórmulas vacías”, se vuelve un juego de niños argumentar, como él hace, que en la aplicación del derecho el derecho natural cede inevitablemente al derecho positivo. Pero, ¿qué sigue a continuación? Kelsen quiere hacernos creer que en el momento de la *aplicación* de una norma general del derecho natural, las pretensiones de la teoría del derecho natural ceden al positivismo jurídico. Sin embargo, este argumento es un *non sequitur*, ya que el teórico del derecho natural insistirá, por supuesto, en que los estándares para aplicar el derecho también reflejan el derecho natural.

El factor subyacente que dice mucho de lo que Kelsen tiene que decir sobre la teoría del derecho natural en general es su pronunciado escepticismo. Como dice en la cuarta parte del libro, Kant abrió un nuevo camino con su filosofía trascendental, pero en su teoría jurídica y política permaneció “atascado en la rutina de la teoría del derecho natural”.⁶⁹

Paso muy brevemente a la tercera parte. La actitud escéptica de Kelsen hacia la teoría del derecho natural es bien conocida, pero quizás menos conocida, si se combina con un interés profundo y permanente en los orígenes del pensamiento del derecho natural o, más en general, su interés en los orígenes de las creencias espurias. Este interés de Kelsen queda manifiesto en su larga búsqueda de temas en etnología. En todo caso esta búsqueda culmina con su obra publicada en el tratado masivo, que completó en 1940.⁷⁰ Anteriormente, Kelsen ofrece, en *Los fundamentos filosóficos*, un breve esbozo de la “concepción mitológica primitiva de la naturaleza” y la correspondiente creencia en las normas

⁶⁷ Véase la amplia exposición sobre la crítica de Kelsen a las diferentes especies de la teoría del derecho natural en CHIASSONI, P., “Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair”, en Peter Langford (Ed.), *et al.*, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, pp. 275-301.

⁶⁸ Literalmente, “a cada quien lo suyo” (Cicerón). Sobre las fórmulas, cfr. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen...*, cit., §20, p. 38.

⁶⁹ Kelsen, H., *Die philosophischen Grundlagen...*, cit., §40, p. 76.

⁷⁰ De hecho, este tratado, *Vergeltung und Kausalität*, no apareció en alemán hasta después de la guerra. Una edición en inglés más corta, *Society and Nature*, apareció en 1943.

sociales en tanto expresión directa de la voluntad divina.⁷¹ Volveré sobre este tema a continuación, en el contexto de *Causalidad y retribución*.

Como señalé al comienzo de mi análisis de *los fundamentos filosóficos*, la cuarta parte de este libro marca los inicios de la *Weltanschauung* científica. Los avances en las ciencias sirven para superar los dualismos que habían invadido la cultura occidental, entre ellos el “dualismo metafísico-religioso del cielo y la tierra, de Dios y el mundo”.⁷² KELSEN ve en este desarrollo también un triunfo filosófico, el de la filosofía trascendental, tal como la presenta KANT en la primera *Crítica*. Es más, KELSEN está ahora dispuesto a recurrir expresamente a la filosofía de KANT como medio de apoyo para la teoría pura del derecho. Esto que hace KELSEN marca el cambio, en 1928, de los comienzos de la fase clásica a la fase clásica *per se*.

Con la mirada puesta en la periodización, es instructivo en este breve resumen volver a la dimensión kantiana de la obra monográfica de KELSEN de 1928. Como he señalado, la cognición jurídica aparece en prácticamente todos los escritos de KELSEN, pero en el trabajo anterior está subdesarrollada. Este estado de cosas cambia cuando en la monografía de 1928, *Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico*,⁷³ KELSEN adopta expresamente una posición neokantiana.

Ahora el “papel activo y creativo” del conocimiento está en el frente y centro de su pensamiento. Como escribe KELSEN, con el fracaso de la noción de objetos trascendentes independientes del conocimiento y el fracaso concomitante de la “teoría de la copia del conocimiento”,⁷⁴ “Este conocimiento [...] ha de jugar un papel activo, creativo. Es el conocimiento mismo el que genera su objeto, conforme a sus leyes inmanente, a partir del material que le es dado por los sentidos. Esta sujeción a leyes del conocimiento garantiza la validez *objetiva* de sus resultados”.⁷⁵

⁷¹ KELSEN, H., *Die philosophischen Grundlagen...*, cit., §24, pp. 45-46.

⁷² *Ibidem*, §33, p. 60.

⁷³ Ciertamente, KELSEN introduce la terminología neokantiana ya en 1920, en el prólogo de *Das Problem der Souveränität*, pero su adopción de un punto de vista neokantiano, en el que se entiende que este enfoque marca la diferencia en la teoría, no es evidente antes de 1928, en la monografía a la que me refiero aquí.

⁷⁴ La teoría de la copia, cuyo nombre proviene de la idea de que nuestras sensaciones son “copias” de objetos existentes de forma independiente, es conocida por el empirismo británico.

⁷⁵ KELSEN, H., *Die philosophischen Grundlagen...*, cit., §34, p. 62.

Un poco más adelante en el mismo texto, Kelsen refina la idea acerca de que el conocimiento “*crea sus objetos*”:

“De igual modo que el conocimiento, en el ámbito de la ciencia natural, no puede producir el material experimental sino solo constituir un objeto específico (*spezifischer Gegenstand*) a partir del material que le es dado por los sentidos, tampoco puede, en el ámbito de la ciencia jurídica, producir valores materiales, sino solamente los valores (esto es, los actos de valoración) que le son dados por la voluntad, con el fin de construir un objeto específico como un sistema normativo carente de contradicción.”⁷⁶

Aquí Kelsen ofrece al lector una declaración fecunda sobre lo que es su “idealismo crítico”, su neokantianismo. En particular, están en juego dos contextos con respecto al conocimiento, a saber, el conocimiento en la ciencia natural y el conocimiento en la ciencia jurídica. La “materia prima de la experiencia” consiste en impresiones sensoriales, el material que proviene de los sentidos. El conocimiento natural entonces *constituye* este material, en palabras de Kelsen, como “un objeto específico” (*spezifischer Gegenstand*). Esto cuenta como una afirmación extraordinariamente comprimida del proceso de “constitución”, tal como lo entiende la teoría kantiana del conocimiento, y presupone, *inter alia*, los principios del entendimiento puro (*Synthetische Grundsätze*) en la analítica trascendental de la primera *Crítica* de Kant.⁷⁷

8. EL INTERLUDIO ETNOLÓGICO 1936-1940

A) *Introducción al interludio etnológico*. El interludio etnológico, situado entre 1936 y 1940 representa una ruptura brusca en la fase clásica de la periodización. Aparentemente, como puede verse en la “Autobiografía de 1947” de Kelsen, él ya estaba ocupado en Viena recolectando materiales etnológicos. Este esfuerzo conduciría, en última instancia, a la redacción y publicación de un importante tratado, *Causalidad y retribución (Sociedad y naturaleza)*, terminado en 1940. Cuatro años antes, en un ensayo titulado “El alma y el derecho”,⁷⁸ Kelsen indaga en algunos de los argumentos principales que examina en dicho

⁷⁶ *Ibidem*, §37, pp. 70-71.

⁷⁷ Los principios del entendimiento puro reciben atención en la larga respuesta de Kelsen de 1922, “*Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‘Rechtsdogmatik’*”, pp. 103-235, a Fritz Sander.

⁷⁸ Kelsen, H., “*L’âme et le droit*”, *II^e Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, pp. 60-82.

tratado, a saber, pensamiento primitivo, retribución, ideología y las diversas interpretaciones de la causalidad. Presumiblemente, la investigación de Kelsen fue motivada por su gran interés en determinar cómo las personas adquieren creencias, en particular creencias que, según su punto de vista, son dudosas. Los ejemplos de Kelsen incluyen la creencia en una deidad y la creencia de que los líderes de un Estado autoritario son sabios y buenos. Por ello, no sorprende que este trabajo sea también parte de su interés general por la teoría del derecho natural, sobre la que escribió mucho.⁷⁹ Kelsen quiere saber por qué la gente se va con la teoría del derecho natural.

Desde el punto de vista de la periodización, el tratado *Causalidad y retribución (Sociedad y naturaleza)* cuenta, sencillamente, como un trabajo revolucionario. La causalidad, más precisamente la causalidad humeana o empirista, es el tema predominante, y en el trabajo de Kelsen hasta este momento suplanta la causalidad kantiana. Esto marca una desviación total de la *Teoría pura del derecho*, tal y como había sido influida por Kant y el neokantianismo.

Por lo tanto, sin que prácticamente todos los que han escrito sobre Kelsen lo hayan observado,⁸⁰ Kelsen ya había arrojado por la borda toda la teoría pura del derecho de inspiración kantiana a fines de la década de 1930, asociándose expresamente con la filosofía empirista de David Hume. Kelsen escribió en ese momento que aliarse con Kant en lugar de con Hume sería “un paso hacia atrás en lugar de hacia adelante”.⁸¹ Afirmaciones como esta reflejan la revolución anterior en su pensamiento, impulsada al menos en parte por los estudios histórico-etnológicos que había emprendido, esto es, sus investigaciones, en particular, sobre los orígenes del concepto de

⁷⁹ Véanse, por ejemplo, los primeros artículos en la colección de Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, y los apéndices a la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, a saber, “Die Normen der Gerechtigkeit” y “Die Naturrechtslehre”, pp. 357-401 y pp. 402-444, respectivamente. Estos apéndices aparecieron por vez primera en una traducción francesa: “Justice et Droit naturel”, pp. 1-123.

⁸⁰ Así, Bruno Celano escribe: “Voy a suponer que en el periodo de tiempo comprendido entre la primera y la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1934 y 1960), la teoría kelseniana mantuvo, en sus líneas principales, una forma razonablemente estable y unificada”. Celano, B., *La teoría del diritto di Hans Kelsen*, p. 12 n. Sin duda, Celano se limita a exponer una suposición, pero la observación sugiere que él también desconoce la revolución del pensamiento de Kelsen en 1936-1940.

⁸¹ Kelsen, H., *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, § 80, p. 276. También, cfr. “Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip”, *The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, No. 8 (1939/1940), p. 125. La edición en idioma inglés de *Vergeltung und Kausalität*, apareció impresa con el título *Society and Nature* en 1943 y 1946.

causalidad. Ya previamente, en tanto crítico de la ideología, KELSEN escribe en su provocador ensayo “Dios y el Estado” (1923):

“[V]emos con asombro, una y otra vez, el enorme y sorprendente poder con el que la autoridad societal constriñe a los hombres, en contra de sus instintos más profundos, a renegar de su voluntad fundamental de vivir y de su instinto de conservación, empujándolos a autosacrificarse con el máximo júbilo.”⁸²

KELSEN, con su sombrero de sociólogo, explica este y otros fenómenos similares en términos de ideología,⁸³ con una interpretación suficientemente amplia de esta noción. En el mismo ensayo, aborda el “pensamiento primitivo” y su falta de distinción entre lo ético-normativo y lo causal. KELSEN se contenta, en este primer ensayo, con simplemente registrar la transición de lo que él llama una “visión mitológica del mundo” a una visión científica moderna del mundo. Por el contrario, en *Vergeltung und Kausalität*, casi dos décadas después, busca explicar la transición que gira en torno al cambio de la retribución a la causalidad.

B) *El tratado de Kelsen sobre Causalidad y retribución.* KELSEN divide su tratado en tres partes. La primera parte, por mucho la más larga, comprende dos tercios del libro. Aquí KELSEN examina una gran cantidad de material etnográfico, con miras a desarrollar la idea de que, en el “pensamiento primitivo”, la naturaleza como parte de la sociedad se interpreta mediante la apelación al principio de retribución. Un hecho natural que se considera malo se percibe como retribución por un hecho social calificado como incumplimiento de una norma. En una de las muchas ilustraciones de esta conexión, KELSEN se basa en el estudio de Aurel KRAUSE sobre la tribu amerindia tlinkit:

“[L]os Tlinkits creían que el tiempo tormentoso persistente en los primeros meses de 1881 se debió al hecho de que, en el otoño anterior, dos niños habían sido enterrados a petición de un misionero en lugar de ser incinerados.”⁸⁴

⁸² KELSEN, H., “Gott und Staat”, *Logos*, No. 11, 1922/1923, p. 262 (pp. 261-284); “God and the State”, p. 62 (pp. 61-82) (trad. alterada).

⁸³ El trabajo de KELSEN en el campo de la “crítica ideológica” es bien conocido. En su obra temprana, el esfuerzo más sostenido de KELSEN en el campo de la crítica ideológica se dirige al marxismo. Cfr. KELSEN, H., *Sozialismus und Staat*. En la segunda edición muy ampliada de *Sozialismus und Staat* (1923), KELSEN enfatiza en el austromarxismo, con una atención especial a Max ADLER, el reconocido teórico austromarxista.

⁸⁴ Citado en KELSEN, H., *Vergeltung und Kausalität*, § 33, pp. 95-96; *Society and Nature*, § 33, p. 101 (trad. alterada). La cita proviene de KRAUSE A., *Die Tlinkit-Indianer*, p. 300. KRAUSE, en lo que

En la segunda parte del tratado, Kelsen recurre a la filosofía griega antigua, rastreando así hasta los atomistas los inicios de la emancipación de la causalidad de la retribución:

“[Los atomistas, Demócrito y otros] ven la causalidad en un proceso que se manifiesta como dos acciones homogéneas pero opuestas en términos de dirección, como el golpe y el contragolpe de átomos en colisión. Por supuesto, esto se entiende completamente por analogía con el principio de retribución, que conecta una acción con su reacción específica, a la culpa con el castigo, el mérito con la recompensa”.⁸⁵

La tercera parte del tratado de Kelsen es muy corta. Aquí esboza los pasos finales en la separación de la causalidad de la retribución, con la “causa” que ahora sustituye a la probabilidad estadística.⁸⁶ Aquí Kelsen se basa en la obra de Hans Reichenbach:

“Reichenbach interpreta la visión cambiante de la naturaleza provocada por la física moderna, en particular la mecánica cuántica, no en términos de reemplazar la ley causal con la ley estadística, sino –más precisamente– como ‘una modificación del concepto de ley causal’. Lo que toma lugar es ‘una modificación del concepto de ley causal’, una modificación que ‘se corresponde con la transición de la certeza estricta a la probabilidad’ que ya había comenzado en la física clásica.”⁸⁷

El gran tratado, *Vergeltung und Kausalität*., terminado en 1940, iba a publicarse con una editorial holandesa en 1941, pero debido a la guerra, el libro no apareció sino hasta 1946. Una edición en inglés, bajo el título de *Sociedad y naturaleza*, fue publicada en 1943, y una edición en español en 1945.⁸⁸

en su día fue un tratado muy conocido, informa ampliamente sobre las costumbres de los indios tlinkit, que vivían en Alaska.

⁸⁵ Kelsen, H., *Vergeltung und Kausalität*, cit., § 70, p. 255; *Society and Nature*, § 70, p. 247; también, cfr. Kelsen, H., “Die Entstehung des Kausalgesetzes...”, cit., p. 98; una visión lúcida sobre los atomistas en la filosofía griega se encuentra en Guthrie, W. K. C., *A History of Greek Philosophy*, vol. 2, pp. 414-419 et passim.

⁸⁶ Ver Kelsen, H., *Vergeltung und Kausalität*, cit., §§ 72-84, pp. 259-282, 503-514 (notas); *Society and Nature*, cit., §§ 72-82, pp. 249-266, 380-384 (notas); Kelsen, H., “Die Entstehung des Kausalgesetzes...”, cit., pp. 101-130.

⁸⁷ Kelsen, H., *Vergeltung und Kausalität*, cit., § 77, p. 268; *Society and Nature*, cit., § 77, p. 257 (trad. alterada), citando a Reichenbach, H., “Das Kausalproblem in der Physik”, *Die Naturwissenschaften*, No. 19, 1931, p. 713 (pp. 713-722).

⁸⁸ Kelsen, H., *Sociedad y Naturaleza. Una investigación sociológica*.

Un argumento fundamental surge de este tratado. Una revolución es llevada a cabo en el pensamiento de KELSEN entre 1936 y 1940. Esta revolución está relacionada con la causalidad, más precisamente con la causalidad humeana, la cual suplanta a la causalidad kantiana. De hecho, el cambio en el pensamiento de KELSEN en este momento marca un cambio tan radical que equivale a un respaldo al empirismo. Dicho con otras palabras, KELSEN respalda ahora la visión escéptica de HUME sobre la causalidad, parte integrante del empirismo de HUME.

C) *El significado de la causalidad humeana en la filosofía jurídica de Kelsen.* Según HUME, “la idea de una conexión necesaria entre eventos surge a partir de una serie de casos similares [...] de la conjunción constante de estos eventos”,⁸⁹ y esta conjunción constante da lugar a la expectativa de que el evento a (la “causa”) siempre será seguido por el evento b (su “efecto”).

KELSEN escribe que HUME nos da una razón “para dejar de buscar la necesidad [...] del nexo causal”, ya que no representa más que una “*creencia* en la necesidad”, atribuida por HUME “a un hábito de pensamiento”.⁹⁰ KELSEN, al respaldar a HUME, va más allá, buscando entre 1936-1940 apuntalar su nueva posición con referencias a miembros del Círculo de Viena, a saber, Philipp FRANK, Moritz SCHLICK y Edgar ZILSEL, y, como hemos visto, a REICHENBACH, miembro del grupo de Berlín, todos ellos, en términos generales, sucesores de HUME.⁹¹

El respaldo de KELSEN a HUME se refleja, como era de esperar, en su abandono de KANT y, de hecho, KELSEN ahora se dedica a la crítica de KANT.⁹² Es más, su nueva posición humeana se expresa en su filosofía jurídica. En 1936-1940, las normas jurídicas aparecen, al igual que en la fase tardía de KELSEN, como actos de voluntad no adulterados:

“Las normas del derecho, como todas las normas, son funciones de la voluntad, mientras que las leyes de la naturaleza son funciones del conocimiento. Además, las normas, también las normas jurídicas –a diferencia de

⁸⁹ HUME, D., *An Enquiry concerning Human Understanding* (1748), sec. VII, pt. II, p. 75.

⁹⁰ KELSEN, H., *Vergeltung und Kausalität*, cit., § 79, p. 275 (énfasis añadido); “Die Entstehung des Kausalgesetzes...”, cit., pp. 123-124 (énfasis en el texto original).

⁹¹ La apelación de KELSEN a las figuras del Círculo de Viena y a REICHENBACH del Círculo de Berlín era nueva. Es decir, no tenemos ninguna evidencia textual que sugiera un interés anterior por su trabajo. Sobre estos autores, cfr. STADLER, F., *Studien zum Wiener Kreis*.

⁹² Ver KELSEN, H., *Vergeltung und Kausalität*, cit., § 80, p. 276; “Die Entstehung des Kausalgesetzes...”, cit., pp. 123-124 (énfasis en el original).

las leyes de la naturaleza, entendidas como predicciones—, no son afirmaciones sobre lo que sucederá. Éstas no son declaraciones sobre la realidad en absoluto y, por lo tanto, no pueden ser verdaderas o falsas.”⁹³

Las normas jurídicas en tanto “funciones de la voluntad” contrastan fuertemente con las normas jurídicas de la fase clásica de Kelsen. Allí, también, Kelsen comienza con actos de voluntad, pero, argumenta, están filtradas a través del tamiz de la doctrina de la ciencia jurídica constitutiva de inspiración kantiana de Kelsen.⁹⁴ Si el filtro kantiano es eliminado, solo quedan actos de voluntad.

D) *Las secuelas de la revolución de 1936-1940*. La revolución en el pensamiento de Kelsen es de corta duración. Kelsen y su esposa Margarete abandonan Ginebra en la primavera de 1940 y emigran a Estados Unidos.⁹⁵ Una vez instalado en una oficina en el sótano de Langdell Hall en la Facultad de Derecho de Harvard, con el apoyo de una subvención de la Fundación Rockefeller, Kelsen se apresura a restaurar el antiguo régimen,⁹⁶ volviendo a la teoría pura del derecho tal y como era conocida por su trabajo antes de 1936-1940.⁹⁷ El tratado que marca

⁹³ Kelsen, H., *Vergeltung und Kausalität*, cit., § 79, p. 273; “Die Entstehung des Kausalgesetzes...”, cit., p. 125. Sobre los actos de voluntad en el periodo tardío de Kelsen, ver la gratificante perspectiva en Nobles, R. y D. Schiff, *A Sociology of Jurisprudence*, pp. 130-144.

⁹⁴ Para una expresión anterior sobre la ciencia jurídica kelseniana, cfr. Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., § 20(b), pp. 104-105.

⁹⁵ Cfr. Kelsen, H., “Autobiography of 1947”, en *Hans Kelsen Werke 1*, pp. 88-89. No hay nada en la autobiografía de Kelsen sobre lo que estoy llamando la revolución en su pensamiento en 1936-40, y en lo que respecta al último periodo de Kelsen (1960-71), la autobiografía llega demasiado pronto para ser de ayuda.

⁹⁶ El restablecimiento del antiguo régimen, que tiene lugar a más tardar en 1941, no significa que Kelsen no haya introducido ningún cambio en la Teoría Pura del Derecho en esta época. En 1941 introduce las proposiciones descriptivas del “deber ser” (*Soll-Sätze*) o proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*). Estas desempeñan el papel central en su breve defensa de la tesis de la “ausencia de conflictos” desde el punto de vista de una aplicación indirecta de la lógica a las normas. Sobre las sutilezas de las proposiciones jurídicas, cfr. Guastini, R., “‘Sollsätze’. An Exercise in Hard Legal Positivism”, en Pierluigi Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*, p. 103 y ss. Para confirmar la fecha del restablecimiento del antiguo régimen por parte de Kelsen es interesante el ensayo de Kelsen, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, publicado en el otoño de 1941. Otro texto que da expresión a la restauración del antiguo régimen es el ensayo de Kelsen, “Value Judgments in the Science of Law”, *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, No. 7, 1942, pp. 312-333. Estos ensayos, incluso junto con todo lo que sigue, hasta la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1960), reflejan las enseñanzas del periodo clásico dominante de Kelsen.

⁹⁷ O, de hecho, antes de 1936. Es decir, el comienzo de la revolución en el pensamiento de Kelsen puede rastrearse hasta la publicación, en 1936, de “L’âme et le droit”. Sitúo la revolución en 1939-1940 porque el rechazo expreso de Kelsen a Kant y su apoyo a Hume es un desarrollo de 1939-1940, que se encuentra en *Vergeltung und Kausalität* (terminado en 1940).

con mayor claridad la restauración del antiguo régimen es la *Teoría General del Derecho y el Estado* de Kelsen (1945).

9. LA REANUDACIÓN DE LA FASE CLÁSICA *PER SE*: 1940-1960

Los dualismos contra los que Kelsen luchó con tanta tenacidad a lo largo de los años aparecen, una vez más, en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*. El más notorio de estos dualismos, desde el punto de vista de Kelsen, es el referido al derecho y el Estado. Además de la “doctrina de las dos caras” del Estado,⁹⁸ Jellinek tiene una segunda doctrina que aborda la heterogeneidad jurídico-fáctica del Estado. Esta doctrina, tan conocida, y desde el punto de vista de Kelsen, tan notoria como la primera doctrina, recibe el nombre de “doctrina de la auto-obligación” (*Selbstverpflichtungslehre*) del Estado. Jellinek escribe:

“[C]on cada norma jurídica existe, sin que los sujetos lo sepan, la seguridad de que mientras dure la vigencia de la norma, el Estado también está obligado. La orden a sus órganos de cumplir la norma no es arbitrariedad pura [...] Más bien, el Estado, en el acto de creación del derecho, se obliga a sí mismo a aplicar y cumplir sus obligaciones frente a los sujetos.”⁹⁹

A veces denominada como la “paradoja de la auto-obligación”,¹⁰⁰ Jellinek introdujo primero esta doctrina como un medio para establecer el carácter jurídico del Estado en aras de su entrada en las obligaciones derivadas de tratados,¹⁰¹ pero posteriormente desarrolla esta doctrina como una expresión general sobre la naturaleza del Estado. La premisa clave de esta doctrina es que el Estado, antes de comprometerse a vincularse legalmente, no está vinculado y, argumenta Jellinek, este tiene que ser el caso, porque si el Estado estuviera legalmente obligado desde el principio, no habría ocasión de hablar de su acto autovinculatorio, su acto autoobligatorio.

Kelsen ve esta premisa como el tendón de Aquiles de la doctrina de Jellinek. El Estado como sujeto de voluntad y acción es, según esta doctrina, indepen-

⁹⁸ Las dos caras del Estado, a saber, la cara jurídica y la cara social o fáctica, establecen de forma conjunta el carácter del Estado, una visión que, entendida en términos adecuadamente generales, es la opinión recibida en el derecho público europeo hasta el día de hoy. Kelsen pretende mostrar que la “doctrina de las dos caras” del Estado es errónea.

⁹⁹ Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 370.

¹⁰⁰ Cfr., Kersten, J., *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, p. 411 et passim.

¹⁰¹ Cfr., Jellinek, G., *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, p. 19.

diente del derecho y, de hecho, es anterior al derecho. Entonces, como dice Kelsen, repitiendo a Jellinek, el Estado “cumple su misión histórica” al crear al derecho.¹⁰² Pero si el Estado es un mero “hecho de poder” (*Faktum der Gewalt*),¹⁰³ ¿cómo puede crear derecho? A menos que el Estado jurídico en su carácter, sostiene Kelsen, no puede crear nada jurídico. Jellinek tiene una réplica aguda:

“Los defensores de la teoría pura del Estado en tanto derecho no han pensado en las últimas consecuencias de la doctrina”.¹⁰⁴

¿Cuáles son estas consecuencias últimas? Jellinek sostiene que estas equivalen a que no haya ningún Estado (*Staatslosigkeit*).¹⁰⁵ El Estado es devorado por el derecho. La réplica de Jellinek subraya su opinión de que el Estado debe tener una identidad que sea independiente del derecho. Precisamente esto, por el contrario, es lo que Kelsen niega con su tesis de identidad.

Pero, ¿hasta dónde llega la negación de Kelsen? Seguramente Kelsen no respalda la afirmación de Jellinek de que las “consecuencias últimas” de la tesis de la identidad significan que el Estado simplemente desaparece. Eso sería absurdo. Para ver que Kelsen no afirma tal cosa, es instructivo abordar la ambigüedad sistemática del “dualismo”. Kelsen, desde el punto de vista de la ciencia jurídica como él la entiende, está combatiendo una serie de dualismos que se encuentran en la tradición jurídica: derecho subjetivo y derecho objetivo, derecho privado y público, ser humano y persona jurídica, derecho municipal y derecho internacional público y, sobre todo, el Estado y el derecho. Para Kelsen, el tema de la ciencia jurídica representa una esfera *monista*. En cada grupo de campos combinados, el primer campo debe ceder o ser absorbido por el segundo campo. Este dualismo proviene de la tradición y es lo que Kelsen rechaza.

Kelsen reconoce una segunda forma de dualismo, a saber, el dualismo metodológico de los neokantianos de *fin-de-siècle*. El dualismo en esta lectura se refleja en yuxtaposiciones familiares, por ejemplo, la de *Sein y Sollen*, la de realidad e idea (*Wirklichkeit e Idee*), y la del Estado y el derecho; donde están en juego tanto el mundo natural como el mundo normativo, pero no en el contexto de la defensa jurídico-filosófica de Kelsen del segundo a expensas del primero, su discusión refleja el dualismo metodológico. El mundo natural abarca e incluye

¹⁰² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., § 39, p. 288.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 248-249.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

gran parte del derecho. Las actividades diarias del derecho, digamos, la mecánica del descubrimiento (declaraciones orales, declaraciones sobre interrogatorios escritos y similares), la acumulación de pretensiones, el contrainterrogatorio de testigos, etc., no se encuentran en el mundo ideal del *Sollen*, sino en el mundo natural del *Sein*. Basándome en el propio texto de Kelsen:

“Si la ciencia jurídica no ha de ser absorbida por las ciencias naturales, se hace necesario distinguir tajantemente entre derecho y naturaleza. Tarea bastante dificultosa, ya que el derecho –o lo que es frecuente llamar así– parece situarse, al menos en una parte de su ser, en el ámbito de la naturaleza, y tener por eso en parte una existencia completamente natural. Si se analiza cualquiera de los supuestos que se consideran jurídicos, como, por ejemplo, una decisión parlamentaria, un acto administrativo, una sentencia judicial, un negocio jurídico, un delito, se podrán distinguir en ellos dos elementos: uno es el fenómeno externo, la mayoría de las veces un comportamiento humano, un acto perceptible sensorialmente que se produce en el tiempo y en el espacio”¹⁰⁶

Vuelvo a afirmarlo, la discusión de Kelsen, entendida en este contexto, es un claro reflejo del dualismo metodológico. El Estado, le responde Kelsen a Jellinek, se encuentra, por supuesto, aquí, en el mundo natural del *Sein*. El Estado es abordado por las ciencias causales, en particular por la sociología jurídica, a la que Kelsen alude ocasionalmente en el tratado.¹⁰⁷ La *Teoría pura del derecho* de Kelsen (1960) lleva a la fase clásica a su fin. Es irónico que este tratado, una de las expresiones más completas de la fase clásica de Kelsen, aparezca en el mismo año que marca el comienzo de la *Spätlehre*, en la cual Kelsen arroja por la borda muchas de las doctrinas de la fase clásica al embarcarse en una nueva teoría jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMRHEIN-HOFMANN, C., *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003.

BEISER, F. C., *After Hegel*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

BERNSTORFF, J., *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, trad. Thomas Dunlap, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

¹⁰⁶ Kelsen, H., *Introduction to the Problems...*, cit., § 2, p. 8, y Kelsen, H., *Reine Rechtslehre* 2, § 2, p. 2.

¹⁰⁷ Por ejemplo, cfr. Kelsen, H., *Introduction to the Problems...*, cit.

- BINDER, J., *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, A. Deichert, Leipzig, 1907.
- BULYGIN, E., "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", *Ratio Juris*, No. 3, 1990.
- CELANO, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- CHIASSONI, P., "Wiener Realism", en Luís Duarte d'Almeida, John Gardner, and Leslie Green (Eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Hart, Oxford, 2013.
- CHIASSONI, P., *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Turin, 2009.
- CHIASSONI, P., "Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair", en Peter Langford (Ed.), *et al. Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer, Dordrecht, 2017.
- CORRINO, A., "Logistic Normativism: *The Wiener rechtstheoretische Schule*", en Enrico Pattaro y Corrado Roversi (coords.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, t. 1, Springer, Dordrecht, 2016.
- DREIER, H., "Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre", en *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre (Festakt für Robert Walter)*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, t. 22, Manz, Viena, 2001.
- DREIER, H., *Kelsen in Kontext*, Ed. Matthias Jestaedt y Stanley L. Paulson, Mohr Siebeck, Tübinga, 2019.
- GARCÍA-SALMONES, M., *The Project of Positivism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GUASTINI, R., "'Sollsätze'. An Exercise in Hard Legal Positivism", en Pierluigi Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2001.
- GUTHRIE, W. K. C., *A History of Greek Philosophy*, 6 vols., Cambridge University Press, Cambridge, 1962-1981.
- Hans Kelsen Werke*, vol. 1, ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007.
- Hans Kelsen Werke*, vol. 2 (en dos partes, 2.I, y 2.II), ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008.
- Hans Kelsen Werke*, vol. 3, ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010.
- Hans Kelsen Werke*, vol. 4, ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2013.
- HEIDEMANN, C., *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Nomos, Baden-Baden, 1997.
- HEIDEMANN, C., "Norms, Facts, and Judgments: A Reply to S. L. Paulson", *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 19, 1999, pp. 345-350.

- HEIDEMANN, C., "Noch Einmal: Stanley L. Paulson and Kelsens urteiltstheoretischer Normbegriff", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 93 (2007), pp. 345-362.
- HUME, D., *An Enquiry concerning Human Understanding* (1748), 3ª ed. por P. H. Nidditch, Clarendon Press, Oxford, 1975.
- JELLINEK, G., *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Alfred Hölder, Viena, 1880.
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., O. Häring, Berlín, 1905.
- JESTAEDT, M., *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2013.
- JESTAEDT, M., "Von den 'Hauptproblemen' zur Erstauflage der 'Reinen Rechtslehre'", en Robert Walter (Ed.), et al., *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, t. 32, Manz, Viena, 2009.
- KAMMERHOFER, J., *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*, Routledge, Londres y Nueva York, 2011.
- KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1911.
- KELSEN, H., "Über Staatsunrecht", *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, No. 40, 1914.
- KELSEN, H., "Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischen Verfassung", *AöR*, No. 32, 1914.
- KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1920.
- KELSEN, H., *Sozialismus und Staat*, C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1920.
- KELSEN, H., "Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 1, No. 17, 1923-1924.
- KELSEN, H., "Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der 'Rechtsdogmatik'", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, No. 3, 1922.
- KELSEN, H., "Gott und Staat", *Logos*, No. 11, 1922/1923.
- KELSEN, H., *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlín, 1925.
- KELSEN, H., "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours*, No. 14, 1926.
- KELSEN, H., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, 1928.
- KELSEN, H., "Allgemeine rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, No. 66, 1931.

- KELSEN, H., 'L'âme et le droit', *II^e Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Recueil Sirey, París, 1936.
- KELSEN, H., "Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, No. 8, 1939/1940), pp. 69-130.
- KELSEN, H., *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, W. P. Van Stockum & Zoon, La Haya, 1941.
- KELSEN, H., "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, No. 1, Nov., 1941, pp. 44-70.
- KELSEN, H., "Value Judgments in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, No. 7, 1942.
- KELSEN, H., *Society and Nature*, University of Chicago Press, Chicago, 1943.
- KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, trad. Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945.
- KELSEN, H., *Sociedad y Naturaleza. Una investigación sociológica*, trad. Jaime Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945.
- KELSEN, H., *Society and Nature*, Kegan Paul, Trench, Trubner, Londres, 1946.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. Henri Thévenaz, Éditions de la Baconnière, Boudry-Neuchâtel, 1953.
- KELSEN, H., "Justice et Droit naturel", trad. Étienne Mazingue, en *Le droit naturel*, Institut international de philosophie politique, Annales de Philosophie politique, III, Presses Universitaires de France, París, 1959, pp. 1-123.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Deuticke, Viena, 1960.
- KELSEN, H., "God and the State", en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, edición de Ota Weinberger, trad. Peter Heath, Reidel, Dordrecht, 1973.
- KELSEN, H., *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, reimpresión y estudio introductorio de Ernst Topitsch, Böhlau, Viena y Colonia, 1982.
- KELSEN, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trads. Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- KELSEN, H., *Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2019.
- KERSTEN, J., *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2000.
- KRABBE, H., *Die moderne Staats-Idee*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1919.
- KRABBE, H., *The Modern Idea of the State*, traducción e introducción de George H. Sabine y Walter J. Shepard, D. Appleton, Nueva York, 1922.

- KRAUSE A., *Die Tlinkit-Indianer*, Costenoble, Jena, 1885.
- KUBEŠ, V., "Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre", *ZÖR N.F.*, No. 31, 1980.
- MERKL, A., "Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 41 N.F. 2, 1921.
- NOBLES, R. y D. SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, Hart, Oxford, 2006.
- NOGUEIRA DIAS, G., *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005.
- OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen Biographie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.
- REICHENBACH, H., "Das Kausalproblem in der Physik", *Die Naturwissenschaften*, No. 19, 1931.
- SCHIFFER, W., *Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur*, F. Deuticke, Leipzig y Viena, 1937.
- STADLER, F., *Studien zum Wiener Kreis*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1997.
- VAIHINGER, H., *Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft*, 2 vols., Deutsche Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 1881/92.
- VAIHINGER, H., *Die Philosophie des Als Ob*, Felix Meiner, Leipzig, 1922.
- VERDROSS, A., "Zur Konstruktion des Völkerrechts", *Zeitschrift für Völkerrecht*, No. 8, 1913.
- VERDROSS, A., "Zur Konstruktion des Völkerrechts", en Hans Klecatsky, René Marcic, and Herbert Schambeck (Ed.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols., Europa Verlag, Viena, 1968.
- WIEACKER, F., "Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts", en Ernst Forsthoff (Ed.) et al., *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag*, Otto Schwartz, Gotinga, 1973.

Recibido: 29/6/2021
Aprobado: 10/7/2021

LA FILOSOFÍA MORAL COMO FRUTA PROHIBIDA

Moral philosophy as forbidden fruit

Dr. Manuel Atienza

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de Alicante, España

<https://orcid.org/0000-0001-6569-1402>

Manuel.Atienza@ua.es

Resumen

Juan-Ramón Capella es uno de los más importantes filósofos del Derecho y de la política de inspiración marxista. En este texto se discute su tesis de que, en materia moral, no existen otros fundamentos que las puras convenciones.

Palabras clave: Juan-Ramón Capella; marxismo; política; moral; puras convenciones.

Abstract

Juan-Ramón Capella is one of the most important representatives of the legal and political philosophy of Marxist inspiration. What is discussed in this text is his thesis that, in matters of morality, there are no other foundations than pure conventions.

Keywords: Juan-Ramón Capella; marxism; politics; moral; pure convictions.

1

Conocí personalmente a Juan-Ramón CAPELLA hacia mediados de los años setenta, en una reunión de la Asociación Española de Filosofía Jurídica y Social. Pero su obra –o una pequeña parte de ella– la conocía desde algo antes: cuando era estudiante de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo había leído dos de sus escritos, “El Derecho como lenguaje” y “Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas”. Todavía recuerdo muy bien cuando Albert CALSAMIGLIA, a petición mía, me presentó a aquel joven profesor por el que yo sentía tanta admiración y que se vestía con elegancia e incluso diría que con

una pizca de coquetería: si mi memoria no me falla, llevaba en aquella ocasión una chaqueta de pana muy al estilo de los intelectuales de izquierda de la época, que dejaba ver una camisa de un color que he olvidado, pero que entonces debía de resultar inusual. Aunque fue amable conmigo, no intercambiamos, sin embargo, más que unas pocas palabras: yo me sentía algo intimidado y creo que Juan-Ramón no mostró tampoco ningún interés por pasar de las habituales frases de cortesía. Desde entonces he seguido con mucha atención su –abundante– producción teórica, que ha influido mucho en mi manera de entender el trabajo iusfilosófico, si bien mis ideas de fondo creo que no han sido nunca completamente coincidentes con las suyas.

En los cerca de 45 años que habrán pasado desde entonces no nos hemos visto demasiadas veces, pero, como digo, eso no ha impedido que haya sentido siempre su proximidad; o sea, el suyo es un punto de vista que siempre he tenido muy en cuenta en todo lo que he escrito, aunque en ocasiones no haya sido para seguirlo. O, para decirlo en un tono más personal, desde entonces hemos tenido algunos (no demasiados) encuentros, pero también algunos desencuentros que, felizmente, han terminado fundiéndose (¿una síntesis dialéctica?) en una relación de amistad, cuyo cultivo, por suerte, no requiere ya de la proximidad física que era indispensable, pongamos por caso, en la época de ARISTÓTELES.

Precisamente, el estagirita, como es bien sabido, escribió mucho sobre la amistad (la *philia*), que consideró como un componente fundamental de la moral individual y también de la ética política. Tanto es así que, para él, “la justicia y la amistad son lo mismo o casi lo mismo”,¹ si bien la amistad es incluso superior a la justicia: “Cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia, pero, aun siendo justos, sí necesitan de la amistad, y parece que son los justos los más capaces de amistad”. Al preguntarse de dónde proviene la amistad, ARISTÓTELES recoge la opinión –entre otros, de EMPÉDOCLES– de que se origina por la igualdad o por la semejanza de los que son amigos: “lo semejante aspira a lo semejante”. Pero no se olvida de la existencia de una opinión contraria a la anterior, según la cual los que se parecen entre sí no serían propensos a la amistad: “dos de un mismo oficio no se ponen de acuerdo”; los alfareros se detestan siempre mutuamente. Y no deja de sugerir que la amistad podría tener también algo que ver con la existencia de oposiciones, con la atracción de los contrarios: así, EURÍPIDES había dicho que “la tierra reseca ama la lluvia”, y HERÁCLITO que “lo opuesto es lo que conviene”, que “la armonía más hermosa procede de tonos

¹ ARISTÓTELES, *Ética a Eudemo*, VIII, 1.

diferentes" y que "todo nace de la discordia";² de manera que se podría llegar a la conclusión de que la amistad es un tipo de igualdad, pero que no exige exactamente la uniformidad, en cuanto a la manera de ser y de pensar, entre los amigos.

Por otro lado, al plantearse cuál es el objeto propio de la amistad, aquello digno de ser amado, ARISTÓTELES hace una triple distinción entre lo útil, lo agradable y lo bueno, y a partir de ahí distingue tres especies de amistad: los que se aman por el interés, por la utilidad que puede sacar el uno del otro; los que son amigos por el placer que se proporcionan entre sí; y la amistad perfecta, que se basa en las cualidades y en la virtud: "la de los hombres buenos e iguales en virtud".³ Las tres especies no son entre sí excluyentes, de manera que ARISTÓTELES incluye en la amistad perfecta un elemento de placer y de interés mutuo, pero no se queda ahí: la verdadera amistad es "la de los buenos en cuanto buenos, y las demás [amistades] lo serán por semejanza [a la amistad perfecta]";⁴ y eso es lo que lleva, en definitiva, a que la amistad trascienda la esfera de lo puramente individual y pueda llegar a constituir un elemento fundamental de la ética política. Como escribe Emilio LLEDÓ: "La philía es también una *areté*. A través de ella, el bien individual se amplía, consolida y confirma. El bien que descubrimos en el otro es un bien que rompe la medida de la particular perspectiva con que cada existencia buscaría su felicidad".⁵ Además, al tratarse de una virtud, el carácter amistoso, amable, tendrá que situarse en un término medio entre el exceso y el defecto, digamos, entre la adulación y la aspereza de trato: "el que es agradable como se debe es amable, y la disposición intermedia, amabilidad; el excesivo, si no tiene mira alguna, obsequioso, si es por utilidad, adulador; y el deficiente y en todo desagradable, quisquilloso y malhumorado".⁶ Y volviendo a la amistad perfecta, ARISTÓTELES asegura que este tipo de relación ha de ser rara, porque supone características que no son comunes y porque, además, "tales amistades requieren tiempo y trato".⁷ O sea, la amistad puede surgir espontáneamente, pero tiene que ser adecuadamente cultivada para que no se agoste.

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, VIII, 1.

³ *Ibidem*, VIII, 3.

⁴ *Idem*, VIII, 4.

⁵ LLEDÓ, Emilio, *Memoria de la ética. Una reflexión sobre los orígenes de la teoría moral en Aristóteles*, p. 125.

⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 7.

⁷ *Ibidem*, VIII, 3.

Bueno, no creo que a Juan-Ramón le parezca mal esta referencia a ARISTÓTELES, aunque ello suponga la utilización de algunos términos morales que podría considerar quizás sospechosos. Y a mí me sirve bien como introducción para tratar el tema de su obra que he elegido para este artículo: el lugar de la filosofía moral en su obra. La base de mi relación de amistad con él (amistad en el sentido aristotélico, filosófico, que –como se ha visto– no excluye el significado más o menos habitual con el que ordinariamente empleamos la expresión) es una coincidencia fundamental en lo que cabría llamar la manera de entender la “vida buena”: la que transcurriría en un tipo de organización social muy distinto al que ahora tenemos (o a los que ahora tenemos), pues tendría que basarse en una distribución igualitaria de los bienes (o, al menos, que ponga límites drásticos a las desigualdades) y en una profunda revisión de lo que son (y de lo que no son) verdaderas necesidades humanas, que tendrían que ajustarse a los límites marcados por la ecología. Pero esa afinidad en cuanto al propósito final no lo es también (no lo es del todo) en relación con la función que en ese proceso deberían cumplir el Derecho, la moral o la política. Más exactamente, mi principal discrepancia con él creo que radica en el objetivismo moral, algo que, a mí me parece, constituye un ingrediente indispensable para ese proyecto de vida buena, pero que él rechaza. Mi pregunta –mi sospecha– es esta: ¿no estará incurriendo, con esa negativa a plantearse el problema de los fundamentos éticos de la sociedad, en un tipo de actitud que él mismo ha denunciado a propósito de la corriente dominante de la filosofía jurídica de los últimos tiempos, construida básicamente de espaldas al saber social –sociológico, económico, antropológico, ecológico...– existente? Y de la misma forma que él critica –con toda razón– a los filósofos sociales y políticos que suelen descuidar el papel del Derecho en el todo social, ¿no cabría también reprocharle a él el que haya prescindido de una de las patas –la de carácter moral– que sostienen lo que tradicionalmente se ha llamado la racionalidad práctica? ¿Está justificada, en definitiva, su tesis de que, en materia de moral, no existen otros fundamentos que las puras convenciones?

2

Trataré, en primer lugar, de aclarar cuáles son exactamente las tesis de filosofía moral que Juan-Ramón CAPELLA defiende. Creo que puedo hacerlo de forma breve, porque cuento para ello con una reciente “Entrevista...” que yo mismo le hice para la revista *Doxa* (en 2016) y con un trabajo que escribí un poco después (en 2017), en el que me ocupaba de ese aspecto de su pensamiento y, en general, de cómo podría contribuir su concepción de la filosofía del Derecho a la transformación social. Resumo entonces lo que me parece que es su postura en estos tres puntos:

El primero es que Juan-Ramón CAPELLA no es, naturalmente (casi nadie lo es), un escéptico en el plano de lo que se suele llamar la ética prescriptiva, o sea, en el de los juicios éticos en cuanto tales, los juicios de primer nivel; sino que lo es en el de la teoría ética, esto es, respecto de los juicios de segundo nivel, los juicios metaéticos que habrían de servir como fundamento de los anteriores: “¿Escéptico? –así empieza una de las contestaciones a una de las preguntas de la Entrevista– ¡Ni mucho menos! Sería un escéptico quien dijera que se puede actuar sin principios, y ese no es mi caso”⁸ Por lo demás, en sus obras pueden encontrarse con cierta abundancia juicios de tipo moral, pero esos juicios carecerían en su opinión de una justificación última: “Yo no creo [...] que se pueda encontrar un asidero firme, una roca en que basar nuestras convicciones morales: no soy un objetivista moral”⁹

El segundo punto (consecuencia en parte del anterior) es la falta de interés por las cuestiones de fundamentación moral. Discutir sobre el objetivismo o el relativismo moral le parece una empresa semejante a “discutir sobre la existencia de Dios”¹⁰ Los problemas importantes de la filosofía moral en nuestros días “no son de fundamentación, sino situacionales”¹¹ Y para resolver ese tipo de problemas (un ejemplo que pone es el de si se debe o no experimentar con humanos en ingeniería genética), la filosofía moral contemporánea “no parece haber ayudado mucho”¹² Tampoco es mucho lo que podría extraerse del principio de justicia de MARX para la sociedad comunista (el de dar a cada uno según sus necesidades), puesto que, por un lado, las necesidades no podrían entenderse en un sentido subjetivo y, por otro, entendidas como necesidades objetivas, estas han mostrado ser enormemente elásticas.¹³ Así es que, en su opinión, no parece tener sentido adoptar “una concepción substancialista acerca de la justicia”,¹⁴ puesto que cualquier “concepción material de la justicia [o sea, los ideales, los juicios de valor, los principios de la moralidad] ha de ser puest[a] en cuestión, establecid[a], y debatid[a], una y otra vez”¹⁵

⁸ ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Juan-Ramón Capella”, *Doxa*, No. 39, 2016 p. 437.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*, p. 438.

¹³ ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, p. 305; también CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*.

¹⁴ CAPELLA, Juan-Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, p. 354.

¹⁵ *Ibidem*, p. 355.

Y, en fin, el tercer y último punto es que la falta de fundamentación de los juicios éticos se sustituye en el pensamiento de CAPELLA por la apelación a la convención. Los juicios de valor no se fundamentan, sino que se constatan, de manera que el estudio de los problemas morales parece quedar reducido a lo que suele llamarse la moral o ética descriptiva: a la descripción –y explicación– en términos sociológicos, psicológicos, etc., de las opiniones morales de la gente. “El escrutinio de la moralidad de la actuación de cualquier ser humano corresponde a sus pares. Y este escrutinio, en realidad, puede mostrar divisiones en sus conclusiones”.¹⁶ El fundamento de toda normatividad (lo que incluye las declaraciones de derechos humanos y cualquier proyecto de idealidad jurídica y política) no es otro que la convención: “Hoy sabemos que la normatividad no se fundamenta ni en la naturaleza (no hay un modelo natural de derecho) ni en la razón (no hay un logos de razón para el derecho), sino en la *convención* de una racionalidad discursiva pública que pone de vez en vez la ley y que *carece de otro fundamento que la convención misma*”.¹⁷ “Las libertades políticas son esenciales para las gentes, pero es preciso decir que carecen de fundamento. Esto es: las libertades políticas se sostienen gracias a la voluntad popular de que haya libertades políticas. Únicamente gracias a eso y al consenso en torno a eso”.¹⁸

3

En mi opinión, no es fácil encontrar una explicación para esa concepción de la ética (y de la teoría ética), particularmente cuando quien la sostiene es un autor cuya obra ha estado presidida esencialmente por el propósito de contribuir a la transformación social, esto es, de diseñar un proyecto de sociedad alternativa a la existente. En otras palabras, a mí me parece que hay una incompatibilidad de fondo “entre el compromiso moral y el escepticismo metaético”,¹⁹ que en el caso de CAPELLA, podría explicarse (no hablo de justificación; lo dejo para el siguiente apartado) por una serie de factores que, de manera también muy resumida, podrían ser los siguientes.

En primer lugar, me parece que hay dos influencias teóricas en la obra de CAPELLA, la de Kelsen y la de Marx, que pueden haber desempeñado un papel de cierto peso en la asunción de ese escepticismo metaético.

¹⁶ ATIENZA, Manuel, “Entrevista...”, *cit.*, p. 438.

¹⁷ CAPELLA, Juan-Ramón, *Fruta prohibida...*, *cit.*, p. 353.

¹⁸ CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo...*, *cit.*, p. 114.

¹⁹ ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho...*, *cit.*, p. 304.

KELSEN, como es bien sabido, fue un emotivista ético radical, que consideró la justicia como “un ideal irracional” y que a pesar de haber inventado los tribunales constitucionales de tipo europeo, sostuvo que las referencias de las Constituciones a términos como “justicia”, “igualdad” o “dignidad” carecían de todo significado, pues esas expresiones eran vacías y, por tanto, no podían constituir parámetros válidos para juzgar a partir de ellas sobre la constitucionalidad de las leyes. En algún escrito de su última época, CAPELLA hace una “autocrítica”, en el sentido de que la influencia que en su manera de entender el Derecho había tenido la concepción de KELSEN, le había llevado a la asunción de un cierto “monismo ontológico-jurídico” y a no darse cuenta del fenómeno del pluralismo jurídico.²⁰ Siempre fue muy consciente de que la perspectiva kelseniana resultaba inadecuada por su unilateralidad, esto es, porque consideraba el Derecho exclusivamente desde un punto de vista interno, normativo. Pero nunca, que yo sepa, puso alguna objeción al irracionalismo kelseniano en materia de valores; más exactamente, lo que a CAPELLA no le parecía bien (como escribió en un trabajo de 1976) de la frase de KELSEN sobre la justicia antes transcrita, era simplemente que suponía una noción muy estrecha de racionalidad, pero no hacía ninguna crítica al planteamiento de KELSEN en cuanto tal.²¹

Y, por lo que se refiere a MARX, creo que puede decirse que en este aspecto, CAPELLA sí que ha sido un seguidor fiel del pensador alemán. Los términos que antes utilizaba para referirme a la posición de CAPELLA sirven igualmente para caracterizar la de MARX: este fue un irracionalista en materia de filosofía moral, aunque toda su obra haya estado dirigida al logro de un objetivo moral: la emancipación humana, únicamente posible en su opinión –y en la de CAPELLA–, en una sociedad que haya superado el capitalismo. Ello se traduce, en el plano de los derechos humanos, en una concepción que (aunque no sea exactamente la misma en todas las fases de su obra) se caracteriza esencialmente por haberlos considerado exclusivamente como realidades dadas en un plano político (desde el que podían desempeñar un papel de gran importancia como instrumentos de transformación social), pero no –también– como entidades –exigencias– de carácter y valor moral. Y así, de manera parecida a lo que ocurría con KELSEN, CAPELLA ha criticado diversos aspectos de la obra de MARX que no

²⁰ *Ibidem*, p. 306.

²¹ “El deber ser, en Kelsen, queda excluido del ámbito de la racionalidad. Afirma, textualmente, que ‘la justicia es un ideal irracional’; opina [...] que el discurso sobre la idealidad, sobre el deber ser, tiene una base exclusivamente emocional. Como señala Sacristán, lo que anda mal aquí es la idea que se hace Kelsen de racionalidad, que identifica con sistematicidad interna, formal, con *teoría* en sentido estricto”. CAPELLA, Juan-Ramón, *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, p. 190.

permitirían entender aspectos fundamentales de las sociedades contemporáneas: como la reducción del Derecho a un elemento sobreestructural del todo social, el propio esquema base-sobreestructura, o la falta de atención a los medios de producción de naturaleza esencialmente intelectual. Incluso –como se ha visto–, se ha mostrado escéptico frente a la posibilidad de extraer alguna regla material de justicia a partir de las necesidades humanas. Pero nunca, que yo sepa, ha dirigido reproche alguno al irracionalismo moral de MARX o a su concepción –puramente instrumental– de los derechos humanos. Es más, sobre esto último, lo que ha escrito –en una reciente publicación– sobre las libertades políticas podría perfectamente haberlo firmado MARX, quizás con algunos cambios estilísticos. Así, en opinión de CAPELLA, dado que las libertades políticas se ejercen en un régimen político –el Estado “democrático”– que tiene las características de una plutocracia, esto es, puesto que no se trata de una verdadera democracia, a partir de ahí “será posible que las poblaciones, o partes substanciales de las poblaciones, puedan contraponerse a él [al régimen plutocrático que incluye las libertades políticas] o utilizarlo, según convenga, para defender el ideal democrático y la cultura de la democracia”.²²

Otro –el segundo– factor explicativo hace referencia a circunstancias históricas o elementos biográficos, respecto de los cuales solo me atrevo a hablar en términos –digamos– indiciarios.

En efecto, me parece que el escepticismo metaético de CAPELLA y de mucha gente de izquierda de su generación puede tener mucho que ver con el contexto cultural de su época de formación intelectual: los años cincuenta y sesenta del siglo pasado. En particular en un país como la España de entonces, los problemas morales estaban irremediabilmente ligados a los de la religión, de manera que nada de extraño tiene que la superación de la religión –de la noción católica de pecado²³– pudiera ser vivida también como una superación

²² CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo...*, cit., p. 121.

²³ “Creo que la moral brota de la necesidad humana de formar proyectos individuales y colectivos [...] Cuando, alrededor de los veinte años, me encontré con la afirmación de Iván en *Los hermanos Karamazov*, según la cual ‘Si Dios no existe todo está permitido’, tuve que enfrentarme no ya científicamente, sino *existencialmente* con el problema de la moral, porque no creía ni creo que existiera Dios y sin embargo tampoco creía que pudiera permitirme todo [...] Finalmente comprendí que mis códigos me los ponía yo, y que los códigos sociales, diferentes de los existentes, también los pondría yo junto con otros.

“Dicho de pasada, esta manera de ver me permitió entender que la noción católica de pecado es burdamente eclesial, inmoral, diría, pues mediante la obligación de *confesar los pecados* se hace creer a los niños *que han pecado*”. Vid. ATIENZA, Manuel, “Entrevista...”, cit., p. 437.

de la moral sin más: la liberación personal (y la transformación social) implicaba acabar con todo tipo de prejuicios. Para la cultura izquierdista de la época, la moral –al igual que el Derecho– era considerada como “un obstáculo para el cambio social”. Y esa manera de entender la moral, por lo demás, encajaba muy bien con la filosofía dominante (tanto la analítica como la de inspiración marxista), que tendía a poner en primer –y casi único– lugar, los temas de naturaleza lógica y epistemológica, y relegaba las cuestiones morales (cuyo tratamiento escapaba de los criterios estrechamente racionalistas de entonces) a un lugar completamente secundario; el “rescate” de la filosofía moral comienza, como se sabe, un poco después (el emblemático libro de RAWLS, *A theory of Justice*, es de 1971).

Me parece que es interesante señalar a este respecto (un indicio del valor explicativo de lo anterior) que las ideas de CAPELLA sobre la filosofía moral –y sobre los fenómenos morales– son prácticamente idénticas a las que pueden encontrarse en un autor como FERRAJOLI, cuyos años de formación –en la católica Italia– tuvieron que coincidir con los de CAPELLA: ambos son profundamente escépticos en el plano de la teoría moral, pero los dos se han esforzado por construir una filosofía jurídico-política orientada hacia la transformación social, y los dos han sufrido también una fuerte influencia tanto de Kelsen como del marxismo.

Y pienso que hay todavía un tercer elemento que explica el fuerte atractivo que ejerce el escepticismo metaético tanto en el pensamiento de un autor de izquierda como CAPELLA, al que cabría incluir en el rubro de lo que suele llamarse teoría “crítica” del Derecho, como en el de muchos de los iusfilósofos encuadrados en la corriente positivista-analítica (bien se trate del positivismo normativista o del realismo jurídico). Me refiero con ello a una cierta combinación de pragmatismo, intuicionismo y convencionalismo moral (a lo que en algunos casos cabría añadir también algunas gotas de historicismo y relativismo cultural), que podría condensarse en esta pregunta: puesto que existe ya un acuerdo muy amplio sobre las exigencias más básicas de carácter moral, ¿para qué seguir haciéndose la –obsesiva e inútil– pregunta de qué es lo que fundamenta ese acuerdo?, ¿qué necesidad hay de una búsqueda de fundamentos para lo que, en cierto modo, constituye un hecho (una convención) social? Es la tesis defendida por BOBBIO en un famoso artículo (“Sobre el fundamento de los derechos humanos”), de 1964: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”; tesis que fue retomada luego, algunas décadas después, por Eduardo RABOSI, un filósofo argentino de

orientación analítica: los derechos humanos –escribió– son “un hecho-del-mundo”; “componentes esenciales de nuestra visión del mundo”; “[m]i visión principal es que el mundo ha cambiado, y que el fenómeno de los derechos humanos convierte el fundamentalismo de los derechos humanos en pasado de moda e inaplicable”.²⁴ Y conocida quizás sobre todo porque, poco después, fue acogida por el neopragmatista (e inspirador de muchos juristas “críticos”) Richard RORTY. Para este último, la pregunta de si los seres humanos poseen los derechos enumerados en las Declaraciones de derechos no merece la pena de ser planteada. “Pensamos que lo máximo que la filosofía puede hacer es resumir nuestras intuiciones culturalmente determinadas con respecto a lo que es justo hacer en diversas situaciones. El resumen se efectúa mediante la formulación de una generalización de la que pueden deducirse estas intuiciones, con la ayuda de premisas no controvertidas. Esa generalización no tiene el propósito de fundamentar nuestras intuiciones, sino el de resumirlas.”

4

Y con ello llego a la tesis central que quiero defender en este artículo: la necesidad (hablar de “conveniencia” me parece que sería quedarme corto) de asumir algún tipo de objetivismo moral en relación con todo lo que tiene que ver con la praxis humana; en particular, si se pretende construir una filosofía –como es el caso de la de CAPELLA– que tiene como su objetivo fundamental la transformación social o, para usar el lenguaje del joven MARX, la emancipación humana. Daré ahora algunas razones en favor de esa tesis.

4.1

La primera es que el objetivismo moral no tiene (o no necesariamente) las connotaciones negativas que muchas veces se le adjudica: no es una concepción absolutista de la moral e incompatible con la tolerancia; ni supone tampoco ningún tipo de dogmatismo, de pensamiento cerrado en sí mismo. Dicho de otra manera, hay una cierta propensión (sobre todo, me parece, en los países de tradición católica) a identificar el objetivismo moral con las tesis de la iglesia católica o con el fundamentalismo que ha caracterizado al Derecho natural (tanto el de base teológica como también el “racionalista”), pero esa identificación no está justificada. Quiero decir, se puede ser objetivista en materia moral, sin ser ni absolutista, ni dogmático, ni creyente en ninguna religión, ni parti-

²⁴ RABOSSÍ, Eduardo, “La teoría de los derechos humanos naturalizada”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 162, 159 y 174.

dario de ninguna visión del Derecho natural. El tipo de objetivismo moral (si se quiere, *mínimo*), que a mí me parece justificado, y que –considero– debería constituir un ingrediente de cualquier concepción articulada en el ámbito de la filosofía práctica se caracteriza, en efecto, y para decirlo de manera extremadamente sintética,²⁵ por considerar:

- que en el discurso moral (cuando se participa en él en serio) se erige una pretensión de corrección o de objetividad que, sin embargo, como ocurre en todos los discursos racionales, puede estar equivocada, puede resultar derrotada. O sea, todas las tesis morales han de considerarse falibles (como ocurre con las afirmaciones científicas), puesto que pueden existir razones (basadas en hechos, teorías científicas y circunstancias de todo tipo) que las desmientan. Pero eso (estar abierta a la crítica) no va en contra de la objetividad de la moral, de la misma manera que la refutación de una tesis o de toda una teoría científica no pone tampoco en cuestión la pretensión de verdad de la ciencia;
- que el objetivismo moral no es necesariamente realismo moral, o sea, no tiene por qué presuponer la existencia de “hechos morales” que sean independientes de los hechos del mundo interno o del mundo externo. El que yo defiendo no es un objetivismo realista, sino un objetivismo de las razones;
- que el carácter objetivo de las razones morales significa –para usar una expresión de CAPELLA– que ellas pueden prestar “un asidero firme” a nuestras convicciones morales. Por ejemplo, el principio de autonomía y de dignidad humana son razones objetivas (si es que, a su vez, hay buenas razones – como yo creo– en favor de esos principios) para justificar la eutanasia;
- que la moral –como el Derecho, la ciencia o el arte– es una invención humana, una creación cultural, un artificio, pero que no puede entenderse sin tomar en consideración cómo es el mundo natural y cómo son los individuos humanos producidos por la naturaleza, por la evolución;
- que esas construcciones culturales –o instituciones– contienen tanto elementos –hechos– del mundo interno (estados mentales o acciones mentales: creencias, deseos, intenciones, decisiones...) como del mundo externo (incluyendo aquí tanto hechos puramente físicos como hechos sociales);

²⁵ He tratado del tema con mayor extensión en diversos trabajos; en particular, en ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho...*, cit.

distinción esta última que viene a corresponderse –aproximadamente– con la que CAPELLA traza entre instituciones conceptuales e instituciones materiales;

- que, en el caso de la moral, la anterior distinción es lo que permite, *grosso modo*, diferenciar entre lo que se suele llamar la moral subjetiva (pertene-ciente al mundo interno de cada sujeto) y la moral social (encarnada en una serie de instituciones). Esta afirmación (luego volveré a ella) choca con uno de los postulados de CAPELLA: que la moral consiste en “instituciones concep-tuales” que no se materializan en “prácticas sociales”, sino que “funcionan solo en el universo discursivo”.²⁶

4.2

La objetividad de la moral supone obviamente la existencia de criterios objeti-vos –que vayan más allá de las preferencias que un sujeto o un conjunto de su-jetos puedan tener al respecto– con los que evaluar nuestros juicios y acciones morales. Pues bien, tales criterios existen, en el sentido de que forman parte de nuestras prácticas –los utilizamos de hecho– y suelen formularse en principios y reglas que no solamente resumen nuestras intuiciones morales, sino que les sirven de fundamento.

Es cierto que cabe aquí –como cuestión de hecho– un escepticismo ético radi-cal, que sería, por ejemplo, el de alguien que renunciara a formar parte de una comunidad moral. Pero ese es un supuesto extremo y, desde luego, infrecuen-te. Para la mayor parte de la gente, la aceptación de algunos presupuestos muy básicos y a los que difícilmente estaría dispuesta a renunciar (como la práctica de tener que justificar –al menos en algunos casos– lo que decimos y lo que hacemos) tendría que llevarle (le lleva de hecho) a la convicción de que existen

²⁶ Transcribo los párrafos en los que introduce –en mi opinión, de manera no muy clara– esas dos nociones: “Como cuestión de método, es preciso distinguir ante todo entre conceptos o instituciones mentales, *conceptuales*, e instituciones *materiales*. Las instituciones concep-tuales funcionan solo en el universo discursivo; las instituciones materiales, *además*, fuera de él” [...] En cualquier discurso cabe distinguir las expresiones que designan cosas o clases de cosas materialmente sensibles [...] las que designan puras construcciones o invenciones del entendimiento [...] y las que expresan conceptos no formales ni relativos al mundo sensible, o *instituciones conceptuales* –como la esperanza, la moral, los dioses–, que son *invenciones* humanas. También ponemos nombre a instituciones materiales – como un criado, un juez, un sacerdote –, que *presuponen* conceptos en el sentido precisa-do no correspondientes a entidades formales ni sensibles –se trata aquí de *expectativas de comportamiento*–, pero que además se materializan en *prácticas*, relevantemente en prácticas sociales, en comportamientos reales”.

algunos principios morales cuya validez, por así decirlo, se le impone: su objetividad resulta patente por la imposibilidad de ser (racionalmente) refutados.

El más básico de todos es el de dignidad humana, la prohibición de tratar a otro –a otro ser humano o a otro ser racional– meramente como un instrumento. Y si es el más básico, ello se debe a que, bien entendida, la dignidad incorpora también los principios de igualdad y de autonomía. Su núcleo reside en el derecho y la obligación que tiene cada agente moral de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite, obviamente, una pluralidad de formas, de maneras de vivir; aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación, en relación con los demás, con cada uno de los otros agentes morales, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. El reconocimiento de esos valores se explica por razones históricas y sociales, pero su carácter transcultural, universal, apunta a la existencia de una común naturaleza humana, entendida en sentido naturalista. Los principios en cuestión valen –podríamos decir, a la manera de HART– mientras los seres humanos y el mundo natural en el que se desenvuelven sus vidas tengan determinados rasgos que, de todas formas, podrían (al menos, algunos de ellos) cambiar. Dicho de otra manera, los principios morales son objetivos, pero su objetividad es immanente a nuestro mundo. No son principios metafísicos.

4.3

Alguien (quizás el mismo CAPELLA) podría aceptar que existen principios morales racionalmente justificados (en el sentido, si se quiere, mínimo antes indicado), pero considerar al mismo tiempo que eso no es un argumento en favor del objetivismo moral. Por un lado, porque la formulación de los principios es (necesariamente) imprecisa, de manera que, aunque ellos sean *objetivos*, su aplicación no lo sería; o sea, no podríamos llegar, a partir de ellos, a decisiones que tuviéramos que considerar indiscutibles; no se podría, dicho de otra manera, evitar la existencia de casos de la penumbra: ¿tiene dignidad un embrión en el sexto mes de embarazo?, ¿la tienen los animales o algunas especies animales? Por otro lado, porque si esos principios son plurales, esto es, si no hay –como es común pensar– un único principio o valor supremo que permita establecer un orden “objetivo” entre todos ellos, entonces es inevitable que surjan conflictos que nos aboquen, de nuevo, a la falta de una respuesta correcta, objetiva.

Pero no me parece que ninguna de esas dos posibles objeciones constituya un argumento válido en contra de la objetividad de la moral. Más bien al contrario, lo que muestra la incerteza existente a la hora de dar respuesta a

(algunos de) los problemas morales es la *necesidad* de seguir planteándose cuestiones de fundamentación; dicho de otra manera, si estuviera (bien) resuelto el problema del fundamento de los derechos (aceptemos que los derechos humanos vienen a constituir en nuestros días la plasmación institucional de la noción de justicia, de la moral referida a las relaciones con los otros), entonces no surgirían los supuestos de lagunas y de contradicciones antes mencionados. Y si es *posible* encontrar una solución para los mismos (no infalible, pero que incorpore una pretensión de corrección, de objetividad), ello se debe a la existencia de procedimientos racionales de argumentación moral, de deliberación, que podemos concretar en el método de la ponderación.

Hace años traté de mostrar cómo podría funcionar ese método en relación con los llamados “principios de la bioética”. No voy a entrar aquí en ningún detalle al respecto, pero sí quiero referirme a dos aspectos de la argumentación moral que me parecen particularmente relevantes. Uno de ellos es que, en los distintos ámbitos en los que se discuten cuestiones de ética (el de la investigación biomédica es uno particularmente importante), el razonador cuenta siempre con ciertos puntos normativos de acuerdo, que no se discuten, precisamente porque forman parte de lo que en la terminología de CAPELLA habría que llamar “instituciones materiales” (aunque para él –luego vuelvo sobre ello– quizás solo fueran “instituciones conceptuales”). A pesar de ello, los principios por sí mismos, dado su carácter impreciso o abierto, no determinan la solución cuando se trata de casos difíciles, y de ahí que la argumentación moral venga a consistir, en buena medida, en el paso –mediante la ponderación– de los principios a las reglas, esto es, en la formulación de normas morales específicas que puedan ya aplicarse directamente al caso (servir como premisa mayor de la justificación de la decisión). El otro rasgo del razonamiento moral es su carácter inacabado y abierto: las reglas a las que antes me refería raramente tienen un carácter definitivo, en el sentido de que contienen casi siempre excepciones (implícitas). Eso quiere decir que se trata de un razonamiento que no tiene –no puede tener– las mismas características que el que se emplea en el ámbito de las ciencias empíricas o formales, aunque sí mantiene con él analogías relevantes: así, el equivalente de la prueba empírica o de la deducibilidad lógica se encontraría, en el ámbito de la racionalidad práctica, en las ideas de universalidad, de coherencia o de adecuación de las consecuencias. Se trata de criterios que innegablemente son más “blandos” que los de las ciencias, precisamente porque su objeto, el tipo de práctica en el que han de operar, así lo requiere. Pero que la racionalidad, la objetividad, se construya aquí de otra manera no quiere decir que no exista.

4.4

Una razón que considero de gran peso en favor del objetivismo moral es que su negación lleva a no poder teorizar adecuadamente los fenómenos políticos y jurídicos. Tomo como ejemplo la obra colectiva editada por José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO, *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, en el que aparece un trabajo de CAPELLA ("Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis"), que, como se dice en la "Introducción", "[c]onstituye el eje teórico en torno al cual se articulan el resto de los trabajos incluidos en este libro".²⁷ Pues bien, las dos ideas fundamentales que ahí defiende CAPELLA (y que orientan el trabajo de los otros autores) parecen ser estas dos: 1) no existen derechos morales; 2) el contenido de los derechos no son bienes o valores, sino deberes. Yo no creo que sean exactamente falsas, pero sí que enuncian algo así como medias verdades que no permiten dar cuenta adecuadamente de la realidad de los derechos humanos. Me explico.

1) En relación con lo primero, me parece que CAPELLA da un paso de más, en el sentido de que su negativa (justificada) a aceptar la existencia de derechos naturales, le lleva (en mi opinión, injustificadamente) a pensar que, antes del reconocimiento por el Estado, las exigencias morales (en nuestros días, por ejemplo, a una renta básica o –hasta ahora, en España– a la eutanasia) no serían otra cosa que lo que él llama instituciones conceptuales, o sea, un fenómeno carente de materialidad social, de objetividad. Es la típica tesis iuspositivista de un BENTHAM o de un Kelsen ("sin Estado –escribe CAPELLA–...no hay derechos"²⁸), que si se quiere, tiene la virtualidad de evitar caer en la ilusión –para decirlo con la célebre frase de BENTHAM– de confundir el hambre con el pan. Pero, aclarado esto (que no supone, en realidad, más que darse cuenta de la ambigüedad de una palabra, "derecho"), no se ve por qué no va a poder hablarse, sin incurrir por ello en algún tipo de pensamiento fantasioso o ideológico, de "derechos morales"; por ejemplo, en relación con los dos anteriores: el derecho a la renta básica o a la eutanasia. CAPELLA (y los otros autores del libro; *vid.* la "Introducción" de ESTÉVEZ ARAUJO²⁹) se verían obligados a considerar –para ser coherentes con su posición– que antes de que se apruebe la ley de eutanasia en nuestro país (o que se legisle –si alguna vez se hace– en alguno una renta básica), todos los fenómenos conectados con esas dos reivindicaciones carecerían

²⁷ ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (Ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, p. 21.

²⁸ CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*, p. 45.

²⁹ ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (Ed.), *El libro de los deberes...*, *cit.*, p. 15.

de materialidad objetiva, pertenecerían, ontológicamente, a la región de lo “subjetivo”. Y esto me parece de muy difícil comprensión. ¿Por qué carece de materialidad social y son meramente “instituciones conceptuales” todo lo que gira en torno al movimiento en favor de una muerte digna? ¿Acaso las publicaciones, las conferencias, las manifestaciones, etc., en favor de la eutanasia no determinan el comportamiento de mucha gente y en muchos sentidos, esto es, no tienen muchas consecuencias de carácter social? De la misma manera que el Derecho –como CAPELLA terminó por reconocer separándose en esto de Kelsen– no es solo el Derecho de los Estados (o entre los Estados), ¿no podría ocurrir también que la separación entre la moral y el Derecho sea menos tajante de lo que él parece suponer y que, en consecuencia, no tenga mucho sentido trazar entre esas dos instituciones el foso ontológico que él pretende?

Pues bien, la única explicación que yo veo para meterse –si se me permite hablar así– en semejante berenjenal conceptual es la idea (dogmática) de que la moral carece de objetividad y que las cuestiones morales no son susceptibles de un tratamiento racional. Eso es lo que lleva a los autores del libro (como explica ESTÉVEZ en su “Introducción”) a no ocuparse de “buscar una justificación moral de los derechos humanos”, algo que ve más bien como una “trampa”,³⁰ y a tomar como punto de partida de su teorización no “una teoría de la justicia”, sino “la indignación contra la injusticia”.³¹ Y, digo yo, ¿no sería más razonable tratar de articular una teoría de la justicia en la que la indignación, efectivamente, debe desempeñar un papel como, de hecho, lo ha desempeñado en concepciones tan clásicas como la de ARISTÓTELES? ¿Por qué negarse a reconocer, en definitiva, que los derechos humanos constituyen típicamente una realidad dual, perteneciente tanto al ámbito de la moral como al de las instituciones jurídico-políticas? ¿Cómo va a ser posible construir una buena teoría de los derechos humanos si se prescinde de –o, por lo menos, se relega a un lugar muy secundario– un aspecto tan importante de esa realidad? ¿No recuerda esa manera –reduccionista– de proceder, por cierto, a la de los juristas empeñados en separar tajantemente los fenómenos jurídicos de los políticos, el Derecho del poder?

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Lo que ESTÉVEZ dice para no considerar adecuada la estrategia de fundamentar los derechos en un modelo ideal de discusión racional resulta verdaderamente sorprendente. Cito literalmente: “La oposición de esa institución religiosa [la Iglesia católica] a la eutanasia (y también al aborto o a los métodos anticonceptivos), se basa en premisas dogmáticas que no pueden ser puestas en cuestión. Por lo tanto, la ‘discusión racional’ resulta del todo imposible”. ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (Ed.), *El libro de los deberes...*, cit., p. 34. ¿Pero es esa una crítica en relación con la teoría del discurso?

2) Y algo parecido pasa con la otra tesis, la de la primacía de los deberes. No cabe duda de que poner el énfasis en los deberes puede cumplir una función positiva: darse cuenta de que, efectivamente, no basta con enunciar un derecho para poder gozar de él; se necesita establecer también los deberes correlativos. Pero una cosa es eso, y otra muy distinta afirmar que “el concepto de *derecho* no es un concepto primario sino derivado”,³² que “el contenido jurídico de los derechos son los deberes que se establecen normativamente a su respecto”,³³ y que ello convierte “a los *deberes* en el *centro* de la investigación jurídica de los derechos”.³⁴ Esto último me parece simplemente una exageración (en la línea de un Kelsen o de algunos autores realistas) y que presenta, al menos, estos dos inconvenientes en la teorización de los derechos.

Uno es que CAPELLA se sitúa aquí en la línea clásica del positivismo jurídico que reduce el Derecho a un fenómeno normativo. Su concepción es, en este sentido, muy parecida a la de FERRAJOLI, aunque este último, en lugar de hablar de “deberes” (en su definición de derechos fundamentales), lo hace de “expectativas”, que es quizás una noción más amplia; para FERRAJOLI, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, y por derecho subjetivo entiende “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Derechos y garantías³⁵). Pero uno y otro, en mi opinión, incurren en un mismo desenfoque teórico, que consiste, por así decirlo, en confundir lo que es tener un derecho con las técnicas de protección que es necesario habilitar para su salvaguarda. Al respecto, me parece que es muy instructivo constatar el cambio que tiene lugar en la corriente dominante de la filosofía positivista-analítica, a partir de los años setenta del siglo xx, y que consiste fundamentalmente en pasar de entender los derechos en términos simplemente normativos (como posiciones que ocupan diversos sujetos en el contexto de una relación jurídica), a ver en los mismos, esencialmente valores, bienes o razones, que justifican precisamente el establecimiento de normas. Y eso tiene una manifiesta importancia práctica, por ejemplo, a la hora de resolver un problema de interpretación que afecte a los derechos. Así, para precisar, pongamos por caso, el alcance del derecho a la libertad de expresión, en donde habrá que poner la mira es en el valor, en el bien, que hay detrás de

³² ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (Ed.), *El libro de los deberes...*, cit., p. 46.

³³ *Ibidem*, p. 47.

³⁴ *Idem*.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 37.

ese derecho. No creo que haya ninguna otra manera de evitar el formalismo jurídico en la interpretación y aplicación de las normas.

Y el otro inconveniente es que ese planteamiento, precisamente por su carácter reduccionista, simplemente no es adecuado como guía de investigación. Más en concreto, no me parece que hayan sido esos principios metodológicos los que han guiado los últimos escritos de CAPELLA referidos a diversos derechos. Yo no veo que cuando discute sobre el derecho a la libre autodeterminación en relación con Cataluña, el énfasis lo ponga en los deberes (¿de quiénes, por cierto?). Cuando propone (asumiendo una iniciativa de Javier DE LUCAS) reconducir la ciudadanía a la vecindad y conceder derechos políticos a los extranjeros, de nuevo, no se centra tampoco en los deberes, sino en las *razones* que existen para ese cambio (en los valores que así se satisfarían). La crítica a la manera de entender por el Tribunal Constitucional el derecho de objeción de conciencia (el cambio de jurisprudencia que tuvo lugar en un cierto momento) y la propuesta de una nueva regulación resultarían incomprensibles si se prescindiera del valor –o de los valores– que hay detrás de todo eso. Otro tanto cabría decir en relación con su defensa de la laicidad del Estado. Cuando se ocupa de la eutanasia se limita a afirmar “sin más la autonomía personal”, pero porque entiende que esa es una cuestión “ya debatida en áreas culturales próximas”: ¿se refiere quizás a la filosofía moral? Y, en fin, no me resisto a recoger aquí que, en su propuesta de “reforma constitucional desde abajo”, los cambios que propone son precisamente aquellos que puedan contribuir a una sociedad más democrática y más igualitaria “en la que todo ser humano ha de ser sagrado para los demás”. Lo que supone, en definitiva, afincar los derechos de las gentes (CAPELLA suele emplear esta última expresión para evitar referirse a los “individuos”) en la dignidad humana.

4.5

Y llegamos así a otra de las razones que –yo creo– cabe esgrimir en favor del objetivismo moral: la inevitabilidad del discurso moral de carácter justificativo, y la imposibilidad de sustituirlo por la simple apelación a las convenciones.

1) Sobre la inevitabilidad de tener que entrar en cuestiones de fundamentación de los derechos humanos, lo que acabo de señalar me parece que constituye un argumento contundente: la práctica discursiva del propio CAPELLA muestra que él no ha podido dejar de plantearse la pregunta de qué derechos tenemos (deberíamos tener) y en qué se fundamentan.

Por lo demás, en un apartado anterior (el 2) hemos visto que, según él, las cuestiones morales relevantes “no son de fundamentación, sino situacionales”, pero ese es un argumento que no me parece muy convincente. Pues si lo que quiere decir con “situacional” (de acuerdo con los ejemplos que pone) es que los problemas morales que merece la pena discutir no son los de carácter muy abstracto (que involucran teorías morales), sino los más concretos que pueden plantearse, por ejemplo, en un comité de ética (o en un tribunal), entonces lo que cabría oponer a eso es lo siguiente. Es cierto que cuando hay que llegar a alguna solución para ese tipo de problema (lo que en la tradición retórica se llamaba una “cuestión finita”), muchas veces no se introduce en la discusión ninguna referencia a los fundamentos últimos (no se tematiza ninguna “cuestión infinita”), pero eso ocurre simplemente porque sobre ello hay acuerdo, y no quiere decir que los fundamentos no jueguen ningún papel en la deliberación (lo juegan como premisas implícitas). Y eso ocurre además únicamente en relación con los casos fáciles, no cuando se plantean verdaderos problemas morales, conflictos de difícil solución, lo que, por otro lado, seguramente tenga lugar en menos ocasiones de lo que la lectura de cierta literatura académica (por ejemplo, en el campo de la bioética) parece sugerir.

En relación con esto último, podemos acudir a uno de los temas a los que se refería CAPELLA: el de la ingeniería genética. Pues bien, si uno se fija en la discusión reciente a propósito de la selección de embriones y de la llamada “eugenesia positiva”, no cabe duda de que la adopción de una postura favorable o no (o más o menos favorable) a esas prácticas está correlacionada con el hecho de partir de una u otra teoría de la ética; o sea, los argumentos empleados tienen como base una ética del deber, una ética consecuencialista o una ética de la virtud (o alguna concepción de la ética que combina de la forma que sea elementos de esas tres). Pero es que, además, la discusión puede llegar a poner en cuestión el propio fundamento de la moral. Eso es lo que ocurre, en mi opinión, cuando autores como HABERMAS o como SANDEL aducen, como razón para estar radicalmente en contra de permitir esas prácticas, que las mismas podrían llegar a poner en riesgo las bases sobre las que se asienta la moral: si los seres humanos dejaran de ser aproximadamente iguales y vulnerables, nuestros valores morales no podrían ser ya –para entendernos– los de la Ilustración. ¿No plantea entonces esa cuestión situacional un problema de fundamentación? ¿Es posible encontrar alguna solución para ella sin acudir a los fundamentos de la moral?

Antes hacía referencia a la tesis de autores como BOBBIO, RABOSSO o RORTY, que negaban, al igual que CAPELLA, que tuviera mucho sentido seguir discutiendo

sobre la fundamentación de los derechos humanos. La razón para pensar así no es exactamente la misma en todos ellos, pero de todas formas, me parece que hay unas cuantas objeciones –o precisiones– que efectuar en relación con esa posición, digamos, “negacionista” y que, en principio, tienen un alcance general.

Una de ellas es que no conviene confundir la preocupación por (y la ocupación en) el fundamento de los derechos humanos con el “fundacionalismo” de los derechos humanos. Según RORTY, lo que caracteriza al fundacionalismo es “la tesis filosófica de que los derechos humanos están incorporados en la naturaleza ahistórica de los seres humanos”. Pero, sin embargo, parece claro que muchas teorías construidas en los últimos tiempos para fundamentar los derechos no serían fundacionalistas (ahistoricistas) en el sentido de RORTY. En particular, no lo sería la de Carlos NINO, que es el autor con el que, yo creo, está discutiendo fundamentalmente RABOSSI al sostener la tesis que antes veíamos, y cuya obra –la de NINO– está asombrosamente ausente de la reflexión sobre los derechos humanos que cabe encontrar tanto en CAPELLA como en los otros autores influidos por él. En el mismo comienzo de su importante libro *Ética y derechos humanos*, NINO señala que “los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización” y lo que él pretende –el objetivo fundamental de su obra– no es otra cosa que dotar de vigencia efectiva a esos derechos. Lo que ocurre es que NINO piensa que para ello se precisa (al menos, es de gran utilidad) formular y justificar una serie de principios morales que presuponen ciertas prácticas sociales que él vincula con la Ilustración. NINO no es un iusnaturalista ahistoricista, sino un constructivista ético; al igual que otros varios autores que han elaborado proyectos dirigidos a justificar los derechos humanos a partir de concepciones de la moral vinculadas de manera más o menos estrecha con la ética del discurso. Y se podrá estar en desacuerdo con ese tipo de teorías morales, pero no porque tengan un carácter fundacionalista o ahistoricista en el sentido que aquí importa.

Otro aspecto que merece ser aclarado es que la existencia de un acuerdo más o menos universal sobre los derechos humanos, que se plasma en una serie de documentos normativos internacionales y estatales, deja abiertos muchos problemas en relación a cómo debe fijarse en concreto su contenido (sobre esto existe también un acuerdo sin fisuras), y que solo pueden resolverse acudiendo precisamente al fundamento de los derechos. Esa era una idea central en el planteamiento de NINO y una idea que él desarrolló en la práctica, mostrando cómo habría que interpretar la Constitución argentina para resolver diversas controversias referentes al alcance de los derechos fundamentales

que ahí se contienen. Los tres principios en los que, según él, se fundan los derechos humanos (el principio de autonomía, de inviolabilidad de la persona humana y de dignidad) se constituyen así en herramientas imprescindibles para resolver las “cuestiones situacionales”.

Y la tercera objeción es que no resulta en absoluto clara cuál es la alternativa que los autores negacionistas plantean; o si se quiere, sus propuestas parecen realmente defectuosas. Para RORTY, por ejemplo (bien es cierto que escribe esto a comienzos de los años 90), lo que habría que hacer (lo que resultaría más eficaz) para incrementar la cultura de los derechos humanos, para lograr “la utopía de la Ilustración”,³⁶ sería fijarse en aquello de lo que carecen quienes se oponen (en su terminología, “las personas malas”) a esos valores: la seguridad y la simpatía. La seguridad se adquiere en la medida en que la gente pueda contar con condiciones de vida semejantes a las de los estadounidenses y los europeos (en la segunda mitad del siglo xx). Y la simpatía (“el progreso de los sentimientos”, la “educación sentimental”) es algo que tiene más que ver, por así decirlo, con la literatura que con la filosofía. No creo que CAPELLA esté pensando exactamente en eso, pero se recordará, de todas formas, que en *El libro de los deberes...*, al que me he referido ya varias veces (*vid. supra*, ap. 4.4.) se insistía en que el punto de partida para ocuparse de los derechos no tenía que ser una teoría de la justicia, sino el sentimiento de indignación contra la injusticia.

2) Y sobre la afirmación de que no hay otra fundamentación para nuestras convicciones morales que la convención, no es solo que me parezca insostenible, sino que, cuando quien la enuncia es alguien como CAPELLA, entonces se asemeja mucho a lo que suele entenderse por una contradicción performativa. Como antes decía, al comienzo de este artículo, no parece que se pueda fácilmente conciliar el compromiso político con el escepticismo metaético. Proponer la realización de algún ideal político parece presuponer la idea de que ese ideal (ese estado de cosas que se desea alcanzar) está justificado.

También aquí, la posición de CAPELLA es idéntica a la de FERRAJOLI (“los valores morales y políticos últimos –afirma este último– no se demuestran, simplemente se eligen, se postulan y se defienden”).³⁷ Y a ambos se les puede hacer la misma objeción: ¿habría que entender, si ellos tuvieran razón, que carecía de

³⁶ RORTY, Richard, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”, *Praxis Filosófica*, No. 5, 1995, p. 16.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 104.

fundamento su propio proyecto político en el caso de que, como cuestión de hecho, terminaran por triunfar en el mundo los valores del neoliberalismo? Y hasta tanto no constituyan una convención, ¿habrá que considerar también como carente de fundamento todo proyecto político o moral que alguien tenga a bien formular? ¿Y por qué oponerse a las convenciones establecidas, si solo ellas tienen la virtualidad de dotar de fundamento a la práctica política?

Por lo demás, que algo anda conceptualmente mal en esa tesis lo pone de manifiesto también una frase de CAPELLA, que antes recogía y que, me parece, supone la confusión entre el plano de la explicación y el de la justificación: “Las libertades políticas –escribe CAPELLA– son esenciales para las gentes, pero es preciso decir que carecen de fundamento. Esto es: las libertades políticas se sostienen gracias a la voluntad popular de que haya libertades políticas. Únicamente gracias a eso y al consenso en torno a eso”.³⁸ Y si digo que hay aquí una confusión conceptual es porque, yo creo, la pregunta de cómo se explica que tengamos libertades políticas es distinta a la de si está o no justificado tenerlas. ¿O acaso carece de sentido preguntarse, donde no existen tales libertades, si estaría justificado que las hubiera, como cuestión distinta a la de cómo se explica que no las haya?

4.6

La última razón que voy a dar para oponerse al escepticismo metaético –para defender alguna forma de objetivismo moral– podría calificarse de retórica, en el buen sentido de la expresión. Es, si se quiere, una continuación de la anterior, pero poniendo el énfasis en la perspectiva pragmática. Quiero decir que parece equivocado, por razones de utilidad práctica, sostener juicios morales que, sin embargo, no están destinados a persuadir racionalmente a sus destinatarios: no pueden estarlo, si es que carecen de justificación racional. Entiéndaseme bien, no quiero decir que autores como CAPELLA (o como FERRAJOLI) debieran dejar de lado sus principios (su convicción de que los valores morales últimos no pueden racionalmente fundamentarse) para facilitar así el éxito de –la probabilidad de que sean aceptadas– sus propuestas políticas. Quiero decir que ese es un factor con el que se debería contar: parecería que es más fácil sumar a alguien a un proyecto de cambio social si piensa (o se le lleva a pensar) que los fines y valores que se tratan de alcanzar con ese cambio son precisamente los que están moralmente justificados. ¿No es un error de retórica dejar que sean únicamente quienes hablan en nombre de alguna reli-

³⁸ CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo...*, cit., p. 114.

gión (las iglesias) los portadores de valores morales objetivos? ¿Acierta –en ese sentido– el pensamiento de izquierda que parece empeñado en demonizar el objetivismo moral?

Sé muy bien que los defensores del relativismo moral, empezando por Kelsen, suelen argumentar que la asunción de lo que vengo llamando escepticismo metaético es un presupuesto necesario para defender los valores de la democracia y de la tolerancia, pero este argumento me parece que está claramente mal construido. Y no solo porque, como cuestión de hecho, se pueda ser al mismo tiempo relativista en el plano moral y radicalmente intolerante en el político (el ejemplo ya clásico es Mussolini). Sino porque el comportamiento genuinamente tolerante (no prohibir a otro la realización de acciones que uno no aprueba pero que, al mismo tiempo, no van contra el núcleo indisponible de la moral) tiene que basarse en un principio moral de carácter objetivo. La tolerancia no es la indiferencia moral.

El objetivismo moral suele vincularse en nuestros días con el kantismo (todos los constructivismos éticos tienen, en mayor o en menor medida, una inspiración kantiana), y a la filosofía moral de Kant suele reprochársele su rigorismo, su construcción de la noción de deber moral, dejando completamente a un lado sentimientos como el amor, la amistad, la confianza o la solidaridad; lo que Rorty llama “la asombrosa afirmación de Kant de que el sentimentalismo no tiene nada que ver con la moralidad”.³⁹ No estoy tan seguro de que esto sea cierto, pero tampoco importaría que lo fuera. Quiero decir, uno puede pensar (es mi caso) que los principios básicos de la moral justificada son los enunciados en las tres fórmulas del imperativo categórico y, al mismo tiempo, considerar de gran importancia los sentimientos y las virtudes morales. Lo que me lleva de nuevo a Aristóteles y a la amistad.

Si Aristóteles no limitó la amistad al plano de las relaciones privadas fue, simplemente, porque él consideraba que no todos los fines humanos se agotaban en ese ámbito. La vida buena para el hombre, la felicidad, solo podía tener lugar en el contexto de la comunidad política, de la *polis*, y la amistad constituía el fundamento para esa vida en común: sin amistad –digamos– no es posible el ejercicio de la deliberación práctica y, por tanto, encontrar respuestas para los problemas que se plantean en ese ámbito. Aristóteles pensaba también que la amistad política, entre los ciudadanos de la *polis*, tenía que ser fundamentalmente

³⁹ Rorty, Richard, “Derechos humanos...”, *cit.*, p. 11.

de tipo utilitarista, pero eso no significaba tampoco que la amistad completa a la que al comienzo me refería no jugase ninguna función política.

Pues bien, a donde pretendo llegar con todo esto es a señalar la importancia que tiene para el triunfo de un proyecto político el ser capaz de desarrollar y de extender las relaciones de amistad y los sentimientos de simpatía entre la gente, sobre todo entre los que, en principio, podrían considerarse próximos. Pero me parece que CAPELLA no ha tendido mucho a la condescendencia y a la concordia en términos teóricos. Pongo algunos ejemplos. Las obras de autores como RAWLS y SEN las despacha afirmando que sus teorías de la justicia acaban siendo “teorías acerca de *las condiciones de uso de la palabra ‘justicia’*”.⁴⁰ Y al hablar de la Ley fundamental de Bonn, para él muy deficiente por no haber sido elaborada democráticamente y haber sido enmendada luego para crear un ejército y permitir una ley de emergencia restrictiva de derechos en caso de guerra, aprovecha para señalar que esa “es la referencia del filósofo J. Habermas cuando habla de ‘patriotismo constitucional’”.⁴¹ Ahora bien, una idea central de la filosofía política de CAPELLA de los últimos tiempos es el riesgo que él ve de caer en la barbarie si la humanidad no logra detener el neoliberalismo de la globalización y la imperiosa necesidad de que se produzca “un fin del mundo”, una nueva “gran transformación” que haga posible una sociedad verdaderamente democrática. Por ello, la pregunta a hacerse (a hacerle), me parece a mí, es esta: ¿No se necesitará para ello contar con amigos políticos que se muevan, más o menos, en las coordenadas que representan los tres autores recién mencionados? ¿Quién –y cómo– va a poder llevar a cabo ese cambio si no se hace lo posible por alcanzar un acuerdo de mínimos que pueda atraer a él a una amplia mayoría? ¿Y no facilitaría las cosas que quienes se sumen al mismo lo hagan convencidos de que están defendiendo valores moralmente justificados? ¿Cabe pensar en que se vaya a formar un amplio consenso, una convención, en favor del decrecimiento económico en los países ricos, sin apelar a razones morales y bien fundamentadas?

5

El objetivo de las anteriores páginas ha sido, naturalmente, el de convencer a Juan-Ramón de que su manera de entender la filosofía moral, centrada en el escepticismo metaético, está equivocada. No creo que vaya a conseguirlo; es más, estoy prácticamente seguro de que no va a moverse de su posición, pues

⁴⁰ CAPELLA, Juan-Ramón, *Fruta prohibida...*, cit., p. 354.

⁴¹ CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo...*, cit., p. 17.

no es la primera vez que discuto con él sobre esto. Pero no por ello considero que mi esfuerzo haya sido baldío. Como suele decirse para ponderar el valor del diálogo, me ha obligado a afinar algunos puntos de mi propia posición, a darme cuenta de dificultades en las que antes no había reparado. Y no descarto tampoco, para ser sincero, que algo de lo anteriormente escrito pueda tener la virtualidad de, al menos, darle qué pensar. Ya sería bastante.

Recuerdo que cuando era niño, o quizás adolescente, el relato bíblico del árbol de la fruta del bien y del mal, de la pérdida del paraíso terrenal y del pecado original, me parecía algo más bien incomprensible y a lo que no lograba dotar de sentido. Si bien, para decirlo todo, ni entonces ni ahora ese tipo de reflexiones han estado en el centro de mis preocupaciones. Hace años leí en RORTY una expresión –se trataba de un diálogo con VATTIMO– que me la aplico: no creo haber tenido nunca mucho oído para la religión. Con el paso del tiempo me he dado cuenta de las tremendas consecuencias sociales del mito teológico del pecado original y de la “tragedia” que de alguna manera significó para la historia del cristianismo el que, en su momento, fueran las tesis de Agustín DE HIPONA, y no las de PELAGIO, las que triunfaran. La idea del pecado original no es solo disparatada, sino –a diferencia de lo que se puede decir de otros mitos– despiadada, perversa. Y aquí, por cierto, quizás se produzca una coincidencia con Juan-Ramón CAPELLA, al menos en negativo; o sea, aun concediendo que nuestras convicciones morales no puedan tener un asidero firme, en lo que me parece que sería difícil que no coincidiéramos es en afirmar que algunas de esas convicciones son inequívocamente erróneas, incorrectas. Claro que si se aceptara esto, si se estuviera dispuesto a recorrer la vía negativa hacia el objetivismo moral, no quedaría otro remedio que dejar de considerar el terreno de la filosofía moral como aquel en el que crece la fruta prohibida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES, *Ética a Eudemo*, trad. de J. Palli Bonet, Gredos, Madrid, 1985.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (trad. de J. Palli Bonet), Gredos, Madrid, 1985.
- ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Juan-Ramón Capella”, *Doxa*, No. 39, 2016.
- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos* (trad. R. de Asís), Sistema, Madrid, 1991.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1966.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Fontanella, Barcelona, 1970.

- CAPELLA, Juan-Ramón, *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 2008.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*, Trotta, Madrid, 2013.
- CAPELLA, Juan-Ramón, "Autocríticas", *Doxa*, No. 39, 2016.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (Ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. y prólogo de P. Andrés Ibáñez), Trotta, Madrid, 2004.
- LLEDÓ, Emilio, *Memoria de la ética. Una reflexión sobre los orígenes de la teoría moral en Aristóteles*, Penguin Random House, Barcelona, 2015.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- RABOSI, Eduardo, "La teoría de los derechos humanos naturalizada", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1990.
- RORTY, Richard, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo" (trad. A. Sampson), *Praxis Filosófica*, No. 5, 1995; publicado originariamente en *The Yale Review*, vol. 81, No. 4, 1993.

Recibido: 21/1/2021
Aprobado: 26/2/2021

EL FUNDAMENTO MORAL DEL DERECHO

The moral foundation of law

Dr. José Juan Moreso

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universitat Pompeu Fabra, España

<https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>

josejuan.moreso@upf.edu

Resumen

El artículo se ocupa de la venerable cuestión de en qué medida y cómo el derecho depende de la moralidad. En primer lugar, se analiza la cuestión en los términos tradicionales: ¿son las normas injustas dictadas por las autoridades de derecho válido? Se sostiene que en este sentido esta es una disputa verbal. En segundo lugar, se analiza la cuestión metafísica, a saber, si el derecho proporciona razones decisivas para actuar; entonces, ¿los contenidos jurídicos existen en virtud de, fundados en, hechos sociales únicamente o también en hechos morales? En tercer lugar, se analiza la cuestión epistémica: ¿la identificación del contenido del derecho depende de la identificación de razones y consideraciones morales? En estos dos sentidos es que el debate entre el positivismo jurídico y el antipositivismo tiene sentido. Se termina sugiriendo que si bien tal vez es concebible que el contenido del derecho sea identificado sin recurrir a la moralidad, dicha identificación no es metafísicamente posible.

Palabras clave: fundamento moral; positivismo jurídico; antipositivismo jurídico; argumento de la concebibilidad.

Abstract

The paper deals with the venerable question about to what extent and how law depends on morality. Firstly, the issue is analysed in the traditional terms: unjust norms enacted by legal authorities are valid? It is argued that in this sense is only a verbal dispute. Secondly, the metaphysical question is introduced, to wit, if law provides decisive reasons for action, then legal contents exist in virtue of, grounded on, either only social facts or also on moral facts? Finally, the paper deals with the epistemic question: the identification of the content

of law depends on the identification of moral reasons and considerations? It is in these two last senses in which the debate between legal positivism and anti-positivism makes sense. For concluding it is suggested that, maybe, if it is conceivable that the content of law can be identified without recourse to morality, such identification is not metaphysically possible.

Keywords: moral grounding; legal positivism; legal anti-positivism; the argument of conceivability.

Sumario

1. Introducción. 2. ¿Una disputa verbal? 3. Los fundamentos metafísicos del derecho. 4. La identificación del derecho: una cuestión epistémica. 5. Conclusión. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común que el derecho y la moral tienen relaciones entre sí, que por así decirlo, se solapan. Nadie lo niega, es obvio que la moralidad prohíbe matar a las personas inocentes u obliga a cumplir las promesas y, también es obvio, que todos los sistemas jurídicos contienen pautas que sancionan el homicidio (puede haber excepciones, pero al menos en general lo sancionan) u obligan a cumplir los contratos (que, a menudo, son comprendidos como un tipo especial de promesas).

Lo que se pone en duda es si la existencia del derecho depende *necesariamente* de la moralidad. Para la tradición clásica, hay un conjunto de pautas, independientes de la voluntad humana, que poseen una objetividad práctica, es decir, que son *obligatorias* para todos los seres humanos, es el *Derecho natural*, fundado o bien en la naturaleza o bien en la razón humana, esta polémica clásica no será analizada aquí.¹ A esta tesis, que podemos denominar la tesis de la *objetividad*, se añade otra tesis, que podemos denominar la tesis de la *vincu-*

¹ Buenas presentaciones de la doctrina del Derecho natural pueden hallarse en FINNIS, John, "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2016; MURPHY, Mark, "The Natural Law Tradition in Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2019; y HIMMA, Kennet Einer, "Natural Law", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2020. Para la crucial contribución de la escolástica española (principalmente FRANCISCO DE VITORIA y FRANCISCO SUÁREZ), por ejemplo, PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica", *Doxa*, No. 12, 1992, pp. 313-322.

latoriedad, de acuerdo con la cual las pautas establecidas por las autoridades humanas que son contrarias al Derecho natural no son válidas.

Estas son las tesis que asumen las doctrinas *iusnaturalistas*. A ellas se opone una doctrina surgida mucho después, en la modernidad (aunque, como sucede casi siempre en filosofía, con precedentes anteriores), conocida como *positivismo jurídico*, que niega o bien la primera tesis, la tesis de la objetividad o, aceptándola, niega la segunda, la tesis de la vinculatoriedad.²

En este texto, en la sección segunda, voy a presentar este debate como se acostumbra a hacer, para intentar mostrar que, a menudo, se trata solo de una *disputa verbal*. En la sección tercera voy a mostrar un debate más interesante –en mi opinión– que es de carácter metafísico, y que guarda relación con la cuestión de si la existencia del derecho, aparte de depender, como es obvio, de determinados hechos sociales (como, por ejemplo, hechos de promulgación de leyes y otros documentos legislativos), depende también, de manera necesaria, de ciertos contenidos morales. Es decir, si los *contenidos* jurídicos existen (al menos parcialmente) *en virtud de*, o lo que es lo mismo, *fundados en* contenidos morales. En la sección cuarta voy a plantear una cuestión distinta, aunque a menudo no suele distinguirse de la anterior, una cuestión de carácter epistémico: si la *identificación del derecho* depende de consideraciones morales. En la quinta, concluiré.

2. ¿UNA DISPUTA VERBAL?

A menudo las doctrinas del Derecho natural han sido asociadas con esta tesis de carácter semántico: las regulaciones *injustas* de las autoridades políticas no alcanzan el estatus de *Derecho*, no adquieren validez jurídica. Se trata, como puede apreciarse fácilmente, de una consecuencia inmediata de la tesis de la vinculatoriedad. Siempre se alude en estos casos a CÍCERÓN, AGUSTÍN DE HIPONA y TOMÁS DE AQUINO.

Efectivamente, CÍCERÓN arguyó que las leyes injustas no merecen el nombre de leyes, del mismo modo que las prescripciones de sustancias venenosas establecidas por ignorantes e inexpertos, en lugar de por médicos, no merecen el

² Para presentaciones panorámicas del positivismo jurídico puede verse HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, No. 71, 1958, pp. 593-629; ROSS, Alf, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, No. 4, 1961, pp. 46-93; y BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico y Giusnaturalismo e positivismo giuridico*.

nombre de prescripciones *médicas*.³ Agustín DE HIPONA escribió: “No me parece ser ley la que fuese injusta”.⁴ Y Tomás DE AQUINO, siguiendo a Agustín, añadió que lo que contradice la ley natural no es ley sino corrupción de ley.⁵ Todavía en el siglo XVIII, el gran jurista inglés William BLACKSTONE escribió: “Este Derecho de la naturaleza, siendo coetáneo con la humanidad, y dictado por Dios mismo, es claramente superior en obligación a cualquier otro. Es vinculante sobre todo el globo, en todos los países y en todos los tiempos: ninguna ley humana tiene validez si es contraria a él: y aquellas leyes humanas que son válidas derivan su fuerza y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de este original”.⁶

De este modo, para las doctrinas iusnaturalistas, el Derecho natural es aquel conjunto de principios y estándares independientes de la actividad humana que guían el comportamiento de los seres humanos en sociedad. El Derecho natural no agota todo el contenido del orden moral, sino solo aquella parte referida a la virtud de la justicia. En este sentido, la adecuación a la moralidad que sostiene la tesis iusnaturalista debe ser entendida como la adecuación a aquella parte del orden moral conocida como Derecho natural. Y, por otra parte, el Derecho natural para Tomás DE AQUINO es la expresión del orden especial de las criaturas racionales en el orden general del universo, regido por la ley eterna. Como es obvio, esta caracterización corresponde a las concepciones *teológicas* del Derecho natural, es decir, a aquellas concepciones que suponen que el origen de tal Derecho se encuentra en el entendimiento o en la voluntad de Dios. Después ha habido concepciones que ya no suponen este origen en Dios del Derecho natural, una tradición

³ Este es el pasaje de Cicerón: “*Quid quod multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen adtingunt, quam si latrones aliqua consensu suo sanxerint? Nam neque medicorum praecepta dici vere possunt, si quae inscii inperitique pro salutaribus mortifera conscripserint, neque in populo lex, cuiusmodi fuerit illa, etiam si perniciosum aliquid populus acceperit. Ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio inprobos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos*”. CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, II.13.

⁴ “*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*”. DE HIPONA, Agustín, *De libero arbitrio. Opera omnia*, I.v.11.

⁵ “*Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*”. DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95.a.2co.

⁶ “*This law of nature, being coeval with mankind, and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe in all countries, and at all times: no human laws are of any validity, if contrary to this; and such of them as are valid derive all their force and all their authority, mediately or immediately, from this original*”. BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 41.

que se origina en una expresión atribuida a Hugo GROCIO⁷ (aunque no es literal): *etsi Deus non daretur*, “incluso si Dios no existiera”.

Podemos, por otra parte, preguntarnos cómo se muestra la adecuación del Derecho positivo con la moral, con el Derecho natural. Según Tomás DE AQUINO⁸, las normas positivas pueden proceder del Derecho natural de dos modos: a) o bien por derivación lógica de los principios del Derecho natural, *per modum conclusionis*; b) o bien por medio de una especificación de dichos principios, *per modum determinationis*. Un ejemplo del primer caso puede ser el siguiente: “Se debe cumplir lo estipulado por los contratos de compraventa” es una consecuencia lógica del principio “Se deben cumplir las promesas”, bajo el supuesto de que los contratos son un tipo de promesa. Un ejemplo del segundo caso es el siguiente: la norma expresada por “Se debe circular a una velocidad inferior a los 120 km. por hora en las autopistas” no se deriva lógicamente del principio: “Se debe conducir de modo tal que se reduzca al máximo la probabilidad de causar daños a terceros”, pero especifica un modo de cumplir con dicho principio.

Sin embargo, ¿quiere ello decir que los clásicos del Derecho natural pensaban que las regulaciones injustas de las autoridades no son derecho? Ello no es tan claro. Destacados iusnaturalistas actuales han argüido, con buenas razones, que lo que establecía dicha doctrina es que las regulaciones injustas de las autoridades no son derecho en un sentido *focal*, en un sentido pleno, aunque sean derecho en algún sentido. No son derecho *simpliciter*, aunque sean derecho *secundum quid*.⁹ De un modo semejante a como si una persona tiene un viejo coche en su jardín, donde juegan los niños; un coche que hace décadas que no circula y que ya no es recuperable para dicho uso, es todavía un coche en algún sentido (todo el mundo lo entiende cuando dice “sal del coche, por favor, y ven a comer ya”), aunque en otro sentido ya no es un coche plenamente, porque es un coche muy defectuoso, que no sirve para transportarnos de un lugar a otro.

⁷ GROCIO, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis, libri tres, III. Prolegomena*, 11, 7.

⁸ DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95.a.2co, *cit*.

⁹ Véase, en este sentido, la reconstrucción de las ideas de Tomás DE AQUINO por parte de FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 351-370. Esta es también la posición de OLLERO, Andrés, “Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, en A. Ollero, J. A. García Amado y C. Hermida, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, p. 27. Por ejemplo: “El mismo Tomás de Aquino no diría que no nos hallamos ante una ley, sino que se trata de una ley corrompida; no deja pues de ser jurídica, aunque por serlo de modo deficiente merezca también una negativa evaluación moral”.

Veamos ahora cómo razona la doctrina del positivismo jurídico. En un artículo central en esta tradición H.L.A. HART argüía:¹⁰

“No se sigue del mero hecho de que una regla viola los estándares de la moralidad que no es una regla jurídica; y, conversamente, no se sigue del mero hecho que una regla es moralmente deseable que sea una regla jurídica”.

Una formulación que evocaba la clásica formulación de la tradición anglosajona del positivismo jurídico en la Escuela analítica del derecho, debida a John AUSTIN:¹¹ “La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”. Es decir, la validez jurídica de una norma no implica necesariamente que sea justa, su validez moral; y la justicia de una norma no implica su validez jurídica.

Sin embargo, también los iuspositivistas suelen aceptar que las normas injustas no deben ser obedecidas. HART, por ejemplo, afirma que es posible sostener algunas veces “esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”.¹²

En realidad, solo una posición radicalmente escéptica acerca de la moralidad (una que negara sentido alguno a predicar la justicia de ningún comportamiento o institución), una forma especialmente *afectada* de rechazar la tesis de la objetividad moral del iusnaturalismo, privaría de sentido a la idea de que hay regulaciones humanas que son injustas. Podemos prescindir, según creo, de esta clase de escepticismo y confiar en que la idea de que algunas regulaciones son injustas (como el *apartheid*) es compatible con muchas y diversas posiciones en metaética.¹³

Entonces, me parece que llevan razón NINO y GARZÓN VALDÉS, quienes sostienen que esta es una discusión de palabras, una mera disputa verbal.¹⁴ Así lo dice

¹⁰ HART, H. L. A., “Positivism...”, *cit.*, p. 599. Algo similar sostienen, por ejemplo, DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del Derecho*, pp. 50-60; o FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, pp. 309-321, en el sentido de que ni la existencia o validez de una norma jurídica implica su justicia, ni su justicia implica su validez.

¹¹ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 157.

¹² HART, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 203.

¹³ Es cierto, sin embargo, que algunos importantes positivistas suscribieron algunas veces este tipo radical de escepticismo, pero no lo hicieron siempre ni, en mi opinión, de manera consistente. *Vid.* los casos relevantes de Kelsen, Hans, “The Foundations of Democracy”, *Ethics*, No. 66, 1955, pp. 1-101, y Ross, Alf, *On Law and Justice*.

¹⁴ NINO, Carlos S., “La superación de la controversia ‘positivismo vs. iusnaturalismo’ a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin”, en C. S. Nino, *La validez del Derecho*, pp. 141-174; GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, *Doxa*, No. 8, 1990, pp. 111-130.

DWORKIN:¹⁵ “el venerable problema iusfilosófico del derecho injusto tristemente es poco más que una disputa verbal”.

En el pragmatista William JAMES se halla una perspicua explicación de lo que es una *disputa verbal*. Considera el ejemplo de un hombre que pasea rápidamente dando vueltas a un árbol, mientras una ardilla se mueve en el tronco del árbol. Ambos están frente al árbol todo el tiempo, pero el árbol está siempre entre ellos. Un grupo de personas discute sobre la cuestión siguiente: ¿el hombre rodea la ardilla o no? JAMES¹⁶ resuelve la cuestión de este perspicuo modo:

“Quiénes llevan la razón depende sobre lo que signifique prácticamente ‘rodear’ la ardilla. Si significa pasar del norte de la ardilla al este, después al sur, después al oeste, y al final al norte de nuevo, es obvio que el hombre rodea la ardilla, puesto que ocupa estas posiciones de modo sucesivo. Pero si, por el contrario, significa estar primero frente a ella, después a su derecha, después detrás de ella, después a su izquierda, y al final de nuevo frente a ella, es bastante obvio que el hombre no consigue rodearla... Hecha la distinción ya no hay ocasión para ninguna disputa más”.

En los términos de CHALMERS,¹⁷ del que, por otra parte, obtengo la preciosa referencia a JAMES): “Intuitivamente, una disputa entre dos partes es verbal cuando las dos partes están de acuerdo en todos los hechos relevantes acerca de un dominio determinado, y sólo discrepan acerca del lenguaje usado para describir el dominio. En tal caso, uno tiene la impresión que las dos partes ‘no están en realidad en desacuerdo’: es decir, que no están realmente discrepando acerca del dominio en cuestión, y que discrepan sólo acerca de materias lingüísticas”.

Y esteme parece el caso en la disputa acerca del derecho injusto. Las dos partes en nuestro caso, iusnaturalistas y defensores del positivismo jurídico, acuerdan en que puede haber leyes establecidas por seres humanos que son injustas y que dichas leyes no son obligatorias, no deben ser obedecidas. Discrepan solamente en que los positivistas piensan que estas leyes injustas han de ser clasificadas como válidas jurídicamente, mientras los iusnaturalistas piensan que no han de ser calificadas como válidas jurídicamente. Es decir, discrepan acerca de si el derecho comporta la obligatoriedad de sus pautas, con el

¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, p. 411.

¹⁶ JAMES, William, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, p. 25.

¹⁷ CHALMERS, David, “Verbal Disputes”, *Philosophical Review*, No. 120, 2011, p. 215.

lenguaje de hoy, si el derecho suministra *razones para la acción*.¹⁸ Si, como quieren los iusnaturalistas, solo llamamos derecho a aquellos conjuntos de pautas que están de acuerdo con la justicia, entonces es verdad que el derecho comporta la obligatoriedad. Si, conforme a los positivistas, llamamos derecho a todas las pautas establecidas por las autoridades humanas, entonces solo son obligatorias aquellas pautas jurídicas que están de acuerdo con la justicia y no es verdad que el derecho comporte necesariamente la obligatoriedad. Lo que muestra que se trata de una disputa verbal.¹⁹

Una disputa verbal que puede, sin embargo, tener efectos pragmáticos. En determinadas ocasiones, una concepción iusnaturalista puede usarse para defender el orden establecido, por ejemplo, arguyendo que hay una presunción de justicia en las reglas de las autoridades.²⁰ Pero también puede hacerse mediante algo como *dura lex, sed lex*, tan a menudo usada para combatir la resistencia. Aunque también sucede al revés, los iusnaturalistas pueden animar a la desobediencia fundados en la idea de que algunas directivas de la autoridad son inválidas por injustas, y los iuspositivistas pueden animar a la revuelta con la idea de que dichas normas, que son válidas, son demasiado injustas para ser obedecidas. Sucede aquí algo semejante a lo que acontece con cierta discusión teológica medieval sobre la infalibilidad del Papa (que algunos católicos integristas han resucitado para usarla contra el Papa Francisco): la idea de que todo lo que dice el Papa, en determinadas circunstancias, es verdad, puede servir tanto para predicar la verdad de lo que dice el que ocupa ese lugar en la Iglesia católica, como para argüir que dado que lo que dice no es verdad, entonces no es el Papa, sino el Anticristo.

¹⁸ Véase por todos, RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*.

¹⁹ Y lo mismo ocurre con otra defensa del no-positivismo muy influyente contemporáneamente, me refiero a ALEXY. Robert ALEXY ("On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, No. 2, 1989, pp. 167-189; *Begriff und Geltung des Rechts*; "El No-Positivismo Incluyente", *Doxa*, No. 36, 2013, pp. 15-23) toma como referencia la denominada fórmula de RADBRUCH (RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, No. 1, 1946, pp. 105-108), según la cual las leyes extremadamente injustas no son jurídicamente válidas. Pero de nuevo aquí se trata de una disputa acerca del significado de "válido jurídicamente", si significa que no son obligatorias, entonces no hay discrepancia genuina. Es cierto, sin embargo, que otros aspectos de la posición de ALEXY acercan su debate a la cuestión del fundamento metafísico del derecho, que será tratado en la sección siguiente.

²⁰ Así argumentaba el famoso iusnaturalista racionalista Samuel PUFENDORF (*Elementorum jurisprudentiae universalis, libri II*, observatio V, sec. 21, p. 346): *Praesumptio justitiae semper a principis partibus stet* ("la justicia está siempre de parte del príncipe").

3. LOS FUNDAMENTOS METAFÍSICOS DEL DERECHO

El contenido del derecho, el hecho de que es obligatorio en España (para las personas con determinados ingresos) presentar su declaración de la renta entre los meses de abril y junio de cada año, o el hecho de que solo son hipotecas válidas sobre bienes inmuebles aquellas inscritas en el Registro de la Propiedad, no es parte de la naturaleza en el modo en que lo son, las montañas, los ríos o los eclipses. Dependen de la actividad humana, no habría declaraciones de la renta ni hipotecas sin seres humanos. Se trata de una realidad *institucional*.²¹ El contenido del derecho no está constituido por hechos *fundamentales*, ya no fundados en nada, sino que son hechos fundados en otros hechos del mundo.²² En determinadas acciones humanas y en hechos de *aceptación* de estos seres humanos, que *anclan* determinadas acciones en el mundo.²³ Por ejemplo, el hecho de que un trozo de papel de color azul sea un billete de veinte euros, ¿de qué depende? O, dicho de otro modo, ¿cuáles son las condiciones de verdad de la proposición según la cual este es un billete de cinco euros? Pues bien, según EPSTEIN y simplificando ahora sus ideas, depende de dos relaciones que estructuran nuestro mundo social, nuestro mundo de los significados. Son las relaciones que podemos denominar de *anclaje* y de *fundamentación* ("anchoring" y "grounding").

Son nuestras creencias y actitudes las que anclan en nuestras comunidades las reglas constitutivas, las reglas que dicen, por ejemplo, que estrecharse las manos *cuenta* como saludarse entre nosotros, que levantar la mano en una asamblea cuenta como votar a favor de una propuesta, que los billetes impresos de acuerdo con las regulaciones del Banco central europeo cuentan como billetes de cinco, diez, veinte, cincuenta, cien, doscientos o quinientos euros. Estas reglas constitutivas existen en un grupo social en la medida en que los

²¹ Por ejemplo, SEARLE, John, *The Construction of Social Reality y Making the Social World*.

²² La relación metafísica de *fundamentación*, de existir *en virtud de*, se ha convertido en crucial en la ontología actual. Puede verse SCHAFER, Jonathan, "On What Grounds What", en D. J. Chalmers, D. Manley, R. Wasserman (Eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, pp. 347-383; ROSEN, Gideon, "Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction", en B. Hale & A. Hoffmann (Eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, pp. 109-36; FINE, Kit, "Guide to Ground", en F. Correia & B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, pp. 37-80; y BLISS, Ricki & Kelly TROGDON, "Metaphysical Grounding", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Y con aplicación al derecho en CHILOVI, Samuele, "Metafísica", en D. González Lagier, G. Lariguet (Eds.), *Filosofía para juristas*.

²³ Vid. EPSTEIN, Brian, *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*.

miembros del grupo las aceptamos colectivamente. Es esta aceptación colectiva lo que ancla su existencia. En otras comunidades, lo que cuenta como un saludo es frotarse la nariz con la nariz del otro, por ejemplo. Y es la existencia de esta regla constitutiva, de acuerdo con la cual los billetes azules impresos conforme a la regulación y autorización del Banco Central europeo cuentan como billetes de veinte euros. Un trozo de papel azul es un billete de veinte euros en virtud de la regla constitutiva según la cual los billetes azules emitidos conforme a la regulación y autorización del Banco Central europeo son billetes de veinte euros.

Así puede ser comprendida la concepción del derecho que se halla en el libro de HART.²⁴ Sin embargo, el derecho en un grupo social tiene relevancia normativa, en virtud de su contenido algunos comportamientos dejan de ser opcionales para sus destinatarios y devienen obligatorios. ¿Cómo es ello posible? Y, sobre todo, ¿de qué depende su normatividad?

Parece plausible sostener que el contenido del derecho se funda en determinados hechos sociales (de promulgación de regulaciones por las autoridades y de aceptación de dichas reglas como directivas de comportamiento), pero en la medida en la cual el derecho proporcione *razones para la acción*, entonces debe fundarse también en determinados hechos de naturaleza moral. Y ello porque solo la moralidad tiene la fuerza de establecer razones *decisivas* para la acción. Solo la moralidad puede proporcionarnos algo como una *normatividad robusta*.²⁵

Por esta razón es que en los últimos años se presenta el debate entre el positivismo jurídico y el ahora denominado antipositivismo jurídico, como un debate acerca de si entre los fundamentos del contenido del derecho hay, aparte de hechos sociales, también hechos morales o no.

Una idea que se halla presente en GREENBERG²⁶ puede servirnos para comprender el alcance de este modo de considerar el debate. Según GREENBERG, la mayoría de juristas y teóricos del derecho, cuando reflexionan sobre él, asumen im-

²⁴ HART, H. L. A., *The Concept...*, cit.

²⁵ Vid., por ejemplo, PLUNKETT, David, "Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism", en D. Plunkett, S. J. Shapiro and K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity*, pp. 105-136.

²⁶ GREENBERG, Mark, "The Standard Picture and its Discontents", en L. Green and B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, pp. 39-106; y "The Moral Impact Theory of Law", *The Yale Law Journal*, No. 123, 2014, pp. 1288-1314.

plícitamente lo que denomina la *imagen estándar* ("Standard Picture") según la cual el contenido del derecho depende, fundamentalmente, del significado de las regulaciones emitidas por las autoridades jurídicas; y por ello se admite implícitamente que no depende de hechos morales. En consecuencia, los teóricos se empeñan en conseguir una noción más plausible de significado: el contenido semántico de las palabras del legislador o lo que quiso decir el legislador (que, tal vez, incluye aspectos pragmáticos, como lo que el legislador presuponía, lo que contextualmente implicaba, etc.). Y ahí las discusiones son, a menudo, si lo relevante son las *intenciones* del legislador, o es lo que esas palabras significaban en el momento de ser pronunciadas, o los propósitos del legislador, etcétera.

Por cierto, este enfoque es compatible con que los hechos morales contribuyan a fijar el contenido del derecho, por ejemplo, porque el derecho remite a la moralidad, declarando nulos los contratos contrarios a la moral o excluyendo los tratos crueles, inhumanos o degradantes, por ejemplo. Pero estos hechos morales, que determinan el contenido del derecho, están a su vez fundados en hechos sociales de creación normativa.²⁷

Hay, sin embargo, al menos dos posiciones contemporáneas que rechazan este punto de vista. No suponen que el contenido del derecho sea el resultado directo del significado atribuido a las regulaciones dotadas de autoridad. Son enfoques antipositivistas. En primer lugar tenemos la posición de Ronald DWORKIN,²⁸ el derecho como *integridad*. Para dicha posición, el contenido del derecho está determinado por el conjunto de principios que mejor justifican, desde el punto de vista moral, la práctica jurídica. Y eso en dos dimensiones, la dimensión de *adecuación* ("dimension of fit") y la dimensión de *justificación* ("dimension of justification"). En la primera, establecemos un filtro entre los contenidos posibles del derecho, de manera que concuerden con la práctica, la práctica legislativa y la práctica judicial de esa comunidad. En la segunda dimensión elegimos aquel contenido que mejor, mejor desde el punto de vista moral, reconstruye la práctica, aquel contenido que ofrece la mejor solución desde el punto de vista moral, de acuerdo con la práctica.

²⁷ Esta es la posición de lo que se conoce como *positivismo jurídico incluyente*. Vid. WALUCHOW, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*; COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*; MORESO, J. J., "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en P. Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*, pp. 37-64; HIMMA, Kenneth E., "Inclusive Legal Positivism", en J. L. Coleman & S. J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 125-165.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*; y *Law's Empire*.

En segundo lugar tenemos la de Mark GREENBERG.²⁹ Antes que nada hay que advertir que GREENBERG no está de acuerdo con DWORKIN, porque considera que la posición dworkiniana no está en condiciones de proporcionarnos normatividad *robusta* para el contenido del Derecho. Y no lo está porque los principios que permiten considerar la práctica jurídica en su mejor luz pueden ser principios muy defectuosos desde el punto de vista moral, si la práctica es muy defectuosa desde dicho punto de vista. Por ello GREENBERG propone lo que denomina la teoría jurídica del *impacto moral*. Esto es, el contenido del derecho es el impacto apropiado que en el perfil moral tienen las decisiones de las instituciones jurídicas. No el significado de dichas decisiones, tampoco los principios que mejor las justifican, sino el impacto que ellas tienen en nuestro universo moral, como ellas afectan, cambiando, modificando, reforzando, nuestros deberes morales. Por ejemplo, antes del establecimiento de un sistema de tributos, todos tenemos algunos deberes imprecisos de ayudar a los más necesitados y contribuir a los gastos comunes, pero es después de que se establezca un sistema de tributos, que tenemos exactamente el deber de contribuir de acuerdo con él. Ahora el significado de lo que dijeron las autoridades no es determinante (aunque, es claro, es contribuyente), porque lo relevante es cómo queda nuestro perfil moral después de la intervención de las instituciones.

Sea como fuere, ambos enfoques son claramente antipositivistas, en el sentido de que el contenido del derecho depende *necesariamente* de la realidad normativa de la moralidad, el derecho existe *en virtud de* la moralidad. Esta ya no es una disputa verbal, es una disputa metafísica acerca de cuáles son los fundamentos últimos del derecho.

4. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO: UNA CUESTIÓN EPISTÉMICA

Sin embargo, el mayor representante del positivismo jurídico contemporáneo, Joseph RAZ, no rechaza de plano esta tesis metafísica. Son hechos *normativamente robustos* los que fundan, en último término, la capacidad del derecho de proveernos con razones para la acción.³⁰ Por ejemplo:

²⁹ GREENBERG, Mark, "How Facts Make Law", *Legal Theory*, No. 10, 2004, pp. 157-198; "The Moral Impact...", *cit.*

³⁰ Esta conjetura se halla también en PLUNKETT, David, "Robust Normativity...", *cit.*, pp. 119-122, 125-130, en donde argumenta –siguiendo las ideas sobre *grounding* de autores como BENNET, Karen, "By Our Bootstraps", *Philosophical Perspectives*, vol. 25, No. 1, 2011, pp. 27-41, y de ROSSET, Louis, "Grounding Explanations", *Philosophers'Imprint*, vol. 13, No. 7, 2013, pp. 1-26– que si los hechos B fundan los hechos C, y los hechos A fundan el hecho de que los hechos B

“Todo lo que estoy diciendo es que, cuando asumimos que un sistema jurídico es legítimo y obligatorio, que impone los deberes que pretende imponer –y procederé en esta presentación asumiendo que los sistemas jurídicos que estamos considerando disfrutan de dicha legitimidad–, en tales casos no podemos separar el derecho de la moralidad como dos puntos de vista normativos independientes, porque el jurídico deriva la validez que tiene de la moralidad”.³¹

Ahora bien, ¿cómo esta posición es compatible con la defensa estricta de la *tesis de las fuentes sociales del derecho* que caracteriza para RAZ el denominado *positivismo jurídico excluyente*? y que puede ser formulada del modo siguiente:³²

“Una teoría del derecho es aceptable solo si sus criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos del comportamiento humano capaces de ser descritos en términos valorativamente neutros, y aplicados sin recurrir al argumento moral”.

Con arreglo a la concepción de Joseph RAZ,³³ las normas jurídicas son razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente, que desplazan cualquier tipo de otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio*³⁴, según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

fundan los hechos C, entonces los hechos A también fundan los hechos C. Con esta posición –que no está exenta de controversia, *vid.* DASGUPTA, Shamik, “The Possibility of Physicalism”, *The Journal of Philosophy*, vol. 111, No. 9, 2014, pp. 557-592– sugiere que, tal vez, RAZ debe ser comprendido en el sentido de que los hechos normativamente robustos fundan el hecho que funda que solo los hechos sociales fundan los hechos del contenido del derecho, un fundamento de tercer nivel.

³¹ RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, p. 189.

³² RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, pp. 39-40.

³³ RAZ, Joseph, *Practical Reason...*, *cit.*

³⁴ RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, cap. 10.

Esto es, las autoridades jurídicas son autoridades prácticas y es un rasgo necesario de la naturaleza del derecho la pretensión de autoridad. Hay que admitir que no todas las autoridades jurídicas tienen legitimidad, sin embargo, todas las autoridades *de facto* pretenden poseer autoridad legítima. Y, según RAZ,³⁵ las tesis que caracterizan a la autoridad legítima son las tres siguientes:

1. *La tesis de la dependencia*: todas las directivas dotadas de autoridad han de basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de aquellas directivas y que se sostienen en las circunstancias cubiertas por las directivas. Las llamaré *razones dependientes*.
2. *La tesis de la justificación normal*: el modo normal y primario de establecer que una persona debe ser reconocida como teniendo autoridad sobre otra persona es que probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas de las presuntas directivas dotadas de autoridad), si acepta las directivas de la presunta autoridad como obligatorias autoritativamente e intenta seguir las, que si intenta seguir las razones que se le aplican directamente.
3. *La tesis del reemplazo (The Preemption Thesis)*: el hecho de que una autoridad requiere realizar una acción, es una razón para su realización que no se añade al resto de razones relevantes cuando se evalúa qué hacer, sino que las reemplaza.

Entonces, por un lado, la fuerza obligatoria del derecho –en el caso que las autoridades jurídicas sean legítimas– deriva de estos hechos normativos robustos, de naturaleza moral, que legitiman la autoridad. Por otro lado, para que el derecho, con arreglo a su naturaleza, cumpla su función, este debe identificarse sin recurrir a consideraciones morales, porque cuando se recurre a ellas, nos vemos compelidos a analizar todas las razones y a ponderarlas y, por dicha razón, el derecho pierde su carácter de reemplazo, entonces las directivas ya no están protegidas, ya no son razones *excluyentes*.

Es más, y constituye otra razón para atribuir a RAZ la tesis de la dependencia metafísica del derecho de la moralidad: cuando RAZ se refiere a la cuestión de la aplicación del derecho sostiene:

“Una teoría de la aplicación del derecho es una teoría moral. Se refiere a todas las consideraciones que afectan el razonamiento de los tribunales, las

³⁵ *Ibidem*, p. 214.

jurídicas y las no jurídicas. Al pronunciarse acerca de qué consideraciones extrajurídicas tienen fuerza y cuánto peso debe dárseles, se compromete con el argumento moral. Cuando la doctrina de la naturaleza del derecho es identificada con la teoría de la adjudicación, deviene en sí misma una teoría moral”.³⁶

¿Cómo es posible que una teoría del derecho sea aceptable solo si los criterios para la identificación del contenido del derecho no remitan a consideraciones morales y que la teoría de la aplicación del derecho sea, a su vez, una parte de la teoría moral? Bien, lo que RAZ³⁷ sugiere es que hay que distinguir entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. Otra vez, y de nuevo, RAZ asiente a la idea de que, desde el punto de vista de la aplicación, el derecho modifica nuestras razones para la acción conforme al *impacto moral* de sus directivas, es decir, las directivas jurídicas solo generan directamente razones para la acción cuando son emitidas por autoridades legítimas que, en dichas circunstancias, consiguen que sus directivas se comporten como razones excluyentes.

Creo, y es una sugerencia que también se halla en PLUNKETT³⁸ y en MONTI,³⁹ que la tesis de las fuentes sociales es una tesis de carácter epistémico y no metafísico, dice cómo debe ser identificado el contenido del derecho, no dice, en cambio, en virtud de qué existe el contenido del derecho, lo que depende, para RAZ, de su doctrina de la autoridad y de su concepción de las razones normativamente robustas para actuar. PLUNKETT⁴⁰ lo dice del modo siguiente: “[para Raz] los agentes deben ser capaces de identificar el contenido del derecho *sin* comprometerse en el razonamiento práctico considerando todas las circunstancias acerca de qué hacer, o acerca de qué deben hacer *realmente* (donde ‘realmente’ aquí, y de nuevo, significa la invocación de la idea de la normatividad robusta). Esta es una restricción epistemológica [...]”. Y MONTI⁴¹ de este otro modo: “debe apreciarse que la tesis de las fuentes es formulada en términos *epistemológicos* más bien que metafísicos. La tesis es que la existencia y el contenido del derecho

³⁶ *Idem*, cap. 9, p. 193.

³⁷ *Idem*, cap. 14, pp. 310-324.

³⁸ PLUNKETT, David, “Robust Normativity...”, *cit.*

³⁹ MONTI, E., *The Binding Nature of Law*.

⁴⁰ PLUNKETT, David, “Robust Normativity...”, *cit.*, p. 120.

⁴¹ MONTI, E., *The Binding Nature...*, *cit.*, p. 33.

pueden ser *identificados* sin recurrir a la argumentación moral, no que los hechos jurídicos no dependan para existir de los hechos morales”.

De hecho, para RAZ y, según parece, para los defensores del positivismo jurídico excluyente en general,⁴² la tesis de las fuentes sociales es una tesis epistémica acerca de la identificación del derecho, no una tesis metafísica. Más todavía, la tesis de las fuentes sociales es una consecuencia de determinada concepción de la autoridad y de la normatividad robusta de carácter moral que, por lo tanto, hace imposible tener razones decisivas y robustas para comportarse de determinado modo sin que dichas razones no *dependan* (en algún modo de depender que habrá de ser precisado) de razones morales.

Sin embargo, tal vez en esta cuestión epistémica pueda situarse la polémica entre el positivismo jurídico excluyente y el incluyente. Para el primero, la identificación del derecho necesariamente no depende de las razones morales, por las razones que hemos analizado. Para el positivismo incluyente, en cambio, la identificación del derecho no depende de las razones morales de manera necesaria, pero puede depender de manera contingente; como sabemos, ello sucede cuando son las propias fuentes del derecho (la constitución, la legislación los precedentes judiciales) las que incorporan pautas morales.

Es más, podría argüirse que aunque los sistemas jurídicos cuya identificación no depende de la moralidad son, tal vez, *concebibles*, no es tan claro que sean posibles.⁴³ En la filosofía contemporánea se usa un argumento denominado de la *concebibilidad*, que supone que todo lo concebible es posible. El argumento ha hecho fortuna como una defensa del dualismo entre mente y materia. Se arguye acerca de los *zombies*, seres como nosotros que actúan como nosotros, pero que carecen de conciencia. Y, por ejemplo, CHALMERS⁴⁴ argumenta así:

1. Los *zombies* son concebibles.
2. Todo lo concebible es posible metafísicamente.

Luego, los *zombies* son posibles metafísicamente.

⁴² Así, MARMOR, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, pp. 49-70; SHAPIRO, Scott J., *Legality*.

⁴³ Hay una relevante discusión filosófica acerca de las relaciones entre lo concebible y lo posible. Por ejemplo, GENDLER, Tamar S. & John HAWTHORNE (Eds.), *Conceivability and Possibility*.

⁴⁴ CHALMERS, David, *The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory* y “Does Conceivability Entail Possibility?”, en T. S. Gendler & J. Hawthorne (Eds.), *Conceivability and Possibility*.

De lo que se infiere que lo mental no es reducible a lo material y que, por lo tanto, el fisicalismo es falso.

Pero muchos autores rechazan la idea de que la concebibilidad (una noción epistémica al fin y al cabo) implique la posibilidad metafísica.⁴⁵ Y esta es la conjetura que yo recojo para nuestro caso: aunque es concebible un sistema jurídico cuya identificación nunca remita a la moralidad, no es posible metafísicamente su existencia.

Tal como es presentada la tesis de la relación no necesaria entre el derecho y la moralidad, en una de las primeras argumentaciones a favor del positivismo jurídico incluyente, en COLEMAN⁴⁶ puede entenderse como una especie del género del *argumento de la concebibilidad*, que como decía sostiene que si algo es concebible, entonces es también metafísicamente posible:

“La tesis de la separabilidad sostiene que existe al menos una concebible regla de reconocimiento (y por lo tanto un posible sistema jurídico) que no selecciona la verdad de un principio moral entre las condiciones de verdad de cualquier proposición jurídica”.

Parece que COLEMAN acepta que si algo es concebible, entonces es metafísicamente posible. Pero esta inferencia es controvertible. Quiero decir que tal vez algunos de los rasgos necesarios de los seres humanos, que somos agentes morales, hagan imposible que en ningún caso un sistema jurídico licencie el uso del razonamiento moral. Es un hecho constitutivo de nuestra agencia moral que somos seres *sensibles a razones* y, por lo tanto, no podemos abdicar de ello nunca, ni siquiera cuando estamos sometidos a la autoridad. Entonces tampoco las directivas de las autoridades jurídicas pueden funcionar *siempre* en nuestro razonamiento como razones excluyentes. Tal vez por ello, nuestros sistemas jurídicos contienen causas de justificación en derecho penal, vicios del consentimiento en el derecho privado, conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales en especial en el derecho público y toda la panoplia de principios y derechos del derecho constitucional. Estos mecanismos funcionan autorizando a los jueces que apliquen el derecho a los casos individuales acudiendo, en determinadas ocasiones, a las razones que justifican la regla y

⁴⁵ Véase esta discusión bien presentada en KIRK, Robert, “Zombies”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (Ed.).

⁴⁶ COLEMAN, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, No. 11, 1982, p. 141.

que dichos elementos expresan.⁴⁷ De un modo similar, en lo que la analogía pueda valer, a que aunque es imposible que los seres humanos tengamos más (o menos) de 46 cromosomas (en todos los mundos posibles los seres humanos tenemos 23 pares de cromosomas), es concebible un mundo en donde tengamos solo 20 pares de cromosomas.

5. CONCLUSIÓN

Con los argumentos aquí desarrollados, es razonable conjeturar que la tesis según la cual el derecho depende necesariamente de la moralidad esconde varias tesis, distintas entre sí, en su seno.

En un sentido, en el que ha sido comprendida usualmente en la tradición, la tesis produce el debate acerca de si las regulaciones *injustas* de la autoridad son derecho. Hemos argüido que dicho debate es solo una disputa verbal. Si por derecho entendemos contenidos prácticos aptos para proveernos de razones *decisivas* para actuar, entonces es verdadera. Si por derecho nos referimos al significado de las regulaciones emitidas por las autoridades, entonces es falsa.

Más admisible parece la tesis desde el punto de vista metafísico. Si suponemos que hay algo como una *normatividad robusta*, entonces dicha normatividad no puede proceder del hecho de que determinadas autoridades dicen determinadas cosas en una práctica que es seguida y aceptada en determinado grupo social. Ha de proceder de las razones morales, las únicas que son aptas para albergar dicha normatividad.

Y, por último, entendida como una tesis de carácter epistémico, referida al modo en el que sus destinatarios han de identificar el contenido del derecho, es también aceptable.

Parece que, aunque tal vez sea concebible un sistema jurídico en el que sus destinatarios pueden cumplir con lo exigido por las normas sin recurrir a la moralidad, dicho sistema no es realmente posible, los seres humanos somos agentes morales, y como tales, la deliberación es constitutiva de nuestra natu-

⁴⁷ Para una argumentación a favor de que estos rasgos del derecho constituyen una *virtud* y no un defecto, puede verse SCHIFFRIN, Seana Valentine, "Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog", *Harvard Law Review*, No. 123, 2010, pp. 1214-1246; MORESO, J. J., "Marry Me a Little. How Much Precision is Enough in Law?", en M. Carpentier (dir.), *Droit et Philosophie: Droit et indétermination*.

raleza moral y la deliberación conspira con el hecho de que debamos tomar las directivas de las autoridades siempre como razones excluyentes.

Sin embargo, entonces cuál es la fuerza que hace el positivismo jurídico tan atractivo para muchos teóricos del derecho. Me parece que reside en que es en el ámbito del positivismo jurídico en donde se han desarrollado los enfoques más articulados para dar cuenta de la *dimensión institucional* del derecho.⁴⁸ Es esta dimensión institucional precisamente la que hace posible que las decisiones jurídicas *finales*, que tienen fuerza de cosa juzgada, que ya no pueden ser revisadas, no estén ya sujetas a lo que DWORKIN denominó *la lectura moral*. Pueden ser decisiones equivocadas jurídicamente, pero son jurídicamente vinculantes. En este sentido, como quería HART,⁴⁹ la práctica jurídica está anclada en nuestras prácticas sociales con independencia de la moralidad. Soy consciente de que mucho más debería decir sobre esta conjetura para hacerla plausible.

En realidad, el derecho es a la vez un conjunto de reglas sustantivas que regulan el comportamiento humano y un conjunto de reglas procesales que establecen las autoridades, los procedimientos y las consecuencias que tiene seguir o violar las reglas sustantivas. Estos dos tipos de reglas están en tensión.⁵⁰ Es decir, como se ha señalado, es posible que una autoridad establezca que determinada regla sustantiva ha sido vulnerada cuando no lo ha sido y viceversa. Por esta razón, considero que en el derecho hay algunas pocas partes intocables. Quiero decir, algunas reglas cuya identificación no puede remitir a la argumentación moral.⁵¹ Son, en mi opinión, las siguientes:⁵²

- a. Las reglas sustantivas contenidas en las decisiones judiciales y administrativas individuales.

⁴⁸ Vid. para ello, ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, No. 24, 2001, pp. 115-130.

⁴⁹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, cit.

⁵⁰ Vid. RUIZ MANERO, Juan, "Algunas pretensiones en conflicto en el Derecho", *Analisi e Diritto*, 2015, pp. 82-84.

⁵¹ Y, para estas reglas y solo para ellas, la tesis fuerte de las fuentes sociales asociada al positivismo jurídico excluyente, es verdadera como quiere el positivismo jurídico excluyente.

⁵² MORESO, J. J., "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", en J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, pp. 49-86; "The Untouchables of Law", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, No. 19, 2016, pp. 496-504; "Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)", *Revista i-latina*, No. 1, 2019, pp. 1-42.

- b. Las reglas procesales que definen las instituciones jurídicas: el Parlamento, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, por ejemplo.
- c. Las reglas procesales que establecen cuáles son las decisiones judiciales finales y definitivas, que definen la *res iudicata*.

Algunos comentarios acerca de las partes intocables son necesarios. Primero, las decisiones particulares que ponen fin a las controversias jurídicas han de poder ser identificadas clara y precisamente. Por diferencia a las normas generales del código penal, una sentencia ha de establecer que A ha de ser castigado a la pena de, por ejemplo, seis años de prisión; no que A ha de ser castigado a dicha pena, excepto si su conducta era jurídicamente justificada. Esto abriría de nuevo la controversia. Las decisiones individuales han de poder identificarse de un modo que sea totalmente opaco a su justificación.

En segundo lugar, las reglas que confieren las competencias al Parlamento o al Tribunal Constitucional son a menudo fuentes de controversia acerca del contenido o de los límites de la competencia. Es suficiente que la parte intocable de estas reglas alcance a la identificación de las instituciones de un modo no controvertible.

Finalmente, DWORKIN⁵³ parece tomar en cuenta este aspecto cuando se refiere a los principios de la estructura procesal y añade: “una vez rechazamos el modelo de los dos sistemas, y concebimos el derecho como una parte diferenciada de la moralidad política, debemos tratar los principios que estructuran esta especificidad y separan el derecho del resto de la moralidad política como principios políticos en sí mismos que necesitan una lectura moral”.

Esta aserción puede ser interpretada de dos maneras: si es interpretada en el sentido de que la justificación de la función de estos principios necesita una lectura moral, entonces yo estoy de acuerdo; pero si es interpretada en el sentido de que la identificación de su contenido depende de la lectura moral, entonces no lo estoy. Cuando la Corte Suprema estadounidense, en *Bush v. Gore*,⁵⁴ decidió que el método establecido por la Corte Suprema de Florida para recontar las papeletas del voto conllevaba una violación de los derechos cons-

⁵³ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 413.

⁵⁴ 531 US 98 (2000).

titucionales, la decisión fue muy controvertida y muchos consideraron que era una decisión errónea desde el punto de vista del derecho constitucional.⁵⁵

Sin embargo, hasta donde yo sé, nadie consideró que la sentencia de la Corte no debía ser obedecida y que, por lo tanto, el presidente BUSH era un presidente *ilegal*, aunque la decisión judicial que autorizó su proclamación fuese *constitucionalmente* inválida. Algunas veces, por paradójico que parezca, los procedimientos jurídicos requieren la aplicación de reglas *inválidas*.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALEX, Robert "On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, No. 2, 1989.
- ALEX, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Alber, Freiburg/München, 1992.
- ALEX, Robert, "El No-Positivismo Incluyente", *Doxa*, No. 36, 2013.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, No. 24, 2001.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, W.J. Rumble Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1832-1995.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Robert Bell, Philadelphia, 1771, disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-2-vols>
- BLISS, Ricki & Kelly TROGDON, "Metaphysical Grounding", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2016, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/grounding/>>
- BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1965.
- BENNET, Karen, "By Our Bootstraps", *Philosophical Perspectives*, vol. 25, No. 1, 2011.
- CHALMERS, David, *The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- CHALMERS, David, "Does Conceivability Entail Possibility?", en T. S. Gendler & J. Hawthorne (Eds.), *Conceivability and Possibility*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CHALMERS, David, "Verbal Disputes", *Philosophical Review*, No. 120, 2011, pp. 515-566.

⁵⁵ Por ejemplo, DWORKIN, Ronald (Ed.), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*.

- CHILOVI, Samuele, "Metafísica", en D. González Lagier, G. Lariguet (Eds.), *Filosofía para juristas* (de próxima publicación en Madrid: Trotta), 2020.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, Georges de Plinval, Ed., Belles Lett, Paris, 1959, disponible en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D13>
- COLEMAN, Jules, "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, No. 11, 1982, pp. 139-162.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- DASGUPTA, Shamik, "The Possibility of Physicalism", *The Journal of Philosophy*, vol. 111, No. 9, 2014.
- DE AQUINO, TOMÁS, *Summa Theologiae*. Textum Leoninum Romae 1888 editum, disponible en <http://www.corpusthomicum.org/sth1001.html>
- DE HIPONA, Agustín, *De libero arbitrio. Opera omnia*, 2014, disponible en http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm
- DE ROSSET, Louis, "Grounding Explanations", *Philosophers'Imprint*, vol. 13, No. 7, 2013.
- DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- DWORKIN, Ronald (Ed.), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, The New Press, New York, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- EPSTEIN, Brian, *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FINE, Kit, "Guide to Ground", en F. Correia & B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

- FINNIS, John, "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2016, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/natural-law-theories/>>
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", *Doxa*, No. 8, 1990.
- GENDLER, Tamar S. & John HAWTHORNE (Eds.), *Conceivability and Possibility*, Oxford University Press, Oxford.
- GREENBERG, Mark, "How Facts Make Law", *Legal Theory*, No. 10, 2004.
- GREENBERG, Mark, "The Standard Picture and its Discontents", en L. Green and B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- GREENBERG, Mark, "The Moral Impact Theory of Law", *The Yale Law Journal*, No. 123, 2014.
- GROCIO, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis, libri tres*. In quibus is naturae & Gentium: ítem iruis publici precipitae explicantur, Pariis: Apud Nicolam Buon, MDCXXV, cum privilegio regis Via Gallica (the French National Library), 1625, disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86069579/f11.image.r=.langEN>
- HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, No. 71, 1958.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- HIMMA, Kennet Einer, "Inclusive Legal Positivism", en J. L. Coleman & S. J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- HIMMA, Kennet Einer, "Natural Law", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2020, disponible en <https://www.iep.utm.edu/>, consultada el 27-03-2020.
- JAMES, William, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longman Green and Co., New York, 1907.
- KELSEN, Hans, "The Foundations of Democracy", *Ethics*, No. 66, 1955.
- KIRK, Robert, "Zombies", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), 2019, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/zombies/>>
- MARMOR, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- MONTI, E., *The Binding Nature of Law*, PhD Dissertation, King's College, London, 2019.
- MORESO, J. J., "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en P. Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001.

- MORESO, J. J., "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", en J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- MORESO, J. J., "The Untouchables of Law", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, No. 19, 2016.
- MORESO, J. J., "Marry Me a Little. How Much Precision is Enough in Law?"; en M. Carpentier (dir.), *Droit et Philosophie: Droit et indétermination*, 2017.
- MORESO, J. J., "Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico", *Revista i-latina*, No. 1, 2019.
- MURPHY, Mark, "The Natural Law Tradition in Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2019, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/>>
- NINO, Carlos S., "La superación de la controversia 'positivismo vs. lusnaturalismo' a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin", en C. S. Nino, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- OLLERO, Andrés, "Derecho y moral: una relación desnaturalizada", en A. Ollero, J. A. García Amado y C. Hermida, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica", *Doxa*, No. 12, 1992.
- PUFENDORF, Samuel, *Elementorum jurisprudentiae universalis, libri II*, Joann Hayes, Cambridge, 1672.
- PLUNKETT, DAVID, "Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism", en D. Plunkett, S. J. Shapiro and K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, No. 1, 1946.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- ROSEN, Gideon, "Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction", en B. Hale & A. Hoffmann (Eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958.

ROSS, Alf, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, No. 4, 1961. También en Stanley L. Paulson and Bonnie L. Paulson (Eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 148-163.

RUIZ MANERO, Juan, "Algunas pretensiones en conflicto en el Derecho", *Analisi e Diritto*, 2015, pp. 71-86.

SCHAFER, Jonathan, "On What Grounds What", en D. J. Chalmers; D. Manley; R. Wasserman (Eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

SCHIFFRIN, Seana Valentine, "Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog", *Harvard Law Review*, No. 123, 2010.

SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 2011.

SEARLE, John, *The Construction of Social Reality*, Penguin Books, London, 1995.

SEARLE, John, *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

WALUCHOW, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Recibido: 29/3/2021
Aprobado: 20/4/2021

DERECHOS HUMANOS Y POSITIVISMO: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A PARTIR DE DOS AUTORES EMBLEMÁTICOS, KELSEN Y BOBBIO

Human rights and positivism: consideration of the problem from two emblematic authors, Kelsen y Bobbio

Dra. Véronique Champeil-Desplats

Catedrática de Teoría del Derecho
Universidad de París X, Nanterre, Francia
<https://orcid.org/0000-0002-3477-902X>
vchd@parisnanterre.fr

Resumen

Aunque, *prima facie*, el positivismo y los derechos humanos parecen antinómicos, una lectura atenta de la obra de las dos figuras emblemáticas del positivismo, Hans Kelsen y Norberto Bobbio, revela una situación más rica. Si ambos autores presentan críticas comunes a los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos, demuestran atenciones diversas a estos derechos en sus construcciones teóricas. Para Kelsen, los derechos humanos aparecen como elementos indiferentes en su teoría general del derecho, y como exigencias mínimas, aunque insuperables, en su teoría de la democracia. Para Bobbio, los derechos humanos son elementos esenciales de su teoría política y les dedica largos desarrollos.

Palabras clave: Bobbio; Kelsen; derechos humanos; democracia; derecho natural; positivismo.

Abstract

Although positivism and human rights seem *prima facie* antinomial, a close reading of works of the two most emblematic figures of positivism, Hans Kelsen and Norberto Bobbio, reveals more complex relations. If both authors present common criticisms of the iusnaturalist foundations of human rights, they show different attentions to these rights in their theoretical constructions. For Kelsen, human rights appear as indifferent elements in his general theory of law, and as

minimal but insuperable requirements of his theory of democracy. For Bobbio, human rights are essential elements of his political theory and he devotes lengthy developments to them.

Keywords: Bobbio; Kelsen; human rights; democracy; natural law; positivism.

Sumario

1. Introducción. 2. Una crítica común a los fundamentos jusnaturalistas de los derechos humanos. 2.1. El ataque kelseniano al jusnaturalismo. a) Oposiciones ontológicas: el relativismo de los valores. b) Diferencias teóricas: la separación del derecho y de la moral y sus consecuencias. 2.2. El desarrollo bobbiano de la investigación de la base absoluta. a) La refutación del fundamento absoluto de los derechos humanos. b) Condiciones para una afirmación positivista de la existencia de los derechos humanos. 3. Una teorización distinta de la función de los derechos humanos. 3.1 Los derechos humanos en el hueco de la teoría general kelseniana. a) Las exigencias liberales de la mente científica. 3.1.1. La garantía de los derechos y las libertades por el derecho. a) Las libertades políticas e intelectuales por y para la democracia. b) Los derechos humanos en el control de constitucionalidad. 3.2. Los derechos humanos al centro de la teoría política de la democracia de Bobbio. a) La indivisibilidad de los derechos humanos y la democracia. b) Derechos humanos, fundamentos y límites del poder político. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Para varias razones, los vínculos entre los derechos humanos y el positivismo aparecen complejos, conflictivos, incluso antagónicos.¹

En primer lugar, si “la expresión ‘derechos humanos’ designa derechos que el ser humano tendría y ejercería independientemente del Estado, [...] entonces, desde el estricto punto de vista positivista, el problema es [...] rápidamente resuelto: no hay derechos humanos”.²

En segundo lugar, es difícil poner en duda que el pensamiento de los derechos humanos se construyó desde el jusnaturalismo. Bien si se refieren a un orden objetivo de la naturaleza para los antiguos, o integren el individualismo de los modernos refiriéndose a la naturaleza humana, históricamente, los

¹ TROPER, Michel, “Le positivisme et les droits de l’Homme”, in B. Binoche et J.-P. Cléro (dirs.), *Bentham contre les droits de l’Homme*, p. 233.

² *Ibidem*.

fundamentos de los derechos humanos se inscriben en un marco naturalista. La formación histórica del concepto de derechos humanos queda vinculada a una referencia a un orden natural, aun para quien no cree en este orden. El art. 2 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, según el cual “el fin de cualquier asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de los humanos”, lo ilustra perfectamente.

En tercer lugar, el positivismo, como teoría del derecho, estuvo durante mucho tiempo más interesado en la estructura del derecho o la argumentación jurídica que en el contenido y los valores que expresan las normas de los sistemas jurídicos. Ahora bien, tal “indiferencia de los positivistas es a veces percibida como una verdadera hostilidad hacia los derechos humanos”.³

En cuarto lugar, contentarse, como lo preconizan los positivistas, con una pura descripción de las normas, sin expresar juicios críticos, puede finalmente tener como consecuencia justificarlos. Frente a un derecho injusto, inicuo, como lo fue, por ejemplo, el derecho nazi o el derecho del régimen de Vichy en Francia durante la segunda guerra mundial, un trabajo puramente descriptivo tiende “a confirmar, banalizando, el régimen jurídico vigente”.⁴ Por cierto, Kelsen no está lejos de admitirlo, aunque nunca quiso renunciar a la separación de la ley y la moral. En el “Prefacio” de 1934 a la *Teoría pura del derecho* puso en relieve que “el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado tendría posibilidades de verse generalmente aceptado en un período de equilibrio social. También no parece nada hoy más poco actual que una teoría del derecho deseosa de salvaguardar su ‘pureza’”.⁵

En último lugar, y por fin, limitándose a un análisis formal o estructural de las normas jurídicas, el positivismo tendrá una visión parcial de los fenómenos jurídicos, particularmente dañosa en el caso de los derechos humanos. Nos enfrentamos aquí a la crítica que R. DWORKIN dirige al positivismo. El positivismo no podría dar cuenta de lo que es, a su parecer, un componente esencial del derecho como son los principios que expresan valores morales o sociales implícitos en los sistemas jurídicos. Ahora bien, los derechos humanos son típica-

³ *Idem*, p. 232.

⁴ LOCHAK, Danièle, “La doctrine du positivisme sous Vichy ou les mésaventures du positivisme”, en *Les usages sociaux du droit*.

⁵ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, p. XIII.

mente expresados en la forma de principios. G. PECES-BARBA⁶ propone también una variante de esta crítica, subrayando el reduccionismo del positivismo respecto a los derechos fundamentales. Este reduccionismo consistiría en excluir “la dimensión ética” y el carácter de “exigencias morales justificadas” de los derechos humanos y libertades. El positivismo se limitaría a pensar los derechos en su calidad de norma formal, lo que conduce también a excluir del campo de los análisis jurídicos el problema de los fundamentos de los derechos humanos. Pierde entonces de vista la “razón de ser” de “las técnicas jurídicas”.⁷

Este cuadro general corresponde a una visión bastante común del positivismo y de su relación con los derechos humanos. Sin embargo, resulta limitada cuando se profundiza un poco más en la obra de autores clásicamente considerados como positivistas y, entre todas, en la de dos figuras emblemáticas como Hans Kelsen y Norberto Bobbio. Una lectura cuidadosa de sus trabajos revela, respecto a los derechos humanos, una atención más rica y compleja de lo que parece.

Una primera manera de medirlo es retomar la esclarecedora distinción propuesta por Bobbio de tres expresiones o concepciones del positivismo. En cada nivel, el modo de oposición entre el “positivismo” y el “jusnaturalismo” varía, y la adhesión a una forma de positivismo o de jusnaturalismo no implica necesariamente la adhesión a otra.

El positivismo, en primer lugar, se refiere a una ideología del derecho, según la cual tenemos que obedecer al derecho positivo. Se opone en este caso al jusnaturalismo en calidad de ideología del derecho rival, por la cual tenemos que obedecer solo al derecho justo. En consecuencia, mientras que el jusnaturalismo preconiza respetar los derechos humanos en calidad de valores justos, independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo, la ideología positivista defiende el respeto a los derechos humanos solo si ellos están consagrados por el derecho positivo de un sistema dado. Entonces, la ideología positivista es a la vez sencilla y ambivalente respecto de los derechos humanos: los consolida cuando están ya incluidos en los órdenes jurídicos; los niega cuando no están “positivados”. Esta posición no presenta más intereses para la reflexión teórica, por lo que no me referiré a ella.

El positivismo puede, en segundo lugar, referirse a una teoría del derecho y del Estado moderno, según la cual el legislador tiene el monopolio de la producción

⁶ PECES-BARBA, Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, p. 49.

⁷ *Ibidem*, p. 52.

normativa. Esta teoría se halla vinculada a una teoría de las fuentes del derecho que afirma que el derecho es un conjunto de normas producidas por la voluntad humana y cuya validez, entonces, no depende de su conformidad con un orden natural o que se presuponga justo.

En un nivel epistemológico, el positivismo puede, por fin, entenderse como una teoría del conocimiento jurídico o una metodología según la cual la ciencia del derecho tiene que ser una actividad axiológicamente neutra; presupone la distinción entre la descripción de las normas y los juicios de valor. Distingue entonces el positivismo los hechos y los valores, sosteniendo que no es posible conocer objetivamente los valores.

Estas distinciones llevan a dos observaciones. Por un lado, las tensiones identificadas entre el positivismo y los derechos humanos se manifiestan con diferentes grados y formas según la concepción del positivismo adoptada. Por otro lado, adherirse a una de las tres concepciones del positivismo no implica necesariamente adherirse a las otras. El propio BOBBIO se considera positivista solo en el sentido metodológico y epistemológico: "En cuanto a la ideología, no es posible la tergiversación, yo soy jusnaturalista; en cuanto al método, también soy, con convicción, positivista; en cuanto a la teoría del derecho, no soy ni el uno ni el otro".⁸ Kelsen, por su parte, nunca ha participado en este ejercicio de autocalificación. Nos arriesgamos entonces a una comparación entre los dos autores.

BOBBIO afirma ser un jusnaturalista en el sentido ideológico, se reserva el derecho de desobedecer las normas jurídicas que considere injustas a la luz de sus valores últimos. Sin embargo, esta autocalificación como jusnaturalista merece algunos matices. En primer lugar, BOBBIO no formula juicios de valor sobre el derecho positivo en nombre de la ciencia, sino como ciudadano y con la ideología a la que se adhiere en esa capacidad. En segundo lugar, la afirmación de ser jusnaturalista en este nivel solo puede explicarse porque BOBBIO tiene una concepción dicotómica de las clasificaciones y su clasificación se construye aquí sobre la base del criterio del mandato de obedecer la ley. La oposición es simple: si se obedece a la ley, sea lo que sea, entonces somos positivistas; si se obedece solo la ley justa, entonces somos naturalistas. Pero es posible prescribir desobedecer la ley en el fundamento de otros valores que el derecho natural: puede ser, por ejemplo, una ideología socialista. BOBBIO ofrece una de las mejores ilustraciones. Su aparato crítico no se basa en el derecho natural, sino

⁸ BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, p. 146.

en una ideología social-liberal. Estas observaciones pueden también aplicarse a Kelsen. Al contrario de la acusación a la que puede haber sido sometido, Kelsen nunca preconizó la obediencia al derecho; solo afirmaba que los sistemas jurídicos presuponen una obligación de obediencia. A este respecto, distingue escrupulosamente entre la "obligación moral absoluta" y la "obligación jurídica o relativa" de obediencia. La primera sería precisamente la que defienden los positivistas en el sentido ideológico: debemos obedecer a la ley porque "*Gesetz ist Gesetz*", mientras que Kelsen considera la obligación de manera relativa, es decir, como un principio de eficacia del orden jurídico. Además, como veremos, Kelsen compartía una ética relativista mínima, fundada sobre un principio de libertad.

En el sentido teórico, Bobbio no se considera ni jusnaturalista ni positivista. Es obvio que el autor no es jusnaturalista desde este punto de vista, porque no cree en la existencia de un derecho natural previo, externo y superior al Estado. Pero tampoco se considera positivista –se supone– en razón de su apertura al pluralismo jurídico, lo que le lleva a admitir que los grupos sociales o las instituciones no estatales pueden producir normas jurídicas. La obra de Kelsen, por su parte, está más claramente integrada en el positivismo teórico. Por una parte, el Estado no es más que un conjunto de normas jurídicas relativamente centralizado. En consecuencia, el concepto de Estado de derecho es una tautología. Cualquier Estado es necesariamente un Estado de derecho. Por otra parte, en un Estado, el derecho positivo es necesariamente producido por autoridades habilitadas por el Estado mismo. Las normas emitidas por grupos y organizaciones infra o supraestatales solo pueden considerarse jurídicas si estas autoridades reconocen su validez. Sin embargo, Kelsen no excluye totalmente la hipótesis de la existencia de sistemas jurídicos no estatales, producidos, por ejemplo, por la Iglesia.

Es finalmente a nivel epistemológico y metodológico que los dos autores se encuentran más claramente bajo la etiqueta común de positivismo. Comparten las mismas concepciones de la ciencia jurídica, las que evocamos antes, aunque no comparten una concepción idéntica de la ontología del objeto "derecho".

Una vez hechas estas aclaraciones, resulta más fácil identificar cómo pueden manifestarse las áreas de conflicto entre el positivismo y los derechos humanos, pero también la forma en que se pueden articular estos dos conceptos. La comparación de las obras de Kelsen y Bobbio respecto a este tema presenta el interés de poner en perspectiva planteamientos bastante diferentes del

problema. En Kelsen, las referencias a los derechos humanos se encuentran esencialmente en el contexto de cuestiones teóricas generales, pero son breves. Esta falta de consideración de los derechos humanos puede entenderse como la doble consecuencia de su enfoque formal del derecho y de su definición procesal de la democracia. En ambos casos, los derechos humanos son solo elementos contingentes. Bobbio, por el contrario, hace largas reflexiones sobre los derechos humanos. No solo recoge y amplía la crítica de los fundamentos jusnaturalistas del derecho iniciada por Kelsen, sino que también, y sobre todo, establece los derechos humanos como un elemento central de su teoría política, en particular su teoría de la democracia.

En otras palabras, mientras Kelsen y Bobbio formulan críticas comunes de los fundamentos jusnaturalistas de los derechos humanos, que son típicas de las posiciones teóricas y epistemológicas del positivismo, ofrecen consideraciones diversas de estos derechos en el marco de sus teorías políticas y jurídicas.

2. UNA CRÍTICA COMÚN A LOS FUNDAMENTOS JUSNATURALISTAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Kelsen formula uno de los ataques más virulentos contra la empresa jusnaturalista de fundamentación del derecho. Bobbio hizo lo mismo, proponiendo una reformulación de la cuestión sobre una base relativista y no cognitivista.

2.1. EL ATAQUE KELSENIANO AL JUSNATURALISMO

Kelsen raramente se refiere a la noción general de derechos humanos, pero dirige críticas fuertes a las doctrinas del derecho natural en las que se basan. Su oposición es, por un lado, ontológica: a diferencia de los jusnaturalistas que buscan el fundamento moral absoluto del derecho, Kelsen está convencido de que los valores son relativos (a). Su oposición es, por otro lado, teórica. Kelsen, al contrario de las doctrinas jusnaturalistas, separa el derecho de la moral, e identifica el derecho y el Estado (b).

a) Oposiciones ontológicas: el relativismo de los valores

Es muy conocido, para Kelsen, que a diferencia de los hechos, los valores no pueden ser objeto de un conocimiento objetivo y racional. No son ni verdaderos ni falsos, no se demuestran; expresan emociones más o menos compartidas que se defienden:

"These values are, in truth, determined, in the last analysis, by the emotional elements of their minds. The determination of these absolute values, and in particular the definition of the idea of justice, achieved in this way are but empty formulas by which any social order whatever may be justified as just. Hence the many doctrines of justice that have been expounded from the oldest times of the past until today may easily be reduced to two basic types: a metaphysical-religious and a rationalistic or—more exactly formulated—apseudorationalistic one."

Esta reducción de los valores a la expresión de convicciones, emociones, preferencias o intereses individuales y subjetivos hace inútil, según Kelsen, cualquier intento de determinación racional de un fundamento absoluto del derecho. Apoyar la existencia de "valores absolutos en general", y de un "valor moral absoluto" en particular, solo puede "basarse en una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de la divinidad".¹⁰ Esta convicción es reforzada por una lectura de la historia del pensamiento. Para Kelsen, "si la historia del pensamiento humano prueba algo, es la inutilidad de los intentos de establecer, sobre la base de consideraciones racionales, un estándar absolutamente correcto de comportamiento humano",¹¹ que se supone que es el único válido. El autor subraya "que en diferentes momentos, entre diferentes pueblos, e incluso dentro de un mismo pueblo, en diferentes clases, órdenes y profesiones, prevalecen sistemas morales muy diferentes y contradictorios [...]. Desde este punto de vista, todos los valores morales son relativos"; cada sistema moral crea sus propias jerarquías. En consecuencia, hay una pluralidad de concepciones del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto... No es posible decidir entre ellos sobre la base de criterios científicos, sino solo sobre la base de propuestas metafísicas o juicios de valor, todos los cuales están sujetos a discusión.

Kelsen hace la misma observación con respecto a las referencias generales al derecho natural. Esta incapacidad de los jusnaturalistas para ponerse de acuerdo sobre una base común constituye para Kelsen la manifestación más convincente de sus contradicciones internas.

b) Diferencias teóricas: la separación del derecho y de la moral y sus consecuencias

Incluso si pudiéramos ponernos de acuerdo sobre la existencia y la superioridad de un valor absoluto o de la moral, establecerlo como base del derecho

⁹ Kelsen, Hans, *What is Justice?*, p. 11.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, cit., p. 87.

¹¹ Kelsen, Hans, *What is Justice?*, cit., p. 21.

conduciría, desde una perspectiva kelseniana, a una reducción del conocimiento de los fenómenos normativos, en la medida en que no sería posible distinguir el derecho de la moral. De hecho, el derecho siempre será moral; el derecho y la moral se fusionarán. Kelsen sitúa entonces en el centro del programa positivista la separación de los dos órdenes normativos, con el objetivo específico de establecer la autonomía de los primeros con respecto a los segundos y de construir una verdadera ciencia del derecho, es decir, una ciencia que corta con la moral tanto en la etapa de identificación como de análisis de su objeto.

“Cuando una teoría del derecho positivo postula que hay que distinguir el derecho y la moral en general, el derecho y la justicia en particular, que uno no debe mezclarse con el otro –dice Kelsen–, se opone a la idea tradicional, considerada obvia, que supone que sólo hay una moral válida, es decir, una moral absoluta, y por lo tanto una justicia absoluta”.¹²

Esta estricta separación del derecho y la moral tiene importantes consecuencias teóricas. A diferencia de las doctrinas jusnaturalistas, la teoría general del derecho propuesta por Kelsen es indiferente al contenido de las normas jurídicas, y a su índole moral. Este último no es un criterio de identificación ni tampoco de validez del derecho. Desde este punto de vista, los derechos humanos no tienen un peso o valor intrínseco específico en los sistemas jurídicos. Su valor jurídico depende del nivel jerárquico de las normas que le expresan.

2.2. EL DESARROLLO BOBBIANO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA BASE ABSOLUTA

BOBBIO asume todas las críticas de Kelsen al jusnaturalismo. Sin embargo, a diferencia de su maestro austriaco, los integra en obras que se centran específicamente en los derechos humanos. No se trata aquí de volver a todas las críticas kelsenianas que Bobbio hace suyas, sino de ver cómo las completa y las extiende. Bobbio presenta así la originalidad de cuestionar la significación misma del acto de fundar los derechos humanos. Aísla tres tipos posibles de fundación: a) la fundación por la deducción de un orden objetivo (un camino seguido clásicamente por las doctrinas jusnaturalistas o por las teorías contemporáneas de la justicia); b) la fundación por la identificación de los derechos a “verdades obvias” (la actitud de algunos revolucionarios franceses o americanos); c) la fundación por el acuerdo (lo que es el caso por excelencia para Bobbio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Esta última modalidad de fundamentación es la preferencia del no cognitivista ético que, como Kelsen,

¹² Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, cit., p. 90.

es BOBBIO. En el plano teórico, esta perspectiva le permite desplazar la investigación ilusoria de un fundamento absoluto de los derechos humanos a la cual conduce las dos primeras vías (a), en la vía de un análisis de las condiciones sociohistóricas de la afirmación de los derechos humanos (b).

a) La refutación del fundamento absoluto de los derechos humanos

El libro *La era de derechos* empieza con un artículo de una conferencia que BOBBIO presentó en un congreso multidisciplinar en 1964, intitulado: "Sobre la base de los derechos humanos". Conforme con su habitual enfoque analítico, BOBBIO divide el problema general del fundamento de los derechos humanos en tres preguntas: "¿Cuál es la significación del problema planteado por el fundamento de los derechos humanos? ¿Es posible el fundamento absoluto? Asumiendo que sea posible, ¿es deseable?".

Observando que la primera pregunta ha recibido hasta ahora poca atención de los teóricos y filósofos jurídicos, BOBBIO se concentra en el análisis de las respuestas dadas a las dos últimas. A la pregunta, ¿es posible el fundamento absoluto?, BOBBIO presenta no menos de cinco razones para concluir negativamente.

La primera son las contradicciones que presentan las diferentes doctrinas jusnaturalistas entre sí. BOBBIO recuerda, en la tradición de Kelsen, que durante la historia del jusnaturalismo, la naturaleza humana ha sido interpretada de las más diversas maneras y que la llamada a la naturaleza ha permitido justificar sistemas de valores opuestos. BOBBIO toma el ejemplo esclarecedor de la sucesión de propiedades. Tres vías de herencia pueden considerarse perfectamente conformes con la naturaleza humana: retorno a la comunidad, transmisión de la familia de padre a hijo, libre disposición del propietario.

La segunda razón es la indeterminación de lo que debe fundarse, es decir, los "derechos humanos" por sí mismos. La generalidad de la expresión se basa en varios fundamentos posibles sin poder determinar el mejor: dignidad, libertad, justicia, entre otros.

La tercera razón está relacionada con la contingencia histórica de los derechos humanos. Su reivindicación varía a lo largo de la historia y en función de los Estados considerados. Los derechos declarados absolutos o inviolables y sagrados a finales del siglo XVIII han conocido después limitaciones sustanciales. Por el contrario, los derechos que no se mencionaban en las declaraciones del siglo XVIII, tal como los derechos sociales, se proclaman ahora en muchas declaraciones. BOBBIO concluye que ningún derecho es fundamental en la naturaleza.

Lo que se considera fundamental para un periodo histórico y en una “civilización determinada, no es fundamental para otro tiempo y cultura”. Por lo tanto, el autor duda de la posibilidad de “dar un fundamento absoluto a los derechos relacionados con la historia”.¹³

La cuarta razón para rechazar la posibilidad de una fundación absoluta viene de la heterogeneidad ideológica de los derechos humanos. Entre los derechos enunciados, a veces en la misma declaración, hay distintos valores e intereses que pueden ser incompatibles entre sí. Los fundamentos que han llevado a la promoción de las libertades individuales, en particular, no se aplican necesariamente a los derechos colectivos y sociales.

La última razón por la que se rechaza cualquier base absoluta es que cada derecho humano no solo puede expresar valores antinómicos y antagónicos con otros derechos, sino que también es probable que esos valores sean invocados en diferentes momentos o simultáneamente por una misma persona. Cada uno puede defender los derechos sociales o colectivos y también afirmar su compromiso con la propiedad privada y las libertades individuales.

Ya que un fundamento absoluto no es posible, tampoco es para BOBBIO deseable. BOBBIO propone aquí una demostración muy cercana a KELSEN (*infra*) de que el mejor fundamento para los derechos y las libertades, especialmente las libertades intelectuales o del espíritu, radica en el relativismo. Para el autor, considerar que “las declaraciones religiosas, éticas y políticas son demostrables como teoremas” restringe la amplitud de los “derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político”. En efecto, con un fundamento absoluto, “la libertad de religión no sería el derecho a profesar la propia religión personal o a no ser creyente, sino el derecho a no ser obligado a buscar una única verdad religiosa”; “la libertad de pensamiento no consistiría en poder pensar lo que se quiere, sino que se convertiría en el derecho a no ser obligado a adherirse a un único pensamiento político”.¹⁴

Al final, BOBBIO concluye que, con respecto a los derechos humanos, el reto no es “encontrar un fundamento absoluto –una empresa sublime pero sin esperanza–, sino, en cada ocasión, los diferentes fundamentos posibles” de cada

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Idem*.

uno de los derechos. Esta conclusión le lleva a trasladar la investigación del fundamento de los derechos y las libertades a la de sus condiciones sociohistóricas de emergencia.

b) Condiciones para una afirmación positivista de la existencia de los derechos humanos

Una afirmación de los derechos humanos por el positivista que es BOBBIO es posible de dos maneras.

La primera es prescriptiva y subjetiva; conduce a una comprensión de la defensa de los derechos como una expresión de preferencias éticas. Como no-cognitivista, BOBBIO está convencido, como Kelsen, de que los valores no pueden justificarse racionalmente. Entonces BOBBIO analiza la reivindicación de los derechos humanos como expresión de preferencias éticas. En esta perspectiva, BOBBIO afirma su adhesión a los valores expresados en los derechos humanos. La democracia, la paz y el respeto de los derechos humanos parecen valer más la pena para él que la autocracia, el abuso de poder, la arbitrariedad, la negación del individuo o el nihilismo. En este sentido, ha apoyado personalmente muchas iniciativas pacifistas (marchas de paz, Tribunal Russell...) y ha participado en sociedades humanistas eruditas, como la Sociedad Europea de Cultura.

La segunda manera de considerar el fundamento de los derechos humanos desde un punto de vista positivista es recentrar la investigación de este en las condiciones sociohistóricas de su reconocimiento en los órdenes jurídicos. La reducción de los derechos humanos a preferencias éticas no impide tratar de entender las condiciones que favorecen su formulación como normas jurídicas. Se exige entonces investigar por qué y con cuáles condiciones ciertas emociones o preferencias éticas integran los ordenamientos jurídicos en forma de derechos.

Para hacerlo, BOBBIO nos invita a interesarnos por los contextos históricos: "Hoy sabemos que los llamados derechos humanos no son producto de la naturaleza sino de la civilización humana". El autor analiza los derechos humanos como "exigencias éticas históricamente determinadas". Explica: "Los derechos humanos, tan fundamentales que sean, son derechos históricos, nacidos en determinadas circunstancias, producidos por las luchas por defender nuevas libertades frente a las viejas potencias, poco a poco, ni todos a la vez ni una

sola vez para siempre”.¹⁵ En otras palabras, cada contexto sociohistórico produce sus propias necesidades, que requieren la formulación de derechos específicos para satisfacerlas.

BOBBIO propuso entonces una reconstrucción de las condiciones para la afirmación de los derechos humanos en la forma de una historia progresiva que ahora se encuentra comúnmente en las clasificaciones de los derechos y las libertades por generación. Para BOBBIO, la libertad, inicialmente concebida negativamente como un deber de no obstaculizar la acción individual, surgiría del deseo de luchar contra la propensión del poder político a controlar los medios de expresión, a limitar la libertad de movimiento o a imponer una religión estatal. La reivindicación de los derechos políticos daría forma concreta a las reivindicaciones de las clases burguesas, cada vez más poderosas económicamente, de participar en el ejercicio del poder político del que fueron excluidas por las clases aristocráticas. El reconocimiento de los derechos sociales sellaría la victoria de las luchas de los trabajadores y la aspiración de las clases trabajadoras a lograr una mayor igualdad. Más tarde, el derecho ambiental o las leyes sobre la bioética responderían a la necesidad de controlar los efectos de dos siglos de industrialización, de avances científicos y de la aparición de nuevas tecnologías. Por fin, a BOBBIO le gusta especialmente señalar que la investigación actual de una mejor protección para las personas mayores no habría sido posible sin un aumento de su número y longevidad a través de “los efectos combinados de las relaciones sociales cambiantes y el progreso médico”.¹⁶

3. UNA TEORIZACIÓN DISTINTA DE LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si proponen una crítica común de los fundamentos clásicos y jusnaturalistas de los derechos humanos, KELSEN y BOBBIO difieren en el lugar y la función que les dan en sus construcciones teóricas respectivas. KELSEN no consagra desarrollos sustanciales específicos en los derechos humanos. Estas últimas solo aparecen en el hueco de sus construcciones teóricas. Al revés, los derechos humanos están en la vanguardia de los escritos de la teoría política de BOBBIO. Desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de su teoría de la democracia.

¹⁵ *Idem*, p. XIII.

¹⁶ *Idem*, p. 66.

3.1. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL HUECO DE LA TEORÍA GENERAL KELSENIANA

Para el ético no cognitivista y relativista que es Kelsen, la adhesión a los valores de los derechos humanos es el resultado de las preferencias personales. La originalidad de Kelsen es justificar la suya no desde un punto de vista ético general, sino vinculándola a las condiciones de ejercicio de su profesión de científico. La defensa kelseniana de las libertades y de la democracia está, por tanto, estrechamente vinculada a consideraciones epistemológicas (a). Además, Kelsen también se enfrenta a la cuestión de los derechos humanos insistiendo en las funciones generales del derecho y, en particular, en la idea de que el derecho es solo un medio para alcanzar fines, particularmente la paz (b).

a) Las exigencias liberales de la mente científica

El esfuerzo de neutralidad axiológica que Kelsen requiere en el contexto de la actividad científica prohíbe la expresión de cualquier juicio de valor en nombre de la ciencia. Sin embargo, hay otras dos vías para el científico expresar sus preferencias éticas o ideológicas. La primera es hacerlo fuera del campo del discurso científico. Esto supone poder distinguir claramente entre la figura del ciudadano o del moralista y la del científico. La segunda forma es demostrar que el respeto de ciertos valores es la mejor garantía para alcanzar los objetivos e ideales de la ciencia. Esto es lo que Kelsen ha hecho en algunos escritos al establecer que a nivel ético, el relativismo, y a nivel político, la democracia, ofrecen la mejor protección de las libertades necesarias para el desarrollo de la actividad científica.

Así, a diferencia del absolutismo moral, que tiende a imponer una verdad sin permitir que sea cuestionada (*supra*), el relativismo favorece, para Kelsen, una cultura de la discusión. Lejos de negar la existencia de los valores, como a veces se argumenta, permite la expresión de una pluralidad de entre ellos: “contrariamente a un malentendido demasiado frecuente, una teoría relativista de los valores no afirma que no hay valores y, en particular, que no hay justicia; sólo implica que no hay valores absolutos, sino sólo valores relativos [...] los valores que ponemos en la base de nuestros juicios de valor no pueden pretender excluir la posibilidad de la existencia de valores opuestos”.¹⁷ Por lo tanto, el relativismo es una postura ética que respeta mejor la libertad de pensamiento y, en consecuencia, los requisitos previos de la actividad científica. Kelsen está convencido de que la ciencia solo puede desarrollarse en un contexto

¹⁷ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, cit., p. 91.

de libertad y tolerancia, que es la única manera de permitir la discusión y el cuestionamiento de las verdades establecidas.

Esta oposición tiene implicaciones políticas. KELSEN vincula el relativismo de los valores a la democracia y el absolutismo moral a la autocracia: “Hay –nos dice– una cierta conexión entre la concepción metafísico-absolutista del mundo y una actitud favorable a la autocracia por un lado, y entre una actitud favorable a la democracia y la concepción crítico-relativista del mundo por otro”.¹⁸ El absolutismo y la autocracia comparten la creencia de que existe una única verdad válida que se impone a todos. Por el contrario, la democracia y el relativismo se basan en los valores fundamentales comunes de la libertad y la igualdad. Estos dos conceptos integran la posibilidad de comparar propuestas contrapuestas para adoptar decisiones y, en el contexto científico, de formular conclusiones. Con esta analogía en mente, KELSEN le da a la democracia varias ventajas en el desarrollo de una cultura de libertad.

En primer lugar, como explica Michel TROPER, en la medida en que KELSEN define la democracia como un sistema en el que “no hay valores absolutos” y en el que los humanos “deben ser capaces de ajustarse a las normas de acuerdo con sus propios valores”, la democracia constituye sobre todo “un sistema de autonomía”.¹⁹

En segundo lugar, porque conduce a decisiones que respetan la expresión de opiniones contrapuestas, la democracia presupone el respeto del derecho de la minoría política a expresarse. Para KELSEN, la “protección de la minoría” es, por tanto, la “función esencial” que cumplen los “derechos y libertades fundamentales garantizados en todas las constituciones modernas de las democracias parlamentarias”. Y la minoría sólo puede expresarse cuando se garantizan la libertad intelectual y la libertad de expresión, de prensa y de culto.

Finalmente, KELSEN concluye muy claramente:

“Because democracy, but its very nature, means freedom, and freedom means tolerance, there is no other form of government which is favourable to science. Science can prosper only if it is free and it is free if there is not external freedom, that is independence from political influence, but if there is also freedom within science, the free play of arguments and counter arguments. [...] Since science

¹⁸ KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature-Sa valeur*, p. 111.

¹⁹ TROPER, Michel, “Le positivisme...”, *cit.*, p. 243.

is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth prosper. 'My' justice, then, is the justice of freedom the justice of peace, the justice of democracy –the justice of tolerance.”²⁰

3.1.1. La garantía de los derechos y las libertades por el derecho

Para Kelsen, el derecho es un medio que permite la expresión de una pluralidad de opciones políticas e ideológicas. Sin embargo, el derecho no es un instrumento como otros. Para Kelsen, es un medio pacífico –el mejor– de resolución de conflictos. Dentro de los Estados, al igual que entre ellos en la construcción de las relaciones internacionales, la paz se logra a través del derecho. En este sentido, el autor se hace representativo de una corriente de pacifismo jurídico. Más específicamente con respecto a los derechos humanos, por una parte, Kelsen los concibe en una relación dialéctica con el concepto de democracia (a); por otra, pueden ser protegidos por los tribunales constitucionales, pero –al revés del constitucionalismo contemporáneo– no todos en general, sino solo aquellos que permiten que las minorías políticas se expresen (b).

a) Las libertades políticas e intelectuales por y para la democracia

Los derechos humanos y la democracia forman parte de una relación dialéctica. Por una parte, la democracia ofrece la configuración específica de normas jurídicas que garantizan el mejor respeto de los derechos y las libertades; pero por otra, esta configuración está determinada por algunos derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, los conceptos de democracia y derechos humanos están estrechamente vinculados, pero en un grado estricto.

Para entenderlo hay que recordar que, a diferencia de la mayoría de los autores hasta ahora, el vínculo establecido por Kelsen entre democracia y derechos humanos no se basa en consideraciones metafísicas o esencialistas; el autor expresa solo un punto de vista funcional, según el cual la democracia es solo un medio técnico. En este sentido, Kelsen propone una definición que reduce la democracia a un conjunto específico de procedimientos y reglas –“reglas de juego”, dirá Bobbio (*infra*)– establecidas por un ordenamiento jurídico. Estas reglas no expresan ni determinan opciones morales, políticas o económicas previas. Se limitan a garantizar la expresión libre y regular de la voluntad del pueblo y a dar a la minoría política las libertades indispensables para su existencia y su capacidad de convertirse un día en mayoría, a saber, las libertades de pensamiento, opinión y expresión.

²⁰ Kelsen, Hans, *What is Justice?*, cit., pp. 24, 198.

Siguiendo un razonamiento típicamente teleológico, Kelsen considera que la democracia es la mejor forma de garantizar los derechos y las libertades, no por su esencia ontológica, sino por las reglas de procedimiento que la conforman. Si el pueblo quiere poder elegir libremente a quienes lo gobiernan, entonces el mejor régimen es el que resulta de la configuración específica de las normas jurídicas que convencionalmente se denominan democracia. Entonces, Kelsen admite, éticamente, que la democracia puede describirse como una “forma justa de gobierno”, no en sí misma, sino en la medida en que preserva la libertad individual; lo que es sinónimo para él de tolerancia.

b) Los derechos humanos en el control de constitucionalidad

Aunque es considerado como el padre del control de la constitucionalidad contemporánea, Kelsen no promovió una revisión exhaustiva; limitó a los tribunales constitucionales a una función legislativa negativa, es decir, la facultad de pronunciarse sobre la validez de las normas examinadas a la luz de normas de competencia. Mucho más, Kelsen sospechaba mucho un control de las leyes respecto a proposiciones generales y abstractas, tal como son los derechos humanos. Pensó que tal control llevaría a los tribunales a “desempeñar un papel extremadamente peligroso” y a transformar gradualmente su competencia de “legislador negativo” en “legislador positivo”. Esto resultaría en una transferencia “insostenible” del poder deliberativo del Parlamento al juez constitucional.²¹ Por esta razón, Kelsen recomendó que no se utilizaran términos vagos y poco claros en textos constitucionales, como “libertad”, “igualdad”, “equidad” o “moralidad”. Como mínimo, se debería excluirlos del control de constitucionalidad.²²

Se podría finalmente pensar que Kelsen no confiere a la justicia constitucional una función de protección de los derechos y las libertades. Sin embargo, esta conclusión parece demasiado brutal. En efecto, el control de la constitucionalidad desempeña bien un papel de garantía de los derechos y las libertades de Kelsen, pero de manera indirecta y limitada. Se reduce, en efecto, a la protección de las libertades que garantizan el funcionamiento de la democracia, en particular de las que protegen a las minorías políticas. Para Kelsen, la posibilidad para las minorías políticas de formar una demanda ante el Tribunal Constitucional anima a la mayoría a favorecer la paz social. El concepto de control de la constitucionalidad que surge es, en última instancia, muy coherente con

²¹ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *RDP*, 1928, pp. 240-242. Ver también, *Qui doit être le gardien de la constitution?*, p. 126.

²² Kelsen, Hans, *Qui doit...?*, *cit.*, p. 126.

la concepción procedural kelseniana de la democracia. El control de constitucionalidad es, ante todo, un mecanismo estructural para regular el ejercicio de competencias entre las autoridades normativas y garantizar que sea posible una alternancia de poderes.

3.2. LOS DERECHOS HUMANOS AL CENTRO DE LA TEORÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA DE BOBBIO

BOBBIO se refiere a menudo a la concepción kelseniana de la democracia. Al igual que Kelsen, reivindica una definición procesal de la democracia, que la presenta como un conjunto de reglas de juego. A menudo enumera seis reglas: 1) la igualdad antes de la votación (todos los ciudadanos deben gozar de los mismos derechos políticos); 2) la igualdad en el ejercicio del sufragio ("una cabeza, un voto"); 3) la libertad de voto (todos los votantes deben ser libres de votar según su propia opinión); 4) el pluralismo (todos los electores deben tener la capacidad elegir entre partidos políticos que ofrezcan programas distintos y alternativos); 5) una toma de decisiones por mayoría (el candidato se considera elegido, o se adopta la decisión que reúne el mayor número de votos); 6) posibilidad de alternancia (la minoría de hoy debe poder convertirse en la mayoría de mañana).

Pero no basta con atenerse a la redacción de estas normas para comprender la concepción bobbiana de la democracia. Estas normas siguen siendo inseparables de un conjunto de valores, los de la paz y de los derechos humanos. Aquí, a diferencia de Kelsen, BOBBIO sitúa los derechos humanos en el centro de su teoría de la democracia:

"Los derechos humanos, la democracia y la paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y efectivamente protegidos, no hay democracia; sin democracia, no hay condiciones mínimas para la resolución pacífica de los conflictos que surgen entre individuos, entre grupos y entre estos grandes grupos que son Estados".²³

El autor añade: "La democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los sujetos se convierten en ciudadanos cuando se les conceden derechos fundamentales".²⁴ Mientras que BOBBIO concibe que los derechos y las libertades pueden ser

²³ BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, cit., pp. IX-X.

²⁴ *Ibidem*, pp. IX-X.

reconocidos fuera del marco democrático, cree que la democracia es impensable sin el reconocimiento y la protección de los derechos humanos (a). Tales derechos constituyen tanto el fundamento como los límites del poder ejercido en un marco democrático (b).

a) La indivisibilidad de los derechos humanos y la democracia

Para BOBBIO, “el reconocimiento y la protección de los derechos humanos son la base de las constituciones democráticas modernas”.²⁵ El autor establece un estrecho vínculo entre los derechos humanos y la democracia en tres niveles: histórico, conceptual y pragmático.

Desde la perspectiva histórica, a BOBBIO le gusta señalar que, con la excepción de Estados no democráticos sino liberales (por ejemplo, las monarquías constitucionales), que han concedido algunos derechos y libertades a los individuos, todos los Estados autocráticos han sido regímenes que limitan o niegan los derechos humanos. La experiencia del fascismo da un ejemplo perfecto. Tan pronto como llegaron al poder, los fascistas disolvieron los partidos políticos y los sindicatos, y luego abolieron la libertad de asociación, la libertad de prensa y las elecciones libres. Además, BOBBIO señala que el reconocimiento de los derechos y las libertades en Cartas o Declaraciones ha sido a menudo un preludio de la aparición de regímenes democráticos. La Declaración de Independencia de los Estados Americanos de 1776 precedió a la redacción de la Constitución Americana durante una década. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789 precedió, en Francia, a la institución de una monarquía constitucional, y luego a la proclamación de la República y de la democracia. Este patrón también caracterizaría los procesos de democratización de los Estados que en el siglo XX se levantaron contra las dictaduras. BOBBIO también quiere creer que esto podría suceder al nivel internacional: “Así como las declaraciones nacionales fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, ¿por qué la Declaración Universal de los Derechos Humanos no debería ser el preludio de la democratización del sistema internacional?”²⁶ se preguntaba.

Desde el punto de vista conceptual, la inseparabilidad de los vínculos entre los derechos humanos y la democracia puede apoyarse en dos elementos principales. Por una parte, ambos conceptos se basan en el mismo principio de libertad. BOBBIO argumenta que, tanto en la tradición de los derechos huma-

²⁵ *Idem*, p. VII.

²⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoria generale della politica*, p. 44.

nos como en el pensamiento democrático, la libertad significa autonomía. El pensamiento humanista y democrático concibe la libertad como la capacidad del individuo de someterse únicamente a las normas que ha consentido y que contribuye a producir por sí mismo o a través de sus representantes. Por otra parte, en términos más generales, los derechos humanos y la democracia (al menos la de los modernos) comparten un fundamento individualista común, en virtud del cual el ser humano tiene un fin en sí mismo. Ambos conceptos, según BOBBIO, se han estructurado en torno a la idea de que la consideración del individuo tiene prioridad sobre los intereses del Estado o de cualquier comunidad. Para BOBBIO, el individualismo impulsado por los derechos humanos y el ideal democrático consagra la prevalencia de los derechos sobre los deberes y, por lo tanto, protege a los individuos contra la inclinación de los grupos, desde la microcomunidad hasta la sociedad entera de un Estado, a oprimirlos.

Finalmente, a nivel pragmático, BOBBIO pone en relieve una relación dialéctica entre democracia y derechos humanos. El reconocimiento de los derechos humanos es esencial para el buen funcionamiento de la democracia, que a su vez es el único régimen capaz de protegerlos. Nada sirve mejor a la democracia que el reconocimiento de los derechos y las libertades, que permiten a los ciudadanos expresarse y a los partidos políticos formarse.

b) Derechos humanos, fundamentos y límites del poder político

Para BOBBIO, los derechos humanos son tanto los fundamentos como los límites del poder político en una democracia. Es una de las expresiones modernas del "gobierno de las leyes" frente al "gobierno de los hombres".²⁷ Las decisiones adoptadas por las autoridades del Estado no pueden, en consecuencia, tener cualquier contenido; deben respetar los derechos y las libertades de las personas. En palabras de KELSEN, los derechos humanos son límites a la validez material del poder normativo de los órganos estatales.

Pero aquí el pensamiento de BOBBIO se desvía de dos características sobresalientes de las posiciones teóricas de KELSEN. Por un lado, el concepto de Estado de derecho, precisamente en la medida en que expresa una limitación material del ejercicio del poder estatal tiene sentido para BOBBIO. No es, como lo era para KELSEN (*supra*), una sencilla tautología. Por otro lado, BOBBIO no excluye la idea de que el control de constitucionalidad puede cumplir una función general de protección de los derechos humanos. Sin embargo, BOBBIO nunca lo formuló explícitamente. Sea lo que sea, su silencio puede ser interpretado más como

²⁷ BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, pp. 131-132.

una posibilidad abierta que como un rechazo de principio. BOBBIO, al igual que KELSEN, asocia la democracia sobre todo al voto por mayoría, pero admite procesos de toma de decisiones alternativos, complementarios o correctivos, como el sorteo, el consenso o la unanimidad. El control de constitucionalidad, como el ejercido por un pequeño grupo de individuos debidamente diseñados, puede cumplir una función correctiva frente a las decisiones políticas que ignoran los derechos humanos o que deriven hacia una tiranía de la mayoría.

El estudio en profundidad del tratamiento de la cuestión de los derechos humanos en las obras de dos figuras emblemáticas del positivismo revela una diversidad de consideración de estos derechos. Al permanecer dentro de los cánones del positivismo epistemológico y teórico, al concebir la democracia como un conjunto reglas procedurales, cuyo papel es hacer posible la alternancia política, y al abordar el derecho esencialmente desde un punto de vista formal y estructural, KELSEN no abre una gran vía a desarrollos teóricos sobre los derechos humanos. Los aborda principalmente en sus escritos de teorías constitucionales y en la forma reducida de derechos y libertades políticas. Por lo demás, los derechos humanos son solo elementos contingentes del sistema jurídico y, por lo tanto, del objeto de la ciencia jurídica kelseniana.

Si en la obra de KELSEN, los derechos humanos no aparecen en la teoría general del derecho como elementos de atención, a diferencia de su maestro austriaco, el profesor de Turín les confiere un papel central en su teoría política. Además, a diferencia de KELSEN, que deja muy ocasionalmente su neutralidad axiológica para expresar sus preferencias éticas (libertad, tolerancia, etc.), BOBBIO es más expresivo respecto a ellas. Los derechos humanos no solo son un objeto científico, sino también preferencias éticas por las cuales BOBBIO se compromete en la esfera pública. Finalmente, BOBBIO enfrenta en su obra, mucho más que KELSEN, uno de los desafíos que plantea a los teóricos que reivindican un ideal de neutralidad axiológica, los conceptos que expresan valores tal como el de derecho humano o de democracia, a saber, tomar una distancia crítica con un objeto que expresa valores a los cuales se suscribe.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, rééd. 1972.
- BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria generale della politica*, Giappichelli, Torino, 1993.

KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *RDP*, 1928.

KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature-Sa valeur*, Dalloz, Paris, 2004 (réed.).

KELSEN, Hans, *What is Justice?*, University of California, Berkeley, 1957.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

KELSEN, Hans, *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, Michel Houdiard éditeur, Paris, 2006.

LOCHAK, Danièle, "La doctrine du positivisme sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", en *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989.

PECES-BARBA, Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2003.

TROPER, Michel, "Le positivisme et les droits de l'Homme", in B. Binoche et J.-P. Cléro (dirs.), *Bentham contre les droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2007.

Recibido: 28/3/2021
Aprobado: 25/6/2021

BOSTOCK: UN CASO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Bostock: a case of employment discrimination

Dr. Riccardo Guastini

Profesor Emérito de Filosofía del Derecho
Universidad de Génova, Italia
<https://ordic.org//0000-0002-2125-8196>
guastini@unige.it

Dr. Alessio Sardo

Profesor de Filosofía del Derecho
Investigador a tiempo completo
Universidad de Génova, Italia
<https://ordic.org//0000-0003-1015-23641>
alessio.sardo@unige.it

Resumen

En sentido estricto, Bostock no es un caso constitucional. Más bien, es un caso de derecho laboral: más concretamente, un despido discriminatorio. Neil Gorsuch, que escribe para la mayoría de la Corte Roberts, limita la cuestión a la interpretación de la Ley de Derechos Civiles (1964), sin desarrollar un verdadero “argumento constitucional”. Desde la perspectiva del razonamiento jurídico, Bostock es una decisión originalista. Tanto la opinión mayoritaria como las opiniones discrepantes de Samuel Alito y Brett Kavanaugh son intentos de reconstruir y aplicar el significado original de la locución “por razón de sexo”. En esta decisión se entrecruzan varias formas de originalismo: hay un choque entre la doctrina textualista, por un lado, y la doctrina del significado público combinada con argumentos basados en la intención, por el otro. Pero, en realidad, el textualismo de la opinión mayoritaria parece “disfrazar” una interpretación dinámica y evolutiva que actualiza el sentido original de la Ley de Derechos Civiles, para incluir la orientación sexual en la protección contra las discriminaciones por razón de sexo. Combinada con otras decisiones recientes, Bostock parece formar parte de una estrategia más amplia de la Corte Roberts, orientada a la sistematización de la ley federal en el ámbito de la discriminación laboral.

Palabras claves: Bostock; originalismo; discriminación; LGBTQ+; interpretación constitucional; Scalia.

Abstract

Strictly speaking, *Bostock* is not a constitutional case. It is an employment law case: more precisely, one of discriminatory dismissal. Neil Gorsuch, who writes for the majority of the Roberts Courts, confines the issue to the interpretation of the Civil Rights Act (1964), without developing a real “constitutional argument”. From the perspective of legal reasoning, *Bostock* is an originalist decision. Both the majority opinion and the dissenting opinions of Samuel Alito and Brett Kavanaugh are attempts to reconstruct and apply the original meaning of the phrase “because of sex”. In this decision, several forms of originalism intertwine: there is clash between the textualist doctrine, on the one hand, and the doctrine of public meaning combined with intention-based arguments, on the other. But, in truth, the majority opinion’s textualism seems to “hide” a dynamic and evolutionary interpretation that updates the original meaning of the Civil Rights Act to include sexual orientation in the protection against sex-based discriminations. When combined with other recent decisions, *Bostock* seems part of a broader strategy of the Roberts Court oriented towards the systematization of the federal law in the area of employment discrimination.

Keywords: *Bostock*; originalism; discrimination; LGBTQ+; constitutional interpretation; Scalia.

Sumario

1. Introducción. 2. “A causa del sexo”: una expresión ambigua. 3. La doctrina originalista y el Título VII del Civil Rights Act. 4. La opinión mayoritaria: ¿una interpretación evolutiva mal disimulada? 5. El juez Alito y el “barco pirata”. 6. Significado ordinario y separación de poderes. 7. Virtudes pasivas y discriminación en el trabajo. 8. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Bostock v. Clayton County, Georgia, no es, estrictamente hablando, un caso constitucional.¹ Más bien, es un caso de derecho laboral: concretamente, un

¹ *Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. __2020; 140 S. Ct. 1731; 2020 WL 3146686; 2020 U.S. LEXIS 3252. Se trata de una decisión mayoritaria (6-3) sobre tres casos combinados relativos al despido discriminatorio de trabajadores LGBTQ+: Gerald BOSTOCK, despedido porque jugaba en una liga de softball gay; Donald ZARDA, despedido tras decir a sus compañeros de *Altitude Express* que era homosexual; y Aimee STEPHENS, despedida por una funeraria tras anunciar su decisión de cambiar de sexo.

despido discriminatorio. En la argumentación, tanto de la mayoría como de los disidentes, no hay ni siquiera una mención a la Constitución. Así que parece un simple problema de interpretación de la ley federal.² Dicho de otra forma, la decisión es un ejemplo de *statutory interpretation*. Neil GORSUCH, el juez redactor, limita la cuestión a la interpretación del *Civil Rights Act* (1964), sin desarrollar un verdadero *constitutional argument*.³ Las opiniones discrepantes no se apartan de este enfoque general.⁴

² La Corte Suprema interviene en cuestiones de *statutory interpretation* cuando hay desacuerdos interpretativos significativos entre las cortes federales sobre cuestiones constitucionalmente relevantes. En este caso, la Corte Suprema ejerce (también) una función nomofiláctica, destinada a garantizar respuestas uniformes de las cortes federales sobre cuestiones fundamentales, como la aplicación del *Civil Rights Act*. La Rule 10 del U.S. Ct identifica expresamente los desacuerdos interpretativos entre los tribunales federales como un factor central en la concesión de un *writ of certiorari*. Sin embargo, en cuanto a la considerable relevancia política de *Bostock*, véase, al menos, GROVE, T. L., "Which Textualism?", *Harvard Law Review*, No. 134, 8 de septiembre de 2020, p. 265: "La causa que condujo a *Bostock* también tuvo una valencia partidista: aunque la Administración Obama concluyó en 2012 que la prohibición del Título VII de la discriminación por razón de sexo 'por definición' abarcaba a la comunidad LGBTQ+, la Administración Trump dio marcha atrás en 2017, insistiendo en que tal interpretación conduciría a resultados 'extremos' y 'absurdos'".

³ Nicolò ZANON ofrece una explicación convincente para esta elección de la Corte Suprema: el sistema jurídico estadounidense carece de una doctrina parecida a la *Drittwirkung*, que extiende la aplicación de los derechos fundamentales a los litigios entre particulares. Por este motivo, la *equal protection clause* solo es pertinente, al menos en abstracto, para las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares: véase ZANON, N., "Che significa discriminare perché di sex?", en *Bostock v. Clayton County* una singolare controversia tra originalisti", *Quaderni Costituzionali*, No. 4, 2020, p. 839.

⁴ La opinión mayoritaria sorprendió a muchos comentaristas –por ejemplo, BARNES, R., "¿Neil Gorsuch? The Surprise behind the Supreme Court's Surprising LGBTQ Decision", *The Washington Post*, 16 de junio de 2020, 8:06 p.m. – porque aparentemente está en tensión con la orientación generalmente conservadora de la Corte Roberts y, en particular, del juez GORSUCH, quien fue nombrado por TRUMP. Los que piensan que GORSUCH y ROBERTS actuaron de buena fe proclaman el triunfo del textualismo: un método realmente capaz de impedir que los jueces decidan según sus creencias morales y políticas subjetivas. Sin embargo, un observador malicioso podría sospechar que la estrategia de omitir una investigación exhaustiva del parámetro es funcional para mantener la prohibición de la discriminación LGBTQ+, bien separada del significado original de la Constitución de Estados Unidos. El derecho de LGBTQ+ a no ser discriminados "por razón de sexo" sigue confinado al nivel de aplicación de los propios principios generales del *Civil Rights Act*. Aquí nos mantendremos neutrales en esta cuestión, ya que no hay pruebas suficientes para razonar sobre los motivos políticos o morales que podrían haber influido en una medida no trivial en las valoraciones de cada juez y, en consecuencia, determinar causalmente el resultado de la decisión. Sin embargo, cabe señalar *de paso* que no es la primera vez que Neil GORSUCH se pone del lado de los trabajadores: véase *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, No. 12-6294, 2012 WL 6930302, 10th. Cir. Dec. 20, 2012.

La mayoría ni siquiera insinúa una interpretación “conforme” o “adecuadora” sobre la base de la “cláusula de protección igual” (*equal protection clause*), como habría sido posible, al menos en el plan abstracto.⁵ Esto es algo sorprendente, porque una referencia al principio general de igualdad habría sido, para la mayoría, un argumento suficientemente fuerte.

Excepto algunos problemas marginales (a los que nos referiremos), la cuestión, en el fondo, es elemental. No implica complejas construcciones dogmáticas. Simplemente queremos saber si la palabra “sexo” se refiere solo al sexo biológico o incluye también la orientación sexual.

Cabe señalar que en 1996 se presentó un caso muy similar ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando se le pidió que se pronunciara sobre la legalidad del despido de un sujeto transexual en virtud de la Directiva 207/76, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

El principio de igualdad de trato, tal como se establece en el art. 2 de la Directiva, significa que no habrá discriminación alguna por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en particular por referencia al estado civil o familiar. El apartado 1 del art. 5 establece que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que respecta a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, significa que se garantiza a hombres y mujeres las mismas

⁵ Es necesario hacer una aclaración al respecto. Afirmamos que la interpretación “conforme” o “adecuadora” habría sido viable en *abstracto* porque, en la práctica, esta solución sigue siendo difícilmente accesible para un originalista como GORSUCH. La lectura sustantiva (no meramente procesal) de la *Equal protection clause*, necesaria para proceder a la interpretación conforme, ha sido siempre la *bête noire* de los originalistas, que, durante al menos tres décadas, se han opuesto a esta orientación jurisprudencial “principlista”, ampliamente utilizada por la Corte Warren para actualizar el significado original de la Constitución. Los originalistas han retratado a menudo la lectura sustantiva de la *equal protection clause* y la interpretación adecuada como una estrategia utilizada por los jueces *liberals*, tanto para incorporar una ideología igualitaria a la US Constitution como para justificar fuertes incursiones en los poderes de los Estados individuales, destinadas a “reescribir” el contenido de las leyes que promulgan. Para ejemplos paradigmáticos de la crítica originalista de la lectura sustantiva de la *equal protection clause* y la *due process clause*, véase BORK, R. H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal* (Ind. L. J.), No. 47, 1971, p. 1, pp. 1-35; REHNQUIST, W. H., “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review* (Tex. L. R.), No. 54, 1976, p. 693, pp. 693-706; BERGER, R., *Government by Judiciary*, pp. 363-372. Para una reconstrucción de la *equal protection clause*, véase KUSHNER, J. A., “Substantive Equal Protection: The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review”, *Missouri Law Review* (Mo. L. Rev.), No. 53, 1988, p. 423.

condiciones sin discriminación por razón de sexo. La Directiva no se refiere en ningún momento a la orientación sexual o al cambio de sexo.

Sin embargo, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un tribunal británico, y aceptando las conclusiones del Abogado General TESAURO, el Tribunal (*P. v. S. y Cornwall Country Council*, asunto C-13/94) declaró que el despido de un transexual, basado precisamente en su cambio de sexo, era ilegal.⁶

Teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva 207/76, el Tribunal de Justicia señala que el art. 5, apartado 1, de dicha Directiva se opone al despido de un transexual por motivos relacionados con su cambio de sexo. Puesto que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es uno de los derechos fundamentales de la persona, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse a la discriminación por razón de sexo únicamente, sino que se extiende a la discriminación por cambio de sexo. Esta discriminación se basa esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona afectada, ya que despedir a una persona por el hecho de que pretenda someterse o se haya sometido a un cambio de sexo es tratarla de forma menos favorable que a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación.

Hoy en día, esta cuestión ya no se plantea en la legislación de la UE, en virtud de la Carta de Derechos de 2000 (posteriormente “constitucionalizada” en el Tratado de Lisboa, 2009) y la Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁶ De hecho, el razonamiento desarrollado en el caso *P. v. S. y Cornwall Country Council* (asunto C-13/94) es parcialmente diferente al de *Bostock*. Por ejemplo, al subrayar el valor de la dignidad y la libertad individuales, el Tribunal de Justicia recurre a un argumento de principios, que está ausente en *Bostock*. Además, el caso *P. v. S. y Cornwall Country Council* es una decisión que no hace ninguna pretensión de textualismo estricto. Por último, los tribunales europeos no discuten los detalles de la causalidad, como hacen sus colegas de la Corte Suprema. Sin embargo, hay dos analogías relevantes entre ambos casos. En primer lugar, los hechos son bastante similares: en ambos casos se trata de despidos tras un cambio de sexo del trabajador. En segundo lugar, al igual que la *majority opinion* de GORSUCH, la opinión del Tribunal de Justicia asume que la discriminación por razón de sexo incluye la orientación sexual, porque la orientación sexual presupone la referencia al sexo biológico: “En consecuencia, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a la discriminación por razón de la pertenencia a uno u otro sexo. Habida cuenta de su finalidad y de la naturaleza de los derechos que pretende proteger, la Directiva también puede aplicarse a la discriminación que se produce, como en el presente caso, por el cambio de sexo de la persona afectada. Esta discriminación se basa esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona afectada. Así, una persona, si es despedida porque pretende someterse o se ha sometido a un cambio de sexo, recibe un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de esa operación” (§§ 20-21).

La Carta, en su art. 21, prohíbe toda forma de discriminación basada, entre otras cosas, en el sexo y la orientación sexual: es decir, menciona ambos, equiparándolos, sí, pero tratándolos como distintos. La Directiva 2000/78 también prohíbe expresamente la discriminación por razones de orientación sexual, a diferencia de la discriminación por razones de sexo (a la que se refiere la Directiva de *rechazo* 2006/54).

Al presente, la cuestión ni siquiera se plantea en la legislación italiana actual. El Decreto Legislativo 216/2003, sobre la base de la “Ley comunitaria de 2001” (Ley 39/2002), menciona expresamente en su art. 2 la “orientación sexual” como causa prohibida de discriminación (directa o indirecta).

No es inoportuno señalar que, tanto en la legislación de la UE como en la italiana, la discriminación por razón de sexo y por razón de orientación sexual, respectivamente, son objeto de disposiciones jurídicas distintas. Y, al parecer, esto también es así en la legislación estadounidense.⁷

2. “A CAUSA DEL SEXO”: UNA EXPRESIÓN AMBIGUA

Volviendo a *Bostock*, a pesar de la verborrea de la opinión mayoritaria, así como de las opiniones discrepantes, la cuestión principal, tal y como está planteada, es bastante simple y, en apariencia, puramente semántica.

La palabra “sexo” está afectada por ambigüedad, vaguedad y *textura abierta*. En la literatura sobre interpretación siempre se ejemplifica empalagosamente citando la prohibición de vehículos en el parque: los camiones son ciertamente vehículos, pero ¿qué pasa con los triciclos? Otro ejemplo – menos empalagoso y de mayor relevancia práctica – es ofrecido por el caso *Smith v. United States* (1993). ¿Incluye el derecho a “usar” armas de fuego el intento de cambiar un arma por drogas?⁸ ¿Entra este tipo de intercambio en el significado ordinario de “uso” de un arma de fuego? Bien, análogamente, no hay duda de que la palabra “sexo” se refiere al sexo biológico, pero es dudoso (controvertido) que deba entenderse en el sentido de que también se refiere a la orientación sexual y al transexualismo. Si se examina la cuestión más detenidamente, se trata de una perplejidad sobre el alcance del término “sexo”.

⁷ Véase SZYMANSKI, C., “The United States in step with the European Union: the Inclusion of Sexual Orientation in Anti-discrimination Law”, *Diritti, lavoro, mercati*, pp. 539-540.

⁸ *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).

¿Cómo se decide una cuestión semántica?

Solo hay dos maneras: (i) acudir al diccionario de la lengua y/o al uso común (suponiendo que el diccionario no refleje fielmente el uso)⁹ o, en cambio, (ii) reconstruir la intención del legislador (la intención semántica, quiere decir, no la finalidad práctica: lo que el legislador quiso decir, no lo que quiso hacer, suponiendo que se pueda realmente distinguir entre ambas);¹⁰ *significado vs. propósito; textualismo vs. purposivismo*.

Estas han sido siempre las dos doctrinas fundamentales de la interpretación: el literalismo (o textualismo) y el intencionalismo. De hecho, se trata de dos conjuntos de técnicas interpretativas que conducen a dos tipos diferentes de significado: literal e intencional, respectivamente.

En este apartado, no pretendemos decir nada nuevo, sino que solo intentaremos poner orden en las doctrinas normativas de la interpretación.

La doctrina intencionalista sostiene que los textos normativos deben recibir el significado de acuerdo con la intención (o voluntad) de la autoridad normativa (el legislador, el constituyente, etc.).¹¹ Esta forma de ver plantea problemas teó-

⁹ GEIS, M. L., "The Meaning of Meaning in the Law", *Washington University Law Quarterly* (Wash. U. L. Q.), No. 73, pp. 1125, 1134: "las definiciones de los diccionarios no son en absoluto definiciones, sino guías de uso, y guías bastante vagas". Para un ejemplo emblemático del uso originalista de los diccionarios, véase *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008).

¹⁰ Sobre la noción de "intención semántica", véase WHITTINGTON, K. E., "Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation", *The Review of Politics* 197, No. 62, 2000, pp. 197-229; GOLDSWORTHY, J., "Dworkin as an Originalist", *Constitutional Commentary*, No. 17, 2000, pp. 1749-1778. Ambos autores utilizan la expresión "intención semántica" en un sentido análogo al nuestro: el significado o los significados semánticos que el legislador o el constituyente habrían asociado a la disposición. Si se examina más detenidamente, esta noción difiere de la noción de *intención interlocutoria*, lo que se quiere decir, incluso entre líneas, con una expresión (así, por ejemplo, POSNER, R. A., "Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review* (U. Chi. L. Rev.), No. 50, 1983, pp. 800, 817). Aceptar la noción de intención semántica no implica renunciar a la idea de que el análisis de las intenciones comunicativas es, principalmente, una cuestión de pragmática del lenguaje. La identificación de las intenciones comunicativas tiene como objeto no los significados a-contextuales de los enunciados (semántica), sino los enunciados en su contexto específico (pragmática).

¹¹ La doctrina intencionalista fue un sello de la jurisprudencia de los jueces SOUTHERLAND y REHNQUIST: véase *Home Bldg. & Loan Assn v. Blaisdell*, 290, U.S. 398, 453 (1934) (Southernland, J., dissenting): "El objetivo de la construcción, aplicado a una disposición de la Constitución, es [...] determinar y hacer efectiva la intención de sus autores y del pueblo que la adoptó"; REHNQUIST, W., "The Notion...", *cit.*, pp. 693, 695: el juez debe aplicar los principios constitu-

ricos bien conocidos. No es en absoluto seguro que cualquier intención pueda atribuirse a un sujeto colectivo, ya que la intención es un fenómeno psicológico, y como tal individual.¹² Y es obvio que los miembros de una asamblea constituyente, del Congreso o de cualquier órgano legislativo suelen ser portadores de intereses más generales. Sin embargo, es casi imposible atribuirles una intención colectiva (una intención “compartida” o una *we-intention*, como suelen decir los filósofos de la acción),¹³ o incluso simplemente un único propósito externo común.¹⁴ Es bien sabido que los miembros de un parlamento deliberan sobre la base de intenciones,¹⁵ creencias, motivos y expectativas diferentes y a menudo opuestas. Esta idea fue expresada recientemente con gran lucidez por la muy originalista Amy CONEY BARRETT, que acaba de ser confirmada como jueza de la *Supreme Court*: “El poder legislativo no es un órgano idealizado que actúa con una sola mente, sino un órgano de varios miembros que produce legislación a través de un proceso complejo e incluso caótico”.¹⁶ Hablar de una mera agregación de preferencias individuales estaría, en este contexto, fuera de lugar.

Consideraciones similares se aplican a los redactores (*drafters*) de la Constitución de Estados Unidos: discreparon profundamente en muchos elementos del diseño institucional, como, por ejemplo, la constitucionalidad de la ley que instituyó la *Federal Reserve* (una institución de crédito gubernamental –más o menos equivalente a un banco central– no prevista expresamente en la

cionales “[que] pueden derivarse del lenguaje y la intención de los autores”. Otros ejemplos emblemáticos del originalismo intencionalista son BERGER, R., “Original Intention in Historical Perspective”, *The George Washington Law Review* (*Geo. Wash. L. Rev.*), No. 54, 1986, p. 296, y KAY, R. S., “Adherence to the Original Intentions in Constitutional Interpretation”, *Northwestern University Law Review* (*Nw. U. L. Rev.*), 1988, p. 226, 226 *et passim*. Según KAY, los jueces deben seguir “las reglas de la constitución escrita en el sentido en que esas reglas fueron entendidas por las personas que las promulgaron” (p. 230); “[asignar] un significado diferente al que pretendían los autores originales [...] simplemente sustituye a los históricos por algún otro autor hipotético” (p. 231).

¹² SHEPSLE, K. A., “Congress Is a ‘They’, Not an ‘It’: Legislative Intent as Oxymoron”, *International Review of Law and Economics* (*Int’l Rev. L. & Econ.*), No. 12, 1992, pp. 239, 244.

¹³ Véase, por ejemplo, BRATMAN, M. E., *Faces of Intention*; GILBERT, M., *Joint Commitment: How We Make the Social World*.

¹⁴ MANNING, J. F., “Textualism and Legislative Intent”, *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), No. 91, 2005, p. 419, pp. 428-432.

¹⁵ Véase DWORKIN, R., “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review* (*Fordham L. Rev.*), No. 65, 1997, pp. 1249, 1253.

¹⁶ BARRETT, A. C., “Counteracting the Majoritarian Difficulty”, *Constitutional Commentary*, No. 32, 2017, p. 73.

Constitución), las condiciones para la destitución de los jueces federales, el funcionamiento general del poder consultivo y los límites de la jurisdicción de los tribunales federales.¹⁷

Y si hay una intención colectiva, ¿cómo se puede comprobar? Parece natural recurrir a los trabajos preparatorios del texto normativo en cuestión (siempre que estén documentados).¹⁸ Sin embargo, el recurso a los trabajos preparatorios (llamados *legislative history*) está generalmente desacreditado en la doctrina anglosajona actual,¹⁹ aunque había sido ampliamente utilizado,²⁰ al menos en el pasado. Además, es difícil concebir la investigación de la historia legislativa como una empresa genuinamente neutral que identifique simples hechos históricos, como quiere la doctrina intencionalista.²¹

¹⁷ Para una visión general de los debates en la Convención de Filadelfia y los principales puntos de desacuerdo entre los *drafters*, véase RAKOVE, J. N., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*.

¹⁸ Nos parece que la doctrina intencionalista es casi siempre objeto, por parte de los juristas, de una adhesión meramente *verbal*. En el sentido de que, en la mayoría de los casos, quienes la apoyan no buscan la intención de la autoridad normativa en los trabajos preparatorios, como sería natural. Prefieren buscar una misteriosa “voluntad objetiva de la ley” (entendida como algo distinto y ajeno a las intenciones subjetivas de los legisladores), o hacer conjeturas contrafácticas sobre lo que el legislador habría dispuesto si hubiera previsto lo que, de hecho, no previó en absoluto. Todo esto con la intención real de la autoridad normativa (siempre que esta intención exista y sea conocible) obviamente no tiene nada que ver. Sobre los defectos que plagan el concepto de la intención objetiva de la ley, véase NELSON, C., “¿What Is Textualism?”, *Va. L. Rev.*, No. 91, 2005, p. 347, pp. 353-357.

¹⁹ Compárese, a modo de ejemplo, el siguiente célebre pasaje tomado de la obra de Antonin SCALIA: “[E]s sencillamente incompatible con un gobierno democrático, o incluso con un gobierno justo, tener el significado de una ley determinado por lo que el legislador quiso decir, en lugar de por lo que el legislador promulgó [...] El gobierno por intención no expresada es igualmente tiránico. Es la *ley* la que rige, no la intención del legislador”. Véase SCALIA, A., “Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, en Amy GUTMANN (Ed.), *A Matter of Interpretation*, pp. 3, 17. SCALIA también expuso un argumento similar en *Conroy v. Aniskoff*, 507 U.S. 511, 519 (1993) (Scalia, J., concurring): “El mayor defecto de la historia legislativa es su ilegitimidad. Nos regimos por las leyes, no por las intenciones de los legisladores”.

²⁰ Véase FALLON, R. H. Jr., “Constitutionally Forbidden Legislative Intent”, *Harvard Law Review*, No. 130, 2016, pp. 523, 525 (“Las indagaciones sobre las intenciones, los propósitos y las motivaciones legislativas ocupan un lugar destacado en el derecho constitucional estadounidense”). Para una reconstrucción de los argumentos intencionalistas utilizados por la Corte Suprema, véase NELSON, C., “Judicial Review of Legislative Purpose”, *New York University Law Review (N.Y.L. Rev.)*, No. 83, 2008, p. 1784.

²¹ Sobre este punto, véase ZEPPOS, N. S., “Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation”, *Va. L. Rev.*, No. 76, 1990, p. 1295, pp. 1335-1360; FALLON, R. H. Jr., “The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication”, *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)*, No. 90, 2015, pp. 1753, 1758.

Utilizando una analogía que se ha hecho famosa, podría decirse que cualquier “investigación judicial de la historia legislativa tiene tendencia a convertirse [...] en un ejercicio de ‘mirar por encima de una multitud y elegir a sus amigos’”.²² Además, rara vez es posible encontrar pruebas objetivas y públicas que ilustren de forma inequívoca los motivos – o, al menos, las razones– que justifican la aprobación de un determinado documento legislativo.²³ Sin embargo, este no es el caso del originalismo en su variante intencionalista: asumir que “la intención del autor es la respuesta a todo”.²⁴ El originalismo intencionalista prescribe un amplio recurso a los trabajos preparatorios.²⁵ No obstante, la cuestión (previa) que mencionamos anteriormente sigue abierta: ¿se puede realmente atribuir una intención a un sujeto colectivo?

En cambio, según la doctrina literalista, los documentos normativos –incluidos los textos constitucionales– deben entenderse simplemente al pie de la letra, es decir, según las convenciones lingüísticas existentes (reglas sintácticas y semánticas); por lo tanto, son *principalmente* los diccionarios y la sintaxis los que rigen la interpretación.²⁶ En particular, al menos desde el trabajo pionero de Antonin SCALIA, los originalistas se han acostumbrado a definir el textualismo en términos de “*significado público*”. La fidelidad al texto de la Constitución o de una ley exige interpretar cada una de las disposiciones recurriendo a los diccionarios, utilizándolos como lo habría

²² *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs, Inc.* 545 U.S. 546, 568 (2005) (Kennedy, J.), citando a WALD, P. M., “Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term”, *Iowa Law Review* (Iowa L. R.), No. 68, 1983, pp. 195, 214.

²³ Véase BREST, P., “Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive”, *The Supreme Court Review* (Sup. Ct. Rev.), 1971, pp. 95-131; *id.*, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review* (Bu. L. Rev.), No. 60, 1980, p. 204.

²⁴ FISH, S., “Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law”, *Cardozo Law Review* (Cardozo L. Rev.), No. 29, 2008, p. 1109.

²⁵ Un originalista intencionalista utiliza ampliamente las actas de la Convención de Filadelfia y los informes de las Condiciones de Ratificación al interpretar la Constitución; de la historia legislativa al interpretar las leyes. Un textualista, por otro lado, hace un uso menos frecuente de estas fuentes, tratándolas más como evidencia empírica del significado público, o como un medio para construir la intención objetiva del legislador a través de un razonamiento contrafáctico. Véase TIEFER, C., “The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court”, *Wisconsin Law Review* (Wis. L. Rev.), 2000, p. 205.

²⁶ Véase, por ejemplo, MANNING, J. F., “Second-Generation Textualism”, *California Law Review* (Cal. L. Rev.), No. 98, 2010, pp. 1287, 1288: “El textualismo sostiene que los jueces deben buscar el significado estatutario en el significado semántico del texto promulgado”.

hecho un hablante razonable, lingüísticamente competente e informado en el momento en que se adoptó la disposición.²⁷

Esta es precisamente la estrategia argumentativa adoptada por Neil GORSUCH, quien tras destacar la prioridad del significado textual sobre el significado intencional derivable de las obras preparatorias, recurre a los diccionarios para reconstruir el significado semántico de la locución “por razón de sexo”. En su opinión, en el contexto del Título VII del *Civil Rights Act*, esta expresión debe entenderse en un sentido amplio. Incluye no solo el sexo biológico, sino también la orientación sexual y la reasignación de género.²⁸ Los argumentos no textualistas –como, por ejemplo, las consideraciones consecuencialistas sobre las implicaciones de los vestuarios o los baños mixtos para los empleados– desempeñan un papel marginal en la opinión mayoritaria. Pero incluso el literalismo no está exento de problemas.

Las reglas lingüísticas –especialmente las semánticas– no siempre son inequívocas (si una palabra es ambigua, el diccionario registra la ambigüedad, no la resuelve)²⁹ y, sobre todo, no siempre son estables. De hecho, el significado común cambia a lo largo del tiempo, con el cambio de los usos lingüísticos, de las circunstancias sociales, de los valores compartidos por la sociedad.³⁰ Precisamente para frenar estos cambios, el originalismo propone vincular a los intérpretes a un significado “estático”: el contenido comunicativo del momento de la adopción es jurídicamente vinculante; además, cuentan los diccionarios históricos, no los actuales. En Estados Unidos, la etiqueta “tesis de fijación”

²⁷ *Smith v. United States*, cit. (Scalia, J., dissenting). Véase también SCALIA, A. & B. A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, p. 16: “En su contexto completo, las palabras significan lo que transmitieron a personas razonables en el momento en que fueron escritas”.

²⁸ 42 U.S.C. §20000e-2(a)(1): “[S]erá una práctica laboral ilegal que un empleador [...] no contratar o negarse a contratar o despedir a una persona, o discriminar de otro modo a una persona con respecto a su remuneración, términos, condiciones o privilegios de empleo, debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional”. El 42 U.S.C. §20000e-2(e)(1) establece una excepción expresa a la norma antidiscriminatoria: “en aquellos casos en los que la religión, el sexo o el origen nacional sean una cualificación profesional de buena fe razonablemente necesaria para el funcionamiento normal de ese negocio o empresa en particular”.

²⁹ Véase, por ejemplo, BRUDNEY, J. J. & L. BAUM, “Oasis or Mirage: The Supreme Court’s Thirst for Dictionaries in the *Rehnquist* and *Roberts* Eras”, *William and Mary Law Review* (Wm. & Mary L. Rev.), No. 55, 2013, pp. 283, 483.

³⁰ Y esto, por supuesto, es particularmente cierto para las cláusulas generales y, generalmente, para aquellas expresiones que incorporan valores políticos o morales, y que se encuentran tan a menudo en los textos constitucionales (especialmente los contemporáneos), como “libertad”, “igualdad”, “dignidad”, “democracia”, “progreso”, etcétera.

(*fixation thesis*) se utiliza generalmente para denotar la prioridad del significado histórico de una ley o Constitución escrita.³¹ La búsqueda del sentido original suele prevalecer sobre otros métodos interpretativos.

Pero también ocurre –y este es un punto muy delicado para la decisión de *Bostock*– que los diccionarios de la lengua no recogen íntegramente los usos que, en su momento, fueron percibidos como nuevos y actuales, sino solo los usos que, ante los ojos del lexicógrafo, aparecieron consolidados, además de los literarios.³² De aquí surgen dos versiones potencialmente conflictivas de la literalidad: ¿debemos fijarnos en los usos consolidados, tal y como los recogen los diccionarios, o en cambio en los usos vigentes en el momento de la adopción, aunque todavía no estén recogidos en los diccionarios?

3. LA DOCTRINA ORIGINALISTA Y EL TÍTULO VII DEL CIVIL RIGHTS ACT

Resulta que, cuando se trata de textos normativos que se remontan en el tiempo, las dos doctrinas fundamentales –literalismo e intencionalismo– se cruzan con otras dos doctrinas que compiten entre sí, la doctrina originalista o estática y la doctrina “evolucionista”³³ o dinámica de la interpretación:³⁴ interpretación originalista vs. interpretación evolutiva, significado original vs. significado actual.

³¹ COLBY, T. B. & P. J. SMITH, “Living Originalism”, *Duke Law Journal (Duke L J)*, No. 59, 2009, p. 239, pp. 244-245; SOLUM, L. B., “Constitutional Originalism: A Debate, Cornell”, *Cornell University Press*, No. 23, 2011, pp. 36-63; *id.*, “Originalism and Constitutional Construction”, *Fordham L. Rev.*, No. 82, 2013, pp. 453, 456. Como señala SOLUM, todos los originalistas están de acuerdo en la “tesis de la fijación” (*fixation thesis*), pero discrepan en varias otras cuestiones: la gama de fenómenos históricos que determinan el significado original, la relación entre el significado original y los precedentes establecidos que no lo respetan, y la capacidad del significado original para determinar de forma única la resolución del caso individual. Los críticos del originalismo atacan la “tesis de la fijación” mediante el “argumento de la mano muerta” (*dead hands argument*): ¿por qué atarse a las preferencias de las mayorías políticas del pasado remoto? Véase, por ejemplo, MCCONNELL, M. W., “Textualism and the Dead Hand of the Past”, *Geo. L. Rev.*, No. 66, 1998, p. 1127.

³² MAGGS, G. E., “A Concise Guide to the Records of the Federal Constitutional Convention of 1787 as a Source of the Original Meaning of the U.S. Constitution”, *Geo. L. Rev.*, No. 80, 2012, p. 1707.

³³ Esta palabra es desafortunada, pero no podemos encontrar otra mejor.

³⁴ Véase, por ejemplo, ESKRIDGE, W. N. Jr., “Dynamic Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, No. 135, 1986/1987, p. 1479.

El originalismo recomienda que, salvo en casos excepcionales (por ejemplo, precedentes bien establecidos como el caso *Brown v. Board of Education*),³⁵ se dé a los textos jurídicos el significado que tenían en el momento de su promulgación.³⁶

El evolucionismo, en cambio, anima a los intérpretes a adaptar constantemente el derecho a las nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de las autoridades³⁷ normativas, y a cambiar así, incluso, la interpretación establecida de los textos normativos, sobre todo en el caso de textos normativos ya antiguos (como lo son a veces los textos constitucionales), para remediar, mediante la interpretación, el envejecimiento de los textos normativos (o la falta de revisiones constitucionales).

La interpretación evolutiva tiende a hacerse mirando el uso común actual de las palabras en lugar de los diccionarios (que, como hemos dicho, no siempre registran fielmente el uso actual). Pero, en realidad, la interpretación evolutiva no es *per se* una técnica interpretativa específica: lo que “evoluciona”, en sentido estricto, no es la actividad interpretativa, sino el producto de la interpretación. Lo que cambia, en otras palabras, es el significado atribuido al mismo texto normativo. No obstante, en la doctrina y la jurisprudencia se encuentra una técnica habitual para argumentar este tipo de interpretación: la de apelar a cierto tipo de hechos –percibidos y valorados por el intérprete a la luz de sus ideas de justicia– como un cambio en la conciencia social, la aparición de nuevas necesidades en la vida social (económicas, políticas, etc.), y otros similares; no es más que una variante de la antigua doctrina de la “naturaleza de las cosas”.

³⁵ 347 U.S. 483 (1954).

³⁶ El originalismo también tiende a recomendar que el producto de la interpretación sea estable, que se atribuya siempre el mismo significado a cada texto normativo; en otras palabras, que no haya cambios en las orientaciones interpretativas, que no se cuestionen las interpretaciones establecidas y que la jurisprudencia no haga *revirements*. El originalismo, en definitiva, es partidario de una actitud generalmente conservadora en materia de interpretación, bajo el supuesto de que la estabilidad de la interpretación garantiza la “seguridad jurídica”, es decir, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos de cada uno: concretamente, la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales (pero, en derecho constitucional, también la previsibilidad de las decisiones de los órganos constitucionales supremos).

³⁷ SZYMANSKI, C., *cit.*, pp. 539-557, señala varios intentos infructuosos de modificar el Título VIII a través de la legislación (pp. 540, 546), recordando que, en el sistema norteamericano, está vigente el principio de “libre retirada” de la relación laboral. En este contexto, la legislación antidiscriminatoria también sirve para mitigar las consecuencias negativas de la libre retirada.

En Estados Unidos, este tipo de enfoque evolutivo, diametralmente opuesto al originalismo, suele asociarse a las doctrinas defendidas por los progresistas y al paradigma de la “constitución viva” (*living constitution*): la idea de que el significado de las leyes y de la constitución –entendida como un “acuerdo continuo” entre los Estados, el gobierno federal y los ciudadanos– debe actualizarse constantemente, de forma dinámica, caso por caso, a través de lecturas morales,³⁸ de la sistematización de los precedentes,³⁹ de consideraciones pragmáticas,⁴⁰ o simplemente de la actualización de los significados históricos con argumentos compartidos.⁴¹

Ahora bien, tanto el literalismo como el intencionalismo pueden combinarse con la doctrina estática y la doctrina dinámica, dando lugar a cuatro posibles orientaciones interpretativas:

1. Combinada con la doctrina estática, la doctrina literalista produce una primera variante del originalismo: a los textos normativos hay que darles el sentido literal que tenían en el momento en que fueron redactados y aprobados, el *sentido original*. El problema sigue abierto: ¿qué significado literal?, ¿el significado de los diccionarios o aquello actual (si ambas no coinciden)?
2. Combinada, por otra parte, con la doctrina dinámica, la doctrina literalista da lugar a la idea de que a los textos normativos se les debe dar el sentido literal que adquieren al ser interpretados o aplicados. Asumimos, en este caso, que el significado en cuestión es el común y no el del diccionario (suponiendo que ambos divergen).
3. Combinada con la doctrina estática, la doctrina intencionalista produce una segunda variante del originalismo: a los textos normativos se les debe dar el significado correspondiente a la intención de la autoridad normativa, la *intención original*, sin importar la antigüedad de los textos –como ocurre a veces con los textos constitucionales– y sin tomar en cuenta el tiempo de extinción de las autoridades normativas.

³⁸ DWORKIN, R., *Law's Empire*, pp. 355-413.

³⁹ STRAUSS, D. A., *The Living Constitution*, pp. 1-5.

⁴⁰ POSNER, R. A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, pp. 57-96.

⁴¹ BOBBITT, P., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, pp. 9-119.

4. Combinada con la doctrina dinámica, la doctrina intencionalista da lugar a esa forma de ver –una ficción obvia–, según la cual la intención de las autoridades normativas no está dada de una vez por todas, cristalizada en documentos normativos, sino que evoluciona mágicamente, adaptándose a las circunstancias cambiantes (la “naturaleza de las cosas”), la conciencia social o algo así.⁴²

Ambas variantes del originalismo, textualista e intencionalista, se basan en la tesis exquisitamente política –defendida con fuerza, en su momento, por SCALIA y retomada en *Bostock* tanto por la mayoría como por los disidentes– según la cual los intérpretes no están facultados para remediar la inercia de las autoridades normativas, cambiando ellos mismos la ley, por la vía de la interpretación, cuando no cambian los textos normativos. Si, por ejemplo, se permitiera a los jueces adscribir a una cláusula constitucional un significado distinto al original (literal o intencionado, eso es irrelevante) que pretendían los constituyentes, estarían sustituyendo al poder constituyente (o al poder de revisión constitucional), usurpándolo y violando su juramento de fidelidad a la constitución.⁴³

De hecho, una de las principales ambiciones del originalismo es ofrecer un método para identificar el significado original, que sea capaz de limitar severamente los juicios morales subjetivos y las decisiones *ad hoc* del poder judicial federal.⁴⁴ El equilibrio de intereses y valores corresponde exclusivamente

⁴² La reciente doctrina del *originalismo de los métodos originales* (*original methods originalism*) es, con toda probabilidad, un intento de superar el *impasse*. Los *métodos originales* suponen que la Constitución (o los *statutes* del Gobierno Federal) deben interpretarse según los cánones y las técnicas interpretativas que el constituyente (o el legislador) quiso adoptar. De este modo, se considera posible una especie de ajuste dinámico de la ley sin “traicionar” las intenciones (mínimas) del constituyente (o legislador federal), que solo se refieren al catálogo de métodos y cánones de interpretación admisibles. Esta posición ha sido defendida recientemente, por ejemplo, por MCGINNIS, J. O. y M. B. RAPPAPORT, “Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction”, *Nw. U. L. Rev.*, No. 103, 2009, p. 751. El principal problema de esta doctrina es la imposibilidad de identificar un catálogo preciso y unificado de métodos interpretativos compartidos por un parlamento o constituyente.

⁴³ BORK, R. H., *Tempting of America*, pp. 133-160; MELVIN, E. J., “Judicial Activism - The Violation of an Oath”, *The Catholic Lawyer* (*Cath. Law.*), No. 27, 1992, pp. 283, 284 (“[C]uando un juez jura defender la Constitución promete llevar a cabo la intención de los autores”); BENNETT, W. R., “The Mission of Moral Reasoning in Constitutional Law”, *Southern California Law Review* (*S. Cal. L. Rev.*), No. 58, 1985, p. 647; RICHARDS, D. J., “Originalism Without Foundations”, en *N. Y. U. L. Rev.*, No. 65, 1990, pp. 1373, 1377; WEST, R. L., “The Authoritarian Impulse in Constitutional Law”, *University of Miami Law Review* (*U. Miami L. Rev.*), No. 42, 1988, pp. 531, 532.

⁴⁴ GORSUCH, N., *A Republic, If You Can Keep It*, pp. 131-132: “[E]l textualismo ofrece una metodología conocida y conocida para que los jueces determinen imparcialmente [...] cuál es la ley”. Véase también KAY, R. S., “Adherence to the Original Intentions...”, *cit.*, p. 230.

a las asambleas y parlamentos constituyentes, no a los jueces.⁴⁵ En palabras de BORK, “los valores personales de los jueces no deberían formar parte de sus interpretaciones constitucionales”.⁴⁶ La adhesión al significado textual, o a la intención del legislador y del constituyente, se presenta como una investigación histórica objetiva que aleja al juez de la tentación de evaluar directamente los contornos morales de las cuestiones constitucionalmente relevantes.⁴⁷ Por esta misma razón, GORSUCH enfatiza que la opinión mayoritaria se adhiere a la reconstrucción del *plain meaning* del Título VII, evitando cuidadosamente “apelaciones políticas desnudas (*naked*)”.

Una observación más al margen: la expresión “retroceder en el tiempo” se ha utilizado repetidamente. Pues bien, ¿hasta qué punto debe ser “antiguo” un texto jurídico para requerir una interpretación dinámica? La Constitución Federal es, por supuesto, “muy” antigua, no es así el *Civil Rights Act* de 1964; sin embargo, como vemos inmediatamente, incluso para un texto que es, al fin y al cabo, bastante reciente, surge el problema.

Esta es, a grandes rasgos, la parrilla de análisis.

Si hay distinciones más sutiles en la doctrina estadounidense, podrían ser ignoradas, porque, desde el punto de vista del análisis conceptual, son solo humo y espejos.⁴⁸ Entre las cuatro doctrinas que hemos enunciado sumariamente puede haber matices, ciertamente, diferencias de lenguaje y acento, pero no hay espacio lógico para más doctrinas.

En *Bostock*, aparentemente, todos los jueces son originalistas –los extensores, así como los disidentes– de la variante literalista;⁴⁹ pero esto es solo una

⁴⁵ Véase, por ejemplo, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190: “Este caso no requiere un juicio sobre si las leyes contra la sodomía [...] son sabias o deseables”.

⁴⁶ BORK, R. H., “Discurso ante la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego” (18 de noviembre de 1985), reimpreso en *The Great Debate. Interpreting our Written Constitution*.

⁴⁷ TUSHNET, M., *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, p. 23: “Al limitar a los jueces a las palabras de la Constitución tal y como las entendieron los redactores, nos aseguramos de que no irán demasiado lejos; les impedimos tomar decisiones que, en una sociedad democrática, corresponden a una mayoría política”. SCALIA, A., “Originalism; The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review* (U. Cin. L. Rev.), No. 57, 1989, pp. 849, 863: “[E]l principal peligro en la interpretación judicial de cualquier ley es que los jueces confundan su propia predilección por la ley”.

⁴⁸ COLBY, T. B. & P. J. SMITH, “Living Originalism”, *cit.*, pp. 244-245 (el originalismo se describe como una “mezcla heterogénea de distintas teorías constitucionales”).

⁴⁹ Véase FLEMING, J. E., “Are We All Originalists Now? I hope not!”, *Texas Law Review*, No. 91, pp. 1785. Sobre la omnipresencia actual de la doctrina originalista en los argumentos de los tribunales

apariciencia, una cuestión de estilo argumentativo: incluso adoptando una doctrina opuesta a la doctrina originalista, probablemente podrían justificar las mismas conclusiones normativas.

4. LA OPINIÓN MAYORITARIA: ¿UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA MAL DISIMULADA?

La mayoría considera que el despido de homosexuales y transexuales es ilegal porque viola el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe toda discriminación “por razón de sexo”.

Pues bien, esta conclusión normativa justificaría la aplicación de pruebas más estrictas –el conocido *escrutinio estricto* (*strict scrutiny*),⁵⁰ tradicionalmente asociado a los casos de discriminación contra las llamadas “categorías sospechosas” (minorías étnicas, minorías religiosas y mujeres)–⁵¹ también a los casos de discriminación contra LGBTQ+; esto, al menos para los casos de despido que de otro modo podrían ser analizados a través del *escrutinio intermedio* (*intermediate scrutiny*) y el *test de base racional* (*rational basis test*), dos pruebas que serían mucho menos exigentes con los empleadores y la legislación de los Estados miembros no inclinados a proteger los derechos LGBTQ+.

La mayoría excluye *in limine* que la intención del legislador tenga alguna relevancia: la ley no es más que las palabras con las que se formula (“Sólo la palabra escrita es la ley”); en particular, es irrelevante que el legislador haya previsto uno u otro caso concreto de aplicación de la ley.

Esta es una estrategia interpretativa importante, porque, reconstruyendo *de buena fe* la intención (semántica) del legislador, presumiblemente la conclusión habría sido diferente. El disidente ALITO –sobre el que diremos más adelante – niega que en 1964, algún miembro del Congreso entendiera la palabra “sexo” como lo hace hoy la mayoría de la Corte Suprema, y probablemente él tiene razón en lo que respecta a los hechos: el suyo es

federales, véase MOURITSEN, S. C., “Judging Ordinary Meaning”, *The Yale Law Journal* (Yale L. J.), No. 127, 2018, pp. 788, 793.

⁵⁰ WINKLER, A., “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in Federal Courts”, *Vanderbilt Law Review* (Vand. L. Rev.), No. 59, 2006, pp. 793, 796.

⁵¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996). La orientación sexual no ha sido tradicionalmente elevada a la categoría de “categoría sospechosa”. Véase, por ejemplo, *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 730 (1982).

un argumento (¿involuntariamente?) intencionalista, a pesar de su normal adhesión al paradigma textualista de SCALIA.

Por otro lado, es práctica constante de la Corte, dice GORSUCH, redactor de la *opinión* mayoritaria, interpretar la ley según “el significado público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación”, o “el significado original”, o incluso “el significado llano y establecido” (es dudoso que estas expresiones sean perfectamente sinónimas). La Corte Roberts es normalmente descrita como la Corte del *plain meaning*. Si los jueces pudieran alterar el texto o apartarse de él, estarían usurpando la función legislativa: no hay desacuerdo en este punto. Es el propio KAVANAUGH quien habla explícitamente de “usurpación” en su *dissenting*, haciéndose eco del *leitmotiv* del originalismo clásico, el que defendían BORK, BERGER y MEESE III en los años 70 y 80.⁵² Legislar o remediar las consecuencias no deseadas de las leyes es tarea del poder legislativo, no del poder judicial.

GORSUCH se esfuerza por dilucidar el concepto de discriminación, que, ciertamente, no parece controvertido. Insiste, para rechazar algunos argumentos partidistas, en que la ley prohíbe, al pie de la letra, la discriminación de individuos, no de grupos. Subraya que la discriminación debe ser intencionada, pero estropea el vínculo causal: la *responsabilidad* está ligada al estándar de causalidad, pero GORSUCH no puede decidir si el sexo debe ser una “causa” necesaria (“*but-for*”),⁵³ es decir, una condición *sine qua non*, o en cambio una “con-causa” (“*in part*”) de la discriminación.⁵⁴ Es más, en ocasiones, el argumento de GORSUCH parece incluso sugerir que el nexo de *responsabilidad* está presente incluso cuando el motivo del despido simplemente presupone el concepto de sexo u orientación sexual como razón contribuyente al despido.

Si se tratara de un presupuesto, se podría argumentar que el razonamiento de la mayoría es, en realidad, más sutil de lo que podría parecer a primera vista.

⁵² BORK, R. H., “The Constitution, Original Intent, and Economic Rights”, *San Diego Law Review* (*San Diego L. Rev.*), No. 23, 1986, p. 823; BERGER, R., *Government...*, cit., p. 403; MEESE III, E., U.S. Attorney General, “Speech Before the American Bar Association” (Jul. 9, 1985), en *The Great Debate...*, cit.

⁵³ La declinación de la *responsabilidad* en cuanto a la causalidad *but-for* es, con toda probabilidad, el punto de vista mayoritario para los casos de discriminación decididos bajo la rúbrica de la cláusula de protección igual. Véase, por ejemplo, *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 270 n. 21 (1977).

⁵⁴ Por supuesto, no estamos hablando de “causas” en sentido propio, sino de razones: los motivos del despido.

Incluso cuando el empresario *tiene la intención de discriminar por su orientación sexual*, acaba inexorablemente discriminando (indirectamente) por su sexo, porque la noción de orientación sexual *presupone* el concepto de sexo. En otras palabras, la discriminación por razón de sexo está ineludiblemente “causada” por cualquier referencia directa o indirecta al concepto de sexo biológico, a través del mecanismo de la presuposición. Así lo argumenta GORSUCH. En otras palabras, si la orientación sexual es la causa de la discriminación, y la noción de orientación sexual presupone el concepto de sexo, entonces la causa última de la discriminación es el sexo.

Pero la cuestión esencial es que, en opinión de la mayoría, la discriminación por razón de sexo es un concepto lo suficientemente amplio como para extenderse a la discriminación por orientación sexual. De hecho, el concepto se extendió ya en 1964, a la luz del *plain meaning* de las palabras; tesis inverosímil y ampliamente refutada por los disidentes.

El argumento utilizado en apoyo de esta tesis no es en realidad semántico en absoluto (no se afirma que la palabra “sexo” abarque también la orientación sexual), se trata simplemente de que la homosexualidad y la transexualidad son cosas “inextricablemente ligadas al sexo”; lo que nos parece innegable.⁵⁵

Después de todo, dice GORSUCH, supongamos que un empleador tiene dos empleados, un hombre y una mujer, ambos atraídos sexualmente por los hombres, y el empleador despide al hombre pero no a la mujer: ¿no sería eso una discriminación basada en el sexo?; un argumento de peso, en nuestra opinión. ALITO objeta, débilmente, que no: la causa de la discriminación sería, en este caso, no el sexo de los dos empleados, sino su respectiva orientación sexual. No es un argumento muy persuasivo, porque presupone lo que debería argumentar: precisamente que la orientación sexual no tiene relación con el sexo (biológico).

A pesar de la profesión de fe originalista y literalista de GORSUCH, *Bostock* es un ejemplo característico de una interpretación evolutiva o dinámica –con efectos “expansivos” (como dice KAVANAUGH en su *opinión disidente*)–, en la que la palabra “sexo” se entiende a la luz de los usos lingüísticos y formas de pensar actuales (no de 1964).

⁵⁵ Entre otras cosas, GORSUCH se encarga de negar que la prohibición de discriminación por razón de sexo esté sujeta a alguna excepción implícita, ya que el legislador no la incluyó (obvio: si no, no estaría implícita).

ALITO dice bien: al decidir así, la Corte está actualizando la redacción de una ley antigua, para que refleje mejor los valores que prevalecen en la sociedad (y esto, para ALITO, es legislar). Pero, precisamente, esto no tiene nada que ver con el originalismo, ni con la literalidad.

5. EL JUEZ ALITO Y EL “BARCO PIRATA”

Hasta aquí la opinión mayoritaria. Llegamos a la *dissenting opinion* de ALITO (compartida por THOMAS).

ALITO argumenta que el sexo, por un lado, y la orientación sexual y la identidad de género, por otro, son cosas diferentes. Por “sexo” entiende el conjunto de características genéticas y anatómicas de un individuo en el momento de su nacimiento: en definitiva, el sexo biológico. Como prueba cita una serie de diccionarios (antes y después de 1964), que sin duda le dan la razón: los diccionarios demuestran lo que la gente habría entendido en el momento en que la ley entró en vigor.

“Es deber de la Corte”, dice, “atribuir a los términos de la Ley el significado ‘ordinario’ y ‘público’ que transmitían a personas razonables en el momento en que se redactó la Ley, a la luz, por supuesto, del contexto social: esa es la doctrina Scalia”. Ciertamente, ningún miembro del Congreso, en 1964, interpretó el texto de la Ley de la manera que la mayoría afirma hoy. De hecho, en 1964, la homosexualidad se consideraba un trastorno mental, moralmente insano y legalmente punible, y la identidad de género era simplemente desconocida.

ALITO no niega que exista una conexión entre el sexo y la orientación sexual (y la transexualidad), pero argumenta que la ley prohíbe la discriminación “por sexo”, no “por nada” relacionado con el sexo. Esta no era la intención del legislador (la “intención del Congreso”), como puede verse en la “historia legislativa” (no en el sentido de trabajo preparatorio, sino en el sentido literal de historia legislativa). Como podemos ver, ni siquiera ALITO, después de todo, es un textualista consecuente; el suyo es, al fin y al cabo, un argumento intencionalista: “La opinión de la Corte es como un barco pirata. Navega bajo una bandera textualista”. El argumento textualista se apoya, a su vez, en un experimento mental: ¿cuál habría sido la interpretación correcta del Título VII para el *estadounidense medio* en 1964? Obviamente, habría sido muy diferente a la propuesta por la mayoría de GORSUCH.

Por otro lado –observa ALITO–, la ley enumera una serie de causas de discriminación (raza, color, sexo, origen nacional), pero la lista no incluye la orientación

sexual o la identidad de género. En otras palabras, ALITO interpreta la lista como una lista “cerrada” (no ilustrativa), de modo que, *a contrario*, la orientación sexual y la identidad de género no son causas de discriminación. No en el sentido de que, por tanto, esté permitido discriminar según esos criterios (ALITO no va tan lejos), sino en el sentido de que la ley no dice nada al respecto –discriminar según la orientación sexual no tiene matices: ni está permitido ni está prohibido, es jurídicamente indiferente– y solo el legislador podría llenar el vacío.

No en vano –dice– hay proyectos de ley pendientes en el Congreso que querrían introducir una prohibición explícita en este sentido: esto no tendría sentido si la prohibición ya existiera en los pliegos del *Civil Rights Act*. Si estuviera familiarizado con el derecho de la Unión Europea, él podría añadir que también en Europa el sexo y la orientación sexual están diferenciados, siendo objetos de actos normativos distintos.

En definitiva, la prohibición de la discriminación por razón de sexo no reclama más que la igualdad de trato entre hombres y mujeres: así lo demuestra una larga serie de textos normativos y administrativos en la historia del derecho norteamericano (estatal y federal).⁵⁶ Aunque la mayoría pretende “actualizar” el significado de la ley a la luz de lo que cree que son los valores sociales no de 1964, sino de 2020.

Con consecuencias, según él, desastrosas: mencionamos solo una (omitiendo cualquier comentario). La decisión de la Corte, según ALITO, podría afectar incluso a la libertad de expresión, especialmente en el uso de los pronombres. Un individuo al que no le gusten los pronombres “él” o “ella” (y los adjetivos correspondientes), porque no se identifica con ninguno de los dos sexos (biológicos), podría quejarse de ser discriminado en función del sexo y acudir a los tribunales para obtener protección.

⁵⁶ GROVE, T. L., *cit.*, pp. 274-277, señala cómo los tribunales federales siempre han limitado el alcance de la prohibición de la discriminación por razón de sexo basándose precisamente en la “historia legislativa” (*legislative history*). En particular, varios jueces han argumentado que la llamada “enmienda de sexo” fue introducida por el político conservador Howard SMITH, quien, en línea con la mayoría del Congreso, entendió la disposición como una norma programática dirigida exclusivamente al sexo biológico, no a la orientación sexual. Esta opción interpretativa se vería confirmada por el hecho de que uno de los principales objetivos del *Civil Rights Act* era oponerse a la discriminación racial, no a la sexual. Sobre este punto, véase también BIRD, R. C., “More than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act”, *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice* (Wm. & Mary J. Women & L.), No. 3, 1997, p. 137.

6. SIGNIFICADO ORDINARIO Y SEPARACIÓN DE PODERES

La *dissenting* de KAVANAUGH –además de insistir mucho en la separación de poderes, que inhibiría cualquier interpretación no textualista– introduce la distinción entre significado “literal” y “ordinario”.

El significado literal, entendemos (KAVANAUGH no lo define), es el que registran los diccionarios. El significado ordinario, por el contrario, es “el significado cotidiano” o “la lectura de sentido común”. Es cierto que ambos pueden divergir. Ejemplo célebre (encontrado en una antigua decisión de la Corte, 1893): según el diccionario, un tomate es técnicamente una fruta, pero en el lenguaje corriente es una verdura. KAVANAUGH asume que, en el presente caso, los dos significados no coinciden, y argumenta que la interpretación debe seguir no el significado del diccionario, sino el significado corriente en el lenguaje ordinario. De lo contrario, la Corte (y eso es lo que está haciendo la mayoría) reescribiría el derecho estadounidense e incluso el vocabulario estadounidense.

En definitiva, en el lenguaje ordinario (lenguaje común, sentido común), el sexo es algo distinto a la orientación sexual. Sin embargo, como ALITO ha demostrado persuasivamente, incluso los diccionarios distinguen entre sexo y orientación sexual. Así que la distinción de KAVANAUGH entre sentido literal y sentido ordinario es inútil e inconclusa: ambos coinciden.

“La diferencia entre los dos significados”, dice, “es especialmente importante cuando se interpretan no palabras sueltas, sino expresiones compuestas” (un sintagma, o un enunciado completo). KAVANAUGH rechaza esa “teoría del significado” (esa forma de interpretar, en realidad) según la cual el significado de una expresión compuesta no es más que la suma de los significados de las palabras componentes. Dos palabras yuxtapuestas pueden asumir un significado diferente al que tienen aisladas. Es una tesis interesante (y, por cierto, muy utilizada), pero es irrelevante aquí: estamos discutiendo el significado de “sexo”, no de “discriminación por razón de sexo”, y KAVANAUGH no ofrece ninguna interpretación alternativa de la expresión en cuestión.

La distinción entre el significado literal y el ordinario es sensata, pero algo inconclusa en este contexto. La apelación al significado ordinario, a diferencia del significado literal de los diccionarios, podría servir, quizás, para argumentar a favor de una interpretación evolutiva (el diccionario define “sexo” como sexo biológico, y ese era el significado de la palabra en 1964, pero hoy en día el significado ordinario de la palabra es más amplio). Como ALITO ha demostrado de

forma persuasiva, incluso los diccionarios distinguen entre sexo y orientación sexual. Así que es difícil ver cómo la distinción de KAVANAUGH puede servir para acreditar una interpretación originalista.⁵⁷

Dos comentarios laterales.

El primero es que el literalismo originalista es asumido por los jueces (todos ellos, al parecer: no hay ninguna *cuncurring opinion* no originalista),⁵⁸ solo con el débil argumento político de que cualquier interpretación diferente, en particular, evolutiva, pondría en cuestión la separación de poderes.

Esto presupone una teoría ingenua de la interpretación: la idea de que los textos normativos tienen –o tenían en el momento de su formulación– un significado objetivo conocible.⁵⁹

La segunda observación es que un textualismo originalista estrecho no parece seriamente sostenible. De hecho, incluso los textualistas presentan continuamente argumentos intencionalistas.

Quizás Alf Ross tenía razón cuando escribió que la distinción entre significado intencional y significado literal –entre interpretación “subjettiva” y “objetiva”, como se dice a veces– es engañosa, ya que la interpretación siempre parte del texto y trata de llegar a la intención.⁶⁰ La diferencia entre ambas

⁵⁷ En este sentido, nuestro análisis de *Bostock* es compatible con el de GROVE, T. L., *cit.*, p. 279 y *passim*. GROVE señala que la opinión mayoritaria, por un lado, y las dos *dissenting opinions*, por otro, representan dos formas diferentes de textualismo: una más “formalista”, que se centra en el contexto semántico y en los diccionarios (GORSUCH); una más “flexible” (contextualista), que, aunque toma el significado textual como punto central, también permite a los intérpretes leer el texto a la luz del contexto político y social del momento de la promulgación, así como de las técnicas interpretativas y argumentativas entonces permitidas (ALITO y KAVANAUGH).

⁵⁸ Como quizá cabría esperar, al menos, de Stephen BREYER (nominado por CLINTON) y Sonia SOTOMAYOR (nominada por OBAMA), que son antioriginalistas declarados.

⁵⁹ Cuando se trata de la interpretación constitucional, el originalismo (en sus principales versiones) presupone también una concepción peculiar de las relaciones entre Corte Suprema y el Congreso: se piensa en la Corte Suprema, por así decirlo, como la “boca” de la soberanía popular, y no en cambio como un poder compensatorio del poder de la mayoría.

⁶⁰ Incluso Antonin SCALIA, que había sido crítico con la doctrina intencionalista, parece admitir que la reconstrucción del significado público del texto puede llevar a la búsqueda de una especie de “intención objetivada”. Véase, por ejemplo, SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, pp. 3, 17: “Buscamos una especie de intención ‘objetivada’ - la intención que una persona razonable deduciría del texto de la ley, colocado junto al resto del *corpus juris*”. Para un impor-

técnicas interpretativas radica en los distintos elementos contextuales y co-textuales que se toman en consideración.

7. VIRTUDES PASIVAS Y DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

En la novela de André GIDE *Les Caves du Vatican* (1914), Protos afirma que “en este mundo, [es] importante no parecer demasiado lo que uno es realmente”. La opinión mayoritaria en el caso *Bostock* comparte el mismo principio: la Corte declara su fidelidad al texto, pero, de hecho, atribuye una norma no expresada al *Civil Rights Act*; la sentencia parece ser una mera defensa de los derechos LGBTQ+, pero en realidad forma parte de un programa más amplio de sistematización de los principios fundamentales que forman el núcleo del derecho laboral estadounidense.

Como se ha adumbrado anteriormente, el argumento de GORSUCH parece hacer un uso subrepticio e ideológico de la interpretación textual, como señalan correctamente las dos *dissenting opinions*. Más que una mera aplicación del significado original del Título VII de la *Ley de Derechos Civiles* (1964), la conclusión normativa (la interpretación-producto) de la mayoría de GORSUCH es una mal disimulada interpretación creativa (y, en definitiva, evolutiva) de la Corte Suprema, que redefine el término “sexo” a la luz de convicciones morales bastante extendidas en la actualidad. Tales convicciones morales, evidentemente, se reflejan en los sentimientos de justicia de la mayoría de los jueces del que ha sido calificado como el tribunal más poderoso del mundo.

Bostock parece dar voz al movimiento LGBTQ+ que, en Estados Unidos, cobra cada vez más fuerza. En última instancia, podríamos decir que la Corte Suprema ha actuado como un órgano que –en los términos de la teoría de John H. ELY– interviene para “corregir” los defectos del proceso democrático protegiendo los derechos de las minorías políticas.⁶¹

Además, en *Bostock* la mayoría de GORSUCH parece haber ido más allá de la mera traducción de la moral convencional al derecho vigente; la reinterpretación creativa del *Civil Rights Act* parece casi anticipar un futuro “progreso moral” de

tante análisis crítico de la metodología de Antonin SCALIA, véase CHIASSONI, P., “El textualismo razonable: una tentación resistible”, en A. SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, pp. 1-47.

⁶¹ ELY, J. H., *Democracy and Distrust*, pp. 135-179.

los ciudadanos estadounidenses.⁶² Retomando la ilustre teoría de Alexander BICKEL, podríamos decir que la mayoría de GORSUCH intentó “imaginar el pasado para recordar el futuro”.⁶³ Al sostener que el término “sexo” incluye la orientación sexual, la Corte Suprema no ha cristalizado en una norma jurídica ni el significado textual histórico ni la moral convencional actual o históricamente imperante (en 1964): de hecho, ha “reescrito” (*rewrite*), por así decirlo, el Título VII, a la luz de su anticipación de las preferencias morales que probablemente constituirán una nueva ortodoxia de la moral social estadounidense en el futuro.

En *Bostock*, la Corte Suprema no quiso ejercer las llamadas “virtudes pasivas”⁶⁴ y así remitir la resolución de la cuestión a los demás poderes federales. Más bien consideró los tres casos unidos como un caso “maduro” (*maduro*) para la decisión.⁶⁵ Ciertamente, la Corte Roberts no podía adoptar una decisión pilatesca recurriendo a la doctrina de la *legitimación*: negar la presencia de un interés concreto en la acción de las partes, una solución claramente no disponible para el presente caso. Sin embargo, hay otros dispositivos que podrían haber justificado una omisión o una aplicación del principio de *autocontención* (*self-restraint*), acompañada de una invitación al Congreso a actuar. Por ejemplo, la Corte Roberts podría haber argumentado que “por razón de sexo” es una frase ambigua y vaga y que corresponde al Congreso resolver la cuestión con una interpretación auténtica; o podría haber utilizado la *doctrina de la cuestión política* (*political question doctrine*),⁶⁶ afirmando que corresponde al poder legislativo regular los casos de discriminación por razón de orientación sexual. En cambio, quizá también por la prolongada inercia del Congreso, que se encontró con un poder judicial federal dividido, la Corte Suprema intervino activamente.⁶⁷

⁶² BICKEL, A. M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, p. 102 y ss. Véase también ZANON, N., *cit.*; señala cómo la Corte Roberts “no pretende renunciar a interceptar la evolución de la llamada ‘conciencia social’ en la América actual”.

⁶³ *Idem*, p. 13.

⁶⁴ BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch*, pp. 111-183.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 143-156.

⁶⁶ MULHERN, J. P., “In Defense of the Political Question Doctrine”, *U. Pa. L. Rev.*, No. 137, 1988, pp. 98-176.

⁶⁷ Andrew KOPPELMAN ilustra cómo, desde una perspectiva realista, la intervención de la Corte Suprema se limitó a anticipar una solución normativa que ahora era inevitable a la luz de las preferencias políticas de la mayoría y del contexto sociopolítico general. Véase KOPPELMAN, A., “Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves”, *Minnesota Law Review*, Nos. 20-16, 2020, pp. 1-42.

El argumento de GORSUCH, sin embargo, no hace referencia expresa a la protección de las minorías, a la “madurez” del caso, o a la función contramayoritaria de la Corte Suprema en el sistema democrático. La retórica de GORSUCH es esencialmente textualista: mediante una operación filológicamente cuestionable, GORSUCH incluye en el significado original de “sexo” también la “orientación sexual”;⁶⁸ la Corte Suprema habría operado así como portavoz de la ley, y no como sustituto del poder legislativo (federal o estatal), sin perjuicio de la separación de poderes. Las *dissenting opinions* denuncian precisamente el mal uso que hace GORSUCH de la investigación lexicográfica. La decisión de la mayoría es como un “barco pirata” que navega bajo bandera textualista: el originalismo (en la variante textualista) es solo el disfraz externo de una decisión “activista” y creativa, que extiende la protección del principio de igualdad a una categoría peculiar de trabajadores. Esta observación nos lleva a una última reflexión.

Como se mencionó al principio, *Bostock* es esencialmente un caso de discriminación laboral. De hecho, forma parte de un “paquete” de cuatro decisiones tomadas por la Corte Suprema en el mismo *term*, que tratan precisamente de las demandas por discriminación basadas en la jurisprudencia federal, sobre las que los tribunales han estado muy divididos desde la *Época Lochner* y el asalto de los tribunales progresistas a la doctrina *del laissez-faire*.⁶⁹

El 23 de marzo de 2020, la *Supreme Court* falló por unanimidad en el caso *Comcast Corp. v. NAAAM*,⁷⁰ estableciendo un estándar de escrutinio más elevado para los casos de discriminación racial que van más allá de las primeras etapas de un juicio. En estos casos debe aplicarse necesariamente el estándar del “*but-for*” como criterio para identificar el factor motivador que preside la adopción de una medida discriminatoria.

En este caso, al igual que en *Bostock*, Neil GORSUCH asume el papel de redactor: alguien que demande a un empleador por discriminación racial en virtud de la sección 42 de Estados Unidos de 1981 (*Civil Rights Act* de 1866) debe probar, en todas las fases del proceso, que la raza es la causa real del perjuicio. Debe

⁶⁸ En su comentario sobre *Bostock*, Nelson LUND sostiene que el argumento de GORSUCH es un mero “simulacro de lo real”: la disposición “por razón de sexo” es claramente ambigua, a favor de GORSUCH; el argumento de que el factor motivador implica necesariamente una “prueba de pero” no se refleja en el texto del Título VII. En última instancia, la decisión de la mayoría no es realmente “estática”, sino “dinámica”. Cfr. LUND, N., “Unleashed and Unbound: Living Textualism in *Bostock v. Clayton County*”, *The Federalist Society Review*, No. 2, 2020, p. 1176.

⁶⁹ FRIED, B. H., *The Progressive Assault to Laissez Faire*.

⁷⁰ *Comcast v. National Association of African-American-Owned Media*, 589 U.S. ____ (2020).

hacerlo recurriendo necesariamente al estándar del “*but-for*”. Este criterio probatorio, que corresponde al demandante, se mantiene constante a lo largo del juicio, sin que la carga probatoria se desplace o alivie.

Según el razonamiento desarrollado por la Corte Suprema en el caso *Comcast Corp.*, mientras que el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 permite pruebas de imputación menos exigentes, esta solución, más favorable al trabajador, no se extiende a la Sección 1981 de la *Civil Rights Act* de 1866. Esta fuente, que data del periodo de la Reconstrucción, prescribe mecanismos probatorios muy peculiares, íntimamente ligados a la “historia legislativa” del *Civil Rights Act*.

En otras palabras, la prueba de la discriminación en virtud del Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 se satisface incluso cuando la orientación sexual es simplemente un factor motivador (y no una causa necesaria) del despido. Sin embargo, esto no se aplica a la Sección 1981 del *Civil Rights Act* de 1866: si se invoca esta disposición, el demandante debe probar necesariamente que el perjuicio no se habría producido en ausencia del elemento racial. Por lo tanto, la *Entertainment Studios Network (ESN)*, propiedad del actor y comediante Byron ALLEN, no pudo obtener remedios frente a la decisión unilateral de *Comcast Corp.* de no distribuir los contenidos audiovisuales de *ESN*, en derogación de su contrato de trabajo. Los abogados de Byron ALLEN solo habían probado la presencia de “animadversión racial” dentro de los motivos mixtos de esta denegación, pero no la causalidad “a secas”.

El 6 de abril de 2020, la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre los perfiles de discriminación laboral en el caso *Babb v. Wilkie*.⁷¹ Por una abrumadora mayoría de 8 a 1, la Corte estableció un esquema probatorio que facilita a los empleados federales demostrar la discriminación por edad. En este caso –relativo a la falta de promoción de Noris Babb, un farmacéutico empleado por el Centro Médico del Departamento de Asuntos de los Veteranos de EE.UU. en Bay Pines, Florida–, la reclamación se basó no en la *Civil Rights Act*, sino en la Ley de discriminación por edad en el empleo (ADEA) de 1967, que contiene la disposición siguiente: “Todas las acciones de personal que afecten a los empleados o solicitantes de empleo que tengan al menos 40 años de edad [...] se realizarán sin ninguna discriminación basada en la edad”.⁷²

⁷¹ *Babb v. Wilkie*, 589 U.S. ____ (2020).

⁷² Ley de discriminación por edad en el empleo de 1967 (ADEA), 88 Stat. 74, 29 U. S. C. § 633a (a).

Escribiendo para la mayoría de la Corte Roberts, el juez ALITO afirma que el significado textual de esta disposición no implica que el estándar “*but-for*” debe cumplirse necesariamente para que haya una violación de la ADEA. El factor de la edad no tiene por qué ser una razón necesaria con respecto a la medida discriminatoria. Según ALITO, el propio texto de la ADEA –interpretado a la luz de las reglas sintácticas y semánticas del periodo de adopción– sugiere que basta con que la edad sea una de las razones consideradas por el empresario para ofrecer un trato desfavorable a un empleado federal. El incumplimiento del criterio *but-for* es ciertamente relevante para determinar el remedio apropiado para una medida discriminatoria (por ejemplo, si no se cumple el criterio, el empleado no tendrá derecho a una *indemnización por daños y perjuicios*), pero no es esencial para probar la existencia de una medida discriminatoria.

Por último, en el caso del *Colegio Nuestra Señora de Guadalupe v. Morrissey-Berru*,⁷³ decidido el 8 de julio de 2020, la Corte Suprema dictaminó que los empleadores, por un lado, pueden invocar las protecciones de la Primera Enmienda para evitar la interferencia con la ley en la selección, promoción y el despido de “ministros de la religión” y otros que trabajan en entornos religiosos –la llamada “excepción ministerial”⁷⁴– pero, por otro lado, la excepción debe entenderse como una herramienta flexible, que en contextos religiosos da a los empleadores mayor o menor discreción, dependiendo del tipo de empleo. ALITO, escribiendo para la Corte, explica que la discrecionalidad es mayor en el caso de un empleado que realiza importantes funciones religiosas, y mínima cuando el trabajo tiene una conexión menos directa con la religión. Sin embargo, la Corte Suprema exigió a los empleadores que fueran más transparentes en cuanto a los criterios y patrones de conducta prescritos; por ejemplo, en el caso de la contratación de un profesor, el empleador tendrá que explicar si el compromiso de rezar con los alumnos, la asistencia regular a los servicios religiosos, etc., son elementos clave para obtener o conservar el puesto, porque son fundamentales para la misión educativa de la institución.

Ciertamente, de todos estos casos, *Bostock* es el más destacado, ya que afecta, por un lado, a la interpretación del *Civil Rights Act* (1964) –piedra angular del derecho antidiscriminatorio estadounidense– y, por otro, a los derechos LGBTQ+, que, como ya se ha dicho, son objeto de un amplio y vivo debate en el plano de la moral convencional. Sin embargo, las similitudes entre *Bostock*, *Comcast Corp.*, *Babb v. Wilkie*, y la *Escuela la Señora de Guadalupe* son muchas.

⁷³ *Morrissey-Berru*, 591 U.S. ____ (2020).

⁷⁴ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U. S. 171, 196 (2012).

En primer lugar, todas estas decisiones se refieren a la aplicación de la norma “*but-for*” en el ámbito de la discriminación laboral. La Corte Roberts, por lo tanto, está intentando sistematizar esta área del derecho asignando a diferentes clases de casos normas probatorias más o menos exigentes. En segundo lugar, casi todas las decisiones mencionadas anteriormente son *statutory interpretation*, ya que la Corte no presenta un verdadero *constitutional argument*: la excepción es *Guadalupe*, que defiende una interpretación particular de la Primera Enmienda. Por último, y este es el perfil más relevante para la teoría de la interpretación, todas son decisiones textualistas y, en última instancia, originalistas. En *Comcast Corp.*, GORSUCH recurre a argumentos textuales y a *la historia legislativa* para ilustrar por qué el Título VII del *Civil Rights Act* de 1964 permite pruebas de causalidad menos estrictas –como la prueba del factor motivador, por ejemplo–, mientras que la Sección 1981 de la *Civil Rights Act* de 1866 no lo permite. Del mismo modo, en el caso *Babb v. Wilkie*, el juez ALITO utiliza el *plain meaning* “histórico” para justificar la aplicación de normas probatorias más favorables al empleado en casos de discriminación por edad.⁷⁵ En *Guadalupe*, de nuevo, ALITO reconstruye contextualmente el significado de la Primera Enmienda a la luz del trasfondo político estadounidense en el momento de su adopción: los padres constitucionales querían evitar reproducir en Estados Unidos el modelo de los *statutes* ingleses del siglo XVI, que otorgaban a la Corona el poder de nombramiento y control, incluso para los *cargos religiosos*. En este caso, el argumento adquiere tintes casi intencionalistas.

8. CONCLUSIONES

Todavía es difícil predecir las consecuencias de *Bostock* y de las otras tres decisiones que acabamos de mencionar en el sistema jurídico estadounidense.

⁷⁵ *Babb v. Wilkie*, 589 U.S.____ (2020): “Hasta aquí los términos individuales utilizados en §633a(a). Lo que realmente importa para los fines actuales es la forma en que estos términos se relacionan entre sí. Dos cuestiones de sintaxis son fundamentales. En primer lugar, ‘basado en la edad’ es una frase adjetiva que modifica al sustantivo ‘discriminación’. No modifica las ‘acciones de personal’. El estatuto no dice que ‘es ilegal tomar acciones de personal que se basen en la edad’; dice que ‘las acciones de personal [...] se harán libres de cualquier discriminación basada en la edad’. §633a(a). En consecuencia, la edad debe ser la causa de la discriminación, es decir, del trato diferenciado, pero no necesariamente la causa de la acción personal en sí misma. En segundo lugar, ‘libre de toda discriminación’ es una frase adverbial que modifica el verbo ‘hecho’. *Ibid.* Por lo tanto, ‘libre de toda discriminación’ describe cómo debe ‘realizarse’ una acción de personal, es decir, de una manera que no esté contaminada por un trato diferencial basado en la edad. Si la discriminación por razón de edad desempeña algún papel en la toma de una decisión, ésta no se toma de forma no contaminada por dicha discriminación. Este es el significado directo de los términos de §633a(a), e indica que la ley no exige que se pruebe que una decisión de empleo habría resultado diferente si no se hubiera tenido en cuenta la edad”.

Solo podemos esperar la oportunidad de observar empíricamente el impacto real de *Bostock* en las futuras decisiones de los tribunales federales. ¿Será obligatorio cambiar las normas que rigen el uso del baño? ¿Tendrán los recursos humanos, los empresarios y los ejecutivos que recibir formación y concienciación sobre la discriminación LGBTQ+? ¿Tendrá que cambiar necesariamente la forma de estructurar un currículum para el empleo (por ejemplo, habrá que eliminar las fotos del *currículum*)? ¿Tendrán los transexuales, libertad para elegir su propio *dressing code* personal, o tendrán que atenerse a las políticas de la empresa y a las directrices del empleador, incluso cuando no se sientan identificados?⁷⁶ ¿Qué pasa con el acceso a las prestaciones complementarias, las primas y los premios individuales? ¿Podrá el empresario fijarlas a su discreción, o tendrá que garantizar la igualdad de trato para los LGBTQ+? Con toda probabilidad, la difícil respuesta a todas estas cuestiones se dejará en manos de la jurisprudencia de los trece *Circuit Courts*.⁷⁷

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- BARNES, Randy, "¿Neil Gorsuch? The Surprise behind the Supreme Court's Surprising LGBTQ Decision", *The Washington Post* (16 de junio de 2020, 8:06 PM).
- BARRETT, Amy Coney, "Countering the Majoritarian Difficulty", *Constitutional Commentary*, No. 32, 2017.
- BENNETT, Robert W., "The Mission of Moral Reasoning in Constitutional Law, 58 *Southern California Law Review* (S. Cal. L. Rev.), 1985, pp. 647-660.
- BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- BERGER, Raoul, "Original Intention in Historical Perspective", *The George Washington Law Review* (Geo. Wash. L. Rev.), No. 54, 1986, pp. 296-337.
- BICKEL, Alexander M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Evanston y Londres, Harper & Row Publ., Nueva York, 1970.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1986.

⁷⁶ SZIMANSKI, C., "Gli Stati Uniti al passo con l'Unione Europea...", *cit.*, señala las posibles antinomias entre las disposiciones antidiscriminatorias del Título VII, tal y como fueron (re)interpretadas en *Bostock*, y la libertad religiosa del empresario, protegida por la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) 42 U.S.C. Section 2000bb *et passim* (p. 553). La posibilidad de antinomias también se vería incrementada por la lectura expansiva que hizo el Corte Suprema de las disposiciones de la RFRA en el caso *Burnwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682.

⁷⁷ Sobre el papel de los tribunales federales, véase CHEMERINSKY, E., *Federal Jurisdiction*.

- BOBBITT, Philip C., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- BORK, Robert H., "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal (Ind. L. J.)*, No. 147, 1971, pp. 1-35.
- BORK, Robert H. "Discurso ante la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego (18 de noviembre de 1985)", reimpreso en *The Great Debate. Interpreting our Written Constitution*, en *The Federalist Society*, No. 45, Washington DC, 1986.
- BORK, Robert H., "The Constitution, Original Intent, and Economic Rights", *San Diego Law Review (San Diego L. Rev.)*, No. 23, 1986, pp. 823-832.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America*, The Free Press, Nueva York, 1990.
- BRATMAN, Michael E., *Faces of Intention*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- BREST, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review (Bu. L. Rev.)*, No. 60, 1980, pp. 204-238.
- BREST, Paul, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive", *The Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)*, 1971, pp. 95-131.
- BIRD, Robert C., "More than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act", *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice (Wm. & Mary J. Women & L.)*, No. 3, 1997, pp. 137-161.
- BRUDNEY, James J. & Lawrence BAUM, "Oasis or Mirage: The Supreme Court's Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras", *William and Mary Law Review (Wm. & Mary L. Rev.)*, No. 55, 2013, pp. 483-580.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, Aspen Publishers, Nueva York, 2012.
- CHIASSONI, Pierluigi, "El textualismo razonable: una tentación resistible", en Antonin SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Palestra, Lima.
- COLBY, Thomas B. & Peter J. SMITH, "Living Originalism", *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, No. 59, 2009, pp. 239-307.
- DWORKIN, Ronald, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review (Fordham L. Rev.)*, No. 65, 1997, pp. 1249-1268.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Harvard, 1986.
- ELY, John H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980.
- ESKRIDGE, William N. Jr., "Dynamic Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, No. 135, 1986/1987, pp. 1479-1555.

- FALLON, Richard H. Jr., "The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication", *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)*, No. 90, 2015, pp. 1753-1834.
- FALLON, Richard H. Jr., "Constitutionally Forbidden Legislative Intent", *Harvard Law Review*, No. 130, 2016, pp. 523-589.
- FISH, Stanley, "Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law", *Cardozo Law Review (Cardozo L. Rev.)*, No. 29, 2008, pp. 1109-1146.
- FLEMING, James E., "Are We All Originalists Now? I hope not!", *Texas Law Review*, No. 91, pp. 1785-1813.
- FRIED, Barbara H., *The Progressive Assault to Laissez Faire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001.
- GEIS, Michael L., "The Meaning of Meaning in the Law", *Washington University Law Quarterly (Wash. U. L. Q.)*, No. 73, pp. 1125-1144.
- GILBERT, Margaret, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, "Dworkin as an Originalist", *Constitutional Commentary*, No. 17, 2000, pp. 49-78.
- GORSUCH, Neil, *A Republic, If You Can Keep It*, Crown Publishing, Nueva York, 2019.
- GROVE, Tara L., "Which Textualism?", *Harvard Law Review*, No. 134, pp. 265-307.
- KAY, Richard S., "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses", *Nw. U. L. Rev.*, No. 82, 1988, pp. 226-292.
- KOPPELMAN, Andrew, "Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves", *Minnesota Law Review*, Nos. 20-16, 2020, pp. 1-42.
- KUSHNER, James A., "Substantive Equal Protection: The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review", *Missouri Law Review (Mo. L. Rev.)*, No. 53, 1988, pp. 423-463.
- LUND, Nelson, "Unleashed and Unbound: Living Textualism in Bostock v. Clayton County", *Federalist Society Review*, No. 21, 2020, pp. 176-185.
- MAGGS, Gregory E., "A Concise Guide to the Records of the Federal Constitutional Convention of 1787 as a Source of the Original Meaning of the U.S. Constitution", *The George Washington L. Rev.*, No. 80, 2012, pp. 1707-1750.
- MANNING, John F., "Textualism and Legislative Intent", *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, No. 91, 2005, pp. 419-492.
- MANNING, John F., "Second-Generation Textualism", *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, No. 98, 2010, pp. 1287-1318.

- McCONNELL, Michael W., "Textualism and the Dead Hand of the Past", *The George Washington Law Review*, No. 66, 1998, pp. 1127-1140.
- McGINNIS, John O. y Michael B. RAPPAPORT, "Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case against Construction", *Northwestern University Law Review*, No. 103, 2009, pp. 751-802.
- MEESE, Edwin III, "U.S. Attorney General, Speech before the American Bar Association" (Jul. 9, 1985).
- MELVIN, Edward J., "Judicial Activism - The Violation of an Oath", *The Catholic Lawyer (Cath. Law.)*, No. 27, 1992, pp. 283-300.
- MOURITSEN, Stephen C. & Thomas R. LEE, "Judging Ordinary Meaning", *The Yale Law Journal (Yale L. J.)*, No. 127, 2018, pp. 788-878.
- MULHERN, Peter J., "In Defense of the Political Question Doctrine", *University of Pennsylvania Law Review*, 1988, pp. 98-176.
- NELSON, Caleb, "¿What Is Textualism?", *Virginia Law Review*, No. 91, 2005, pp. 347-418.
- NELSON, Caleb, "Judicial Review of Legislative Purpose", *New York University Law Review (N.Y.L. Rev.)*, No. 83, 2008, pp. 1784-1882.
- POSNER, Richard A., "Statutory Interpretation- in the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, No. 50, 1983, pp. 800-822.
- POSNER, Richard A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Boston (MA), 2003.
- RAKOVE, Jack N., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Random House, Nueva York, 1997.
- REHNQUIST, William H., "The Notion of a Living Constitution", *Texas Law Review (Tex. L. R.)*, No. 54, 1976, pp. 693-706.
- RICHARDS, David, *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.
- SCALIA, Antonin, "Originalism; The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review (U. Cin. L. Rev.)*, No. 57, 1989, pp. 849-863.
- SCALIA, Antonin, "Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en Amy GUTMANN (Ed.), *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997.
- SCALIA, Antonin, & Bryan A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson West, St. Paul, 2012.

- SHEPSLE, Kenneth A., "Congress Is a 'They', Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron", *International Review of Law and Economics (Int'l Rev. L. & Econ.)*, No. 12, 1992, pp. 239-256.
- SOLUM, Lawrence B., *Constitutional Originalism: A Debate*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2011.
- SOLUM, Lawrence B., "Originalism and Constitutional Construction", *Fordham Law Review*, No. 82, 2013, pp. 453-537.
- STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SZYMANSKI, Charles, "The United States in step with the European Union: the Inclusion of Sexual Orientation in Anti-discrimination Law", *Diritti, lavoro, mercati*, 2020, pp. 539-557.
- TIEFER, Charles, "The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court", *Wisconsin Law Review (Wis. L. Rev.)*, No. 2000, 2000, pp. 205-277.
- TUSHNET, Mark, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Boston, 1988.
- WALD, Patricia M., "Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term", *Iowa Law Review (Iowa L. R.)*, No. 68, 1983, pp. 195-216.
- WEST, Robin L., "The Authoritarian Impulse in Constitutional Law", *University of Miami Law Review (U. Miami L. Rev.)*, No. 42, 1988, pp. 531-552.
- WHITTINGTON, Keith E., "Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation", *The Review of Politics*, No. 62, 2000, pp. 297-229.
- WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in Federal Courts", en *Vanderbilt Law Review*, No. 59, 2006, pp. 793-871.
- ZANON, Nicolò, "Che significa discriminare perché di sex? en Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti", *Quaderni Costituzionali*, No. 4, 2020, pp. 839-842.
- ZEPPOS, Nicholas S., "Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation", *Vanderbilt Law Review*, No. 76, 1990, pp. 1335-1360.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- P. v. S. y Cornwall Country Council* (asunto C-13/94)
- Babb v. Wilkie*, 589 U.S. (2020).
- Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. 2020
- Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Burnwell v. Hobby Lobby Stores, 573 U.S. 682.

Comcast v. National Association of African-American-Owned Media, 589 U.S. (2020).

Conroy v. Aniskoff, 507 U.S. 511, 519 (1993) (SCALIA, J., concurrente)

District of Columbia v. Heller 554 U.S. 570 (2008).

Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs, Inc. 545 U.S. 546, 568 (2005) (Kennedy, J.)

Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius, No. 12-6294, 2012 WL 6930302 (10th. Cir. Dec. 20, 2012).

Home Bldg. & Loan Assn v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 453 (1934) (Southerland, J., disidente)

Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC, 565 U. S. 171, 196 (2012).

Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718, 730 (1982).

Morrissey-Berru, 591 U.S. (2020).

Smith v. United States, 508 U.S. 223 (1993).

United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 533 (1996).

Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U.S. 252, 270 n. 21 (1977).

Recibido: 30/4/2021
Aprobado: 18/6/2021

SOBERANÍA POPULAR COMO SIGNIFICACIÓN SOCIAL POSITIVA: REFLEXIONES PARA DEBATIR

Popular sovereignty as positive social significance: reflections for debate

Dr. Yuri Pérez Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de la Habana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0002-8221-5296>
yuriperez1@lex.uh.cu

Resumen

En el presente artículo se desarrolla la tesis que establece que la soberanía popular es un valor porque es expresión de la necesidad histórica y del progreso de la humanidad en la búsqueda de elementos para solventar el conflicto democrático. Dicho en otras palabras, la democracia descansa en la significación social positiva que los individuos atribuyen al principio de soberanía popular y la legitimidad que implica su realización. En igual sentido, se fundamenta que la titularidad como faceta conceptual de la soberanía popular está en crisis y que la única manera de solventarla es acudir a la emancipación del soberano. De lo anterior se concluye, entre otras cuestiones, que la búsqueda de la justicia social y la dignidad plena del ser humano fundamentan la necesidad de una ordenación jurídica diferente de la sociedad, a partir de repensar su fuente de legitimidad.

Palabras claves: soberanía popular; poder público; ciudadanía; sistema político; sociedad democrática.

Abstract

This article develops the thesis that establishes that popular sovereignty is a value because it is an expression of the historical need and the progress of humanity in the search for elements to solve the democratic conflict. In other words, democracy rests on the positive social significance that individuals attribute to the principle of popular sovereignty and the legitimacy that its realization implies. In the same sense, it is based that ownership as a conceptual facet of popular sovereignty is in crisis and that the only way to solve it is to go to the emancipation of the sovereign. From the foregoing it is concluded, among

other issues, that the search for social justice and the full dignity of the human being base the need for a different legal order of society, based on rethinking its source of legitimacy.

Keywords: popular sovereignty; public power; citizenship; political system; democratic society.

Sumario

1. A propósito de la soberanía popular como significación social positiva. 2. Soberanía popular: las partes del todo y el todo a través de sus partes. 3. A modo de conclusión/provocación. **Referencias bibliográficas.**

1. A PROPÓSITO DE LA SOBERANÍA POPULAR COMO SIGNIFICACIÓN SOCIAL POSITIVA

Soberanía y pueblo son voces relevantes en las sociedades democráticas modernas; constituyen signos lingüísticos que presentan variaciones de conceptos en los diferentes discursos.

En el presente siglo,¹ las estructuras semánticas de estos vocablos se pueden equiparar a las estructuras conceptuales, siempre que su contenido, a partir de la naturaleza objetiva, suponga representar en el plano de la conciencia las implicaciones que las palabras pueblo, soberanía o la unidad de estas, a partir de la adjetivación (soberanía popular o pueblo soberano²), tienen para la legitimidad de los sistemas políticos y modelos constitucionales.

Se trata de saber qué son y cómo se configuran dentro de las relaciones sociales, en la dialéctica entre el ser humano, su entorno de desarrollo y el contexto histórico concreto; conocer cómo se perciben a nivel subjetivo; reconocer cómo y con qué otros signos se relacionan para alcanzar un sentido específico en ámbitos democráticos y, finalmente, qué designan en la realidad. Todo ello con las particularidades de los lenguajes político y jurídico como espacios cognitivos y comunicativos determinados, pero que se intersecan.

¹ Espacio donde se enmarcan estas reflexiones, sin desconocer toda la construcción teórica que sirve de soporte de la soberanía popular.

² La expresión se utiliza en varios preámbulos constitucionales.

Así, soberanía popular se erige sobre términos que presentan variación formal y pueden tener, al examinarse individualmente sentidos diversos, incluso al interior de la especialidad. Soberanía –por ejemplo– como término presenta variaciones conceptuales en las diversas disciplinas del Derecho, aspecto que evidencia la polisemia en el discurso jurídico y que se justifica por el principio de poliedricidad de estos conceptos. Por su parte, pueblo es un término que demuestra que los significados que convencionalmente se asocian a él, no tienen identificación absoluta con sus variaciones conceptuales.

La proyección conjunta de estos y su encuadre en la esfera del derecho constitucional puede generar el concepto de soberanía popular como estructura compleja, de pluralidad de características y facetas que se dimensionan, cuyo análisis debe asumir sistematizaciones teóricas, formulaciones en constituciones, leyes, declaraciones políticas y su realización en la praxis, a través de mecanismos de participación política, las funciones del Estado, los criterios democráticos, entre otros.

Interesa –a los efectos de estas reflexiones– fijar el concepto soberanía popular en su dimensión de significación social positiva,³ o sea, como valor, cuya nota distintiva es la cualidad de ser eminentemente objetivo y diferenciarla de la valoración que de este se realiza, como reflejo subjetivo en la conciencia humana, para luego insistir en su arista de principio cardinal para el ejercicio del poder público.

Su consagración como valor fundacional de las sociedades contemporáneas, su objetivación, es resultante de la trascendencia que cada comunidad le atribuye, pero solo en la medida en que las necesidades que esa consideración abarca, concuerdan con las que se producen del sistema de relaciones sociales donde se manifiesta el proceso valorativo.

La soberanía popular es un valor porque es expresión de la necesidad histórica y del progreso de la humanidad en la búsqueda de elementos para solventar el conflicto democrático. Dicho en otras palabras, la democracia descansa en la significación social positiva que los individuos atribuyen al principio de soberanía

³ PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, "Articulación axiológica de la sociedad democrática: los valores constitucionales", en Marciano Seabra de Godoi, Lucas Alverenga Gontijo y Yuri Pérez Martínez, *Diálogos Cuba-Brasil sobre democracia, soberanía popular y derechos sociales*, p. 283.

popular y la legitimidad que implica su realización. Sin embargo, esta significación no deriva de las inclinaciones subjetivas de las personas que valoran, sino de su capacidad para satisfacer y garantizar una cualificación del poder público en la realidad social. No se niega que las necesidades sociales existen por medio de la cimentación de las necesidades individuales durante el proceso evolutivo, pero ello no fundamenta la naturaleza subjetiva de los valores, pues estos son orientadores y reguladores de la conducta humana.

La valoración del sujeto individual puede coincidir con la significación que la sociedad le asigna a la soberanía popular, pero son de contenidos diferentes. Entre la condición de valor que presenta y la valoración que sobre ella realizan los individuos, grupos políticos, élites económicas, minorías, mayorías, pueden existir divergencias y hasta contradicciones antagónicas. Las valoraciones intervienen en última instancia en la significación social, pero no la determinan.

Defender el carácter objetivo de la soberanía popular es fundamental para evitar una relativización extrema de su contenido y evadir su dependencia de cuantos sujetos con intereses distintos existen.

2. SOBERANÍA POPULAR: LAS PARTE DEL TODO Y EL TODO A TRAVÉS DE SUS PARTES

Al analizar en los textos constitucionales la alusión a la soberanía popular, metodológicamente, se puede descomponer el concepto en tres facetas que se dimensionan y que a su vez contribuyen a caracterizar el fenómeno general, a saber: la titularidad, el contenido y el alcance. Estas se entrecruzan para validar, desde las teorías del Estado y del derecho, la eficacia de este concepto en la legitimación de los sistemas democráticos y dentro de ellos, de las estructuras de creación del derecho.⁴ Se centrará la atención en las dos primeras facetas, en tanto el alcance se fija por la manera que estas se estructuran y se determinan.

⁴ Al respecto señala FOUCAULT: "La teoría del derecho, desde la Edad Media, tiene esencialmente el papel de fijar la legitimidad del poder; es decir, que el principal problema alrededor del que se organiza toda la teoría del derecho es el de la soberanía". Vid. FOUCAULT, Michel, *La microfísica del poder*, p. 141.

En atención a la faceta de titularidad, esta *radica*,⁵ *reside*⁶ o *corresponde*⁷ al pueblo y ello se dimensiona: una dimensión que nos remite a la interrogante de qué entender por pueblo y cómo se conceptualiza en el orden constitucional y la teoría del poder político; otra que impacta en la correlación entre los sujetos, las maneras o formas en que se exterioriza esa titularidad y la tercera que persigue obtener que la estructura semántica del signo tenga un límite en el término a partir de su *status monosémico* dentro de la sociedad democrática.

La falsedad a la que conduce tratar de otorgar un sentido unívoco a pueblo y que tiene como uno de los propósitos que la titularidad de la soberanía no se fragmente y se concrete en ámbitos de minorías económicas o políticas que deciden en torno al ejercicio del poder, es la mejor evidencia para descifrar el sentido de pueblo como *corpus* necesario en la legitimación del poder público y en la presunta formación y estabilidad del pacto social.

La significación de pueblo como elemento de homogeneidad del sujeto político en la sociedad democrática es, de igual forma, el argumento que sostiene el desvanecimiento de lo diferente, de la diversidad y la presentación de la democracia como un espacio ideal exento de contradicciones. Esta variación del término sirve para catalogar como legítima o ilegítima la estructura y el ejercicio del poder, todo estará en dependencia de en qué lado del conflicto democrático se esté, de la entidad del sujeto pueblo y de las formas de legitimación de la ordenación jurídico-política de la sociedad.

⁵ "Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución". Cfr. Constitución de la República del Ecuador de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

⁶ "Artículo 3. En la República de Cuba la soberanía **reside** intransferiblemente en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. El pueblo la ejerce directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes". Cfr. Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, año CXVII.

⁷ "Artículo 2. La soberanía **corresponde** al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado y que se ejercen por representación.

La suplantación de la soberanía popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de traición a la Patria. La responsabilidad en estos casos es imprescriptible y podrá ser deducida de oficio o a petición de cualquier ciudadano". Cfr. Constitución Política de Honduras, Decreto No. 131 de 11 de enero de 1982, *Diario oficial La Gaceta*, No. 23612, de fecha 20 de enero de 1982.

En este sentido, la soberanía se vincula con la categoría poder constituyente, como referente que se conecta con pueblo, en la medida en que estos términos sirven para definir procesos de fundación y refundación del contrato social, por ende, de definición de las reglas democráticas.

Pueblo también se estructura como el fundamento originario del poder que se coloca en la base de la sociedad para indicar que en el plano de ordenación es ilimitado, en tanto se sitúa en la cúspide como el referente de legitimidad de todo lo que está sujeto a los mandatos constitucionales. No obstante, lo anterior conlleva al análisis de varios elementos: primero, el poder ilimitado que se le endosa y que está en los cimientos de las sociedades modernas; segundo, la apelación al *corpus* como depositario de la voluntad general, que legitima, da certeza y seguridad y asimismo limita, y no solo a los entes en que se organiza el poder público, sino al propio soberano; tercero, la libertad que viene implícita en la conformación de la voluntad popular y que se mide a partir de mecanismos de participación, esencialmente aquellos donde media el sufragio activo.

Ciertamente, la voluntad ilimitada, autónoma y primigenia que subyace en esta variación conceptual de pueblo, no es suficiente y es limitada en sí misma, pues solo alcanza a la determinación de los aspectos sociales, económicos, políticos, jurídicos, etc., que no entran en el núcleo de la dignidad como fundamento de todos los derechos y ello tiene que ver con las luchas de la humanidad por la consagración de estos, por tanto, la ilimitación debe entenderse a partir del descarte de un contenido que en principio está vedado para todos, incluido el sujeto popular.

Se expresa así el binomio soberanía popular y derechos humanos como espacio donde el titular-soberano se autolimita, pues su voluntad no puede desdejar el progreso civilizatorio que constituye el reconocimiento y las garantías de los derechos;⁸ por consiguiente, los derechos humanos se cristalizan en criterio de legitimación del soberano como sujeto que legitima al poder político. La dificultad estriba en cuáles son los derechos necesarios para esa legitimación y cómo cada sociedad se proyecta por establecerlos y salvaguardarlos.

En relación con la legitimidad que se invoca con la realización de la soberanía popular, valdría preguntarse si la autoridad suprema a la que refiere el término

⁸ Existen, además, otros límites que se definen a tenor de las relaciones entre los Estados y que pauta el derecho internacional.

pueblo puede expresarse más allá de los moldes institucionales, si la voluntad general puede ir más allá de lo por ella establecido. Solucionar la interrogante en lógica democrática transita por cuantificar y cualificar al sujeto que legitima. Pero, por ese camino, se tropieza con las reacciones, oposiciones y sinergias entre el mayor número y el menor, entre mayorías y minorías. Se insiste en que la mejor manera de corregir los efectos negativos de la prevalencia del mayor número es cualificando a la democracia y ordenar las vías para que el menor se exteriorice.

Para que la voluntad sea general –sentenció ROUSSEAU– no siempre es necesario que sea unánime; pero sí es indispensable que todos los votos sean tenidos en cuenta: Toda exclusión formal destruye su carácter de tal;⁹ de lo contrario pueden considerarse ilegítimas las manifestaciones que desde la soberanía popular quieran romper con patrones de dominación. En definitiva, ello permite convivir en el conflicto democrático, pero no zanjarlo, realidad que es propia de la esencia clasista de la sociedad y la lucha de intereses que supone.

No disponer de mecanismos de corrección cuando el poder constituido se mueve más allá de lo delineado constitucionalmente, incluso, cuando las acciones de facto se visten con el ropaje formal del derecho, indican un saldo negativo para la democracia, que tiene consecuencias: titular enclaustrado, maniatado, sin salida dentro del modelo constitucional, que se mueve en los márgenes que delinea la política, el derecho, los medios de comunicación y los círculos de poder, víctima de su propia voluntad presuntamente libre.

La historia reciente de Latinoamérica da cuenta de cómo el discurso jurídico desarrolla formas de dominación, en ocasiones ocultas, en otras abiertas y que se amparan en la legitimidad. En suma, es ineludible rescatar la soberanía popular, restituirle su significación.

DE SOUSA se refiere a este proceso como la democratización del espacio de la ciudadanía y sostiene que solo será emancipadora cuando se articule con la democratización de todos los restantes espacios estructurales. Además sostiene que la ciudadanía solo será sustentable diseminándose más allá del espacio de la ciudadanía, o sea, desbordando el espacio que tiene estructurado. Cada forma democrática –enfatisa– representa una articulación específica entre la obligación política vertical y la obligación política horizontal, teniendo cada

⁹ ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social o principios de derecho político”, en *Obras escogidas*, p. 619.

una su propia concepción de derechos, de representación y de participación. En todas ellas, por tanto, el proceso democrático se profundizará a través de la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida, del derecho despótico en derecho democrático, del sentido común regulado en sentido común emancipador.¹⁰

En cuanto a la libre manifestación de la voluntad general, corporificada en la expresión *el pueblo ha hablado*, tiene en las fórmulas cuantitativas su elemento de defensa. La libertad se mide en votos y ello, de conjunto con la igualdad formal –consustancial a la modernidad– y la autonomía, levanta una muralla de protección de la sacrosanta libertad del pueblo para decidir en democracia. En este punto, es ineludible retomar la idea de concebir la soberanía popular como valor, o sea, como significación social positiva y diferenciarla de la valoración que de este realizan los ciudadanos, pues son herramientas que permiten el análisis crítico.

En el proceso valorativo cada sujeto incorpora sus emociones, sentimientos, experiencias, condicionantes internas y externas. Estas últimas actúan en ocasiones como elementos globalizantes que buscan estandarizar conceptos y, con ello, generalizar doctrinas y concepciones políticas e ideológicas, culturales, lingüísticas y de orden socioeconómico, desdibujando las fronteras y peculiaridades de cada sociedad, cada sistema democrático y las diferencias entre los sistemas conceptuales nacionales.

El conflicto democrático requiere siempre una proyección de ciudadanos politizados. Cómo se influye sobre el individuo, cómo convive con una pluralidad de discursos, en tanto pluralidad de intereses y lo más importante, cuál discurso capta y cómo lo refleja en las urnas y otros espacios participativos, conforme a las dinámicas de poder. Este es el peligro de la subjetivación de la soberanía popular y su negación como fenómeno de la realidad social que actúa de barrera de contención de esencia objetiva.

La condición subjetiva y la reminiscencia al carácter soberano de la decisión popular, en tanto suma de individualidades, es decir, de valoraciones de los sujetos que operan a nivel de la conciencia, pueden alterar el concepto de soberanía popular, incluso dotarlo de un matiz antidemocrático, si la actuación del sujeto colectivo no se orienta por la significación social positiva de aquel,

¹⁰ Véase DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, vol. I – *Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, p. 388.

sino por la construcción de espacios de opinión política¹¹ que favorecen posturas irreconciliables con la democracia.

Ello explica la *naturalidad* con que sectores marginados y mayoritarios asimilan discursos de dominación. Mayorías con letargo social que se mueven circunscritas a un guion preconcebido y escrito por minorías y élites del poder y que lo muestran como válido por la legitimidad que se construye con arreglo al comportamiento ciudadano en espacios de decisión política.

Sobre estos criterios en torno a la manipulación de la ciudadanía se realizan críticas a la “voluntad general” propuesta por ROUSSEAU, en tanto constituye un reduccionismo del control de la opinión pública al cuerpo político. HABERMAS en una posición de reproche sostiene: “La democracia rousseauiana de la opinión no pública acaba postulando el ejercicio del poder manipulador. La voluntad general lleva siempre razón, se dice en el desacreditado pasaje, pero no siempre queda dilucidado el juicio que le sirve de guía; por eso hay que ponerle siempre ante los ojos las cosas tal como son, y a veces tal como le deben de aparecer. Pero, ¿por qué no llama simplemente ROUSSEAU *opinion* a la opinión popular soberana; por qué la identifica con *opinion publique*? La explicación es sencilla. Una democracia directa exige la presencia real de quien es soberano. La *volonté générale* como *corpus mysticum* está ligada al *corpus physicum* del pueblo reunido. La idea del plebiscito duradero se la imagina Rousseau de acuerdo con la imagen de la polis griega: el pueblo estaba allí, por así decirlo, reunido sin interrupción en la plaza; así también se convierte a los ojos de Rousseau la *place publique* en fundamento de la constitución. De él recibe la *opinion publique* su atributo, es decir, del ciudadano reunido en asamblea y dispuesto a la aclamación, no del raciocinio público de un *public éclairé*”.

En la actualidad, este fenómeno de la manipulación mediática se acrecienta en las redes sociales como escenario donde se define parte del conflicto democrático. Su utilización como mecanismo desestabilizador de las dinámicas políticas evidencia que constituyen instrumentos del poder con probada eficacia en sistemas políticos. Estos entornos digitales se muestran como catalizadores de golpes de Estado, crisis internas, descrédito de líderes políticos, judicialización de adversarios, entre otros ejemplos que acuñan su rol en la estructuración de un discurso elaborado sobre la base de *fake news* y que pretende legitimar determinados objetivos. Lo más grave es que la soberanía

¹¹ Véase HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, pp. 132-133.

popular, a partir de la variación conceptual que promueven, es una plataforma ideal para la realización de tales propósitos.

Otra arista del análisis que se concatena con los ángulos ya examinados radica en que el sujeto social “legítima” con arreglo al orden establecido y opera de esta manera una mezcla de estirpe weberiana, pues la acción social está orientada, “por el lado de sus partícipes, en la representación de la existencia de un orden legítimo”.¹²

Para WEBER la legitimidad de un orden “puede estar garantizada de manera puramente afectiva: por entrega sentimental, racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte) y religiosa: por la creencia de que de su observancia depende la existencia de un bien de salvación. También, por la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de intereses; pero por expectativas de un determinado género”.¹³

La crítica a WEBER parte de los argumentos que ofrece para justificar la legitimidad de la dominación y en cómo los dominados se someten a ella. Aunque estructura otros tipos de dominación legítima: de carácter racional, de carácter tradicional, de carácter carismático y con arreglo a valores,¹⁴ la legitimidad del orden de derecho, de la autoridad legal es la que ocupa un lugar cimero en su pensamiento. Desde este enfoque legalidad y legitimidad se identifican y ello constituye un reduccionismo.

El argumento de otorgar validez legítima a un orden determinado a través de acciones sociales¹⁵ que se engendran en valoraciones del sujeto social encuen-

¹² WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, pp. 20-25.

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ Esta última no la sistematiza en los mismos espacios de la obra: el tipo más puro de una validez racional con arreglo a valores está representado por el *derecho rurtural*. Cualquiera que haya sido su limitación frente a sus pretensiones ideales, no puede negarse, sin embargo, el influjo efectivo y no insignificante de sus preceptos lógicamente deducidos sobre la conducta; preceptos que hay que separar tanto de los revelados como de los estatuidos o de los derivados del derecho tradicional. *Vid. WEBER, Max, Economía y sociedad... cit.*, p. 30.

¹⁵ Para WEBER la acción social, como toda acción, puede ser: 1) racional con arreglo a fines: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como “condiciones” o “medios” para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos; 2) racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor –ético, estético, religioso o de cualquiera

tra eco en modelos contemporáneos, ya que permite mover al ciudadano, condicionar su actuar en el sistema político para validar los actos del poder y, lamentablemente, lo consiguen sobre la base de una legitimidad que construyen. Esta legitimidad construida se muestra como autosuficiente para justificar en la teoría y la práctica expresiones contrarias a la democracia, pero refugiadas en un espejismo de la soberanía popular y las variaciones conceptuales en torno a su titularidad.

Ahora bien, la segunda de las facetas del concepto es su contenido, el cual, por una parte, se configura como espacio –en última instancia– de indisponibilidad para el poder político constituido; por otra, en mandatos de optimización,¹⁶ que implica su conversión de significación social positiva a principio político-jurídico.

Desde la primera dimensión se advierte que la autoridad suprema es inalienable, intransferible e imprescriptible. “La soberanía una y simple, no puede dividirse sin destruirla”.¹⁷

Aunque existe la posibilidad del ejercicio indirecto, este nunca alcanza a la capacidad de autoengendrar legitimidad al modelo democrático. Las formas de representación política son posibles en tanto legitimadas por la soberanía popular que las fundamentan, pues “no se está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos”.¹⁸

Estas reflexiones no pretenden el análisis profundo de concepciones filosóficas, pero es imprescindible en este punto, hacer un guiño a las teorías contractualistas, principalmente al pensamiento de ROUSSEAU.

El contrato social como forma de asociación que defiende y protege de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan

otra forma como se le interprete– propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor; 3) afectiva, especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales; y 4) tradicional: determinada por una costumbre arraigada. *Ibidem*, p. 20.

¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 145 y ss.

¹⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social...”, *cit.*, p. 660.

¹⁸ *Ibidem*, p. 608.

libre como antes,¹⁹ fue la manera de racionalizar el poder a partir de la construcción de lo colectivo, de la voluntad general.

Para ROUSSEAU, la soberanía no es “sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder es susceptible de ser transmitido, mas no la voluntad”. La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio.”²⁰

Opuesto a estas ideas, HOBBS inclina la balanza al poder del Estado porque es el único que racionalmente puede defender a los individuos de la muerte, de la inseguridad. “Mientras que en Rousseau, el contrato social convierte la soberanía del Estado en derivada y precaria, en Hobbes, el *Covenant*, la vuelve original y absoluta. Por esta razón, a mi entender, Rousseau es el arquetipo del teorizador del principio moderno de la comunidad y Hobbes el arquetipo del teorizador del principio moderno del Estado. Según Hobbes, el contrato social es el instrumento por medio del cual el pueblo renuncia al estado de naturaleza –o sea, a la libertad total y a la igualdad que necesariamente conduce a la guerra de todos contra todos–, y crea una sociedad civil basada en la soberanía absoluta del Estado que, en vez de la libertad y de la igualdad, garantiza la paz, la autoridad efectiva y, finalmente, la única sociedad justa posible. Como el soberano es absoluto, no está sujeto a ninguna ley, ni siquiera a las que él mismo promulga. En el polo contrario, el pueblo tiene un interés fundamental en obedecer al soberano, por lo menos mientras que éste garantice la protección de sus vidas.”²¹

Esta divergencia de posturas pervive en el *enfrentamiento* entre democracia representativa y democracia directa y la utilidad de cada variable para estructurar un espacio democrático que se levanta sobre valoraciones en torno a la soberanía popular que solo pueden entenderse, tras el examen de sus variaciones conceptuales y que apuntan a una significación social positiva que las complementan para generar, en un sistema socioeconómico propicio, funcionalidad democrática. La complementariedad, bajo esta terminología, será posible en la medida en que la entrada de la representación política no des-

¹⁹ *Idem*, p. 612.

²⁰ *Idem*.

²¹ De SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente...*, vol. I, cit., p. 149.

naturalice aquel significado de soberanía popular en cuanto ejercicio de la voluntad general y fundamento de la más alta autoridad, sobre la que se sostiene todo el andamiaje del poder.

Sin pretender agotar el análisis que al respecto se realiza en la ciencia jurídica y en las ciencias políticas, se coincide con DEL RÍO en que más allá de la polémica existente en torno al carácter excluyente de los términos democracia y representación, en las condiciones actuales a partir del análisis de su viabilidad universal, lo cierto es que tienden a coexistir –aunque con más fuerza una que otra– cuando en pura técnica debían excluirse. La expresión concreta y objetiva de la democracia en la actualidad, pasa por el reconocimiento de la representación como una vía democrática, aun cuando en puridad teórica y conceptual la representación sea la negación de la democracia tal como fue concebida en sus orígenes.²²

Esta dimensión del contenido de la soberanía popular se fuerza constantemente a partir de la maximización de riegos, de práctica de estados de excepción y constantes referencias a categorías como bienestar general, orden público, seguridad nacional y que generan disfuncionalidad de los sistemas democrático.

La segunda dimensión se identifica con los mecanismos y procedimientos de participación popular, las formas de realización y sus efectos en los modelos democráticos, es decir, la necesidad de incorporar al ciudadano a la construcción de la realidad, en cuanto su realidad y la realidad social.

Una multiplicidad de mecanismos de democracia directa se exhibe en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Su estudio escapa a las pretensiones de estas meditaciones. Baste señalar que se deben evaluar y reconsiderar, de cara a la plena realización de la soberanía popular y para que cumpla con la significación positiva que la sociedad le atribuye, la configuración normativa de estos institutos participativos, su utilización preceptiva (pues el carácter facultativo de invocarlos o no, que en muchos modelos tiene el poder constituido, solapa viejas fórmulas de dominación), el acceso y la capacidad del soberano de iniciar estas vías directas para implicarse o intervenir en la cosa pública y el carácter vinculante para la decisión política.

²² DEL RÍO HERNÁNDEZ, Mirtha A., “La participación popular en el proceso de toma de decisiones públicas en el ámbito local comunitario en Cuba. Su régimen jurídico”, p. 17.

Sin embargo, por la importancia que reviste para la soberanía popular y la funcionalidad de la democracia, es necesario el abordaje de una patología que afecta la estabilidad de la sociedad política: el abstencionismo pasivo.

La abstención constituye un catalizador político de la relación establecida entre soberanía popular, participación, legitimidad, gobernabilidad y funcionalidad democrática. En la medida en que el ciudadano concientice la significación de su comportamiento activo para la formación y desarrollo del sistema político, la no concurrencia a las urnas puede representar rechazo hacia las opciones en disputa; siempre que la conducta del partícipe denote tales propósitos. Sobre la base de este enfoque, el no participar motivado por disconformidad con el “régimen” –posible en ejercicio de la libertad y el pluralismo desde la concepción liberal–, dinamiza la democracia y diferencia la voluntad de la mayoría abstencionista a la del menor número. Desde las teorías republicanas, el abstencionismo político puede cumplir dicha función, si se concibe como una válvula de escape a la inmovilidad a la que la institucionalidad confina al soberano.

Es en el caso de la abstención pasiva donde se configura la verdadera patología democrática. El ciudadano no interviene en los asuntos públicos por la indolencia e incultura político-jurídica que matizan su voluntad. Este tipo de abstencionista decide no ejecutar su acción por considerarla una más. La conducta electoral no está relacionada con un aborrecimiento del sistema político, sino con el desconocimiento de que la participación es básica para la vigorización de la democracia e incluso con un cálculo egoísta de costos y beneficios individuales que se realiza.

Esta modalidad de abstención puede estar originada, además, por la complacencia de sectores favorecidos con políticas públicas desplegadas por las fuerzas que conforman gobierno, pero solo cuando los beneficiarios muestran una baja conciencia política que no les permite discernir la importancia de su participación electoral para la mantención de las conquistas alcanzadas; ya que la teoría liberal de la participación justifica índices elevados de abstencionismo con la aparente consecución de demandas ciudadanas, de modo que no sería necesario un mayor compromiso a través de la presencia en el acto de participación.

Ahora bien, la dificultad práctica referente a la identificación de qué tipo de abstencionismo constituye elemento de disfuncionalidad democrática transita por determinar el *quantum* de abstencionistas para quebrantar la legiti-

midad en democracia, dificultad que se acrecienta si tenemos en cuenta que en los contextos donde media el voto ciudadano reina la tiranía del mayor número. Importa entonces, desde la soberanía popular y su materialización, no llamar democracias a sistemas políticos donde la real mayoría es ajena a la acción política de sus gobiernos.

En los procesos de participación la opción vencedora se legitima formalmente por haber obtenido el mayor número. Sin embargo, esta mayoría no está en función de todos los individuos que pueden, conforme al ordenamiento jurídico legitimado, ejercer la acción participativa, sino de aquellos que efectivamente lo hicieron. “Si las elecciones deberían ser un instrumento cuantitativo con el objeto de una selección cualitativa, la necesidad de hacer número ha subordinado a la necesidad de cualificación. El mecanismo ha suplantado a los maquinistas, y si la intención era contar para elegir, las democracias actuales funcionan contando mucho y eligiendo poco. La tiranía de los números valora la cantidad, es decir, devalúa la calidad”.²³

En los modelos constitucionales, la interacción de la cultura político-jurídica con la participación ciudadana se presenta como una relación bidireccional, donde la primera actúa como uno de los factores determinantes de la segunda y a su vez esta última revela los grados en sociedad de la primera. Sin cultura política-jurídica de la ciudadanía, la eficacia de la soberanía popular tiende a cero y el contenido se vuelve opaco.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN/PROVOCACIÓN

- En las actuales condiciones de Latinoamérica, salvaguardar el principio de soberanía popular implica considerar las vías para socializar la economía (como base que condiciona a las estructuras sociales, políticas y jurídicas) y socializar el poder.
- La titularidad como faceta conceptual de la soberanía popular está en crisis y la única manera de solventarla es acudir a la emancipación del soberano.

²³ SARTORI, Giovanni, *Qué es la democracia*, p. 118. En este sentido, SANTOS JIMÉNEZ, advertía: “Si es una minoría la que concurre a las urnas, no podrá afirmarse realmente que se está viviendo dentro de un régimen propiamente democrático que presupone no solo el gobierno del número*, sino también el gobierno de la razón”. Vid. SANTOS JIMÉNEZ, Rafael, *Tratado de Derecho Electoral*, p. 193. *El autor utiliza la expresión como sinónimo de mayoría ciudadana, que dota de legitimidad al poder.

- El contenido de la soberanía popular como significación social positiva está bien identificado y se objetiva, ello permite apreciar los niveles de eficacia y funcionalidad de la democracia. No obstante, existe una tendencia a su limitación, incluso a su corrupción y contaminación con prácticas antidemocráticas.
- La búsqueda de la justicia social y la dignidad plena del ser humano fundamentan la necesidad de una ordenación jurídica diferente de la sociedad, a partir de repensar su fuente de legitimidad.
- La situación de caos en la que vive hoy el mundo reivindica la idea de que los análisis sociales no pueden hacerse desde el positivismo mecanicista. Al contrario, deben realizarse con un enfoque multidimensional de variables económicas, políticas, jurídicas y sociales, es una lógica material que debe tener expresión formal.
- Es preciso desterrar la enajenación inducida de la ciudadanía en torno a la estructuración del poder político y las formas de su ejercicio. Además, es necesario crear un clímax de participación ciudadana que permita socialización en ámbitos democráticos y de solidaridad e igualdad.
- La participación popular constituye eje central del sistema democrático, pues sostiene, por legítimo, la validez del ordenamiento político-jurídico y la capacidad del sistema para solventar los problemas con una orientación participativa. Las falsas imágenes y prácticas de estos principios se deben identificar y destruir.
- Existe un peligro latente de asistir a la defensa de intereses políticos y socioeconómicos determinados en nombre de la soberanía popular, ello vacía de contenido a esta última.
- La democracia debe percibirse como un espacio donde prime el ser humano en un ámbito de plena interculturalidad, solidaridad, en armonía con la naturaleza, en pleno respecto a los derechos y sus garantías y en la correspondencia ciudadano-Estado.
- Es necesario devolver a la soberanía popular su condición de significación social positiva y de principio articulador del contrato social que permita alcanzar relaciones políticas democráticas emancipadoras y, si fuera necesario, que rebelen contra relaciones autoritarias de poder.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1973.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, vol. I – *Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, S.A., Madrid, 2003.
- DEL RÍO HERNÁNDEZ, Mirtha A., “La participación popular en el proceso de toma de decisiones públicas en el ámbito local comunitario en Cuba. Su régimen jurídico”. *Tesis presentada en opción al título de Doctora en Ciencias Jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad Central “Martha Abreu” de Las Villas, Santa Clara, 2001.
- FOUCAULT, Michel, *La microfísica del poder*, La Piqueta, 2ª ed., Madrid, 1979.
- HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili S. A., España, 1982.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, “Articulación axiológica de la sociedad democrática: los valores constitucionales”, en Marciano Seabra de Godoi, Lucas Alverenga Gontijo y Yuri Pérez Martínez, en *Diálogos Cuba-Brasil sobre democracia, soberanía popular y derechos sociales*, D’Placido, Belo Horizonte, 2018.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social o principios de derecho político”, en *Obras escogidas*, Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- SANTOS JIMÉNEZ, Rafael, *Tratado de Derecho Electoral*, Lex, La Habana, 1946.
- SARTORI, Giovanni, *Qué es la democracia*, Santilla Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2007.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No 5, año CXVII.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de Honduras, Decreto No. 131 de 11 de enero de 1982, *Diario oficial La Gaceta*, No. 23612, de fecha 20 de enero de 1982.

Recibido: 24/5/2021
Aprobado: 18/6/2021

LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA. UNA HIPÓTESIS PANORÁMICA*

The roman-canonical juridical tradition. A general overview

Ángel M. López y López

Profesor Emérito de Derecho Civil

Universidad de Sevilla, España

<https://orcid.org/0000-0003-1868-1732>

alopezlopez@us.es

Resumen

El ensayo aspira a ser una visión panorámica de los elementos de la evolución secular del Derecho Civil, entendido básicamente como el de la tradición romanística, poniendo de manifiesto su importancia para elementos centrales de nuestra contemporaneidad, sobre todo porque funda una epistemología esencial para lo jurídico. Esa tradición será revitalizada por el Derecho canónico, por su influencia espiritual y su vasta y refinada utilización de los textos romanos, y su rigidez fue corregida por los avances del después llamado Derecho mercantil. El fenómeno de la llamada Recepción, a pesar de las diferencias locales y las discontinuidades temporales, era la sustitución de los ordenamientos locales por un Derecho del que se predicaba su aspiración universal y su intrínseca racionalidad. De este modo, la tradición jurídica romano - canónica, desempeña un papel general de técnica y de educación de los juristas, y lo sigue siendo en la Modernidad, contribuyendo a la articulación conceptual de los Derechos "nacionales. La influencia decisiva del Derecho Natural racionalista se manifiesta, más que técnicamente, en la ideológica del nuevo orden, vertebrado en los Códigos Civiles: libertad de contratar y propiedad, tendencialmente ilimitadas. Superado ese estadio, las tareas de hoy son preservar el legado de la tradición romano-canónica, servir los valores de certidumbre y simplicidad de los Códigos, e incorporar los derechos fundamentales a la doctrina y a la práctica del Derecho Privado.

Palabras claves: Derecho Civil; evolución histórica; tradición romano-canónica.

* El presente trabajo, que tengo el honor de publicar en esta Revista, por invitación del colega y amigo Leonardo PÉREZ GALLARDO, al que manifiesto de nuevo mi admiración y agradecimiento, fue publicado encabezando una colección de ensayos bajo el título general *El Derecho Civil entre tradición histórica y Constitución política*, Madrid, 2016. He revisado algunas expresiones oscuras, y traducido las frases latinas que no fueran *regulae* o *maximae iuris*, modificaciones que se han de considerar totalmente inesenciales.

Abstract

The essay aims to be a panoramic view of the elements of the secular evolution of Civil Law, basically understood as that of the Romanistic tradition, highlighting its importance for central elements of our contemporaneity, above all because it founds an essential epistemology for the juridical. This tradition will be revitalized by Canon Law, due to its spiritual influence and its vast and refined use of Roman texts, and its rigidity was corrected by the advances of the later so-called Commercial Law. The phenomenon of the so-called Reception, in spite of local differences and temporal discontinuities, was the replacement of local legal systems by a law whose universal aspiration and intrinsic rationality was claimed. In this way, the Roman-canonical legal tradition played a general role in the technique and education of jurists, and continued to do so in modern times, contributing to the conceptual articulation of "national" laws". The decisive influence of rationalist Natural Law is manifested, more than technically, in the ideological influence of the new order, vertebrated in the Civil Codes: freedom of contract and property, tendentially unlimited. Having passed this stage, today's tasks are to preserve the legacy of the Roman-Canonical tradition, to serve the values of certainty and simplicity of the Codes, and to incorporate fundamental rights into the doctrine and practice of Private Law.

Keywords: Civil law; historical development; roman-canon law tradition.

Sumario

0. Premisa. Sobre el valor historiográfico de la hipótesis. 1. Una tradición reflejada en el presente. 2. El legado del Derecho Romano. A) El Derecho vive en el caso. La jurisprudencia como ciencia axiológica de contenido práctico: *humanarum atque divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. B) La configuración de un *ordo mentis* para el Derecho. C) Las separaciones entre lo lícito divino y lo lícito jurídico, lo jurídico y lo puramente legal y la inspiración de la ética en el Derecho: *fas, ius, lex, bonos mores*. D) La acción como momento dinámico del derecho subjetivo: *nihil aliud est actio quod ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*. E) La distinción, entre la esfera pública y la esfera privada, como dos caras inescindibles de la misma realidad: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*. F) La distinción jurídica entre las posiciones jurídicas de propia realización y las necesidades de cooperación: *actio in rem y actio in personam*. G) La interdicción de la violencia del particular para la realización de su derecho como mínimo de la juridicidad exigible: *vim fieri veto*. H) Espíritu de libertad individual y las instituciones como libertad objetiva: *servi legis sumus ut liberi esse possumus*. 3. Definición de las fuentes del Derecho romano en torno al siglo VI. El posterior oscurecimiento en los siglos intermedios. Feudalismo, Derecho

consuetudinario y Derecho romano. Formas híbridas de regulación, incapaces para generar una tradición unitaria. 4. El orden jurídico medieval. La Iglesia católica y la idea de *renovatio imperii. ius commune. Utrumque ius*. 5. El Derecho canónico. Su influencia espiritual. Contribuciones al Derecho de la modernidad. A) *solus consensus obligat*. B) *spoliatus ante omnia restituendus*. C) Contra el *ius strictum*: dispensa, tolerantia, dissimulatio, benignitas, aequitas. D) *Persona ficta*. E) *Processus iudicii*. 6. El Derecho canónico como elemento de rigidez del tráfico económico y su corrección con el avance del *ius mercatorum ratione mercaturae*. 7. La decisiva influencia del Derecho canónico en la disciplina del matrimonio, y como consecuencia en el Derecho de la persona y de la familia. 8. Problemas de la secuencia histórica. A) La permanencia del Derecho Romano en el Imperio de Oriente, fenómeno de confusos perfiles. B) Es una verdad relativa que los Derechos de los pueblos bárbaros ocuparon enteramente el lugar del Derecho Romano. C) La complicada relación entre Derecho autóctonos y la Recepción del Derecho romano. No marginalidad de los Derechos autóctonos. El aspecto cualitativo de la Recepción: la sustitución la operaba un Derecho del que se predicaba su aspiración universal y su intrínseca racionalidad. 9. La tradición jurídica romano-canónica, como elemento de técnica y de educación de los juristas, factor unificador. 10. La fragmentación de la Modernidad. Renacimiento, Reforma, Racionalismo. 11. La "racionalidad" del Derecho romano y articulación conceptual de los Derechos "nacionales". 12. El Derecho romano, instrumental básico para la formación de la clase profesional de los juristas. La influencia decisiva de la Instituta. 13. El impacto del Renacimiento, la Reforma y el Racionalismo en la tradición jurídica romano-canónica. A) Principio de razón y Derecho natural. B) Las grandes corrientes de pensamiento bajo la denominación de Derecho natural. C) La Segunda Escolástica española. D) La influencia decisiva del Derecho natural racionalista. 14. Precisa traducción en el terreno jurídico de la ideología del Derecho natural racionalista y de las exigencias de desarrollo de la nueva estructura de la sociedad. A) La idea de los derechos innatos. B) La inexistencia de relaciones subjetivas de dominación. La voluntad de los individuos como regla fundamental. C) El nuevo orden: libertad de contratar y propiedad, tendencialmente ilimitadas. D) La necesaria abolición de un orden social basado en los status. 15. El Derecho romano en la construcción del nuevo orden. 16. La aparición de la ciencia del Derecho público. Préstamos a esta de la tradición romanística. 17. Las tareas de hoy: preservar el legado de la tradición romano-canónica, servir los valores de certidumbre y simplicidad de los Códigos, incorporar los derechos fundamentales a la doctrina y a la práctica del Derecho privado. **Referencias bibliográficas.**

0. PREMISA. SOBRE EL VALOR HISTORIOGRÁFICO DE LA HIPÓTESIS

Cómo es lógico, cuando hablamos de tradición jurídica romano-canónica, estamos refiriéndonos a una tradición que conserva esquemas comunes desde el punto de vista técnico, pero sin negar dentro de ella unas subtradiciones que pueden diferir entre sí muchísimo: desde la oposición causa-abstracción

en el contrato, al sistema transmisivo de los derechos reales, o la ordenación del matrimonio y su economía. En este sentido, resulta ejemplar la ilustración de F. H. LAWSON,¹ que propone como elementos de consideración unitarios del *civil law* la aportación consuetudinaria, la del Derecho romano *medievalized*, la configuración del Derecho como derecho de razón, íntimamente unida a la Escuela racionalista del Derecho natural, más la influencia del Derecho canónico. Queda implícito en su pensamiento que de estos trazos se puede deducir una visión del *civil law* distinta del *common law*, aunque existan vasos comunicantes: hasta qué punto, y en qué instituciones no resulta claro, y es tema de una dimensión tal que aquí no puede ser tratado; lo único que queda claro es que aquellos trazos en su conjunto solo se pueden predicar de todas las subtradiciones del *civil law*, y en estos términos genéricos la aceptamos como hipótesis historiográfica subyacente a esta exposición. De la misma hipótesis parte J. H. MERRYMAN.²

Precisamente por ello adopto para explicar la tradición del Derecho civil el modo de designarla de algunos traductores de las obras anglosajonas que tratan de ella. Para evitar el evidente problema que para ellos supone hablar de *civil law* como una rama jurídica, pues en el lenguaje del *common law* el *civil law* es un entero sistema, o por mejor decir, el otro gran sistema de la civilización occidental, esto es, la tradición jurídica latino-germánica europea en su conjunto, optan por una designación descriptiva, casi ligada a la idea del *utrumque ius*. El caso es que ello me parece bastante exacto, y una muestra más de que somos como nos ven, no como nosotros nos vemos. Seguro que esto desagradará a algún historiador del Derecho, sobre todo de los del tipo que se obstinan en no enterarse del valor epistemológico insustituible del Derecho romano o de que la Codificación no es un episodio más de historia legislativa, pero asumo la denominación desde la convicción de su legitimidad como hipótesis, y mucho más cuando trato de exponerla como una panorámica cuyos hitos decisivos no me parecen discutibles: A partir de aquí, también soy consciente de que expongo ideas que siguen siendo objeto de debate, más allá de mi propia presentación de ellas. Intentaré exponerlas sucintamente: mi afirmación de que la que la tradición es "historia presente"³ provocará zumbidos en algunos casos oídos historiográficos;⁴ mi aceptación global,

¹ *A common lawyer looks at de civil law*, 1953.

² *The civil law tradition*, 2º ed., 1953

³ BRAUDEL, F., "Histoire et sciences sociales: La longue durée", *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 13, 4., 1958.

⁴ Interesantes aportaciones sobre el concepto de tradición y sus posibilidades y límites en el análisis de los sistemas jurídicos en GLENN, H. Patrick, *Legal traditions of the World.*, 2000

aunque crítica en puntos concretos, de las tesis que militan contra el absolutismo jurídico, que podrá parecer contradictoria con la importancia que doy a la Codificación, tampoco gustará a alguno de aquellos de los “al vado o a la puente”, o más religiosamente, “el que no está conmigo, está contra mí”; mi visión del traspaso del *ius mercatorum ratione mercaturae* al Derecho mercantil, donde constato que algunos historiadores del Derecho, de nuevo poseídos de furia, ahora contra la Codificación mercantil (con algún “ataque preventivo” a la civil), opinan de lo que el Derecho mercantil haya venido a ser, sin atender (no sé sin leer) lo que han indagado los mercantilistas sobre su propia historia, lo que les lleva a una suerte de biblioteca de raros y curiosos, creo que escasa utilidad, y en cualquier caso, harto parcial; estoy convencido de que aceptar la idea de Paolo GROSSI sobre el absolutismo jurídico⁵ no es, diríamos castizamente, “la buena capa que todo lo tapa”, y sobre todo por fidelidad a las ideas del maestro y amigo florentino; debo excluir expresamente de este juicio a B. CLAVERO:⁶ ha ilustrado verdaderas y claras nuevas ideas sobre zonas opacas de la vida jurídica que condujeron, en un devenir de fracturas y puentes hasta el Derecho mercantil; tampoco gustará a algunos que me rinda a algunos tópicos románticos sobre la historiografía medieval, y en concreto sobre el significado del Imperio Romano de Oriente; y nada digamos del hecho de postular como evidente el fracaso de los intentos de fundamentar el Derecho civil moderno en tradiciones distintas a la romano-canónica, o mi valoración del concepto de *ratio scripta*; o la pervivencia de la enseñanza del Derecho romano, y adopto la distinción de R. ORESTANO,⁷ en tanto en cuanto tradición romanística, como elemento decisivo de influencia sobre la práctica, con lo que la eventual antipatía a mi modo de ver ha de quedar circunscrita al Derecho Romano de los romanos: pobre pieza para tanta cacería; o finalmente, el relativo valor que atribuyo a la influencia del iusnaturalismo racionalista, en el papel de la teoría y de la práctica del Derecho civil, pese a su importantísimo carácter fundacional, evidente, pero que la acabará confinando a ser solo la cabecera de un Derecho público pobre, el de la tradición kantiana, “un Derecho público para el Derecho privado”⁸

1. UNA TRADICIÓN REFLEJADA EN EL PRESENTE

De acuerdo con la anterior premisa, a la hora de abordar el tema de la tradición jurídica romano-canónica, no parece apropiado hacer un ejercicio histórico

⁵ *Assolutismo giuridico e diritto privato*, 2006

⁶ *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, 2005

⁷ *Introduzione allo studio del diritto romano*, 1987

⁸ Séame permitido remitir a mi ensayo “Kant. Un derecho público para el derecho privado”, en *Las ensoñaciones del jurista solitario*. 2005

descriptivo, que forzosamente se habría de limitar a datos archiconocidos.⁹ La idea es otra, y por otro lado muy simple. Consiste en poner de relieve que esa tradición romano-canónica no es solo historia, en el sentido más estrecho del término, que evocaría un conjunto de sucesos, datos, culturas, mentalidades, incluidas dentro de un arco temporal cerrado; antes bien, y la propia contradicción de los términos esclarece mi propósito, es historia que se refleja y es reflejada en el presente, en cuanto insertada en una larga duración.

2. EL LEGADO DEL DERECHO ROMANO

Veamos los principales elementos del legado del Derecho romano:

A) Nos enseñó hace tiempo el más grande jurista de los tiempos modernos, Rodolfo VON IHERING,¹⁰ y precisamente analizando el “espíritu del Derecho Romano” que “el método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al Derecho; es el único medio, suministrado por el Derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del Derecho en el dominio de la práctica”, porque “el Derecho es algo más que una masa de leyes; cualquiera puede abarcar todos los textos legales, pero su comprensión y aplicación exige una doble cualidad: la educación especial del pensamiento abstracto, y el talento operatorio para transformar simultáneamente lo abstracto en concreto y lo concreto en abstracto”. Es decir, la posibilidad de apreciar el problema que yace en un caso concreto, y al resolverlo, extraer el principio que pueda resolver los casos similares o parecidos. Y para eso hacen falta un refinado arte y educación, precisamente el arte y la educación jurídicos. No sin cierta ironía añadía IHERING, poniendo una vez más de relieve que la posesión de los materiales jurídicos en bruto no significa gran cosa, que puede haber grandes juristas con un mediano saber y juristas mediocres con conocimientos legales extensos.

De manera genial define nuestro cometido: en el caso está el problema, que hay que conocer en todas sus dimensiones, para resolver con justicia, y en esa resolución yace el principio abstracto que permitirá resolver a lo largo

⁹ Como ilustraciones generales sobre obras y personajes proponemos: DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano* 1954; WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967; WOLFF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistes Geschichte*, 4ª ed., 1960; ARNAUD, A-J., *Les origines doctrinales du code civil français*.

¹⁰ *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1907

de los tiempos el caso similar. Pero obsérvese que el principio es abstracto solo en cuanto su formulación final; el principio solo surge cuando una multiplicidad de casos abonan una solución análoga; por eso el principio es abstracto en su formulación, y casi diríamos mejor, en su formación; pero su expresión es abstracta para poder ser percibida por el universo de personas distanciado en el tiempo y en el espacio; y absolutamente realista, como cuando un carpintero de barcos dibuja una quilla sabiendo que flota, ya muy lejos del que lo comprobó echando la armazón al mar.

A poco que se piense, es el mismo camino de la adquisición de todos los saberes humanos: la experimentación al principio más o menos ciega conduce a la técnica, y la inducción de los principios o fundamentos de esta lleva a la ciencia. No es distinto para el Derecho como “ciencia de espíritu” (valga esta expresión en su significado más lato, como ciencia fundada en los valores) que para las ciencias de la naturaleza (también en su expresión más lata, como ciencias fundadas en la observación y en la medida).

El Derecho, que se realiza en el caso, caso cuya multiplicidad e informalidad requiere de los principios técnicos para una *reductio ad unum* (sin la cual no habría Derecho porque los problemas se resolverían de manera diversa para los mismos coasociados), desemboca en una ciencia valorativa. Esa ciencia la llamamos, con mayúscula, Jurisprudencia, esto es *prudencia iuris*, saber prudencial de lo que el Derecho sea, de acuerdo con los principios de la técnica, y para cada caso.

Que el saber jurídico no es un puro saber por el saber tan solo (recuérdese la inmortal frase de WINDSCHEID de que el honor de la Ciencia Jurídica es servir para la práctica), lo debemos al Derecho romano. Su genio, el más grande de todos los tiempos en materia jurídica, ya nos ilustraba que *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ad potestatem*, es decir, es preciso recurrir a los principios porque *semper sint negotia quam vocabula*, siempre serán más los negocios que las palabras que los designen/y que su resolución crea una ciencia valorativa *iurisprudencia est humanarum atque divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

- B) Aún habían los romanos de darnos otras claras distinciones para nuestro oficio, sin las cuales no es entendible este ni nuestra ciencia. Pertenecen a ese conjunto arquitectónico intelectual, el *ordo mentis*, en el que se ensamblan categorías destinadas a funcionar como postulados de nuestro pensar jurídico, de los que siempre partimos, y que siempre damos por supuestos,

sin que tengamos presente ni su origen ni su formación última; exactamente como el que habla sin tener presente ni la etimología de las palabras, ni las reglas de la morfología o la sintaxis, con olvido de siglos de pensamiento y literatura que conforman hoy su más simple decir, y así, en cuestiones esenciales, basamentos de los ordenamientos jurídicos modernos:

- C) Las distinciones entre *fas* y *ius*; *fas* y *lex*; los conceptos de *bonos mores* y de *bona fides*,¹¹ que marcan las separaciones entre lo lícito divino y lo lícito jurídico, lo jurídico y lo puramente legal, la inspiración de la ética en el Derecho.¹²
- D) La lección imperecedera del momento dinámico del derecho subjetivo, sin el cual no es tal: *nihil aliud est actio quod ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*. Aunque la moderna teoría de la acción, en el sentido procesal del término, haya enderezado por otros derroteros, por cierto llenos de polémica, desde la celeberrima disputa entre WINDSCHEID y MUTHER¹³ hasta la célebre *prolusione* boloñesa, en el curso académico 1902-1903, de CHIOVENDA,¹⁴ y ulteriores desenvolvimientos cuyos hitos principales resume TARELLO¹⁵ bajo el título de “cuatro buenos juristas para una mala acción”, de aquella afirmación del Derecho de Roma se deduce que el derecho subjetivo no solo es poder del particular, sino posibilidad de que a él quede confiado no solo el ejercicio, sino también la defensa.
- E) La distinción entre la esfera pública y la esfera privada, como dos caras inescindibles de la misma realidad: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*. La enseñanza tradicional nos ha puesto siempre de relieve que

¹¹ *Ad rem*, IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 1965. Las propias fuentes manifiestan directamente los distintos planos del *ius* como ordenamiento dirigido a lo bueno y a lo justo, de la *lex* como precepto por acuerdo soberano. Cfr. D.1.1.1.pr. (Ulpiano) con D.1.3.1 (Papiniano). Posiblemente, como dice IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., la contraposición entre *ius* y *lex* acabó adoptando la forma de *ius publicum-ius privatum*. Sea lo que fuere, no deja de ser muy sugerente para nuestra ciencia jurídica moderna considerar el Derecho privado como manifestación de los derechos de los particulares, y el Derecho público el reino por excelencia del (diríamos hoy) “principio de legalidad”. Sobre la escasa importancia de la *lex* para el *ius*, vid. SCHULZ, F., *Principien des römischen Rechts*, 1934.

¹² *Ad rem*, SCHULZ, F., *Principien*, cit.

¹³ WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor, *Polémica sobre la “Actio”*, traducción española, 1979

¹⁴ Puede verse en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*.

¹⁵ *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (a cura di R. Guastini e G. Rebuffa)*, 1989

Derecho público y Derecho privado no son más que dos facetas de la inescindible unidad llamada Derecho. Para el pensamiento jurídico más grande que ha conocido la Historia, uno y otro eran “posiciones de estudio”: solo eso. Por verdadera fidelidad al espíritu de la famosa definición de Ulpiano debemos decir que representaba una visión modernísima del tema: ni tuvo importancia la distinción *ius publicum-ius privatum* desde el punto de vista sistemático conceptual, ni determinó positivamente la solución de problemas prácticos; es cosa aparte que no eran siempre las mismas, y podían ser muy diferentes, las reglas con las que se solventaban los asuntos públicos y los asuntos privados.¹⁶ Curiosamente, aquí el legado romano nos impone superar la perniciosa actitud del jurista moderno, que comienza afirmando la inescindibilidad del Derecho y consagrando esfuerzos tremendos a una distinción en gran medida estéril para la vida jurídica, que es vida práctica.

- F) La distinción jurídica entre las posiciones jurídicas de propia realización y las necesitadas de cooperación. Deriva de la diferenciación entre *actio in rem* y *actio in personam*, básica para la protección procesal propia del sistema de acciones en que el Derecho romano consistía. La distinción no es puramente formal, porque radica en una íntima naturaleza de los derechos necesitadas de cooperación. Hay una clase de relaciones, las de crédito, que vinculan solo a una persona, el deudor, y por ello su nombre debe ser concretado desde el principio. Todos los demás derechos –principalmente los que versan sobre cosas, aunque no eran los únicos: también los hereditarios y familiares y relativos al estado de las personas– encierran facultades eficaces contra cualquiera, facultades de radio amplísimo. Con el tiempo, esta básica distinción entre *actio in rem* y *actio in personam* acabaría siendo funcionalmente equivalente en el Derecho moderno a la distinción fundamental entre derechos reales y derechos de crédito. Tan fundamental es que hay quien, como LEGRAND,¹⁷ ve en ella elemento de diferenciación esencial¹⁸ con el otro gran sistema jurídico de Occidente, el *common law*, en

¹⁶ Sobre la distinción y su auténtico significado en su evolución final, parece la opinión más acertada la de JÖRS - KUNKEL, *Derecho privado romano*, 1937

¹⁷ Conferencia en Cambridge (Inglaterra), “Uniformita, tradizioni e limiti del diritto”, traducción italiana, *Politica del diritto*, 1997.

¹⁸ Para el dato histórico, esencial, MAITLAND, *The forms of action, Lectures*, I y V; destacando la distinción como algo inexcusable para el *civilian lawyer*, vid. LAWSON, F. H., *A common lawyer, cit.*, aunque con discutible (y sugerente) justificación de política jurídica sobre la razón de aquella (en la que parece pesar el concepto de *personal property*, propiedad de los muebles, y las interferencias de la regla “posesión vale título”). De todos modos, su modo de ver la operatividad de la diferencia es más templada que la del entusiasta LEGRAND: “... from the earliest times the law of actions had at its very center a distinction which came late into the English

lo que se está de acuerdo, aunque no puedan compartirse, las exageradas consecuencias que de ello extrae.¹⁹

- G) El mínimo de la juridicidad exigible, la interdicción de la violencia del particular para la realización de su derecho, aunque le pertenezca legítimamente: en lejanos siglos, los pretores pronuncian *vim fieri veto*, mandato que está en el origen de los interdictos, como ha demostrado L. LABRUNA.²⁰
- H) En suma, resume este Derecho el espíritu de libertad individual, el ansia de poderío, el valor de la voluntad, las instituciones como libertad objetiva, como dice muy bien IHERING. Nada hay más romano ni más nuestro que el dicho ciceroniano *servi legis sumus ut liberi esse possumus*. Esta perspectiva permitirá una muy fácil conexión con las ideas individualistas posteriores, que se sirven del Derecho romano. Pero no desconocieron los romanos que, como dicho queda, para no ser siervo de nadie hay que ser siervo de la ley, y que fuera de la *res publica* no somos nada.

3. DEFINICIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN TORNO AL SIGLO VI. EL POSTERIOR OSCURECIMIENTO EN LOS SIGLOS INTERMEDIOS. FEUDALISMO, DERECHO CONSUETUDINARIO Y DERECHO ROMANO. FORMAS HÍBRIDAS DE REGULACIÓN, INCAPACES PARA GENERAR UNA TRADICIÓN UNITARIA

Las fuentes que componen la tradición del Derecho romano estaban ya absolutamente formadas y definidas al final del siglo VI, bien que a través de una larga parábola histórica, llena, de continuidades y discontinuidades. La ingente masa escrita del *Corpus Iuris Civilis* (como habría de ser finalmente conocido, parece que por obra de Dionisio GOTHOFREDO), *Digesta, Instituta, Codex, Novellae* no alcanza nuevas elaboraciones. Más adelante será purificada filológicamente, glosada, comentada, sistematizada, pero sus textos permanecen. Sin embargo,

*law and has never accepted in all its rigor" (op. cit., p. 102). Por otro lado, es evidente que la distinción no puede prosperar donde el sistema propietario es tan distinto: oportunas observaciones en DE FRANCHIS, voz "Action", en *Dizionario giuridico inglese-italiano*, 1984.*

¹⁹ Tal como sostengo en "Sobre epistemología y tradiciones jurídicas: a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998

²⁰ *Vim fieri veto*, 1971, y *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana: materiali per un corso di istituzioni di diritto romano*, 1980.

su utilización quedó oscurecida en esa parte otrora esencial del mundo, en ese espacio único de libertad y pensamiento, que llamamos Occidente europeo. La fragmentación del Imperio Romano por los pueblos bárbaros provocó también la fragmentación del Derecho, y la sustitución, en mayor o menor grado, del Derecho romano, por las costumbres de los pueblos invasores. Los Derechos bárbaros evolucionaron desde el principio de la personalidad al de la territorialidad, dando origen a ese fenómeno de vastos confines geográficos, pero también de difusos límites conceptuales, llamado feudalismo.²¹ No se ignora que ese derecho consuetudinario influyó y fue influido por el Derecho romano; que, en ocasiones de tiempo, lugar o materia, no lo desplazó totalmente, y que ambos dieron lugar a fórmulas híbridas de regulación. Pero es claro que de ese material informe no habría podido surgir nunca una tradición unitaria. Como se tendrá ocasión de ver, la tradición jurídica romano-canónica, y especialmente dentro de ella el Derecho romano, es la única que tiene un valor unificador para las más diversas entre sí experiencias jurídicas.²²

4. EL ORDEN JURÍDICO MEDIEVAL. LA IGLESIA CATÓLICA Y LA IDEA DE *RENOVATIO IMPERII. IUS COMMUNE. UTRUMQUE IUS*

Este no es el momento de juzgar si el Medioevo es la época fosca y oscura de la historiografía romántica, o aquella donde la idea del *ordo ordenatus a Deo* como eje de la existencia mortal produce uno de los momentos más felices de conjunción entre religión, ética y Derecho. A nosotros nos interesa señalar ahora que la presencia de la Iglesia Católica, *id est*, universal, produce ese anhelo de restauración de la unidad imperial perdida, que busca la *renovatio imperii* y que se traduce en la unidad del Derecho (*unum sit ius cum unum sit imperium*), y el surgimiento (seamos conscientes de que dibujamos ahora una historia en apresurados trazos) del *ius commune*. Es inútil, al menos al presente propósito, un esfuerzo de delimitación de su concepto, su ámbito, o sus fuentes. Posible-

²¹ Amplia información en CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, 1954; también en obra de otro propósito, donde, como lógico resulta, se trata de la especificidad hispana, CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, 1992

²² Lo que se conoce como *Corpus Iuris Civilis* comprende también los *libri legales*, y entre ellos, y muy señaladamente los *libri feudorum*. Todo este conjunto estaba nominalmente sometido a la ley canónica, en caso de que esta resultara contradicha; pero según nos dice CALASSO (*Medioevo del diritto, cit.*), ello no era sino una pura fórmula de asentimiento religioso, sin efectividad práctica. El mismo autor nos señala, y es la línea de trazo grueso, suficiente a nuestro objeto, que seguimos en el texto, un auténtico *connubium* entre *lex romana* y *lex ecclesiastica*, por utilizar una terminología altomedieval, antes de que se comenzara a hablar de *utraque lex*, primero, y de *utrumque ius*, más tarde.

mente lo que permite hablar de su misma existencia como algo unitario, y no resoluble en una pluralidad de *iura communia*, es que el *ius commune* es, en la bella frase de CALASSO, “un fenómeno del espíritu”.²³ Y ese “fenómeno del espíritu”, alimentado del anhelo unitario que provocaba la expansión de la Iglesia y la añoranza del Imperio destruido, floreció con dos ramas, el Derecho romano y el Derecho canónico, “uno y otro Derecho”, *utrumque ius*.²⁴ La soberana aportación de Paolo GROSSI,²⁵ que ve con perspectiva el orden jurídico medieval desde la altura, al tiempo que con minucioso escrutinio de todo tipo de fuentes, ilustra cómo este orden, un curioso Derecho sin Estado (permítasenos la licencia de utilizar terminología moderna, con lo que ello conlleva de inexactitud) se construye a sí mismo con estos materiales, y se constituye como un orden propio, que no se puede entender, en el caso del Derecho romano, como una mera exégesis de sus reglas. Ahora bien, son esas reglas y no otras las que constituyen el *humus* fundamental de la experiencia jurídica medieval, en cuanto a laboratorio sapiencial, añadimos nosotros, sin que ello nos parezca poner en duda ninguna de las hipótesis centrales del gran historiador florentino. Es

²³ *Medioevo del diritto, cit.*

²⁴ Por su extraordinaria expresividad, tomo dos textos, el uno de BARTOLO, y el otro de CONNAN, que suministra como frontispicio CLAVERO, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, 1979. Reza así el primero: “*Iuris canonici sanctitas iuris civilis sublimitate decoratur, et a converso iuris civilis maiestas canonum auctoritate firmatur et unum propter aliud coruscat et magis timetur*” (“La santidad del Derecho canónico se realza con la sublimidad del Derecho civil, y a cambio la majestad del Derecho civil se refuerza con la autoridad de los cánones, y uno a causa del otro brilla y es más respetado”, traducción mía); y así el segundo: “*Hinc patet quod differat ius canonicum a iure civili, nam habent se ut anima et corpus, anima est canonicum, corpus ius civile, licet utrumque ius intendat dirigere homines ipsos ad bonum commune*” (“Resplandece la diferencia del Derecho canónico y del Derecho civil en el punto de que son entre sí como el alma y el cuerpo, el alma es el Derecho canónico, el cuerpo es el Derecho civil, de manera que uno y otro intentan dirigir a todos los hombres hacia el bien común”, también traducción mía).

²⁵ *L'ordine giuridico medievale*, 1985. En todos estos dominios, el libro de Paolo GROSSI ha venido a poner orden, desde su autoridad y mesura, y excelso jurista de “la línea” (lo que algo conforta a los que somos “del punto”: sobre la feliz metáfora del “punto” y “la línea”, y la excelsa lección metodológica que yace tras de ella, véase el ensayo del gran maestro florentino “Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)”, contenida en la recopilación *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, pues su matizada y documentada historia de continuidades y fracturas demuestra que la pervivencia de los textos romanos no es lo que caracteriza al ordenamiento jurídico medieval, sino las respuestas a necesidades cotidianas que se elaboran sapiencialmente con aquellos textos; y esto a través de la *interpretatio*, que asume un valor nitidamente creador, esto es, de un *novum*; pero al tiempo, no deja de desvelar que el recurso a aquellos textos cumplía una función esencial para la validez y la efectividad de este Derecho nuevo. Su acentuación del papel del Derecho de la Iglesia cierra el encuadre del extenso fresco por él dibujado, lleno de detalles, y al tiempo de ideas omnicomprendivas. De esta forma, restituye al *ius commune* lo que es del *ius commune*, y nos permite ver mejor el secular decurso de la tradición jurídica romano-canónica.

obvio que los resultados de la *interpretatio* como mecanismo de edificación sapiencial de la experiencia jurídica medieval se adhirió a los problemas de su tiempo, por otra parte, no podía dejar de hacer, y sus logros no pueden ser llamados sin notorio abuso *ius romanum medium aevii*. Debe añadirse que tras una desaparición de seis siglos, el redescubrimiento del Derecho romano llevó a convertir a la Instituciones justinianeas en un breviario o gramática esencial de la formación de los juristas, y ello a la postre habrá de resultar decisivo para la conservación de los esquemas conceptuales romanísticos.²⁶ En el límite de lo aceptable científicamente, cabe incluso predecir que con solo el Digesto, la tradición romanística no habría tenido la misma fortuna. Ahora bien, si no hubiera sido por ese elemento de formación común de la clase de los juristas, no habría sido posible la adopción de un código extranjero como modelo del propio, en época de fuerte exaltación nacionalista. En este sentido resulta paradigmática la experiencia española, combatíamos una guerra contra aquellos soldados que llevaban, según la frase legendaria, en su mochila el “Código civil de los franceses”, al tiempo que se afirmaba en Cádiz el ideal codificador.

5. EL DERECHO CANÓNICO. SU INFLUENCIA ESPIRITUAL. CONTRIBUCIONES AL DERECHO DE LA MODERNIDAD

Comparece el otro gran elemento de nuestra tradición, el Derecho canónico. A decir verdad, su alcance está más que bien definido, presupuesto, como un lugar común de borrosos perfiles, aunque de indudable existencia.²⁷ Ello quizás sea debido a que la influencia canónica dentro de nuestra tradición fue potentísima, pero más indirecta que creadora de concretas fórmulas jurídicas; digamos, sin pretender ningún retruécano fuera de lugar que, salvo en la obvia excepción que se dirá, esa influencia fue, ante todo, espiritual: en el terreno propio de la búsqueda de la *salus animarum*, y en ser vehículo privilegiado de uso de las fórmulas romanísticas; más material fue la atracción al fuero eclesiástico, como se dirá, de causas civiles. Basten para ilustrar lo que digo algunos ejemplos, que, por otra parte, son algo más que puros ejemplos, ya que indican adquisiciones esenciales para nuestra tradición.

A) El primero de ellos es el principio de que el solo consentimiento obliga en el contrato, como reacción frente a la rigidez de la *stipulatio* romana y de

²⁶ WATSON, A., *Making the Civil Law*, 1985; ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales...*, cit.

²⁷ Lo que no debe llevar a la opinión de LAWSON, F. H., *A common lawyer...*, cit., que minusvalora en exceso el elemento canónico.

los *pacta vestita* como *formulae iuris civilis obligandi*;²⁸ aunque no deba olvidarse que el rechazo del formalismo contractual también fue propio del naciente *ius mercatorum ratione mercaturae*, que a la postre desembocará en el Derecho mercantil. No obstante, y por ser algo más precisos, ambos motivos, fidelidad a la palabra y rechazo del formalismo fueron comunes al Derecho canónico y al naciente Derecho del comercio. En efecto, existe una textura religiosa, antes que jurídica, de la exigibilidad de la contraprestación entre los que se dedican a dicha actividad.²⁹

- B) El principio que habría de completar la justificación de la protección interdita de la posesión junto con la prohibición de la violencia (mecanismo de origen romano: recuérdese lo dicho antes sobre la norma de origen pretorio *vim fieri veto*, pese al especial contexto en que surgió, como ha ilustrado LABRUNA³⁰), que es la regla *spoliatus ante omnia restituendus* (“antes de cualquier otra cosa, se ha de restituir al despojado”, traducción mía).³¹
- C) En la teoría de la norma, los conceptos de *dispensa*, *tolerantia*, *dissimulatio*, *bennignitas*, *aequitas*. Son hitos fundamentales de combate contra el *ius strictum*, aportaciones insignes del principio *summum ius, summa iniuria*.³²
- D) La teoría de la *persona ficta*, ligada a Sinibaldo DE FIESCHI,³³ Papa Inocencio IV, incisiva penetración en el terreno pantanoso de las personas jurídicas, que volverá a florecer en SAVIGNY, y aun en doctrinas modernas.³⁴

²⁸ Vid. el bellissimo trabajo de HYLAND, R., “*Pacta sunt servanda*”, en el libro colectivo *Del ius mercatorum al Derecho Mercantil*, 1992, aunque podía haber prescindido del apunte comparatístico actual final, hartamente simple en contenido y fuentes. Citemos una sola, clásica, conocidísima, casi canónica, de su propia cultura jurídica, y con no poca perspectiva histórica, “The past of promise: an historical introduction to contract”, de E. A. FARNSWORTH, en *Columbia Law Review*, 1969.

²⁹ Esencial, en estas incumbencias, *Antidora*, cit., de B. CLAVERO.

³⁰ Vid. nota 19.

³¹ Excelente estudio español, válido a pesar de su antigüedad, el de MARTÍ MIRALLES, J., *Spoliatus ante omnia restituendus: excepciones a este principio (aspectos penal, romano, canónico y civil vigente del tema. Conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona durante el curso de 1909 a 1910)*, 1972.

³² *Ad rem*, DEL GIUDICE, V., *Privilegio, dispensa et epicheia nel diritto canónico*, 1926.

³³ Datos esenciales en el clásico *Teorie delle persone giuridiche*, de F. FERRARA SR, 1915. Específicamente, la notable monografía de PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, 1975.

³⁴ Se tenga la idea que se tenga de persona jurídica, el *modus operandi* ficticio siempre late en ella. Ilustrativas y brillantes páginas, en CAPILLA, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1993.

E) La idea de *processus iudicii*, claro anticipo de conceptos del moderno Derecho procesal civil. En efecto, es el Derecho canónico quien forja la idea primitiva del proceso como *iter* para llegar al juicio como serie concatenada de actos (*ordo iudiciarius procedendi*) que llevará a la resolución del litigio. Agudamente se ha dicho que es el Derecho de la Iglesia quien ha constituido la prehistoria científica del moderno proceso civil.³⁵ La idea de *processus*, como *iter*, como serie concatenada de actos que conduce al *iudicium*, es propia de la técnica canonística, que de esta forma combate la aguda polisemia del último término, asumiendo solo su veste moderna de *processus iudicialis*, de *ordo iudiciarius*. La idea de un juez no *arbiter*, propia de la tradición del Derecho romano, hasta la muy tardía llegada de la *cognitio extra ordinem*, ya había corrido camino en el Derecho canónico, incluso en causas civiles, con la *episcopalis audientia*.³⁶

6. EL DERECHO CANÓNICO COMO ELEMENTO DE RIGIDEZ DEL TRÁFICO ECONÓMICO Y SU CORRECCIÓN CON EL AVANCE DEL *IUS MERCATORUM RATIONE MERCATURAE*

Al tiempo, no cabe negar que más allá de esta influencia de difusa, y a veces confusa espiritualidad (viene a nuestra memoria la auténtica revolución que contra el orden establecido significaron Francisco DE ASÍS, y movimientos como el de los *fratricelli*, reprimidos por la autoridad papal de manera harto enérgica), el Derecho canónico introdujo elementos de rigidez inadmisibles para el incipiente tráfico económico, que transitaba de un modo de producción feudal a un modo de producción precapitalista; el paso de uno a otro, que comenzó a acaecer con la movilización de valores propia de la Baja Edad Media y la configuración de una vida urbana como vida de mercado, frente a la inmovilidad del comercio de los bienes raíces, fruto del feudalismo rampante, y que aún habría de recorrer un largo trayecto, inmovilidad del tráfico que configuraba esencialmente la ciudad como fortaleza y mercado: la función de la ciudad como suma de ambas cosas (viene a la memoria el bello decir de CARANDE,³⁷ en los momentos del esplendor de Sevilla) es posterior y señala el comienzo de la modernidad. Empero, la rigidez canónica (paradigma toda su configuración del *mutuum*, y en especial lo relativo a los intereses: y en este caso el Derecho

³⁵ Abundante noticia de esta, en sus palabras, prehistoria del proceso civil, en PICARDI, voz "Processo Civile (dir. moderno)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1986

³⁶ Clásico sobre esta figura, VISMARA, G., *Episcopalis audientia*, 1937

³⁷ "Sevilla, fortaleza y mercado", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1927.

canónico se acomodaba perfectamente al esquema de la gratuidad del tipo contractual romano), se fue corrigiendo con el avance de lo que hoy llamamos Derecho mercantil.³⁸ Como se ha señalado muy agudamente por GALGANO,³⁹ se guardaba muy bien la naciente clase burguesa de combatir frontalmente el Derecho de la Iglesia; la revuelta del *ius mercatorum ratione mercaturae* era contra el *ius civile*, y no contra todo él (que, al cabo, el burgués se hacía comerciante para devenir propietario), sino contra sus formas más arcaicas, y más entorpecedoras de la vida comercial. Y en esta revuelta, que no revolución (sabemos bien que el Derecho mercantil de hoy es el Derecho civil de mañana, ley histórica que ASCARELLI formuló en un celeberrimo ensayo⁴⁰), el Derecho de la *Lex Mercatoria* estuvo unas veces al lado y otras, solapadamente, en contra del *ius canonicum*. En todo caso, fue un factor disgregador más, aunque no el único ciertamente, del *utrumque ius*. En sorprendente paradoja, el Derecho que más firmemente mantiene, como insignia del propio espíritu, la uniformidad de reglas para el comercio contribuye a la desaparición de la pretensión de un Derecho con aspiraciones de universalidad. O tal vez no tan paradójico y sorprendente: al comerciante le unen los intereses de ganancia, y las operaciones de intermediación y transacción, por definición comunes, al nacional,

³⁸ Podemos convenir en que las categorías *ius mercatorum* y Derecho mercantil no son absolutamente equivalentes desde el punto de vista histórico (y su manejo historiográfico). No obstante, no son dos mundos estancos. Convendría, tal vez, plantearse alguna cuestión metodológica previa, como el problema del largo plazo en la evolución del Derecho y el de la continuidad y discontinuidad en estos análisis y no pretender que son rigurosos criterios científicos dotados de objetividad las legítimas, pero subjetivas, tomas de posición sobre qué se quiere leer, sobre qué se quiere poner el acento, y donde se coloca la cesura para una periodización de mayor o menor intensidad; y no digamos de lo que cada uno libérrimamente cree que es su oficio. Comprendo que este no es el lugar para la amplia discusión que estas cuestiones merecerían, y desde luego con mayor autoridad que la mía. Dejo aquí la cuestión, limitándome a señalar, para la eventual lectura de a quien interesen estas cuestiones, algo, no exhaustivo, de literatura, normalmente omitida por algunos historiadores del Derecho, cuando tratan del Derecho mercantil: BERCOVITZ, A., "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, 1971; DE BENITO, J., "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Rodrigo Uría*, 1987.; GIRÓN TENA, J., "El Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, 1951. En verdad, no creo que el absolutismo jurídico sea una coartada para no ocuparse de estas aportaciones: basta con ver el equilibrado punto de vista de B. CLAVERO en el libro colectivo antes citado *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, "Historia como derecho: el derecho mercantil", historiador al que hay que añadir entre sus múltiples talentos el rechazo de bibliografías extravagantes.

³⁹ *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, 1993.

⁴⁰ "La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale", *Rivista di diritto commerciale*, I, 1934.

al *cives* (esto es, al destinatario por excelencia del Derecho civil) le unen los signos de la nacionalidad, por sí mismos excluyentes.

7. LA DECISIVA INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN LA DISCIPLINA DEL MATRIMONIO, Y COMO CONSECUENCIA EN EL DERECHO DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA

De todos modos, por la razón que más adelante se dirá, una parte de verdad tan solo hay que atribuir a la opinión de F. H. LAWSON, el atento y agudo *common lawyer* observador del *civil law*, según la cual el Derecho canónico, sistematizado por primera vez en el *Decretum Gratiani*, alrededor del año 1141, con su posterior elaboración por los grandes papas del siglo decimosegundo y decimotercero, elaboración que lo hizo sustancialmente completo antes de la Reforma, influyó muy poco en la formulación del Derecho civil moderno; pero cierto es, en todo caso, que la excepción reconocida a esa poca influencia por el jurista inglés goza de una extraordinaria importancia. Me refiero, como es obvio, al Derecho del matrimonio. Publicidad del vínculo, solemnidad del acto, enumeración y conceptualización de los impedimentos, doctrina del consentimiento, afirmación de la monogamia, teoría de la separación de cuerpos *quoad thorum mensam et habitationem*, necesidad de proceso judicial eclesiástico para la nulidad o relajación del vínculo, enemiga del divorcio vincular, formulaciones jurídicas tan sofisticadas como el matrimonio putativo, etc., constituyen aún hoy el esquema de explicación doctrinal y expresión legal del matrimonio, incluso en su casi generalmente impuesta versión laica o secularizada. Harina de otro costal será discernir si el futuro camina por esas vías, en concreto si la pareja de hecho será una forma jurídica y axiológicamente alternativa al matrimonio tradicional, o se consolidará como una tercera forma matrimonial, o cuál será el impacto del matrimonio entre personas del mismo sexo. El dinamismo actual del fenómeno impide una predicción, que, en cualquier caso, no es de aquí y ahora.

Empero, un apunte sobre algo que no se subraya con frecuencia. La disciplina del matrimonio canónico está alejada de los esquemas romanistas, porque el modelo familiar romano clásico dejó de estar vigente en épocas muy tempranas, incluso en momentos de vigencia (tómese esta palabra del modo más lato posible) del *Corpus Iuris*. No era ajena a ello, como es lógico, la doctrina del matrimonio como sacramento; pero el núcleo fuerte de la cuestión es que el sistema familiar romano había periclitado desde hacía mucho tiempo cuando el Derecho canónico alcanza un cierto nivel de formalización jurídica. Pero

ello trae consigo, en parte como causa y en parte como consecuencia, que el nuevo modelo de matrimonio tiene una cierta fuerza expansiva más allá del matrimonio mismo, impulsando una cierta valoración de igualdad y libertad de la mujer, y una cierta afirmación de la igualdad de los hijos que, aunque no absolutamente concebida como hoy, implicaba equiparar, en bastantes aspectos, a los legítimos al menos con los que procedían de uniones de las que no se predicaba impedimento dirimente; singular relieve revestía el *favor filii* acordado a los hijos nacidos de matrimonio putativo.

En suma, el matrimonio canónico dibujaba una familia más humana de la que la rudeza de la regulación secular hubiera permitido. Si a ello se añade la pretensión de exclusividad del Derecho canónico como regulación en estas materias, que combate con irregular éxito hasta la Reforma, pero, éxito al cabo, podríamos estar de acuerdo en que lo que hoy llamamos Derecho de personas y familia tiene un ingrediente canónico no despreciable, aunque sea en una lejana sustancia.

8. PROBLEMAS DE LA SECUENCIA HISTÓRICA

Una mirada a la complejidad de algunos problemas se hace necesaria y ello implica que es hora de dar un paso atrás en la historia. La razón de este retomo es doble. Pretende evitar un grave equívoco, y al tiempo poner las bases de un desarrollo ulterior. Hemos partido de la constatación de que el Derecho romano desaparece como Derecho de la *res publica romana* tras la caída del Imperio de Occidente, de que su lugar es ocupado por los Derechos de los pueblos bárbaros, y de que retorna como integrante principal del *ius commune*. En esta secuencia no cabe olvidar que la colección de Graciano (*Concordia discordantiun canonum, Decretum Gratiani*), que constituyó la base de la consideración autónoma del Derecho canónico como disciplina jurídica, fue introducida en la enseñanza universitaria; y está fuertemente influida por la nueva cultura jurídica romanística de los Glosadores, de los que adopta el método ante el texto y una buena parte de la terminología y el aparato conceptual que habían bebido en el Digesto. Este fenómeno resultó acrecido para la práctica por la ampliación del fuero procesal civil de la iglesia, y su propia autoridad moral.⁴¹ De esta forma, el Derecho canónico no es solo un elemento formativo del *ius commune*, sino el mecanismo de incorporación a este de una cultura romanística, que se utilizará en una práctica jurisdiccional “cult”; desde este momento los intercambios e influencias entre ambos Derechos serán constantes frutos

⁴¹ PARICIO, J. y A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción en Europa.*, 1995.

de esa interrelación; y a la larga constituirán a la tradición romano-canónica una amalgama difícil de descomponer. La secuencia histórica así delineada suscita graves dudas en su concreción a tiempos y territorios concretos, en parte no resueltas aún, y alguna a la que tal vez no quepa ya esperar una respuesta convincente. Es más, dicha concreción nos llevaría, de algún modo nos lleva, quizás no a discutir la validez de aquella secuencia, pero sí a atenuar su intensidad, o a acentuar fuertes modalizaciones.

Es claro que excede a este trabajo incluso la simple enumeración de los problemas; ahora nos debe bastar poner algunos de manifiesto.

- A) El primero atiene a la permanencia del Derecho romano en el Imperio de Oriente, fenómeno de confusos perfiles. Sin embargo, no debemos dejarnos llevar por una fascinación a lo GIBBON,⁴² porque, aunque el Imperio y el Derecho continúen en Oriente, y la influencia bizantina no sea desdeñable, su eficacia cultural y, por consecuencia, jurídica ofrece un interés limitado para el Occidente europeo, que es donde culminará con la Codificación, la consolidación de la tradición jurídica romano-canónica.
- B) Del segundo, todo lo que deriva poner de relieve es que es una verdad relativa que los Derechos de los pueblos bárbaros ocuparon enteramente el lugar del Derecho romano. Que sobrevivió algo de Derecho romano a las invasiones es algo que no se discute en su esencia, pero es un grave problema histórico en su efectivo alcance y concepto, el problema del llamado “Derecho Romano vulgar”, o si se quiere, el problema de la vulgarización del Derecho.⁴³ Sin embargo, las fuentes nos arrojan en su pormenor, y en bastantes ocasiones, detalles significativos: costumbres contaminadas con elementos propios del Derecho romano y “códigos” bárbaros de Derecho romano como la *Lex Romana Visigothorum*. Pero por encima de todas estas cuestiones subyace como verdad que los pueblos bárbaros acarraron sus propias costumbres bastante divergentes en su conjunto y no en meros detalles: es la era de la fragmentación jurídica la que inauguran y, en consecuencia, la de la imposibilidad de construcción de un todo unitario, que como tal sustituya al Derecho de Roma. *En passant*, conviene decir que la pervivencia de esos elementos consuetudinarios fue un factor nada des-

⁴² Como es claro, me refiero a *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*; publicados sus seis volúmenes entre 1776 (I), 1781 (II y III); 1788-89 (IV, V, VI), se considera fijado de modo fiel su texto en la edición de David Womersley, 1994.

⁴³ Según la terminología de CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit.

preciable de la diferenciación futura de los Derechos civiles “nacionales”. El ejemplo más significativo fue, sin duda, la división del territorio francés en *pays de droit coutumier* y *pays de droit écrit*; y explica peculiaridades notorias, nada menos que del paradigma de la Codificación latina, el *Code Civil*.⁴⁴

- C) El tercero de los problemas, inevitable consecuencia del anterior, es que la implantación del Derecho romano y la sustitución de los Derechos autóctonos, fenómeno que conocemos como Recepción (más allá de distinciones más afinadas en las que ahora no nos podemos detener, tal cuales son si la palabra y el concepto son aplicables solo a los territorios del llamado Derecho germánico, y si cabe distinguir entre Recepción “teórica” y Recepción “práctica”) fue muy irregular, porque unas veces tropezó con terreno abonado, y otras con fortísimas resistencias, que ni siquiera llegó a vencer nunca: ejemplo príncipe el del *dominiun duplex*, aberrante para la tradición romanística (“lächerlich”, ridículo, para A. J. THIBAUT⁴⁵), que solo abatió la Revolución Liberal, y solo en el continente europeo, y nunca del todo; un vago eco del mismo recorre incluso nuestro propio Código civil: el censo enfiteúutico. Sin embargo, de nuevo emerge una verdad fundamental: tal sustitución o Recepción se produjo, y fue importante no solo y no tanto desde el punto de vista cuantitativo, pese a su enorme extensión, cuanto desde el punto de vista cualitativo, porque la sustitución la operaba un Derecho del que se predicaba su aspiración universal y su intrínseca racionalidad, y que se constituyó en el vehículo de la educación jurídica de gentes de las más diversas latitudes, y uno de los orígenes fundacionales de las universidades mismas, sobre todo en la Europa continental.⁴⁶

9. LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA, COMO ELEMENTO DE TÉCNICA Y DE EDUCACIÓN DE LOS JURISTAS, FACTOR UNIFICADOR

Este último apunte no deja de ser decisivo: como la lengua latina configuró durante los siglos intermedios la lengua de una coiné de pensamiento, el Derecho romano fue, unido a aquella lengua, el instrumento de una coiné jurídica;

⁴⁴ WATSON, A., *Making the Civil Law*, cit.

⁴⁵ Como nos recuerda GROSSI, P., *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, 1992, traducción española del que esto escribe de la que un desilustrado editor mudó, *inaudita parte*, la correcta traslación del título, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador*, con el que fue posteriormente reimpressa sin cambios en 2016

⁴⁶ WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der neuzeit*, cit.

y esta no es la menor de las razones de la operatividad ulterior de lo que venimos denominando tradición jurídica romano-canónica.

Con lo dicho queda claro que se conjura el equívoco de que la expansión de la tradición jurídica romano-canónica sea única, uniforme, y completa; y se ponen las bases de la explicación, al menos en parte, de un fenómeno con el que convivimos con perfecta naturalidad, sin damos cuenta muchas veces de la intensa paradoja que en él subyace: la realidad a un tiempo “nacional”, si se quiere hasta “nacionalista”, de los Derechos civiles de los países del Occidente europeo, y su procedencia de un Derecho que aspiraba a ser *unum*. No es suficiente la explicación superficial de que las diferencias entre los Derechos civiles “nacionales” sean de detalle; eso es absolutamente incierto, salvo que las diferencias en la transmisión de la propiedad, en la publicidad registral, el régimen económico matrimonial; la existencia o inexistencia de la figura del heredero, y se podrían buscar muchas más, se consideren “detalles”. La explicación es otra: es la tradición jurídica romano-canónica, como elemento de técnica, de educación de la clase profesional de los juristas, de pensamiento de cultura en suma, la que subyace como factor unificador.

10. LA FRAGMENTACIÓN DE LA MODERNIDAD. RENACIMIENTO, REFORMA, RACIONALISMO

La ardientemente deseada unidad del mundo antiguo en los siglos intermedios, aunque en gran medida sea solo idealmente, bajo la idea de un orden concebido por la divinidad, y jerárquicamente asentado, sufre una total fragmentación en la Modernidad, esa Modernidad, se ha dicho, gobernada por tres erres: Renacimiento, Reforma, Racionalismo. Ya hemos visto que aquel ideal deseo de unidad traía el del *unum ius*, cuyo componente esencial era el Derecho romano. Es lógico pensar que estos tres fenómenos deberían provocar la fragmentación de aquella unidad jurídica ideal, y provocar el nacimiento de vigorosos Derechos nacionales, de identidad absolutamente propia. Sin embargo, lo verdaderamente fascinante de esta historia es que ello sucedió y al tiempo no sucedió; y en la medida en que no sucedió lo fue por obra de la tradición jurídica romano-canónica; los intentos de fundar el Derecho en una tradición distinta se saldaron con un gran fracaso en el área de la latinidad, y un fracaso bastante apreciable en el resto del continente que convencionalmente llamamos área germánica. Ello solo se puede entender desde una premisa que ha estado implícita desde el primer momento en esta exposición: cuando hablamos del Derecho romano como elemento de la tradición jurídica roma-

no-canónica, no nos referimos a una fuente escrita del Derecho, el *Corpus Iuris Civilis*, cuyas soluciones se impongan, *ubicumque*, como mandatos jurídicos de contenido unívoco. Quien ve así al Derecho romano en su largo tránsito de siglos, está viéndolo con las lentes de miope del jurista radicalmente insertado en la idea del Derecho como orden positivo vigente de soluciones en un dado momento; idea cierta como foto fija, pero precisamente por ello totalmente insuficiente para ver el decurso histórico del Derecho.

11. LA “RACIONALIDAD” DEL DERECHO ROMANO Y LA ARTICULACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS “NACIONALES”

Lo que ha hecho del Derecho romano, desde sus orígenes hasta la formulación del *Corpus Iuris*, un producto jurídico absolutamente singular es que sus soluciones son soluciones de autoridad, responden al concepto de autoridad profesional en lo jurídico y de saber prudencial en la búsqueda de lo equitativo, y se le aprecia tanto por sus soluciones como por su modo de razonar, que se consideran indisolubles: es la consideración del Derecho romano como *ratio scripta*, tantas veces formulada. Con respecto a esta, sobre la que cabría buscar explicaciones modernas, desde la de WEBER (que ve en el Derecho europeo, por contraposición al *common law*, la característica esencial propia del Derecho moderno, esto es, la existencia de normas preestablecidas, dotadas de autónoma autoridad, y que hagan previsibles los resultados, y el Derecho europeo posee esa característica de racionalidad y autonomía porque procede de la autoridad del *Corpus Iuris*), hasta la aplicación a dicha *ratio* de la teoría de los paradigmas elaborada por KUHN,⁴⁷ no basta su mera descalificación histórico-crítica, sobre todo por los historiadores del Derecho, alguno en su particular batalla por la hegemonía científica frente a los romanistas; y no basta porque la percepción del Derecho romano como *ratio scripta* condicionará la actitud de juristas de tres siglos, y ello es determinante, pues lastimosamente para los

⁴⁷ Usó la palabra paradigma en el conocido sentido y con el papel que le adjudica en la historia y la filosofía de la ciencia, KUHN, T.S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962. Pese a las críticas recibidas, y con las acomodaciones que cada saber requiera (en el campo del Derecho la historicidad de las instituciones y de los correlativos conceptos explicativos, como magistralmente aclaró VIEHVEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, creemos que la historia de la ciencia es una historia de paradigmas, sus “anomalías” y la sustitución por otros paradigmas. Comprendo el peligro de razonar por analogía y trasplantar conceptos pensados para unos saberes a otros de muy diversa estructura. pero cuando KUHN define al paradigma como “conjunto de creencias compartidas o de sabiduría convencional acerca de las cosas”, no parece estar muy lejos de los *topoi* de VIEHVEG, pero sin que ahora pueda, dadas las características de este trabajo, ahondar en el tema, todo el pensamiento jurídico, sobre todo en el campo del Derecho privado, está modelado desde los paradigmas del Derecho romano.

constructores del Derecho civil de la modernidad europea, no pudieron tener en cuenta tan ilustres y posteriores críticas. Una manifestación del modo de pensar vitando para los nuevos historiadores nos la narra WATSON, al colacionar una cita de Guy DE COQUILLE, que no puede aceptar el Derecho romano porque no es “nacional”, pero que lo acepta porque es la (posteriormente malfamada) *ratio scripta*.

En la práctica, y habida cuenta de las cambiantes necesidades de territorios y de tiempos diversos, lo que ata los Derechos “nacionales al Derecho romano es la articulación conceptual, y en algún caso, la sistemática, para generar, desde esas categorías y esa sistemática una respuesta jurídica, que aunque apoyada en los textos, es propia del intérprete del momento”, con los condicionantes y necesidades propios de su lugar y su tiempo, como bien desvela Paolo GROSSI, en la sagaz auscultación que antes hemos citado.

12. EL DERECHO ROMANO, INSTRUMENTAL BÁSICO PARA LA FORMACIÓN DE LA CLASE PROFESIONAL DE LOS JURISTAS. LA INFLUENCIA DECISIVA DE LA INSTITUTA

Al Derecho romano se ha confiado incluso durante la época de la Modernidad, y se le sigue confiando ahora, otra función, a la larga mucho más determinante del futuro de cualquier sistema jurídico que ninguna: ser el instrumental básico para la formación de la clase profesional de los juristas. Es más, tal vez habría que pensar si, al menos respecto a este particular, y así lo ha dicho con convincentes razones para el territorio francés (que no es un territorio cualquiera para la tradición jurídica romanística) ARNAUD,⁴⁸ la parte verdaderamente influyente del *Corpus Iuris* ha sido, en gran medida, no el *Digesto*, no el *Codex*, sino la *Instituta*. ¿Será preciso recordar aquí que la sistemática de nuestro Código civil es precisamente la de las Instituciones de Justiniano? Se podrá incluso decir que mediatamente las de GAYO, pero conviene recordar aquí que el descubrimiento de estas por NIEHBUR, en los *Fragmenta Vaticana*, se remonta a poco más de siglo y medio, cuando ya han aparecido Códigos tan significativos como el padre de la familia romano-francesa.

Esta cuestión de la influencia de los libros escolares, y de la educación jurídica en general, en la formación de los sistemas jurídicos y la propia efectividad de estos es compleja, y ha sido tomada en casi nula consideración en el área del

⁴⁸ *Les origines...*, cit.

civil law, mientras que la literatura al respecto en la del *commom law* es interminable.⁴⁹ Pero qué duda cabe de que quien quiera saber cómo ha sido, en la realidad del día a día, el Derecho civil español de la posguerra civil, casi hasta nuestros mismos días, tiene que pagar un ineludible peaje por el *Derecho civil español común y foral* de CASTÁN. Se podrá deplorar científicamente que haya sido así, y se podrá criticar políticamente si ello no formaba parte del secreto acuerdo que tuvo con las clases medias (destinatario principal de las normas civiles) el régimen franquista; pero así fue, y por amor de la verdad, así hay que decirlo.

13. EL IMPACTO DEL RENACIMIENTO, LA REFORMA Y EL RACIONALISMO EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA

Podemos ahora retomar, con una cierta perspectiva, el impacto de las Tres Erres en la tradición jurídica romano-canónica.

A) Ello significa, principalmente, hablar del principio de razón como fundamento del orden jurídico, y una vez apelado el principio de razón, es difícil que no venga en causa un tópico jurídico de todos los tiempos, el Derecho natural; el principio de razón, cuya esencia consiste en estar más allá de la contingencia de cada singular mundo moral y jurídico, abona la existencia de un conjunto de normas y reglas que se imponen más allá de dicha contingencia precisamente porque vienen derivadas de un orden natural. No es mi propósito hacer aquí una crítica filosófica del Derecho natural, sobre todo porque me parece inútil en dos órdenes de ideas. El primero, porque en una visión metafísica u ontológica, no hay acuerdo que pueda ser mínimamente aceptado sobre el concepto de naturaleza. El segundo, la experiencia histórica nos muestra una constante mutación de los valores jurídicos considerados intrínsecamente ligados a la naturaleza humana.

⁴⁹ Por citar solo el recentísimo de una larguísima serie, iniciada desde antiguo, SOMMERLAND et al., *The futures of legal education and the legal profession*, 2015; en cambio, en el *civil law* se pueden encontrar pocas de interés, salvo breviaros prácticos y libros de deontología, todos de prescindible cita. Una excepción, aunque con una fuerte marca ideológica, propia del tiempo, son los ensayos de BARCELLONA, P., D. HART y U. MÜCKENBERG, recogidos bajo el título *L'educazione giuridica: capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, 1973. El dato ocasiona una cierta perplejidad: un sistema jurídico con mucha menor historia académica invita a la reflexión sobre el tema, que no hace el más culto y con mayor tradición académica. Ahí queda el dato, que habría que analizar con detalle, antes de sacar conclusiones precipitadas.

- B) Ahora bien, aunque se prescinda de estos procedimientos metafísicos o de los nada lejanos a ellos de un apriorismo histórico, no cabe negar que bajo la denominación de Derecho natural se agrupan grandes corrientes de pensamiento de decisiva influencia en la configuración de nuestra tradición jurídica.
- C) Puesto de honor hay que reservar a la Segunda Escolástica española,⁵⁰ lo que de modo explícito, dejando a un lado proclamas nacionalistas e integristas que bien poco tendrían que ver como “actitud del espíritu” con la misma Segunda Escolástica, solo comienza a hacerse ahora de modo científicamente solvente e ideológicamente no sectario. Es, como en las letras, también la Edad de Oro jurídica española; y su influencia, que debía haber sido tan larga, se salda con un relativo fracaso, porque el propio pensamiento integrista español la habría de sofocar, al hilo de la decadencia histórica de nuestra patria. No obstante, conviene no olvidarla, y a ella se puede volver aún hoy para escrutar los pilares históricos de nuestra tradición.
- D) Pero aun así se debe reconocer que la influencia decisiva de una doctrina del Derecho natural hay que adeudarla a la dirección racionalista, ligada en aquel torbellino del mundo no a las ideas del catolicismo, sino a las de la Reforma.

La escuela del Derecho natural racionalista es, en efecto, fruto principal de las ideas de la Reforma, y tiene sus más lejanas fundaciones en el humanismo del Renacimiento. El retorno al ideal de la Antigüedad grecolatina portaba en su seno la rebelión contra los dogmas, en su búsqueda del “hombre en cuanto hombre”. La religación con Dios es un asunto propio y espontáneo de cada individuo, absuelto de toda autoridad civil o religiosa solo frente a su conciencia. Saber y verdad son frutos del intelecto individual. La razón se convierte en un atributo del individuo, en la decantada formulación cartesiana, dado que el espíritu, por el mero hecho de ser sujeto pensante, posee ideas innatas que le permiten el conocimiento.

Estas premisas suministraban los datos para una nueva concepción del Derecho, absolutamente alejada del *ordo ordinatus a Deo* (“orden ordenado por Dios”), propia del Medievo. Su núcleo esencial era la creencia en un orden natural, cognoscible racionalmente, donde el individuo ejercita sus *iura innata* o *naturalia*, y concuerda su existencia en común con otros individuos a través

⁵⁰ *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Atti a cura di Paolo Grossi, 1973.*

del contrato social. La tríada estado de naturaleza, derechos innatos y contrato social marcan una existencia jurídica por y para el individuo.

Este filón ideológico será el patrimonio común que llegará hasta las puertas de la Codificación. Mejor dicho, será una de sus puertas de entrada. Filón del que no cabe, empero, olvidar apreciables variantes, insertas no obstante en un ideal *continuum*, desde el contractualismo de GROCIO, tan fuertemente influido por la Segunda Escolástica española, HOBBS y LOCKE, al sometimiento de la moralidad y la legalidad a la razón de PUFFENDORF y de THOMASIIUS, pasando por la construcción del Derecho *more geometrico* de LEIBNIZ y de WOLFF y de su escuela, hasta el racionalismo jurídico de DOMAT y POTHIER,⁵¹ premisa doctrinal directa de la codificación napoleónica, y que está ligada también a la codificación germánica de final del XIX, pese a alguna apariencia contraria.

14. PRECISA TRADUCCIÓN EN EL TERRENO JURÍDICO DE LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA Y DE LAS EXIGENCIAS DE DESARROLLO DE LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD

Tanto la ideología del Derecho natural racionalista como las exigencias de desarrollo de la nueva estructura de la sociedad tuvieron una precisa traducción en el terreno de lo jurídico. No podía ser de otro modo.

- A) Por un lado, la idea de los derechos innatos, poseídos por el individuo, por el mero hecho de su existencia, atributos naturales por ello, era incompatible con toda idea de desigualdad jurídica entre los hombres. La teoría contractualista de la sociedad y del poder político suponía la afirmación de que el hombre era, en su esencia, un dato presocial, una mónada aislada, juez único de propio interés.
- B) Por otro lado, y del mismo modo, una sociedad cuyo *novum* en relación con la que pretendía sustituir era la inexistencia de relaciones subjetivas de dominación, no podía consentir mecanismos de desigualación jurídica de los coasociados. Basada su articulación en el libre intercambio de mercancías (y todo producto, incluso la capacidad de producir, era mercancía), debía elevar las determinaciones de la voluntad de los individuos a la regla fundamental de aquel intercambio.

⁵¹ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, 1976.

C) Todo lo anterior confluía en un concreto entramado jurídico del que era la pieza estructuralmente necesaria la igualdad jurídica de todos los hombres. Pero obsérvese que esa igualdad, en tanto en cuanto jurídica, y en tanto en cuanto predicable de todos, debía afirmarse con independencia de las reales condiciones sociales de los concretos individuos. Era, en consecuencia, una igualdad formal. Por ello, establecida esta, al orden jurídico liberal le era indiferente, indiferente en el sentido de que le era necesario ignorarla, cuál era la real situación de poder social en la cual los individuos intercambiaban sus mercancías, o si se quiere decirlo con terminología más jurídica, en qué condiciones reales ejercitaban sus derechos, y aún más en concreto, en qué condiciones contrataban. Por lo mismo debía de partir de la consideración de que el individuo gozaba de un ámbito económico en el que las determinaciones de ejercicio correspondían en exclusiva a su titular: de nada habría servido el establecimiento de una igualdad formal en el intercambio de las mercancías, si el título jurídico de las mismas hubiera venido sometido a condicionantes por los poderes públicos, o vinculado a relaciones de inordinación jerárquica con otros individuos. En pocas palabras, el nuevo orden necesita una libertad de contratar, gobernada por la igualdad formal, para hacer circular bienes cuyos titulares no estén sometidos a limitaciones importantes de ejercicio, es decir, gocen de una propiedad tendencialmente ilimitada.⁵²

D) En este planteamiento, el nuevo orden resultaba incompatible con el anterior, donde los presupuestos de la adquisición, transmisión y ejercicio de los derechos venían ligados a un determinado puesto en el orden social, es decir, a un *status*. La variedad de estos en el Antiguo Régimen era ciertamente impresionante. No se trata aquí de hacer un elenco, sino de manifestar la idea de que su articulación normativa, que involucraba casi todas las manifestaciones existenciales del individuo, suponía la minuciosa reglamentación de actividades repartidas por diversos y rígidos órdenes sociales, actividades ligadas de manera inescindible a la pertenencia: la familia, el gremio, las relaciones señoriales, las corporaciones públicas. Minuciosa reglamentación que no partía de la premisa de una igualdad jurídica, y que al no partir de esta configuraba un sistema jurídico basado sobre el privilegio. Una compacta red de privilegios (incluidos los odiosos), determinados en función de una gran variedad de *status*, puede ser una definición bastante aproximada del Derecho del Antiguo Régimen.

⁵² CERRONI, U., *La libertà dei moderni*, 1969

15. EL DERECHO ROMANO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO ORDEN

Frente a esta situación, el reto del orden jurídico emergente era el de configurar un Derecho cuyo presupuesto de aplicación fuera la simple cualidad de hombre. Se debe aquí poner de manifiesto que para este objetivo, y pese a una difundida actitud sobre la intemporalidad e intercambiabilidad de los conceptos del Derecho romano, este era prácticamente inutilizable. Ahora bien, y aquí está lo verdaderamente grande del significado del Derecho romano, la anterior afirmación solo es aceptable siempre que se distinga, como se hace por el mismo ORESTANO,⁵³ entre Derecho romano, como Derecho romano de los romanos, y tradición romanística. No pretendo ahora, como es lógico, entrar en tan graves problemas de categorías historiográficas: de algún modo ya he expresado mi sustancial acuerdo con la tesis de ORESTANO. En cualquier caso, si por tradición romanística se quiere expresar toda experiencia jurídica dependiente de alguna forma del *Corpus Iuris Civilis*, y por otro lado, poner en evidencia que cada una de esas experiencias aboca a formaciones jurídicas nuevas y diferentes, podremos estar de acuerdo; y si se añade que en el ámbito de la noción global "tradición romanística" se tendrán que concretar siempre las experiencias concretas que llegan a nosotros comprendidas como especies de un género, también de acuerdo. Pero negar la evidencia de que sin el Derecho romano de los romanos, como obra del espíritu, por ser como siempre se le llamó *ratio scripta*, no habría existido "tradición romanística", tampoco parece acertado. De las dos categorías historiográficas "Derecho Romano de los romanos" y "tradición romanística" hay que predicar, a un tiempo, la unidad y la diferencia; lo que, si parece un contrasentido lógico, no lo es en el fluir de la historia; y contribuye a explicar, una vez más, que los Derechos civiles sean tan nacionales y a la vez, en un largo patrimonio común técnico y cultural, tan universales.

Con este planteamiento no parece aceptable *in totum* alguna opinión⁵⁴ según la cual la inserción del Derecho natural racionalista abrió paso a una nueva tradición jurídica, y marcó el declive definitivo de1 Derecho romano como fundamento del Derecho civil moderno. Tal modo de ver las cosas no se puede acoger más que con grandes temperamentos. Sin embargo, hay algo que se debe reconocer: una destacada separación, aunque sea relativa, del orden jurídico nuevo, propiciado por el iusracionalismo, de la matriz romanística se debe a que las nuevas fundaciones iusracionalistas generadoras de ese nuevo

⁵³ *Introduzione allo studio del diritto romano*, 1987

⁵⁴ WATSON, A., *Making the Civil Law*, cit.

Derecho civil protoindividualista guardan una intensa conexión con las doctrinas del naciente *ius publicum* (aunque fiel a la tradición liberal-kantiana sea un “Derecho Público para el Derecho Privado”). Sin embargo, y de nuevo este argumento se asemeja a la pescadilla que se muerde la cola, en cuanto fundado de un nuevo *status reipublicae*, el Derecho natural racionalista no fue nunca una técnica, más allá de lo principal: ello resulta especialmente claro cuando se analiza el derecho de propiedad, como paradigma de todos los derechos privados, y fundamento del orden político que se coloca en un equilibrio inestable entre técnicas romanísticas y principios liberales, como también ha ilustrado magistralmente Paolo GROSSI.⁵⁵ En efecto, la absolutividad del dominio en Derecho romano, al menos en una visión tópica, y el principio liberal de *le droit le plus absolue* eran absolutamente congeniales: *dominium est plena in re potestas*. Certo, pero en ese terreno de lo principal (o incluso si se quiere, de la pura afirmación ideológica) acaba la colaboración o congenialidad, sobre todo en el terreno científico, porque los novísimos liberales eran, en cuanto juristas, hombres del *Ancien Regime*. En cuanto se trate de llenar de contenido positivo (facultades) o negativo (límites), el Derecho natural no aporta técnicamente nada; el acervo técnico de aquella propiedad protoliberal, está transido de elementos romanísticos: la negación del dominio solidario, la corporalidad del objeto, el *ius excludendi ceteros* como elemento básico de la definición de la propiedad, la subsidiariedad de esta de la distinción romanística entre *actio in rem* y *actio in personam*, la configuración de los *iura in re* como partes dominio, etc. Además, la idea de *ius naturae* tenía, al menos verbalmente (no así filosóficamente, según la opinión de H. S. MAINE), raigambre romana, o dicho de otra forma, el espíritu individualista del Derecho romano era perfectamente congenial con el naciente iusnaturalismo. El influjo sobre la práctica establecida y la enseñanza del Derecho romano fue mínimo. El intento de GROCIO,⁵⁶ que demuestra a un tiempo la posibilidad de concebir una exposición del Derecho civil drásticamente distinta a la sistemática de las instituciones, y la imposibilidad de razonar desde fuera de la cultura romanística, es, por esa razón, un gran proyecto fallido. Es más, el Derecho romano, a través del pandectismo, y sobre todo a través del influjo de PUCHTA,⁵⁷ y de su “derecho general de la personalidad” como eje vertebrador contribuyen a la configuración del *systema iuris*, de cuyo proceso de formación nos da cuenta la monumental obra de Paolo CAPPELLINI.⁵⁸ De todos modos, parece algo reductora la visión de quien afirma que el pensamiento jurídico es el pensamiento propio de la Europa Occidental, frente a la

⁵⁵ “Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà”, en *Quaderni fiorentini*. 1978.

⁵⁶ *De iure belli ac pacis*, 1625.

⁵⁷ *Cursus der Institutionen*, edición al cuidado de KRUGER, 1893.

⁵⁸ *Systema iuris, II (Dal sistema alla teoria generale)*, 1985

orientalidad de la filosofía (la discutible pero atractiva tesis de H. S. MAINE⁵⁹), hasta la asunción por Tomas DE AQUINO de aspectos esenciales del *corpus aristotelicum*. Más próxima a la realidad parece la idea de que la latinidad como coiné lingüística genera un pensamiento jurídico europeo, lo que vendría a ser el sustento mejor de la opinión de KOSCHAKER,⁶⁰ con matices un tanto exagerados, que indican un solapado antieslavismo. Todas estas cuestiones no pueden ser hoy sino mencionadas, porque la amplia discusión sobre lo que sugerimos no se ha producido.

16. LA APARICIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PÚBLICO. PRÉSTAMOS A ESTA DE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Un último apunte. No nos parece exagerado afirmar la inexistencia de una ciencia autónoma del Derecho público hasta la consagración moderna del concepto de Estado:⁶¹ el papel de la filosofía de HEGEL, en este punto opuesta a la de KANT, es decisivo, porque hasta entonces, desde un punto de vista esencial, el Derecho público es ancilar: “un Derecho Público para el Derecho Privado”. Con el surgimiento de un auténtico Derecho público, que como formación científica radicalmente alejada del Derecho privado quizás solo se puede ver plenamente con el nacimiento de la ideología del Estado social, comienza una época realmente nueva.

Pero aun así, los préstamos conceptuales del Derecho privado son realmente importantes, y su peso institucional decisivo, lo que nos lleva de nuevo a la tradición romano-canónica.

17. LAS TAREAS DE HOY: PRESERVAR EL LEGADO DE LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA, SERVIR LOS VALORES DE CERTIDUMBRE Y SIMPLICIDAD DE LOS CÓDIGOS, INCORPORAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA DOCTRINA Y A LA PRÁCTICA DEL DERECHO PRIVADO

Debe finalizar aquí este conjunto de cabos sueltos que, no obstante, no impiden ver el tapiz de la tradición romano-canónica. Pertenecer a la misma,

⁵⁹ *Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, 1861.

⁶⁰ *Europa und das römische Recht*, 1947.

⁶¹ *Ad rem*, BULLINGER, M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968. Permítaseme enviar, para un pequeño desarrollo de esta idea, a mi obra *Las ensoñaciones del jurista solitario*, 2005.

de la que son los principales oficiantes los civilistas de hoy, supone para ellos una importante fatiga: hay que estar a la altura debida de comprensión de un legado tan excelso, en la que le acompañan romanistas e historiadores del Derecho; y al mismo tiempo, hacer las cuentas con los Códigos y las Constituciones que supusieron un importante resecamiento de aquella tradición que se expresaba desde el punto de vista de las fuentes de manera coral, al primar ahora la voz de la ley como principal eco, casi única fuente del Derecho; y al prevalecer de la exégesis como método científico principal, a la espera de esa cierta revuelta contra la ley que protagonizó la jurisprudencia (y acuden a levantar acta de aquellos nombres tan ilustres como ESMEIN,⁶² GENY,⁶³ o CAPITANT;⁶⁴ y el de MORIN,⁶⁵ que no habla de una revuelta de la jurisprudencia, sino del “Derecho contra el Código”, anticipando las inquietudes de la “cuestión social”), y a la vista de radicales transformaciones del Derecho codificado, “metamorfosis” que servirán de afortunado título a una obra de contenido también afortunado, y también de un francés.⁶⁶ Conjuguar las tareas de preservar el legado de la tradición romano canónica, servir los valores de certidumbre y simplicidad e igualdad formal de los Códigos, incorporar los derechos fundamentales a la doctrina y a la práctica del Derecho privado⁶⁷ ..., en suma, huir del agostamiento cierto de lo que con razón llama Paolo GROSSI⁶⁸ “absolutismo jurídico”, sin perder de vista que ni los Códigos son una ley más y sin olvidar que la superioridad ética, política y jurídica de la Constitución no autoriza sin más a la aplicación *per saltum* de sus normas, son fronteras principales donde se combate, junto al impacto de la globalización, los intentos de uniformización del Derecho privado, y los avances de las ciencias de la naturaleza, la construcción del Derecho civil del futuro.

⁶² « La jurisprudence et la doctrine » *Revue de droit civil*, 1902

⁶³ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique par François Geny; précédé d'une préface de Raymond Saleilles*, 2ª ed., 1954.

⁶⁴ *Les grands arrêts de la jurisprudence civil*, 4ª ed., 1914

⁶⁵ *La révolte du droit contre le Code*, 1945

⁶⁶ *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui: l'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, 1959

⁶⁷ La idea de derecho fundamental tal como hoy la entendemos es ajena a los Códigos, que se mueven en un ambiguo espacio delimitado positivamente por las declaraciones iusracionalistas que estaban en sus fundamentos ideológicos y la no menos ideológica percepción del sujeto de derecho como un sujeto abstracto, protagonista de la igualdad formal que necesita el naciente capitalismo, como antes hemos dicho.

⁶⁸ *Assolutismo giuridico...*, cit.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAUD, A-J., *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969.
- ASCARELLI, "La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale", en *Rivista di diritto commerciale*, I, 1934.
- BARCELLONA, P., D. HART y U. MÜCKENBERG, *L'educazione giuridica: capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973 (hay traducción española de Carlos LASARTE).
- BERCOVITZ, A., "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971.
- BRAUDEL, F., "Histoire et sciences sociales: La longue durée" en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 13. 4, 1958
- BULLINGER, M., *Offentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart, 1968.
- CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, Milano, 1954.
- CAPPELLINI, P., *Systema iuris, II (Dal sistema alla teoria generale)*, Milano, 1985.
- CAPILLA, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1993.
- CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civil*, 4ª edición, Paris, 1914.
- CARANDE, "Sevilla, fortaleza y mercado", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1927. Primera edición exenta en Sevilla, 1975.
- CLAVERO, B., *Temas de Historia del Derecho: Derecho Común*, Sevilla, 1977.
- CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, Madrid, 1992.
- CLAVERO, B., "Historia como derecho: el derecho mercantil", en C. Petit (editor), *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, Madrid, 1997.
- CLAVERO, B., *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, 2005.
- CERRONI, U., *La libertà dei moderni*, Bari, 1969.
- CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993.
- DE BENITO, J., "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Rodrigo Uría*, 1978.
- DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano*, traducción española, Madrid, 1954.
- DE FRANCHIS, voz "Action", *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984.
- DEL GIUDICE, V., *Privilegio, dispensa et epicheia nel diritto canonico*, Perugia, 1926.

- ESMEIN, A., "LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE", *REVUE DE DROIT CIVIL*, 1902
- FARNSWORTH, E. A., "The past of promise: an historical introduction to contract", *Columbia Law Review*, 1969.
- FERRARA SR., F., *Teorie delle persone giuridiche*, Torino, 1915.
- GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique par François Géný; précédé d'une préface de Raymond Saleilles*, 2ª edición, París, 1954.
- GIRÓN TENA, J., "El Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, 1951
- GLENN, H. Patrick, *Legal traditions of the World*, Oxford, 2000
- GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, Amsterdam, 1625.
- GROSSI, Paolo, "Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà", en *Quaderni fiorentini*, 1978.'
- GROSSI, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1985.
- GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador*, traducción española de Ángel M. López y López, MADRID, 2016 (primera edición también en Madrid, 1992 bajo el título *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Los textos son idénticos en ambas ediciones)
- GROSSI, Paolo, "Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)", en *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.
- HYLAND, R., "Pacta sunt servanda", en C. PETIT (editor), *Del ius mercatorum al Derecho Mercantil*, Madrid, 1997.
- IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Madrid, 1965.
- JÖRS – KUNKEL, *Derecho privado romano*, traducción española de L. Prieto Castro, Madrid, 1937.
- KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, Munchen-Berlin, 1947
- KUHN, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962.
- LABRUNA, L., *Vim fieri veto*, Camerino, 1971.
- LABRUNA, L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana: materiali per un corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1980.

- LAWSON, F. H., *A common lawyer looks at de civil law*, Ann Arbor (Michigan), 1953.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Sobre epistemología y tradiciones jurídicas: a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., "Kant. Un derecho público para el derecho privado", en *Las ensoñaciones del jurista solitario*, Valencia, 2005.
- MAINE, H. S., *Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, Londres, 1861.
- MAITLAND, *The forms of action*, London, 1909.
- MARTÍ MIRALLES, J., *Spoliatus ante omnia restituendus: excepciones a este principio (aspectos penal, romano, canónico y civil vigente del tema. Conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona durante el curso de 1909 a 1910)*, editado muchos años después, en Barcelona, 1972.
- MERRYMAN, J. H., *The civil law tradition*, 2ª edición, Palo Alto, California, , 1993.
- MORIN, *La révolte du droit contre le Code*, Paris, 1945.
- ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino, 1987.
- PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975.
- PARICIO, J. y A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción en Europa*, Madrid, 1995.
- PICARDI, voz "Processo Civile (dir. moderno)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987.
- PUCHTA, G. F., *Cursus der Institutionen*, edición al cuidado de KRUGER, Leipzig, 1893.
- SCHULZ, F., *Principien des römischen Rechts*, Berlin, 1934.
- SOMMERLAND, et al., *The futures of legal education and the legal profession*, London, 2015
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, I., *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TARELLO, G., *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (a cura di R. Guastini e G. Rebuffa)*, Milano, 1989.
- VIEHVEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, Munchen, 1953.
- VISMARA, G., *Episcopalis audientia*, Milano, 1937.
- VON IHERING, Rodolfo, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1993, facsimil de la sexta edición, 1907.

WATSON, A., *Making the Civil Law*, Cambridge (Massachusetts)- London, 1985.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, traducción española, Madrid, 1969.

WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Gottingen, 1967.

WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MUTHER, *Polémica sobre la "Actio"*, traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1979.

WOLFF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistes Geschichte*, 4ª edición, Tübingen, 1960.

Recibido: 26/2/2021

Aprobado: 4/5/2021

EL COVID-19 Y LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

The CoViD-19 and the execution of the contract

Dr. Massimo Franzoni

Profesor Ordinario de Derecho Civil

Universidad de Bolonia, Italia

<https://orcid.org/0000-0001-9528-3645>

massimo.franzoni@unibo.it

Resumen

Este ensayo trata del análisis de los efectos legales de la pandemia Covid 19 sobre los contratos de duración, con especial referencia a los instrumentos legales de revisión y ajuste de la relación contractual, también a través del uso de la buena fe y con el propósito de conservación de la relación contractual.

Palabras clave: Covid-19; hecho fortuito; contrato; buena fe; imposibilidad de ejecución.

Abstract

This essay deals with the analysis of the legal effects of the Covid pandemic 19 on the duration of contracts, with special reference to the legal instruments of review and adjustment of the contractual relationship, also through the use of the good and the good purpose of conservation of the contractual relationship.

Keywords: Covid-19; casualty; contract; good faith; impossibility of execution.

Sumario

1. Preámbulo. 2. Los decretos de urgencia. 3. Las normas de referencia del Código. 3.1. Sigue: una primera conclusión. 4. El empleo de la buena fe; hacia un deber de revisión del contrato. 5. Sigue: revisión del contrato, con qué consecuencias. 6. El papel del juicio causal sobre la relevancia del CoViD-19. **Referencias bibliográficas.**

1. PREÁMBULO

Esta pandemia ha cambiado enormemente las costumbres normales de vida de las personas de gran parte del mundo, y ha llevado a muchos a interrogarse

incluso sobre la medida del tiempo empleado por los humanos en la era de internet, o incluso sobre el sentido de la vida. Sus efectos todavía no han concluido, por lo tanto, el jurista todavía no puede elaborar un balance definitivo del evento, sin embargo, ya en este momento se puede hacer alguna consideración.

Uno de los sectores en los que se ha advertido inmediatamente la influencia del CoViD-19 es el de las relaciones comerciales reguladas por el contrato, especialmente en su fase ejecutiva, cuando los efectos no se produzcan de forma instantánea con la perfección del acto. ¿Qué sucede si un evento externo a la esfera de influencia de las partes altera sensiblemente la bilateralidad?¹ El fenómeno no es nuevo, se enfrenta con las reglas de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación que se reflejan en las medidas de resarcimiento previstas en todos los códigos civiles. Deberíamos concluir *nihil sub sole novum*, también este asunto se tiene que regular a través del derecho común, al no pertenecer la pandemia a un género incompatible con las disposiciones de los códigos. Es más, se podría sostener que la pandemia no es más que una

¹ Cfr. ALPA, "Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 57 y ss., con una especial atención a las relaciones laborales; GENTILI, "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus", en *giustiziavivile.com*, Análisis del 29 de abril de 2020, p. 1 y ss.; MORELLO, "Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile", en *giustiziavivile.com*, 27 de abril de 2020, p. 1 y ss.; PIRAINO, "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti", en *Contratti*, 2020, p. 485 y ss.; SERRAO D'AQUINO, "L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19", en *BioLaw Journal*, 2020, p. 301 y ss.; SIRENA, "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 73 y ss.; TUCCARI, "Sopravvenienze e rimedi al tempo del CoViD-19", en *Jus civile*, No. 2, 2020, p. 499 y ss.; ZACCHEO, "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da CoViD-19", en *giustiziavivile.com*, 21 abril 2020, p. 4 y ss.

El impacto de la pandemia se ha producido de forma relevante en las relaciones de arrendamiento comercial, sin pretensiones de exhaustividad: CUFFARO, "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", en *Giust. civ.*, 2020, No. . 1 espec., p. 233 y ss.; D'ADDA, "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 102 y ss.; DOLMETTA, "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'misure di contenimento' pandemico", disponible en [https://blog.ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_\(o_di_studi_professionali\)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=newsletter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email\[artículo 915\]](https://blog.ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_(o_di_studi_professionali)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=newsletter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email[artículo 915]); SALANITRO, "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 110 y ss.; TRIMARCHI, "Le 'locazioni commerciali', il CoViD-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata", en *Notariato*, 2020, p. 235 y ss.

especie del género más amplio del caso fortuito, por lo que el remedio a la alteración de la bilateralidad se encuentra en la práctica que nos llega de una consolidada tradición.

Por otra parte, se podría decir que este hecho imprevisto es diferente de los demás a causa de su dimensión global, así que el asunto, que concierne a las partes del contrato, no es necesariamente lo único que interesa al ordenamiento jurídico. En resumen, entre los efectos que la pandemia puede causar en la ejecución del contrato puede haber un incumplimiento, pero no necesariamente se tiene que reaccionar con la responsabilidad del deudor si ello comporta la resolución del contrato. No se puede excluir que el interés general, entendido también como interés del mercado, del que el ordenamiento se tiene que hacer cargo, tiene que privilegiar una solución conservadora de ese contrato, aunque este se deba mantener, por así decirlo.

Además, el CoViD-19 ha vuelto a proponer el tema de los imprevistos contractuales que hay que administrar no necesariamente observando la lógica de la distribución del riesgo contractual entre las partes, según el espíritu de todo contrato, siguiendo el criterio de imputación de la responsabilidad. Tal vez no es casualidad, pero esta pandemia ofrece el pretexto para pensar en el contrato, no tanto desde la perspectiva del acto de voluntad, sino en la lógica de la relación que del mismo surge. En otras palabras, se puede observar el contrato como programa para realizar el interés de las partes a condición de que no entre en contraste con el interés general, en este momento representado por el mercado. Cuando el sacrificio de una parte, a causa de un incumplimiento, contrasta con el interés general, entonces la bilateralidad alterada por el hecho imprevisto se puede reequilibrar.² Aquí se puede leer la simplificación de la norma constitucional que prohíbe que la libre iniciativa económica entre en contraste con la utilidad social (art. 41.2, Constitución italiana).

Además, la relación entre las prestaciones que determina la bilateralidad es esencial, ya que si una falta, el cumplimiento de la otra invalidaría el sentido de la operación programada. Cuando el contrato es conmutativo, el intercambio se da entre prestaciones que tienen que permanecer económicamente equiparables, de modo que los asuntos sucesivos a la formación del negocio que influyen en el valor de una prestación, creando un desequilibrio económico

² Cfr. ROPPO-NATOLI, *Contratto e CoViD-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, disponible en <https://www.giustiziasieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppe-e-roberto-natoli>

respecto a la otra, son susceptibles de influir en la suerte del contrato. La alteración de la bilateralidad, por lo tanto, compromete el acto de autonomía privada, pero no si el contrato es aleatorio por naturaleza “o por voluntad de las partes” (art. 1469 CC).

2. LOS DECRETOS DE URGENCIA

La legislación, durante la emergencia, ha dictado reglas dirigidas a introducir remedios temporales, sin un claro diseño sistemático, y probablemente no se podía pretender más. La adopción de medidas de naturaleza excepcional ha inducido a algunos a invocar la llamada “legislación de guerra”.³

El resultado ha sido una densa trama de normas orientadas, en su conjunto, tanto a esterilizar algunas disposiciones de derecho societario y concursal, que contrastan con el carácter específico de la crisis, como a conceder moratorias generalizadas,⁴ o incluso a congelar la situación, parando el tiempo de las relaciones negociales durante el año en curso, a la espera (o con la esperanza) de momentos mejores o, por lo menos, previsibles.⁵ Por ejemplo, el art. 103.6, Decreto-Ley No. 18, de 17 de marzo de 2020, convertido por la Ley No. 27, de 24 de abril de 2020, y modificado por el art. 17-*bis*, punto 1, Decreto-Ley

³ Véase D'AMICO, “L'epidemia CoViD-19 e la ‘legislazione di guerra’”, en *Contratti*, 2020, p. 253 y ss.; IRTI, “Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione”, en *Il Sole 24 Ore*, 5 mayo 2020, p. 20, que trata de “un derecho errante, incierto, como inciertos son los caminos, las formas y la duración del enemigo invisible”.

⁴ Por ejemplo, Decreto-Ley No. 9, de 2 marzo 2020, *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da CoViD-19* (20G00026); Decreto-Ley No. 11, 8 marzo 2020, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da CoViD-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria* (20G00029).

⁵ Cfr. Decreto-Ley No. 18, de 17 marzo 2020, Medidas de potenciación del Servicio sanitario nacional y de apoyo económico para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica de CoViD-19, llamada Cura Italia o Salva Italia, convertido con modificaciones por la Ley No. 27, 24 abril 2020, que ha previsto una desgravación fiscal del 60 %, para los arrendatarios que han tenido que pagar la renta por inmuebles de uso comercial (art. 65); que ha introducido las videoconferencias (art. 73, titulada *Semplificazioni in materia di organi collegiali*); que ha destacado la importancia de los arts. 1218 y 1223 CC en el juicio de responsabilidad (art. 91, titulado *Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*); que ha suspendido el pago de las rentas para el sector deportivo (art. 95); que ha establecido el reembolso de títulos de viaje, de estancia y de paquetes turísticos (art. 88-*bis*, la medida integra una disposición anterior que había establecido el reembolso del precio del billete o la emisión de un vale por el mismo importe con validez de un año).

No. 34, de 19 mayo de 2020, convertido por la Ley No. 77, de 17 de julio de 2020, en tema de arrendamientos, ha suspendido la ejecución de las medidas de desalojo de los inmuebles hasta el 31 de diciembre de 2020.

Excepcionalmente, solo para los arrendamientos de “gimnasios, piscinas e instalaciones deportivas de propiedad de sujetos privados”, el art. 216.3 del Decreto-Ley No. 34, de 19 de mayo de 2020, llamado “decreto relanzamiento”, convertido con modificaciones por la Ley No. 77, de 17 de julio de 2020, preveía la reducción del importe debido en los meses comprendidos entre marzo y julio de 2020 *“que, salvo que la parte interesada demuestre un importe diferente, se presume del 50% del alquiler acordado en el contrato”*.⁶ Asimismo, el art. 95 del Decreto-Ley No. 18, de 2020, modificado por el art. 216.1, letra a), del Decreto-Ley No. 34, de 19 de mayo de 2020, ha dispuesto la suspensión de los plazos de pago de las rentas y licencias relativas a la adjudicación de instalaciones deportivas públicas del Estado y de los entes territoriales, en beneficio de federaciones deportivas nacionales, entes de promoción deportiva, sociedades y asociaciones deportivas, para profesionales y aficionados.

Ha sido amplio el empleo de la normativa tributaria para reequilibrar la relación alterada, en el interés general y a cargo de la colectividad. A pesar del confinamiento, el objetivo del legislador no ha sido bloquear las actividades, sino conservar las relaciones existentes; en esta clave se ha previsto la desgravación fiscal para los arrendamientos o la emisión de vales para los viajes o los espectáculos que no se han podido realizar. Por ejemplo, se ha previsto la desgravación fiscal para pequeños comercios y tiendas en un 60 % del importe del alquiler del mes de marzo de 2020 (art. 65 del Decreto-Ley No. 18, de 17 de marzo de 2020) y, sucesivamente, para todos los arrendatarios de inmuebles de uso comercial, para el alquiler (incluido el *leasing*) de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2020, a condición de que hubiera una reducción de la facturación o de los ingresos de al menos el 50 % respecto al periodo tributario anterior (art. 28 del Decreto-Ley No. 34, de 2020, modificado por el art. 77.1, letra a, del Decreto-Ley No. 104, de 14 de agosto de 2020).

El art. 3.6-*bis* del Decreto-Ley No. 6, de 23 de febrero de 2020, modificado por el art. 91, del Decreto-Ley No. 181, de 17 de marzo de 2020, especifica que: *“el respeto de las medidas de contención del presente decreto se evalúa siempre en aras de la exclusión, en virtud y según los efectos de los artículos 1218 y 1223 CC, de la responsabilidad del deudor”*. En algunos casos el legislador advierte casi la

⁶ Cfr. TUCCARI, “Sopravvenienze e rimedi...”, *cit.*, p. 509 y ss.

necesidad de “enfaticar”, *“confirmando de esta forma lo que ya se podía deducir del art. 1218 CC, es decir, que el deber de respetar determinadas normas jurídicas no puede considerarse un hecho imputable a la responsabilidad del deudor”*.⁷ Advierto la importancia de hacer este énfasis, sobre todo por lo que respecta al art. 1223 CC, pues deja entender que la atención del intérprete se debe orientar hacia los dos aspectos de este asunto: la responsabilidad y el resarcimiento.

A esta disposición se añade posteriormente la del art. 3.6-ter, del Decreto-Ley No. 6, de 23 de febrero de 2020: *“en las controversias en materia de obligaciones contractuales, en las que el respeto de las medidas de contención del presente decreto, o bien dispuestas durante la emergencia epidemiológica de CoViD-19 en virtud de disposiciones sucesivas, se pueda evaluar en virtud del punto 6º-bis, el experimento del procedimiento de mediación según el punto 1-bis del art. 5 del DL núm. 28, de 4 de marzo de 2010, constituye una condición de admisibilidad de la demanda”*.⁸ También esta norma nos ha de hacer reflexionar. Parece querernos decir que la responsabilidad y el resarcimiento se deben aplicar en función de cada caso y que, de todas formas, antes de emplear los remedios ordinarios que valdrían para cualquier controversia ordinaria, es necesario experimentar también remedios diferentes del juicio. Precisamente por ello, a pesar de la especialidad de la norma, el legislador ha introducido la regla general de la obligación de mediación.

Esta solución refuerza el art. 185-bis del Código de enjuiciamiento civil, según el cual *“el juez, en la primera audiencia, o bien hasta que se termine la fase de instrucción, propone a las partes cuando sea posible, considerando la naturaleza del juicio, el valor de la controversia y la existencia de cuestiones de fácil e inmediata resolución de derecho, una negociación o conciliación. Dicha propuesta no puede constituir motivo de recusación o abstención del juez”*.⁹

⁷ Cfr. NAVARRETTA, “CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema”, en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 87.

⁸ El punto se ha añadido del art. 3.1-quater, del Decreto-Ley No. 28, de 30 abril 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley No. 70, 25 junio 2020. Sobre el punto cfr. BENEDETTI, A. M., “Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto ‘cura Italia’”, en *Contratti*, 2020, p. 214. Cfr., asimismo, “Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto”, en *giustiziacivile.com*, 29 abril 2020, p. 1 y ss., sobre el concepto de incumplimiento emergencial; NAVARRETTA, “CoViD-19 e disfunzioni...”, *cit.*, p. 87.

⁹ Sobre la capacidad de esta norma se concentra SERRAO D’AQUINO, “L’ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19”, en *BioLaw Journal*, 2020, § 8.

3. LAS NORMAS DE REFERENCIA DEL CÓDIGO

Normalmente la pandemia, como se decía, es causa o del incumplimiento de una parte o bien del sacrificio desequilibrado de la parte que cumple, frente a la otra parte. Puede suceder que el evento externo haga inútil el contrato para ambas partes, pero en este caso es difícil prever una verdadera controversia; la solución está en la resolución consensual del contrato original. Ahora bien, en estos casos la solución se ha de buscar en las reglas de la responsabilidad y en su reflejo sobre la resolución del contrato. El antecedente del juicio de responsabilidad, en la lógica liberal, es que el contrato es inmaterial y que, una vez concluido, la parte interesada tiene que soportar las consecuencias desfavorables del imprevisto: quien ha recibido, ha recibido; quien ha dado, ha dado. Hay que tener en cuenta que en la mentalidad del siglo XIX, a la que está vinculada la cultura de los juristas que redactaron el Código italiano, el contrato por antonomasia es el contrato de compraventa, es decir, el contrato cuyos efectos se producen de forma inmediata, aunque se puedan aplazar.

Si este es el modelo, los imprevistos se consideran de forma excepcional, como para el caso fortuito, porque cualquier otra solución acabaría comprometiendo el significado tradicional de la locución *pacta sunt servanda*, de la que la regla *rebus sic stantibus* constituye una aplicación concreta. Por ello es excepcional el art. 1467 CC, cuyo punto 3 prevé que *“la parte contra la cual se ha solicitado la resolución, puede evitarla proponiendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato”*. Es excepcional el art. 1384 CC, que atribuye al juez el poder de reducir equitativamente la pena, cuando sea manifiestamente excesiva desde el principio o resulte excesiva como consecuencia de la ejecución parcial del contrato.¹⁰ Son excepcionales los arts. 1447 y 1448 CC sobre la rescisión del contrato por desequilibrio entre las prestaciones, también en este caso la desproporción es original.¹¹ Con alguna aproximación se puede sostener también que en los contratos de los consumidores, son nulas las cláusulas abusivas, esto es, las *“cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un desequilibrio significativo de los derechos y de las obligaciones que se derivan del contrato”* (art. 33 del Decreto legislativo No. 206, de 6 septiembre de 2005). Aquí el desequilibrio no se da entre las prestaciones que

¹⁰ Sobre este último asunto v. RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, espec. p. 147 y ss.

¹¹ El primer estudio sistemático sobre estos asuntos fue desarrollado por LANZILLO, *“Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale”*, en *Contratto e impr.*, 1985, p. 309 y ss., rico en referencias a la normativa de otros ordenamientos: Alemania y Estados Unidos.

nacen del contrato, por lo tanto, no concierne al objeto, sino entre los derechos que nacen del reglamento contractual; y esta también es una limitación a la autonomía privada, que se da en virtud del interés general, entendido como interés del mercado en una competencia leal. La sanción de este desequilibrio es la nulidad, así como sucede para evaluar la legalidad de los contratos de seguro de responsabilidad civil que contienen la cláusula *claims made*;¹² o bien para comprobar que un contrato merece ser tutelado, o mejor dicho, la operación económica que resulta de un determinado vínculo contractual, cuando del conjunto de todas las operaciones resulte penalizada la misma parte.¹³

Si dirigimos la mirada al Título III del Libro IV, descubrimos que son muy numerosas las normas orientadas a garantizar el equilibrio del intercambio, en la fase inicial y sobre todo en la fase de ejecución del contrato.

En materia de arrendamientos, el art. 1584 CC prevé que si se tienen que realizar obras y el tiempo necesario se alarga durante más de una sexta parte de la duración del arrendamiento y, en cualquier caso, durante más de veinte días, *“el arrendatario tiene derecho a una reducción de la renta, en proporción a la duración total de dichas obras y a la entidad de la falta de goce de la cosa”* (punto 1). Y además: *“independientemente de su duración, si la ejecución de las obras hace inhabitable esa parte de la cosa que es necesaria para el alojamiento del arrendatario y de su familia, el arrendatario podrá obtener, según las circunstancias, la disolución del contrato”* (punto 2). Hay quien ha propuesto establecer por analogía, en virtud de esta norma, la disciplina para regular los imprevistos en

¹² Cfr. Cass., (ord.) 13 mayo 2020, No. 8894; Cass., 23 abril 2020, No. 8117; Cass., (ord.) 13 noviembre 2019, No. 29365, todas en *Banche dati del Foro*, sentencias íntegras; Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Giur. it.*, 2019, p. 30, con nota de DELFINI, *Le sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*; Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Corr. giur.*, 2019, p. 36, con nota de FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*

¹³ Pienso en esos contratos que nacen de la exigencia de asegurar una pensión complementaria a favor de un consumidor, v. FORNASARI, “Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio”, en *Contratto e impr.*, 2017, p. 1281; DOLMETTA, “My way, For you, ‘Piano visione Europa’ e corte di cassazione”, disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/fin.php?id_cont=894.php; las sentencias objeto de reflexión son Cass., 30 septiembre 2015, No. 19559, en *Banca, borsa e tit. cred.*, II, p. 137, con nota de TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., 10 noviembre 2015, No. 22950, en *Società*, 2016, p. 721, con nota de COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*; Cas., 15 febrero 2016, No. 2900, en *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 855, con nota de VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*; Cass., 29 febrero 2016, No. 3949, en *Contratti*, 2016, p. 897, con nota de BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atípico di finanziamento: nullità o inefficacia?*

el contrato de arrendamiento durante el confinamiento.¹⁴ Se trata de normas que aplican el art. 1575 CC, que indica las obligaciones del arrendador, aunque claramente están también dirigidas a garantizar un intercambio equilibrado.¹⁵

Hay en el contrato de alquiler una serie relevante de disposiciones sobre el punto de las modificaciones imprevistas de la relación contractual. Es muy pertinente el art. 1632 CC, según el cual, si como consecuencia de una medida de la autoridad concerniente a la gestión productiva, *“la relación contractual resulta notablemente modificada de forma que las partes sufran respectivamente una pérdida y una ventaja, se podrá solicitar un aumento o una disminución del alquiler, o bien, según las circunstancias, la disolución del contrato”*. Este criterio se sigue para establecer las consecuencias de la pérdida de los beneficios en los alquileres plurianuales de tierras agrícolas (art. 1635 CC), en los alquileres anuales (art. 1636 CC). El art. 1637 CC prevé una distinción entre caso fortuito ordinario y extraordinario, declarando nulo el pacto por el que el arrendatario se hace cargo del riesgo del caso fortuito extraordinario. Para nuestra reflexión, también esta norma presenta un cierto interés, ya que la pandemia debería pertenecer al género del caso fortuito extraordinario.¹⁶

En referencia al tema del contrato de obra, el art. 1664 CC dispone la regla de la conmutatividad: el valor de la prestación y de la contraprestación tiene que permanecer constante hasta el momento de la extinción del contrato. Si por *“circunstancias imprevisibles se han producido aumentos o disminuciones en el coste de los materiales o de la mano de obra, que determinen un aumento o una disminución superiores a una décima parte del precio total acordado, el contratista o el comitente pueden solicitar una revisión del precio”*.

Dentro de unos límites se puede aplicar también el art. 1818 CC, según el cual *“si se han prestado cosas que no sean dinero, y la devolución se ha hecho imposible o muy difícil por una causa no imputable al deudor, este deberá pagar el valor, teniendo en cuenta el momento y el lugar en el que se tenía que realizar la*

¹⁴ Cfr. DOLMETTA, “Locazione di esercizio commerciale...”, cit., § 6.2.

¹⁵ Por ejemplo, Cass., 15 marzo 2018, No. 6395, en *Riv. giur. edil.*, I, 2018, p. 647, de la que se deduce que la norma se aplica de forma extensiva, pero en el ámbito del arrendamiento. El Mantua, 11 febrero 2014, en *Foro it.*, 2014, I, c. 3003, redujo un 40 % del alquiler, ya que el agua estaba contaminada con arsénico, por lo tanto, el arrendatario de un inmueble destinado a vivienda se veía privado de agua potable.

¹⁶ *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali di dipartimento privato e giudiziale*, a cargo de Studio Bonellierede, disponible en <http://giustiziacivile.com/editoriali/speciale-emergenza-covid-19>, espec. § 4.

devolución". Aquí también encontramos circunstancias externas a la esfera de las partes que comportan una modificación de las prestaciones, para evitar un gravamen para una parte.

El contrato de seguro, además, dicta reglas concretas para la cesación del riesgo durante el seguro (art. 1896 CC), para la disminución del riesgo (art. 1897 CC), y para el agravamiento del riesgo (art. 1898 CC). En este contrato, la circunstancia imprevista es objeto también de determinadas obligaciones de información que el asegurado tiene que cumplir ante el asegurador, en su interés, pero también en el interés del buen funcionamiento del sistema mutualista, y por lo tanto, el interés general. *Ante litteram* encontramos en el sistema de seguros la aplicación de una regla de necesidad que, recientemente, se ha predicado para el funcionamiento del mercado, de las reglas de la competencia. Así que, en ámbito de seguros, el interés general no necesariamente procede hacia el interés de las partes, a pesar de que aparentemente se proteja más al asegurador respecto al asegurado. El primero está más protegido porque, a través de él, se realizan las condiciones para un mejor funcionamiento del sistema mutualista que todos compartimos.

3.1. *SIGUE*: UNA PRIMERA CONCLUSIÓN

Se podría suponer que estas normas previstas para algunos de los contratos son tan numerosas que legitiman una aplicación análoga para reequilibrar la bilateralidad, incluso cuando la ley no haya dispuesto nada expresamente. O bien que esas mismas normas pueden aplicarse también para casos análogos a los dispuestos de forma expresa en los contratos. Así, aunque en el contrato de arrendamiento la obligación principal del arrendador es ceder el goce de la cosa al arrendatario, con el compromiso de *"mantenerla en el estado adecuado para el uso acordado"* (art. 1575, núm. 2, CC); y aunque en la consolidada interpretación de la disposición, la obligación se refiere a las características materiales y a las cualidades jurídicas del bien,¹⁷ pero no a los requisitos que conciernen al desarrollo de la actividad programada por el arrendatario,¹⁸ se

¹⁷ Cfr., *ex multis*, TRIMARCHI, M., "La locazione", en *Trattato dir. civ. C.N.N.*, IV, 21, p. 164 y ss., quien precisa que "el parámetro que hay que utilizar para determinar características y cualidades requeridas, es el destino pactado del bien concedido para el goce".

¹⁸ Cfr. Cass., 26 mayo 2020, No. 9670, en *Mass. Foro it.*, 2020: "en un contrato de arrendamiento de uso diferente al de vivienda corresponde al arrendatario comprobar la subsistencia de las certificaciones técnicas y administrativas necesarias para desarrollar la actividad. Queda excluido que el arrendatario pueda considerar al arrendador responsable por la falta del certificado de viabilidad de los locales, a no ser que este pacto no se hubiera establecido expresamente en el contrato de arrendamiento"; la orientación es constante, Cass., 16 junio 2014, No. 13651, en *Mass. Foro it.*, 2014.

podría aventurar que, de todas formas, teniendo en cuenta el art. 1584 CC, o bien las normas sobre el alquiler, la pandemia hace legítima una solicitud de reducción o de suspensión del alquiler por analogía.¹⁹

Dicha solución no parece satisfactoria, porque pone en crisis una antigua regla hermenéutica que regula la relación entre las normas del contrato en general y las de los contratos individuales que se rigen por el principio de especialidad. Es una aplicación de esta antigua regla el art. 1323 CC, según el cual, a todos los contratos se aplican las normas generales contenidas en este título, salvo que se encuentren normas especiales para los contratos individuales. Del principio de especialidad, como es sabido, surge también la prohibición de interpretación extensiva o analógica (art. 14, Disp. Prel. del CC). La solución de un problema específico, efectuada con interpretación evolutiva, es deseable a condición de que no modifique las reglas sistemáticas que, como tales, están destinadas a ser aplicadas en diferentes ámbitos. Cambiando estas reglas se resuelve el problema de forma inmediata, pero se abren tantas cuestiones en diferentes sectores, que nos hace dudar de la elección: la ventaja obtenida no supera el perjuicio creado.

Todo ello no significa terminar el partido, dejando la pérdida o el mayor gravamen donde caiga. Además no es esta la señal que, aunque con timidez, el legislador ha enviado al intérprete, cuando ha establecido que para eximir de su responsabilidad a un deudor incumplidor en virtud del art. 3.6-*bis*, del Decreto-Ley No. 6, de 2020,²⁰ es indispensable que la falta de ejecución, o bien la ejecución inexacta o tardía de la prestación dependa del respeto de una disposición para contener el número de contagios.²¹ Por lo tanto, el obstáculo

¹⁹ SALANITRO, "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 111; D'ADDA, "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 106; DOLMETTA, "Locazione di esercizio commerciale (o di studio professionale) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico", en *Il caso.it*, 23 abril 2020.

Hay quien ha llegado a resultados análogos, sosteniendo que la imposibilidad de gozar de la prestación por parte del arrendatario frustraría la causa concreta del contrato, como CARAPEZZA FIGLIA, "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", en *Attualità Juridica Iberoamericana*, 2020, p. 428 ss. Pero la solución no convence, porque no me parece que haya un vicio original del acto, sino que la alteración sobreviene.

²⁰ El punto se ha introducido por el art. 91.1 del Decreto-Ley No. 18, de 17 marzo 2020, convertido con modificaciones por la Ley No. 27, de 24 abril 2020.

²¹ Puntualmente recogido por DE CRISTOFARO, "Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus CoViD-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", en *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 581 y ss.

a la regular aplicación del contrato, si no puede depender genéricamente de la difusión de la pandemia, y tiene que fundarse en el respeto de una prohibición de emergencia, con estas condiciones, sin embargo, tiene que considerarse también a efectos del resarcimiento del daño, en este sentido se tiene que entender la referencia al art. 1223 CC.

Pero hay más.

4. EL EMPLEO DE LA BUENA FE; HACIA UN DEBER DE REVISIÓN DEL CONTRATO

Salvo aquellos que consideren que hay que aplicar extensivamente las normas de los contratos especiales para reequilibrar los imprevistos causados por el CoViD-19, la mayoría de los autores que se han ocupado del asunto ha considerado que el hecho de ejecutar el contrato en virtud de la buena fe (art. 1375 CC) comporta el nacimiento de un deber de revisión del contrato. No me parece que alguien haya apoyado la tesis de que, *rebus sic stantibus*, la responsabilidad se emplea con la técnica ordinaria, sin atribuir efectos al hecho pandémico y por lo tanto, dejando la pérdida donde caiga.

La opinión prevalente no es una novedad de última hora ocasionada por el CoViD-19.

Desde hace tiempo hay una reflexión sobre el sentido que hay que atribuir a la inviolabilidad del acto de autonomía contractual, especialmente cuando circunstancias imprevistas, independientes de la disponibilidad de las partes, alteren la bilateralidad original.²² La lectura constitucional del art. 1375 (y 1175) CC, basada en el deber de solidaridad social del art. 2 (y del art. 41.2) de la Constitución, ha consentido conjugar la idea de que la pretensión de una parte, aunque respete el reglamento contractual, puede considerarse no exigible,

²² Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*; y más recientemente, *id.*, entrada "Revisione e rinegoziazione del contratto", en *Enc. dir., Annali*, II, p. 1026 y ss.; *id.*, "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus", en *giustiziavivile.com*, 17 marzo 2020; NAVARRETTA, "CoViD-19 e disfunzioni...", *cit.*, p. 92; ALPA, "Note in margine...", *cit.*, p. 63. El tema de la renegociación lo tratan casi todos los autores que han intervenido en el debate; sobre una propuesta de la asociación de civilistas italianos, cfr. DOLMETTA, "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)", disponible en <http://giustiziavivile.com/obbliga-zioni-e-contratti/approfondimenti/il-problema-della-rinegoziazione-ai-tempi-del-coronavirus#testo-3>, § 12.

para evitar un abuso de derecho.²³ Además, ha consentido atribuir una función integrativa a la buena fe para admitir algunas pretensiones no basadas en el reglamento contractual.²⁴ Todo ello para evitar, por otras vías, que en el curso de la duración del contrato la bilateralidad pudiera alterarse, por otras razones.

Esta reflexión tiene de su parte el cambio del modelo de contrato que se toma como referencia en el ordenamiento jurídico para la predisposición de los remedios, que ha pasado del de compraventa, como prototipo de contrato con eficacia instantánea, al de contrato de obra, con un servicio por objeto, por lo tanto, un contrato “*de ejecución continuada o periódica o bien diferida*” (art. 1467 CC), en otras palabras, un contrato de duración. Por otra parte, la sociedad postindustrial ya no es la de los productores de bienes, sino la de los productores de servicios. El cambio de contexto modifica también los remedios que hay que emplear en el supuesto de no ejecución del contrato; en conclusión, el juicio de responsabilidad, con consiguiente resolución del contrato en determinadas situaciones, como la que analizamos, tiene que convertirse en un remedio marginal, aunque sea necesario.²⁵

Es este el mensaje que proviene de la lectura de los principios *Unidroit*, que en el art. 6.2.2 (Definición de *hardship*), han previsto: se da un supuesto de *hardship* cuando “*se producen eventos que alteran sustancialmente el equilibrio del contrato, o por el aumento de los costes de la prestación de una de las partes,*

²³ Como se sabe, el *leading case*, por lo menos por su resonancia, es el caso *Renault*, del Cass., 18 septiembre 2009, No. 20106, publicada en todas las principales revistas entre las que destaca *Nuova giur. civ.*, II, 2010, p. 139, con nota de SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, que ha declarado contraria a la buena fe la rescisión *ad nutum* de un contrato de concesión de venta.

²⁴ Cfr. Cass., 20 abril 1994, No. 3775, conocida como el caso *Fiuggi*, publicada en las principales revistas: *Giust. civ.*, I, 1994, p. 2168, con nota de MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*. Sobre todos ellos me he extendido en FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, sub art. 1375, Secc. II, *Il contenuto integrativo della buona fede*, y Secc. III, *La buona fede come limite nell'esecuzione del contratto*, donde se aborda el tema del abuso de derecho.

²⁵ Por este motivo se ha convertido en una práctica común el hecho de prever las llamadas cláusulas de *hardship*, que al producirse un cambio de las condiciones de hecho determinan la obligación de las partes de modificar las condiciones del acuerdo. Cfr. FRIGNANI, entrada “*Hardshipclause*”, en *Dig. disc. comm.*, VI, p. 446 y ss.; CIRIELLI, “*Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*”, en *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 733 y ss.

o por la disminución del valor de la contraprestación”.²⁶ Y en el sucesivo art. 6.2.3 (Efectos del *hardship*): “en caso de *hardship*, la parte desfavorecida tiene derecho a solicitar la renegociación del contrato. La solicitud se tiene que hacer sin un retraso injustificado y debe indicar los motivos en los que se basa”.²⁷

En Alemania, el Código civil, § 313 del BGB, modificado por la reforma de 2002, prevé expresamente la renegociación: “si las circunstancias, base del contrato, se alteran tras su conclusión de forma tan relevante que las partes, si hubieran previsto esta alteración de las circunstancias, no lo habrían concluido o bien lo habrían concluido con un contenido diferente, cada parte puede solicitar a la otra la adecuación del contrato dado que no se puede presumir que una parte permanezca vinculada al contrato invariado, considerando todas las circunstancias de cada caso, y en particular la distribución del riesgo contractual o legal”.²⁸ Recientemente, la ley alemana de 7 de octubre de 2020 (*Gaceta oficial federal*, I, p. 1643), *mWv* de 31 de julio de 2020, situándose en una posición muy similar a la del legislador italiano, ha establecido una suspensión general de todos los contratos, no solo para los consumidores, sino también para las microempresas,²⁹ que tienen derecho a negar los servicios necesarios para cumplir una exigencia de un contrato si ello pone en riesgo la subsistencia de dicha empresa.

²⁶ La norma prosigue previendo que “(a) los eventos se producen o la parte desfavorecida se da cuenta de ellos tras la conclusión del contrato;

(b) los eventos no se podían considerar de forma razonable por la parte desfavorecida en el momento de la conclusión del contrato;

(c) los eventos son ajenos a la esfera de control de la parte desfavorecida; y

(d) el riesgo de dichos eventos no se había asumido por la parte desfavorecida”.

²⁷ Vale la pena recordar que la misma norma prosigue estableciendo que “la solicitud de renegociación no da, de por sí, a la parte desfavorecida el derecho a suspender la ejecución. / En caso de falta de acuerdo entre las partes en un plazo razonable, cada una de ellas podrá dirigirse al juez”.

²⁸ Los puntos sucesivos prevén que “a la alteración de las circunstancias equivale la situación en la que las ideas esenciales de las partes, base del contrato, se revelen erróneas. / En el caso en que una adecuación del contrato no sea posible o no se pueda exigir por una de las partes, la parte desfavorecida puede rescindir el contrato. En los contratos de larga duración el derecho a resolver el contrato sustituye el derecho a la rescisión del propio contrato”. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, p. 191, evidencia la inversión lógico-conceptual respecto a las disposiciones más remotas, como las de los arts. 1448 ss. y 1467.3 CC, en las que “el remedio previsto en primera instancia es la eliminación del contrato, mientras que el reequilibrio es posible solo tras una solicitud específica de la parte contractual que cubre el papel de demandado en el juicio en que se promueve la relativa acción”.

²⁹ Se definen así en virtud de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (*Gazz. Uff.*, L. 124 de 20 de mayo de 2003, p. 36).

Es bastante reciente la reforma del *Code Napoléon*, que, además de haber eliminado la causa de los elementos esenciales del contrato, ha previsto una disciplina precisamente sobre los imprevistos. En general, sin disminuir el plan de remedios sobre el acto (arts. 1169, 1170 y 1171 del *Code Napoléon*), ha añadido los remedios sobre la relación; así el art. 1195 del *Code Napoléon* dispone que “*si un cambio imprevisible de las circunstancias en el momento de la conclusión del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir el riesgo, esta última puede solicitar una renegociación del contrato a la otra parte (punto 1)*”. Y añade que “*en caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden concordar la resolución del contrato, en la fecha y a las condiciones por ellos establecidas, o solicitar al juez, de común acuerdo, que proceda a adaptarlo. A falta de un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, bajo solicitud de una parte, revisar o resolver el contrato, en la fecha y a las condiciones que él establezca*” (punto 2). Según una determinada opinión, el juez podría modificar de forma autónoma el acuerdo también en ausencia de una solicitud expresa de la parte interesada, cuando se trate de evitar comportamientos oportunistas a causa de un cambio en la conveniencia de determinados negocios.

En el derecho angloamericano, el ordenamiento prevé un control de la relación de valor entre las prestaciones. Existe el remedio de *adequacy of consideration*, con el que, una vez evaluado el contrato desde el punto de vista objetivo o causal, se puede expresar un juicio sobre la idoneidad de una prestación que actúe como justificación causal (*consideration*) de la contraprestación, teniendo en cuenta su valor económico (*adequacy*). Además, está consentido estimar la naturaleza más o menos “razonable” (*conscionable*) del acuerdo, en relación con las circunstancias incluso de carácter subjetivo que han acompañado la formación del mismo. “Dicho tipo de evaluación, introducida por los juicios de *equity*, consiste en negar efecto a los contratos estipulados en condiciones desiguales, cuando sean *unconscionable*, en relación con lo que un operador económico racional habría cumplido, y ello dependa de determinadas condiciones subjetivas (necesidad, inexperiencia, enfermedad, etc.), que –sin ser casos típicos de vicios del consentimiento– manifiestan una situación de debilidad de una de las partes respecto a la otra”.³⁰ A pesar de ser más cercana a nuestra rescisión, esta figura es sintomática de una norma global que tiende a no absolutizar la regla *rebus sic stantibus*.

En Italia, como en España, no existe en el Código una regla que imponga la renegociación en determinadas circunstancias, generalmente se basa esta

³⁰ LANZILLO, “Regole del mercato...”, *cit.*, § 8, donde se cita la bibliografía especializada.

obligación en el deber de ejecución según la buena fe. Sin embargo, una obligación semejante se previó por el Gobierno en un proyecto de ley de revisión del Código civil depositado tiempo atrás (Decreto-Ley de 19 de marzo de 2019, Actas del Senado, No. 1151). Con otros fines, pero en la misma lógica de la prohibición de la negación de contratar, el art. 9.2 de la Ley No. 192, de 18 de junio de 1998, *Disciplina de la subcontratación en las actividades productivas*, titulada “Abuso de dependencia económica”, dispone que “el abuso puede consistir en negarse a vender o negarse a comprar”,³¹ por la parte fuerte.

En este momento, a falta de una norma para casos concretos, el empleo de la buena fe, es decir, de una norma como cláusula general, puede legitimar al juez a solicitar a las partes la renegociación del contrato, en virtud del art. 3.6-ter del Decreto-Ley No. 6, de 23 de febrero de 2020, según el cual “*en las controversias en materia de obligaciones contractuales, en las que el respeto de las medidas de contención del presente decreto, o bien dispuestas sucesivamente durante la emergencia epidemiológica de CoViD-19, puede evaluarse según el punto 6º-bis, el experimento preventivo del procedimiento de mediación en virtud del punto 1-bis del artículo 5 del DL núm. 28, de 4 de marzo de 2010, constituye condición de admisibilidad de la demanda*”.

5. SIGUE: REVISIÓN DEL CONTRATO, CON QUÉ CONSECUENCIAS

En este sentido cumplir una obligación de revisión del contrato no significa que el deudor tenga que llegar a un acuerdo a toda costa, so pena de incumplimiento. Queda por considerar, sin embargo, si la falta de acuerdo puede legitimar al juez a emplear la función integrativa de la buena fe para reequilibrar la bilateralidad comprometida por el imprevisto,³² y por esta vía llegar a

³¹ Esta norma se valoriza por BENEDETTI, A. M., “Il ‘rapporto’ obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?”, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it/news/11/0000098224/Il_rapporto_obbligatorio_al_tempo_dell_isolamento_una_causa_di_justificazione.html; id., “Stato di emergenza...”, cit.

³² Señalo a este propósito un fragmento del Informe No. 56, de 8 de julio de 2020, de la Of. Extrac. Cass., disponible en http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf, que en el § 9, dispone: “La obligación de renegociar impone que se entablen nuevas negociaciones y conducir las correctamente, pero no concluir el contrato modificado. Por lo tanto, la parte que debe renegociar cumple si, en presencia de los presupuestos que requieren la revisión del contrato, promueve una negociación o acepta la invitación a renegociar que le dirige la contraparte y si propone soluciones equilibradas que puedan considerarse equitativas y aceptables en función de la economía del contrato; seguramente no se le puede exigir que acepte todas las pretensiones de la parte desfavorecida o que lleve a cabo, en todo caso, la conclusión del contrato

introducir una regla con un criterio similar al del art. 1371 CC: el contrato “se debe entender en el sentido menos gravoso para el obligado, si es a título gratuito, y en el sentido que llegue al equilibrio de los intereses de las partes, si es a título oneroso”.³³ A esta solución ha llegado recientemente una resolución romana que, de forma preventiva, ha redefinido el importe del alquiler de un inmueble de uso comercial y ha impedido la ejecución de la fianza hasta alcanzar un determinado importe.³⁴

La decisión comentada anteriormente no es irracional, pero no es seguro que pueda considerarse un verdadero *leading case*. Claro está, se puede sostener que en el caso *Fiuggi*³⁵ el juez se ha comportado de la misma forma, prácticamente reescribiendo el contrato y atribuyendo a una parte una compensación derivada de la nueva regla introducida judicialmente. Sin embargo, hay que decir que, en ese caso, el juez en cuestión había actuado en fase rescisoria, tras haber anulado, en fase rescindente, un fallo arbitral. Queda por ver qué nos depara el futuro.

En particular veremos si, como se sostiene en la parte final del Informe No. 56, de 8 de julio de 2020, de la Of. Extrac. Cass., se puede prever una intervención sustitutiva del juez vinculado al art. 2932 CC: “cuando se reconozca a cargo de las partes la obligación de renegociar la relación desequilibrada, se podría suponer que la falta de cumplimiento no comporta solo la reparación del perjuicio, sino que se expo-

que, como es evidente, presupone una evaluación personal de conveniencia económica y jurídica que no se puede impedir a ninguna de las partes. Se tratará, en cambio, de incumplimiento si la parte que debe renegociar se opone de forma absoluta e injustificada o se limita a entablar negociaciones superficiales, pero sin ninguna intención de revisar las condiciones del acuerdo. El incumplimiento de la obligación en cuestión reside en el hecho de negarse a la confrontación o bien realizar negociaciones maliciosas (esto es, sin ninguna intención seria de llevar a cabo la modificación del contrato). Según la jurisprudencia, los cánones de la solidaridad contractual, basados en la buena fe, establecen la salvaguardia del interés ajeno pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio notable, tanto personal como económico (Cass., 27 abril 2011, No. 9404 y Cass., 4 mayo 2009, No. 10182, en *Italggiure*. En la doctrina, cfr. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en *Riv. dir. civ.*, I, 1983, p. 209 y ss., p. 212 y ss.)”.

³³ Señalo un estudio reciente sobre esta norma de gran interés: MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, espec. cap. II.

³⁴ Cfr. Trib. Roma, (ord.) 27 agosto 2020, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it.ezproxy.unibo.it/allegati/11/0000089079/Tribunale_di_Roma_sez_VI_Civile_ordinanza_27_agosto_2020.html.

³⁵ Cfr. Cass., 20 abril 1994, No. 3775, *cit*.

ne a la ejecución específica de conformidad con el art. 2932 CC.³⁶ Esta solución no convence a todos los intérpretes, además, tradicionalmente, la aplicación del art. 2932 CC tiene un contenido mucho más limitado.³⁷ Así que, probablemente, no todos compartirán el pasaje sucesivo del razonamiento, en el que se afirma que “en caso de renegociación, [...] la intervención [la sentencia] adquiere un doble valor: mantiene la voluntad de las partes; al mismo tiempo determina de manera más amplia y considerable el contenido, sin tener en cuenta un reglamento detalladamente preconstituido”.³⁸

Con mayor firmeza se puede considerar que la intervención sustitutiva del juez es admisible cuando en el reglamento contractual se dan criterios con los que distribuir el riesgo que se deriva del contrato. Estas indicaciones son seguramente apropiadas para dar al juez el criterio y la legitimidad para restablecer el equilibrio negociador.³⁹

6. EL PAPEL DEL JUICIO CAUSAL SOBRE LA RELEVANCIA DEL COVID-19

Naturalmente, no es suficiente invocar la pandemia para poder recurrir a los diferentes remedios del Código, incluido el deber de renegociación.⁴⁰ Es ne-

³⁶ Informe No. 56, de 8 julio 2020, de la Of. Extrac. Cass., *cit.*, § 10. Lo ha afirmado el Trib. Bari (ord.), de 14 junio 2011, en *Contratti*, 2012, p. 571, con nota de PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale: “en virtud de la cláusula general de buena fe, subsiste la obligación de renegociar el contenido del contrato, en presencia de un cambio relevante de la situación de hecho o de derecho, respecto a la contemplada en el reglamento original, pudiendo el juez, en caso de incumplimiento de la obligación, constituir con sentencia los efectos del contrato modificativo que resultaría de la renegociación llevada a cabo con buena fe o, en el ámbito de un procedimiento preventivo, condenar a la parte que incumple a realizar la prestación a la que estaría obligada la parte tras la renegociación, y corroborar la condena con una penal judicial”*.

³⁷ Había sostenido la solución contraria en FRANZONI, *Degli effetti del contratto...*, II, *cit.*, sub art. 1375, § 4.1; y GENTILI, “La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziatione del contratto”, en *Contr. e impr.*, 2003, p. 712, p. 714 y ss., quien considera que se puede invocar el art. 2932 CC solo cuando haya “criterios concretamente dictados, si bien necesitan reconocimiento, aplicación, y en algunos casos, desarrollo e integración”.

³⁸ Informe No. 56, de 8 julio 2020, de la Of. Extrac. del Cass., *cit.*

³⁹ Es precisamente esta la solución adoptada por la Federal Court [Canadá] British Columbia, 21 septiembre 1990, en *Foro pad.*, I, 1996, c. 40: “cuando las partes hayan pactado acordar posteriormente la contraprestación de un contrato, hay implícita una obligación de negociar de buena fe y de no negar el consentimiento de forma irrazonable. Aunque en general no subsista una obligación implícita de negociar con buena fe, cuando haya una expectativa por las partes, la obligación de la buena fe, subsiste”. Cfr. FRANZONI, “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, en *Contr. e impr.*, 1999, § 4; TIMOTEO, “Contratto e tempo – Note a margine di un libro sulla rinegoziatione contrattuale”, en *Contratto e impr.*, 1998, p. 619.

⁴⁰ Por ejemplo, Trib. Pisa, (ord.) 30 junio 2020, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it.ezproxy.unibo.it/allegati/11/0000088833/Tribunale_di_Pisa_sez_Civile_ordinanza_deposi-

cesario que dicho evento determine la alteración de la bilateralidad y ello depende también de la naturaleza de las obligaciones que nacen del contrato. En primer lugar, es necesario dejar constancia que para las obligaciones pecuniaras se considera que estas no pueden nunca hacerse imposibles en virtud del art. 1218 CC. Este asunto, consolidado en la tradición, está motivado por el hecho de que el deudor está obligado a asegurar las condiciones para poder cumplir; así que la insolvencia financiera siempre se puede evitar. En otras palabras, corre a cargo del deudor el riesgo de la falta de pago.⁴¹

Hay contratos respecto a los cuales la pandemia actúa directamente sobre la ejecución de una de las obligaciones, para las que el art. 1218 CC podría aplicarse, incluso en el supuesto de imposibilidad parcial, regulada por el art. 1256 CC.⁴² Por ejemplo, el prestatario puede siempre pagar la cuota de la hipoteca, la pandemia tal vez puede incidir sobre circunstancias ajenas a la prestación en sí y bajo este perfil alterar la bilateralidad contractual. Esta es la razón que ha llevado al legislador a prever la suspensión del pago de las letras de la hipoteca llamada “primera casa”, introduciendo una norma que evita la aplicación de las reglas comunes de responsabilidad.⁴³

Hay otros contratos respecto a los cuales el objeto está predeterminado y las partes son conscientes de que la dinámica del intercambio no puede prescindir de una determinada precondition. Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento de inmuebles para uso diverso de la vivienda, como un inmueble destinado a hotel, no se puede prescindir del uso que el arrendatario le dé en función del ejercicio de una determinada actividad conocida por el arrendador. De modo que, aun cuando la prohibición de ejercer la actividad comercial no impida disfrutar del bien en sí, la imposibilidad de ejercer la actividad para la que se había previsto el bien se convierte en una circunstancia idónea para

tata_il_30_giugno_2020.html, si bien el *dictum* es prácticamente obvio, es oportuno citarlo aquí para recordar que el razonamiento hasta ahora seguido sobre la renegociación hay que contextualizarlo en el sistema del derecho de obligaciones.

⁴¹ Para todos, GIORGIANNI, entrada “Inadempimento (dir. priv.)”, en *Enc. dir.*, § 25.

⁴² Frecuentemente surgen interrogantes sobre el vínculo entre el art. 1256.2, y el art. 1464 CC, en una perspectiva doble: “no solo respecto a la naturaleza de la resolución que se aplica cuando la imposibilidad temporal se tiene que considerar irrealizable (en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto) o no exigible (respecto al interés crediticio), sino también respecto al efecto de la imposibilidad temporal (que no redunde en una imposibilidad total) sobre la contraprestación, al no estar dicho perfil específicamente regulado por el legislador” (NAVARRETTA, “CoViD-19 e disfunzioni...”, *cit.*, p. 88).

⁴³ Pero esta solución no es de lógica absoluta, ya que la ley alemana de 7 octubre 2020 (*Gaceta oficial federal*, I, p. 1643) *mWv* de 31 julio 2020, introdujo una derogación.

alterar la bilateralidad. Esto sucede también incluso cuando la actividad esté prohibida de forma temporal, como prevé el art. 1256 CC, y por lo tanto, el caso pueda reconducirse al incumplimiento parcial (art. 1464 CC).⁴⁴ Dentro de unos límites, la misma situación se da cuando el arrendamiento tiene por objeto un inmueble como vivienda para un estudiante universitario que procede de otra localidad y que, a causa de la suspensión de la didáctica y del cierre de la universidad, haya considerado inútil permanecer en el inmueble alquilado o incluso que no haya podido llegar físicamente al lugar del inmueble, teniendo en cuenta la prohibición de circular libremente.

Es diferente el caso del inmueble arrendado como vivienda civil, incluso cuando se trate de una casa alquilada para transcurrir las vacaciones y a la que no se pueda llegar a causa del confinamiento. Aquí falta el vínculo con el ejercicio de la actividad que hemos visto en los ejemplos anteriores, se trata de un goce mayor o menor, cuyo riesgo reside en la naturaleza del contrato y respecto al cual la circunstancia externa no es influyente.⁴⁵

En los contratos de distribución o suministro de mercancías, la adquisición, de por sí, no se ha hecho imposible, pero con el bloqueo del comercio, el empresario ya no tiene interés en adquirir las piezas o materias primas o no tiene interés en adquirir las cantidades previstas en el contrato.⁴⁶

En conclusión, hay que constatar que “las soluciones que ofrecen el Código civil y la legislación especial no son suficientes para distribuir el riesgo de forma equitativa. No se puede decir si es preferible que el riesgo recaiga en el propietario o en el empresario, porque el interés de ambos merece tutela; es más, el propietario podría ser a su vez empresario, podría contar con el pago de la renta de su inquilino para pagar, a su vez, otras rentas o letras de una hipoteca o cuotas de una financiación que hay que reembolsar”.⁴⁷ La singularidad de la pandemia requiere una distribución de la desutilidad que el rígido mecanismo de la responsabilidad prevista por el Código aplicado al contrato con prestaciones equitativas, no satisface.

Pero hay más.

⁴⁴ Cfr. CARNEVALI, “Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione”, en *Contratti*, 2000, p. 116 y ss.

⁴⁵ Así, ALPA, “Note in margine...”, *cit.*, p. 61.

⁴⁶ La citada ley alemana de 7 octubre 2020 ha pensado en supuestos como este.

⁴⁷ ALPA, “Note in margine...”, *cit.*, p. 62.

El hecho imprevisto de la pandemia, ocurrido durante la ejecución del contrato, debe ser la causa exclusiva de la alteración de la bilateralidad y no debe concurrir con el hecho del deudor. Así, por ejemplo, quien sea ya incumplidor, tal vez por retraso en el cumplimiento, aunque no se haya constituido formalmente en mora, difícilmente podrá invocar el derecho a revisar el contrato, porque, en última instancia, la circunstancia nueva es imputable a la parte incumplidora. Por lo tanto, en dichas circunstancias, el incumplimiento es imputable al deudor y no a la pandemia.

Una vez comprobado que el imprevisto es la causa de la alteración sinalagmática del contrato, y que el fracaso de las negociaciones para la renegociación es imputable a una conducta incorrecta de la parte favorecida o que sufre la menor pérdida, la parte más desfavorecida puede pretender la equidad del contrato considerado desequilibrado. La buena fe es el instrumento que consiente realizar una finalidad similar a la que el art. 1371 CC garantiza, si bien con fines exclusivamente hermenéuticos. No se trata de aplicar de forma análoga el art. 1371 CC, en la parte en la que prevé que el contrato debe ser entendido *“en el sentido que haya un equilibrio de los intereses de las partes, si es a título oneroso”*, sino que se trata de garantizar que la ejecución según la buena fe consienta actualizar la bilateralidad deseada por las partes en el momento de la conclusión del contrato, si esta se ha alterado por un hecho imprevisto.

Si el hecho imprevisto determina desequilibrios en los costes necesarios para realizar la prestación, la adaptación del contrato puede realizarse a través de una reconsideración de las reglas del cumplimiento o a través de una revisión al alza de los costes, con incremento del precio final. Es decisiva la evaluación sobre el comportamiento que ha determinado la interrupción de las negociaciones, ya que la revisión del contrato y la negociación se llevan a cabo con buena fe.⁴⁸

Todo parece coherente con la lógica de querer conservar el contrato por el interés general, pues la resolución del contrato es el presupuesto necesario, pero no suficiente, para la conclusión de un nuevo contrato que garantice el mismo valor que el anterior; es posible que tras dicha resolución no haya nada, y que, por lo tanto, se dé una pérdida social de valor. Probablemente, la tarea del jurista de nuestra época, especialmente en los tiempos del CoViD-19, es la de favorecer las condiciones para la conservación del contrato, antecedente

⁴⁸ Esta solución se encuentra en el Informe No. 56, de 8 julio 2020, de la Of. Extrac. del Cass., *cit.*, § 10.

de la circulación de la riqueza, que ahora asume la apariencia del célebre PIB, considerado el presupuesto del bienestar general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ALPA, "Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.

BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015.

BENEDETTI, A. M., "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'", en *Contratti*, 2020.

BENEDETTI, A. M., "Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto", en *giustiziacivile.com*, 29 abril 2020.

BENEDETTI, A. M., "Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", disponible en http://www.dirittoegiustizia.it/news/11/0000098224/Il_rapporto_obbligatorio_al_tempo_dell_isolamento_una_causa_di_justificazione.html.

BIANCA, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", en *Riv. dir. civ.*, 1983.

CARAPEZZA FIGLIA, "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020.

CARNEVALI, "Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione", en *Contratti*, 2000.

CIRIELLI, "Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale", en *Contr. e impr./Europa*, 1998.

CUFFARO, "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", en *Giust. civ.*, No. 1, 2020.

D'ADDA, "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.

D'AMICO, "L'epidemia CoViD-19 e la 'legislazione di guerra'", en *Contratti*, 2020.

DE CRISTOFARO, "Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus CoViD-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", en *Nuove leggi civ. comm.*, 2020.

DOLMETTA, "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'misure di contenimento' pandemico", disponible en <https://blog>.

[ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_\(o_di_studi_professionali\)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=news-letter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email](https://www.ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_(o_di_studi_professionali)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=news-letter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email) [Artículo 915].

DOLMETTA, "My way, For you, 'Piano visione Europa' e corte di cassazione", disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/fin.php?id_cont=894.php

DOLMETTA, "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)", disponible en <http://giustiziavile.com/obbliga-zioni-e-contratti/approfondimenti/il-problema-della-rinegoziazione-ai-tempi-del-coronavirus#testo-3>

FORNASARI, "Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio", en *Contratto e impr.*, 2017.

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, Milán, 2013.

FRANZONI, "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto", en *Contr. e impr.*, 1999.

FRIGNANI, entrada "Hardshipclause", en *Dig. disc. comm.*, VI, Turín, 1991.

GENTILI, "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus", en *giustiziavile.com*, Análisis del 29 de abril de 2020.

GENTILI, "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", en *Contr. e impr.*, 2003.

GIORGIANI, entrada "Inadempimento (dir. priv.)", en *Enc. dir.*, XX, Milán, 1970.

IRTI, "Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione", en *Il Sole 24 Ore*, 5 mayo 2020.

LANZILLO, "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", en *Contratto e impr.*, 1985.

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1986.

MACARIO, entrada "Revisione e rinegoziazione del contratto", en *Enc. dir., Annali*, II, Milán, 2008.

MACARIO, "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", en *giustiziavile.com*, 17 marzo 2020.

MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, espec. cap. II, Padua, 2020.

MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, 27 de abril de 2020.

- NAVARRETTA, "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- PIRAINO, "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti", en *Contratti*, 2020.
- RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, Pisa, 2020.
- ROPPO-NATOLI, *Contratto e CoViD-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, disponibile en <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-co-vid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppe-e-roberto-natoli>
- SALANITRO, "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- SERRAO D'AQUINO, "L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19", en *BioLaw Journal*, 2020.
- SIRENA, "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- TIMOTEO, "Contratto e tempo – Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale", en *Contratto e impr.*, 1998.
- TRIMARCHI, "Le 'locazioni commerciali', il CoViD-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata", en *Notariato*, 2020.
- TRIMARCHI, M., "La locazione", en Perlingieri (dir.), *Trattato dir. civ. C.N.N.*, IV, 21, Nápoles, 2013.
- TUCCARI, "Sopravvenienze e rimedi al tempo del CoViD-19", en *Jus civile*, 2020.
- ZACCHEO, "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da CoViD-19", en *giustiziacivile.com*, 21 abril 2020.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Cass., 27 abril 2011, No. 9404 y Cass., 4 mayo 2009, No. 10182, en *Italgire*
- Decreto-Ley No. 11, de 8 marzo 2020, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da CoViD-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*. (20G00029).
- Cass., (ord.) 13 mayo 2020, No. 8894, en *Banche dati del Foro*.
- Cass., 23 abril 2020, No. 8117, en *Banche dati del Foro*.

- Cass., (ord.) 13 noviembre 2019, No. 29365, en *Banche dati del Foro*.
- Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Giur. it.*, 2019, con nota de DELFINI, *Le sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*.
- Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Corr. giur.*, 2019, con nota de FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*
- Cass., 30 septiembre 2015, No. 19559, en *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, con nota de TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.
- Cass., 10 noviembre 2015, No. 22950, en *Società*, 2016, con nota de COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*.
- Cass., 15 febrero 2016, No. 2900, en *Nuova giur. civ.*, 2016, con nota de VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*.
- Cass., 29 febrero 2016, No. 3949, en *Contratti*, 2016, con nota de BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atípico di finanziamento: nullità o inefficacia?*
- Cass., 15 marzo 2018, No. 6395, en *Riv. giur. edil.*, 2018, I.
- Mantua, 11 febrero 2014, en *Foro it.*, 2014, I, c. 3003.
- Cass., 26 mayo 2020, No. 9670, en *Mass. Foro it.*, 2020.
- Cass., 16 junio 2014, No. 13651, en *Mass. Foro it.*, 2014.
- Cass., 18 septiembre 2009, No. 20106, publicada en todas las principales revistas entre las que destaca *Nuova giur. civ.*, 2010, II, con nota de SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*.
- Cass., 20 abril 1994, No. 3775, en *Giust. civ.*, 1994, I, con nota de MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*.
- Trib. Roma, (ord.) 27 agosto 2020, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it.ezproxy.unibo.it/allegati/11/0000089079/Tribunale_di_Roma_sez_VI_Civile_ordinanza_27_agosto_2020.html
- Trib. Bari, (ord.) 14 junio 2011, en *Contratti*, 2012, con nota de PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*.

Recibido: 29/1/2021
Aprobado: 26/2/2021

ENTRE PERSONAS Y COSAS: ANIMALES Y ROBOTS

Between people and things: animals and robots

Dr. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Sevilla, España

<https://orcid.org/0000-0003-3988-9233>

gcerdeira@us.es

Resumen

En el presente trabajo su autor estudia dos temas diversos, aunque relacionados con el dilema de situar a los animales y los robots entre las personas y las cosas, con la consiguiente repercusión práctica que ello supone. Acerca de los animales, teniendo presente que, según la nueva realidad social y jurídica, son seres sintientes, sin la necesidad de personificarlos, pero sin admitir tampoco que son simples cosas, considera el autor que aquella realidad hace que los animales sean un tipo de bien u objeto de derecho especial, merecedor de una singular protección, más sin necesidad de crear por ello ninguna categoría híbrida entre las personas y las cosas, entre los sujetos y los objetos de derecho. En otro orden, considera el autor que los robots –aun– con inteligencia artificial no son –hoy al menos– personas, sino simples cosas, pero propone –con fundamento en algunas Resoluciones del Parlamento europeo– que en un futuro la robótica pueda ostentar una personalidad fundacional.

Palabras clave: persona; cosas; animales; dignidad y bienestar animal; robots; inteligencia artificial.

Abstract

In the present work, the author studies two different topics, although related to the dilemma of placing animals and robots between people and things, with the consequent practical repercussions that this entails. Regarding animals, bearing in mind that, according to the new social and legal reality, they are sentient beings, without the need to personify them, but without admitting that they are simple things, the author considers that that reality makes animals a type of good or object of special law, deserving of a unique protection, but without the need to create any hybrid category between people and things,

between subjects and objects of law. In another order, the author considers that robots –even– with artificial intelligence are not –today at least– people, but simple things, but he proposes –based on some Resolutions of the European Parliament– that in the future robotics may show a founding personality.

Keywords: person; things; animals; animal dignity and welfare; robots; artificial intelligence.

Sumario

Introducción: Ocasió –y propósito– del presente estudio sobre animales e inteligencia artificial. Primera parte: Entre personas y cosas: los animales, ¿como tertium genus? 1. El dilema: los animales, entre personas y cosas. 2. Los animales como seres sintientes: entre la dignidad y el bienestar animal. 3. Una “nueva” realidad jurídica sobre los animales como seres “sintientes”, y la actual vigencia del principio de protección del bienestar animal. 4. Y la debida adecuación –en devenir– del Derecho civil español a tales realidad y principio. 4.1. La malograda propuesta de reforma del Derecho civil español: los animales como seres sintientes, diversos de las cosas, pero sometidos supletoriamente a su régimen jurídico. 4.2. Los animales: ¿tertium genus entre las personas y las cosas, o especie singular de bien, como objeto de derecho? Segunda parte: Entre personas y cosas: los robots. 1. El dilema, como primera cuestión: los robots y la inteligencia artificial, entre personas y cosas. 1.1. Exposición de las diversas tesis y la consideración de los robots como cosas, sin personalidad, como la –actual– posición mayoritaria. 1.2. En particular, la comparación entre los actuales robots y los esclavos del Derecho romano clásico: los robots-esclavos. 2. Y como segunda cuestión: la responsabilidad por daños causados por los robots, ¿a quién corresponde? 2.1. ¿Al robot? 2.2. ¿O al creador y, en su caso, al usuario del robot?, y ¿con qué fundamento jurídico? A su propósito, la diferencia entre robots y animales. 2.3. En particular, la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos y por accidentes de circulación de vehículos de motor. 3. Entre bromas y veras, elucubraciones sobre otra posible hipótesis de futuro: las Fundaciones robóticas. **Referencias bibliográficas.**

INTRODUCCIÓN: OCASIÓN –Y PROPÓSITO– DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE ANIMALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Durante aquellos primeros largos meses de tan severo como necesario confinamiento provocado por el estado de alarma declarado en España a causa de la pandemia, por gentileza de la Editorial Reus llegaron a mis manos dos magníficas obras, cuya autoría correspondía a probos y brillantes juristas, que me hicieron más liviano aquel enclaustramiento: una de ellas, publicada en abril

de 2020 dentro de la colección “Animales y Derecho”, que edita Reus, era de D. José Manuel DE TORRES PEREA, Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Málaga, titulada: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles* (un tema, confieso, en parte también abordado por mí, aunque en mi caso con menor ambición, a fin de resolver un problema más concreto: el de *Crisis familiares y animales domésticos*, publicado también en la misma colección de la editorial Reus, justo antes de aquella obra, a finales de 2019). La otra monografía, publicada dentro de la colección “Derecho de las nuevas tecnologías”, que también edita Reus, y que yo mismo codirijo con el autor, se publicaba, en junio de 2020, una nueva obra de D. Miguel L. LACRUZ MANTECÓN, Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Zaragoza, titulada: *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*.

Tras su lectura, me animé a realizar sendas recensiones que se publicarían prontamente, en aquel mismo año, en la *Revista de Derecho Privado*, y que hice no solo por ocupar el tanto tiempo “libre” de que se disponía en aquellos momentos, sino, más rectamente, por lo provocativo y sugerente de tales obras, que abordaban unos temas, que aunque diferentes, están íntimamente relacionados, pues en ambos se debate hoy la cuestión de la personificación jurídica a modo de dilema, entre personas y cosas, de los animales y de la inteligencia artificial, respectivamente. Se trata de asuntos actuales, y sin duda de futuro, de calado filosófico, y también jurídico, dogmático, pero también práctico (según podrá comprobarse en las páginas que siguen).

Sea todo ello dicho, o confesado si se quiere, como advertencia de que el presente trabajo es un compendio, revisado y adecuado a la presente publicación, de aquellas dos recensiones que, es de advertir, no fueron hechas al uso de las muchas que se hacen en nuestros días, meramente descriptivas de la obra recensionada y acríticamente elogiosas de su contenido y de su autor, casi como quien, en realidad, no hubiera leído la obra, pero sí conoce bien a su autor, se limitara a realizar un simple subrayado del índice de aquella y de los méritos de este. En nuestro caso, a mi modo de ver al menos, ni los autores ni sus obras merecían tan anodina recensión. Muy al contrario, eran el atractivo de sus planteamientos, la solidez de sus argumentos y lo sugerente de sus conclusiones y propuestas, los que me incitaron a realizar sendas recensiones, en parte discrepantes con las tesis mantenidas por los autores de aquellas obras.

En efecto, en aquella recensión sobre los animales, frente a la tesis de TORRES PEREA, quien defendía la catalogación de los animales como una suerte de *ter-*

tium genus, entre personas y cosas, yo –tal vez en una posición conservadora– defendía mantenerlos en su consideración como cosas, aunque especiales al tratarse de seres sintientes (de seres vivos dotados de sensibilidad), según demuestra la nueva realidad social y jurídica, nacional y europea que nos rodea. En la otra recensión, en cambio, frente a la tesis de LACRUZ MANTECÓN, quien considera, hoy y para el futuro, a los robots como cosas, aunque singulares, yo –tal vez aquí más revolucionario, o imprudente–, aunque comparto aquella tesis –pero solo– hoy, me muestro proclive a que en un futuro, tal vez no muy lejano, quepa reconocerles personalidad jurídica.

Nada de extraño debe haber en tales diferencias de opinión. Como insiste TORRES PEREA a lo largo de su obra, sin duda como muestra de sabia prudencia (no de soberbia), no pretende zanjar, cerrar ningún debate, sino, al contrario, abrirlo para un tema aún poco tratado por la civilística española; y en el que yo, imprudente, me atrevo a participar. Al fin y al cabo, es solo así como se hace doctrina, la sal de la vida.

Por eso mismo, precisamente, para acabar esta introducción debo agradecer a D. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, notario y Profesor de Derecho Civil en la Universidad de La Habana, su gentileza para que tal debate pueda tener mayor difusión con la presente publicación en una revista como esta de prestigio –también– internacional.

Mostrada, así, mi gratitud, propia de cualquier buen nacido, veamos, pues, sin mayor dilación aquel debate.

PRIMERA PARTE: ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ANIMALES, ¿COMO *TERTIUM GENUS*?

1. EL DILEMA: LOS ANIMALES, ENTRE PERSONAS Y COSAS

Se centraba toda la obra de TORRES PEREA en el dilema de ubicar a los animales entre las personas o las cosas: en una primera parte aborda aquel dilema desde una dimensión metajurídica (filosófica, sociológica, científica o biológica, y hasta psicológica –y etológica–), siendo ya una visión estrictamente jurídica la que presenta en su segunda y última parte, donde el autor, sin demérito de nuestro Derecho vigente o ya propuesto para un inminente futuro (cuando salgamos de esta) se preocupa más por un futuro más lejano, haciendo una propuesta *de lege ferenda*, que, en su opinión, no es radical (ni escéptica, ni

animalista recalcitrante), sino intermedia y, por ello, moderada (fruto de su recién adquirido compromiso –que no activismo– animalista):

2. LOS ANIMALES COMO SERES SENTIENTES: ENTRE LA DIGNIDAD Y EL BIENESTAR ANIMAL

En aquella primera parte, la metajurídica, superada la tradicional idea del alma como –supuesta– cualidad exclusiva de la persona, el Prof. DE TORRES PEREA toma como punto de partida la época de finales del siglo XVII y, sobre todo, la del siglo XIX, para centrarse en el raciocinio y en la dignidad como –pretendidas– cualidades exclusivas del ser humano que lo diferencian del animal. Pero cuestionadas ambas cualidades por abundantes autores de prestigio, incluso como atributos propios de la persona (que pueden llegar a predicarse también, en un futuro inmediato, de otros seres híbridos, como los ciborg), concluirá DE TORRES PEREA, en una posición moderada y por ello acertada, que la diferencia entre personas y animales no radica en la existencia de cualidades que sean exclusivas de unas y otros, sino en una diferencia –tan solo– de grado en cualidades que ambos –personas y animales– comparten (“lo que nos distingue –dice, en la p. 24– son cualidades de grado”), como diferencias de grado también las hay entre los propios seres humanos (según se trate de discapacitados, menores de edad ...), y entre los propios animales (según su estructura cerebral –cuya mayor complejidad prevale en los primates–, sus habilidades mentales –como la de reconocer su propia imagen–, su propia relación con el ser humano –domésticos, salvajes...–).

Una de tales cualidades, en que DE TORRES PEREA observa solo una diferencia de grado, atiene a la capacidad de sufrimiento, tanto físico como –según parece a muchos– emocional, que también poseen los animales (¿olvidando, tal vez, tratar la aptitud para la felicidad, o cuando menos para el placer?), y que lleva al Prof. DE TORRES PEREA a preguntarse si por tal aptitud cabe predicar de los animales cierta dignidad (lo que, llevado a sus últimas consecuencias, podría suponer, en lo jurídico, reconocer a los animales cierta capacidad jurídica, la aptitud para ser sujeto de derechos –y de deberes, no se olvide–).

Advertido, sin embargo, con fundamento en ilustres filósofos, biólogos, ..., seleccionados todos ellos con esmerado acierto, que el concepto de dignidad es polisémico y que, incluso, aunque solo sea en el ámbito científico (no en el jurídico), es cuestionada la propia dignidad del ser humano (a fin de que sean permitidas prácticas científicas hoy legal o moralmente vetadas, como la

clonación...), el Prof. DE TORRES PEREA, inspirado por la reciente reforma hecha en la Constitución suiza, concluye en favor de reconocer la dignidad animal, aunque como diversa de la dignidad humana, que, fundada –tan solo– en su aptitud para el sufrimiento, no ha de suponer reconocerle a los animales ninguna aptitud para tener derechos (ni deberes), sino tan solo el merecimiento de ser respetados como seres vivos sintientes. Su principal apoyo para abordar el concepto de dignidad animal sería ciertamente el hecho de que los animales sufren; si bien, en realidad se trata de un concepto de dignidad que no es equiparable a la humana y que sigue los postulados de Amartya KUMAR SEN (Premio Nobel en 1998 por su elaboración de la *theory of the capacities*, en la que funda un concepto de dignidad que supera el kantiano), y su discípula Martha NUSSBAUM.¹ Este concepto “alternativo” de dignidad, aplicado a los animales implicaría la obligación moral del ser humano de permitir que el animal pueda desarrollar sus capacidades plenamente conforme a las características de su especie; concepto que sirve a los efectos de dar una explicación jurídica al repetido uso del concepto “dignidad animal” por el legislador, no solo el suizo, sino muy especialmente el europeo.

No se trataría, por tanto, de reconocer derechos a los animales, sino de imponer al ser humano el deber de respetarlos (estando en juego en tal respeto a los animales el propio respeto del ser humano a sí mismo, a su propia dignidad); esto es, el deber de evitar la crueldad gratuita, el sufrimiento innecesario del animal, solo justificado, en su más mínima expresión, cuando el sacrificio del animal tenga un destino científico o alimentario, pero no meramente lúdico (como sucede en los circos, zoos, corridas de toros...). Todo ello se traduce, según concluye DE TORRES PEREA, en el bienestar del animal como ser vivo sintiente, que él, siguiendo a otro PÉREZ MONGUIÓ,² define en sentido amplio (como “un variado conjunto de actuaciones encaminadas a lograr la calidad de vida del animal –que– no se podría medir con parámetros humanos, tratándoles como personas, sino dispensándoles un trato y unas condiciones de vida conformes a sus necesidades ecológicas”), y que ve indubitadamente reflejado en

¹ NUSSBAUM, M., “Animal Rights: The Need for a Theoretical Basis”, *Harvard Law Review*, vol. 114, No. 5, marzo, pp. 1506-2549, p. 1509 y ss.; *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*; y *Women and Human Development: The Capabilities Approach*.

² PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*; “Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal”, *Animalia*, No. 190, 2006, pp. 56-60; “Marco jurídico de la protección animal en España desde 1929 hasta 2015: el lento y firme trote del mastín”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, No. 32/2015, pp. 1-34; y “El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 51, 2018, pp. 244-280.

el mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo art. 13 califica a los animales como “*sentient beings*” o “seres sintientes” (“Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles ...”).

Y llegado a tal dato, ya estrictamente jurídico, concluye el autor la primera parte de su obra –la metajurídica–, para comenzar la segunda y última –la legal–, donde destaca:

3. UNA NUEVA REALIDAD JURÍDICA SOBRE LOS ANIMALES COMO “SERES SINTIENTES”, Y LA ACTUAL VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL BIENESTAR ANIMAL

En cumplimiento de aquella exigencia comunitaria (contenida en aquel art. 13 del TFUE), DE TORRES PEREA analiza las reformas habidas en algunos Códigos civiles europeos (Alemania, Suiza, Austria, Francia y Portugal), o la propuesta en España de reforma del CC, la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria, consensuada por todos los partidos políticos (quién lo iba a decir), aunque malograda por el anticipo de elecciones generales, a fin de amoldar su legislación a esa nueva realidad habida sobre los animales; una adecuación que, como destaca el autor, ya se ha plasmado dentro de España: en parte en el Código Civil Catalán (que desde 2006 afirma en su art. 511-1, al definir los bienes: “3. *Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza*”), y también a nivel estatal en algunas otras ramas jurídicas, como en la reforma hecha en 2003 y reforzada en 2015 del Código penal al introducir el delito de maltrato animal, y donde según DE TORRES PEREA se protege el bienestar animal como bien jurídico protegido según la más reciente doctrina penalista.³ También hubiera podido resaltar el autor, a mayor abundamiento

³ Por todos, HAVA GARCÍA, E., “La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal”, *Estudios Pénales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 259-304; y siguiéndola, MESÍAS RODRÍGUEZ, J., “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español”, *da.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/2, 2018, pp. 66-105, quienes nos explican con detalle (HAVA GARCÍA, E., “La protección del bienestar...”, *cit.*, p. 273 y ss.; y MESÍAS RODRÍGUEZ, J., “Los delitos...”, *cit.*, p. 72 y ss., a las que nos remitimos) el debate habido –aún– en la ciencia penalista acerca de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos contra animales domésticos: desde quienes niegan o relativizan la existencia misma de un bien jurídicamente protegido en tales delitos, pasando por quienes estiman que el bien jurídico protegido es

de su opinión, la pléyade de normas autonómicas en España, que consideran a los animales –sobre todo, los de compañía y domésticos– como seres vivos dotados de sensibilidad (física y –también– psíquica, dicen algunas de tales normas –como la catalana, la gallega o la murciana–), y les dotan, por ello, de un especial régimen tuitivo, inspirado en la necesidad de garantizar el bienestar del animal; lo que se hace, especialmente, en el ámbito administrativo, aunque con alguna ocasional referencia al ámbito civil (como sucede en materia de responsabilidad por daños en aplicación del art. 1905 del CC español⁴).

A su vista, y es esta mi opinión que comparto con DE TORRES PEREA, estamos ante una nueva realidad social y jurídica, la de considerar al animal como ser sintiente, pero también ante un nuevo principio general del Derecho, el del bienestar animal, que como permiten los arts. 1.4 y 3.1 del CC español,⁵ sirven no solo para inspirar al legislador en posibles –y debidas– reformas, ni al jurista para hacer propuestas *de lege ferenda*, sino ya hoy para integrar e interpretar, y así adecuar, la legislación vigente, aún sin reformar. Entre una de las propuestas del Prof. DE TORRES PEREA (según dice, entre las conclusiones del libro, en la p. 195), está la de elevar a principio general del Derecho directamente aplicable por el juez, la obligación del ser humano de respetar la naturaleza de los animales como seres sintientes. Ciertamente, no está dicho principio expresamente consagrado en la Constitución española (aunque alguno quiera extraerlo por vía interpretativa⁶), y que por eso DE TORRES propone reformar inspirado en el caso suizo; pero, según creo, como apoyo de la pretensión del autor, ya lo está en el resto del ordenamiento jurídico (en las normas penales,

el medio ambiente, la vida, salud y dignidad del propio animal, o bien la de su dueño, o la de la sociedad en general, hasta la posición más reciente (que, precisamente, defienden HAVA GARCÍA, E., “La protección del bienestar...”, *cit.*, p. 288; y, siguiéndola, MESÍAS RODRÍGUEZ, J., “Los delitos...”, *cit.*, pp. 76 y 77), de que es el propio bienestar del animal, concluyendo así con fundamento, también, en el Derecho comunitario y en el de nuestras Comunidades autónomas.

⁴ Cuando dice: “El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

⁵ Dice el art. 1.4: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”; haciendo en parte referencia a tales principios el art. 3.1 del CC español, dedicado a la interpretación de las normas, cuando afirma que toda interpretación debe hacerse “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” normas.

⁶ Por ejemplo, ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar de los animales como seres sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, *La Ley digital*, 2011, pp. 9 y ss. - 50.

administrativas y autonómicas arriba citadas), incluso a nivel europeo, en la gestión del propio art. 13 TFUE; a saber:

En un comienzo, el bienestar de los animales y su protección por las personas fue ya consagrado con alcance general en el protocolo No. 33, anejo al Tratado de Ámsterdam (de 1997), por el que se modificaban el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Para luego ser recogido, con algunas modificaciones, en el art. III-121 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (de 2004) y, finalmente, consagrado en el propio cuerpo –articulado– del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de 2008), cuyo art. 13, en efecto, califica a los animales como “*sentient beings*” o “seres sintientes” (como ya hacía antes el Protocolo No. 33, aunque diciéndolo este en su Preámbulo).

En aquel inicial reconocimiento, sin embargo, tal necesaria protección del animal fue negada en su posible consideración como –nuevo– principio general del Derecho europeo. Así lo estimó la STJUE de 12 julio 2001 (caso “Jippes”) al prejuzgar la prohibición de vacunación y la necesidad de sacrificar abundante ganadería, sin posibilidad de ninguna vacunación, impuesta por algunas Directivas y Decisiones Europeas a fin de acabar eficaz y prontamente con la fiebre aftosa que, en aquel momento, se había expandido peligrosamente, como epidemia, por toda la Comunidad europea. En contra de tal medida se alegó, entre otras razones, que la misma vulneraba el principio de Derecho comunitario de bienestar del animal, al que, por entonces, hacía referencia –al menos la más directa– el Protocolo No. 33, anejo al Tratado de Ámsterdam, aunque no estuviese recogido expresamente como uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea; omisión esta, precisamente, que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue determinante para negar la existencia de tal –pretendido– principio general del Derecho comunitario, admitiendo –tan solo– una exigencia, como dice explícitamente el propio Protocolo No. 33: la de tener “plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles”.⁷

⁷ Textualmente, aquella STJUE de 2001 afirmaba (en su No. 73): “Por lo que se refiere al Protocolo, de su propio tenor literal se desprende que no establece un principio general del Derecho comunitario con un contenido claramente determinado que se imponga a las instituciones de la Comunidad. En efecto, aunque impone que se tengan ‘plenamente en cuenta’ las exigencias en materia de bienestar de los animales al formular y aplicar las políticas comunitarias, limita esta obligación a cuatro ámbitos específicos de la actividad de la Comunidad y prevé que se respeten las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”. Y añadía luego (en su No. 76): “Por último, si bien existen varias disposiciones de Derecho derivado sobre el bienes-

Pero desde aquella decisión, datada en 2001, según advierte cierta doctrina más reciente,⁸ el panorama jurídico europeo ha cambiado cualitativamente, otorgando mayor peso a esa inicial exigencia, para erigirla, ya hoy, en un valor u objetivo constitucional europeo (en el art. III-121 del Tratado de Lisboa), en un estricto principio general del Derecho europeo, según demuestra su consagración en el propio articulado –art. 13– del mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y no en su Preámbulo, como en cambio hacía el Protocolo No. 33, cuando, como es sabido, tales textos preambulares solo tienen un valor interpretativo, pero no vinculantes, y carentes, en todo caso, de cualquier valor jurídico normativo.⁹

A mi modo de ver, sin embargo, no se ha hecho con ello sino consolidar, dar plena viabilidad al principio ya nacido anteriormente, trasladándolo de la nebulosa de las normas “principiales” (contenida, no en vano, la referencia a los animales como seres sintientes en el Preámbulo del Protocolo No. 33, con un valor, ya entonces, interpretativo), a las ya regladas –articuladas–, con un valor, por tanto, ya más cercano a lo estrictamente normativo, sin negarle el valor –también– interpretativo que –ya tenían y ahora tan solo– conservan. Por eso mismo, aun siendo ya desde antes un principio –el del bienestar animal–, en aquel caso (“Jippes”), probablemente el Tribunal Europeo no debió zanjar la cuestión –prejudicial– negando la existencia de tal principio, para así salvaguardar la seguridad sanitaria europea (y así la salud humana), sino aceptando la existencia de ambos principios, aunque dando prioridad, en la colisión, al segundo (relativo a la salud humana), conforme al principio de proporcionalidad.

Así las cosas, aunque carentes de aplicación directa por ser simplemente programáticas, por sí solas, desde aquellas normas europeas, por cuanto ya forman parte de nuestro propio ordenamiento, al haber sido ya publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* (cfr. arts. 96.1 de la Constitución española y el 1.5 de

tar de los animales, tampoco proporcionan indicaciones que permitan considerar la exigencia de velar por el bienestar de los animales como un principio general del Derecho comunitario”

⁸ BRELS, S., “El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001”, *DA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2; más *in extenso*, y con cierta vehemencia, ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar...”, *cit.*

⁹ Sobre el valor de los Preámbulos, Exposiciones de Motivos de las leyes, así como de los Considerandos de las normas europeas, permítaseme remitirme a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo del Profesor C. ROGEL VIDE, Méjico-Madrid, 2015, dentro de la colección “Biblioteca Iberoamericana de Derecho”, de la editorial Reus.

su CC¹⁰), nadie puede negar, ya hoy, la existencia en nuestro propio Derecho de un nuevo principio general del Derecho, cual es el de proteger el bienestar animal, que, amén de su posible función integradora, como fuente del Derecho supletoria de último grado (ex art. 1.4 CC), antes puede cumplir una función interpretativa de la norma vigente, aunque esta, en su letra, fundada en su pasado, no haya sido modificada por el legislador, pudiendo serlo por el propio aplicador en tanto el resultado de su interpretación sea respetuoso con la razón de la norma así interpretada (según exige el art. 3.1 CC en su inciso final¹¹).

4. Y LA DEBIDA ADECUACIÓN –EN DEVENIR– DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL A TALES REALIDAD Y PRINCIPIO

4.1. LA MALOGRADA PROPUESTA DE REFORMA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: LOS ANIMALES COMO SERES SENTIENTES, DIVERSOS DE LAS COSAS, PERO SOMETIDOS SUPLETORIAMENTE A SU RÉGIMEN JURÍDICO

Admitidos, entonces, tales nuevas realidad y principio europeos, que han sido incorporados al ordenamiento español, ¿cómo debería proceder su legislador para adecuar a ellas el Derecho –aún– vigente? He ahí el punto de partida que toma el Prof. DE TORRES PEREA en la segunda parte de su obra, para proponer la necesidad de una pronta reforma legislativa, que amén de constitucional y atinente en parte a otras ramas jurídicas, como la administrativa, debe afectar principalmente al Derecho civil, en especial, aunque no solo, al Código civil. Pero nada de ello se ha hecho hasta el momento.

Contrasta en este sentido el actual estancamiento del Código civil español con el avance de otros países del mismo entorno europeo, que han modificado sus códigos civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social, y también jurídica, habida hoy hacia los animales, a fin de reconocer su cualidad como seres vivos dotados de sensibilidad (o, cuando menos, para negar que los animales sean simples cosas); ahí están, por ejemplo (en esa negación de los animales como simples cosas, que según DE TORRES PEREA fue la primera fase de la reforma –de “simple maquillaje”, dice– en *pro* de los animales): la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la reforma alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de

¹⁰ Normas ambas que vienen prácticamente a decir lo mismo: “*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el ‘Boletín Oficial del Estado’*” (dice el CC español en su art. 1.5).

¹¹ Inciso y normas ambas (arts. 1.4 y 3.1 del CC español), en una nota anterior ya reproducidos.

la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en la Ley Fundamental de Bonn un nuevo art. 20 a); la regulación en Suiza, país que también incluye en su Constitución la protección de los animales y que modificó el Código civil y el Código de las obligaciones a este propósito; la reforma belga de 19 de mayo de 2009;¹² y, como más destacables (por desechar aquella definición negacionista de los animales como cosas, para definirlos, positivamente o por inclusión, como seres vivos sintientes, y que para DE TORRES PEREA constituye la segunda fase en el nuevo estatuto jurídico de los animales), las dos reformas más recientes: la francesa de 16 de febrero de 2015¹³ y, de manera muy especial por ser la más completa de todas (y que, por eso mismo, DE TORRES PEREA con toda razón elogia y propone como modelo inicial entre nosotros), la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017,¹⁴ que establece un estatuto jurídico de los animales y modifica tanto su Código civil como el Código procesal civil y el Código penal.

En efecto, y como subraya el Prof. DE TORRES PEREA, frente a las primeras reformas de los códigos civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza) que utilizaban la formulación “negativa” para decir que los animales no son cosas o no son bienes, las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, en mayor consonancia con el Derecho de la Unión Europea, han optado por una descripción “positiva” de la esencia de estos seres, que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas: así, en el nuevo art. 515-14 del CC francés se dice que *“Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité”*; por su parte, se dirá en el mismo art. 1 de la reforma portuguesa que *“A presente lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados*

¹² En efecto, como explica ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar...”, *cit.*, pp. 3-50: “El derecho austriaco fue el primero en imponer cambios en el estatuto de los animales como ‘cosa’ al introducir el 1 de julio de 1988 el art. 285.a) en el ABGB (Código civil austriaco): *“Tiere sind keine Sachen”* (los animales no son cosa). Lo mismo hizo el Derecho alemán en 1999 y desde entonces el art. 20.a) del BGB (Código civil alemán) también es tajante: *“Tiere sind keine Sachen”* (los animales no son cosa). También la ley federal de 4 de octubre de 2002 hizo lo mismo con el Código civil suizo de 1907: *“Art. 641.a: ‘Les animaux ne sont pas des choses’; ‘Tiere sind keine Sachen’; ‘Gli animali non sono cose’*”. Para más detalles sobre el Derecho europeo, ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar...”, *cit.* pp. 4 y ss. - 50.

¹³ Para un primer estudio aproximativo, LELANCHÓN, L., “La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés”, *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/3, 2018, pp. 72-79.

¹⁴ Para una visión panorámica, MOREIRA, A. L., “La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal”, *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/3, 2018, pp. 80-91.

de sensibilidade”, disponiendo ya, en el nuevo art. 201.B de su Código civil, que “Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”.

Toda esta normativa ha tenido su influencia en una Proposición de reforma legal española que, en efecto, se inspiraba en algunas de tales normas europeas, especialmente en la francesa y, sobre todo, en la portuguesa. Al margen de otras, por iniciativa del Partido Popular se presentó en octubre de 2017 una Proposición de Ley de modificación del Código civil, de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que cristalizaría en una propuesta consensuada por todos los partidos políticos, aunque finalmente malograda, caducada, por los conocidos avatares políticos que siguieron en el tiempo, plagado de gobiernos provisionales y de continuas elecciones generales anticipadas, lo que obligó a que aquella Propuesta, consensuada ya en marzo de 2019 (y así publicada el mismo día uno de dicho mes en el *Boletín Oficial del Congreso*),¹⁵ quedara abortada cuando apenas un mes después se anticiparon las elecciones generales (una de tantas).

En la Exposición de Motivos de dicha Proposición se hacía mención del nuevo panorama legislativo europeo habido sobre los animales (y que hasta aquí hemos expuesto, inspirándonos, precisamente, en dicho Preámbulo), aunque olvidándose en él de cualquier referencia a nuestra normativa autonómica (especialmente, resulta destacable la omisión del art. 511-1.3 del CC catalán). Bajo la idea (la *ratio legis*) de estimar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, cuyo bienestar ha de asegurar la ley en conjugación con su condición de posible objeto de propiedad (aunque diverso de las simples cosas), eran, en efecto, muchas las propuestas de reforma que se pretendían, según evidencia el propio elenco de leyes a reformar mencionado en el mismo título de la reforma: el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la misma Ley Hipotecaria, que el Prof. DE TORRES PEREA describe en buena parte de su obra, con importantes aportaciones personales (como la preferente atención al interés –siempre– superior del menor en la decisión judicial acerca de la tenencia de los animales domésticos en caso de crisis familiar, o como la imprevisión acerca del destino del animal en caso de muerte o de incapacitación de su dueño, proponiendo a tal efecto el autor una suerte de fideicomiso de residuo), y que

¹⁵ Cuya tramitación íntegra puede consultarse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FI-FO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000134*.NDOC.%29

en las páginas que siguen solo referiré ocasionalmente, al objeto –solo– de tratar el nudo central de su tesis.

Aun mostrando DE TORRES PEREA un juicio de valor en general positivo con la reforma propuesta, que yo también comparto, objeta, sin embargo, que en la misma, tras priorizarse la calificación del animal como ser vivo dotado de sensibilidad, se permita el recurso supletorio a las reglas sobre bienes (como, hemos visto, viene ya hace tiempo haciendo el art. 511-1 del CC catalán).

Así lo advierte aquella propuesta en su propia Exposición de Motivos, cuando dice: *“La reforma afecta, en primer lugar, al Código Civil, con vistas a sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. De esta forma [...] se concreta que los animales no son cosas, sino seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no implica –aclara– que en determinados aspectos no se aplique supletoriamente el régimen jurídico de las cosas. Pasan así los animales a estar sometidos sólo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección”*; añadiendo –y reconociendo– más adelante: *“En nuestra sociedad actual los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio entre las personas. La relación de la persona y el animal sea éste de compañía, doméstico, silvestre o salvaje, es una relación de propiedad privada –o a veces patrimonial o de dominio público en el caso de las Administraciones–, si bien ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad sobre la que recae dicha propiedad. Así, cualquier facultad sobre el animal amparada por dicha relación de propiedad ha de respetar tal cualidad, de modo que el propietario ha de ejercer dichas facultades atendiendo al bienestar del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel e innecesaria”*.

Y así lo expresa el ap. 1 del nuevo art. 333 del CC español propuesto: *“Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección”*. Es esta una norma, sin duda, inspirada en el nuevo art. 515.14 del CC francés (*“Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens”*); así como en el nuevo art. 201.B y D del portugués (que, tras decir en la letra B, que *“os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto*

de proteção jurídica em virtude da sua natureza”, afirma en su letra D: “Na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza”).

¿Y merece realmente alguna objeción tal recurso supletorio al régimen de las cosas? He aquí, permítaseme, el único punto en que discrepo. Veámoslo.

4.2. LOS ANIMALES: ¿*TERTIUM GENUS* ENTRE LAS PERSONAS Y LAS COSAS, O ESPECIE SINGULAR DE BIEN, COMO OBJETO DE DERECHO?

No place del todo aquel recurso supletorio al régimen de los bienes al Prof. DE TORRES PEREA, quien, en la última parte de su obra, anhela por la paulatina desaparición de tal remisión subsidiaria, que arrastra aún la calificación de los animales como cosas, y propone la construcción de un estatuto jurídico nuevo y propio, o exclusivo, de los animales. Aun sin así decirlo, se trataría de dar un paso más, una especie de *encuentro en la tercera fase* a lo SPIELBERG (que supere a la primera, negacionista de los animales como simples cosas, y a la segunda positivista, que los estima como seres vivos sensibles, pero sometidos subsidiariamente al régimen de bienes). La propia proposición de reforma española muestra tal anhelo, cuando afirma en su Exposición de Motivos: *“Lo deseable, ‘de lege ferenda’, es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas”*.

Para alcanzar esa nueva –no sé si definitiva– fase, entiende DE TORRES PEREA que habría tres alternativas: como la más tenue, la de regular en el Libro II del CC español como realidades diversas las cosas y los animales, ambos como objetos de derechos, como ya hace la propuesta de reforma, aunque reconociendo la dignidad animal, como diversa de la humana. Otra opción, que DE TORRES PEREA llama intermedia, sería mantener aquel régimen de los animales en el Libro II, añadiendo en el Libro I del CC español un nuevo concepto de persona, diversa de las personas físicas y jurídicas, que incluyera a los animales más complejos (principalmente, a los primates). Y una última alternativa, la más extrema, sería establecer un estatuto jurídico para los animales enteramente contenido en el Libro I del CC, dedicado a las personas, para así equipararlos a los seres humanos. Entre todas esas opciones, DE TORRES PEREA, quien ya en la primera parte, fundado en razones metajurídicas, rechazaba la personificación de los animales, parece decantarse por la primera de las alternativas, la más tenue, aunque, yendo más lejos de la reforma española propuesta, proponiendo también su “descosificación” (dice en la p. 193), que los animales sean catalogados (dice,

en la p. 183) como “una categoría especial distinta a la humana y a la de objetos y cosas”, subdistinguiendo a su vez dentro de los animales (según su estructura cerebral –cuya mayor complejidad se da en los primates–, sus habilidades mentales, su propia relación con el ser humano –domésticos, salvajes...–). En definitiva, propone crear un *tertium genus* –así lo dice en varias ocasiones– entre las personas y las cosas para ubicar en dicha nueva categoría mixta a los animales, que, aunque con dignidad –la animal, diversa de la humana–, carecerían de capacidad jurídica, no podrían ser sujetos de derecho, y que, a diferencia de las estrictas cosas, todas ellas inanimadas o insensibles, tendrían una sensibilidad protegida jurídicamente.

Esa es, en fin, la tesis principal del Prof. DE TORRES PEREA, que, sin embargo, yo no comparto del todo, no tanto por su insostenibilidad teórica –al ser perfectamente defendible–, sino sobre todo porque no veo yo el modo de darle practicidad; a saber:

No seré yo, precisamente, quien niegue la importancia de la dogmática, de precisar conceptos y clasificaciones, categorías y naturalezas –todas ellas– jurídicas, a fin de sistematizar el sistema y delimitar las instituciones. Siempre me he preocupado por fijar dogmáticamente las fronteras entre muy diversas instituciones (entre el derecho real y el de crédito, entre las cargas personales y reales, entre la analogía y la interpretación extensiva, entre el matrimonio y las parejas de hecho, entre la hipoteca y la fianza, el usufructo y el arrendamiento, entre muebles e inmuebles...). Pero siempre he procurado hacerlo con una visión –y una utilidad también– práctica, evitando caer en una pura jurisprudencia de conceptos (v. gr., para no aplicar los límites de la analogía impuestos en el art. 4.2 del CC español¹⁶ a los casos de simple interpretación extensiva, para impedir la aplicación analógica de las normas sobre matrimonio a las parejas de hecho, de las de la fianza a la hipoteca dada por tercero, de las del usufructo al arrendamiento ... ¡o a la inversa!; o, últimamente –y muy relacionado con el tema que aquí nos ocupa– para incluir entre los inmuebles por destinación del art. 334.6º del CC¹⁷ a los animales domésticos, mediante una suerte de destinación afectiva o emocional con fundamento en el *animus*

¹⁶ Cuando dice: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

¹⁷ Cuando considera como bienes inmuebles “Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente”.

revertendi, en la querencia, a que se refiere el art. 465 del CC español,¹⁸ para así concluir, con un criterio seguro, que el animal doméstico sea parte de la vivienda en la aplicación del art. 96 del CC español, para cuando en caso de crisis familiar, la pareja rota no llegue a un acuerdo sobre qué hacer con la mascota). Tampoco soy reacio a las ficciones jurídicas, que desde Roma siempre han existido, y que más modernas las hay y he defendido (como el matrimonio “homosexual”, la gestación por sustitución para las parejas “gay”...; o la antes citada “inmovilización” por destino de los animales domésticos); pero –insisto– siempre que ello haya podido tener una repercusión práctica. Pues, ¿acaso la puede tener realmente aquella que pretende el Prof. DE TORRES PEREA? Aun aceptando su propuesta de estimar –de fingir, tal vez– a los animales como una categoría propia y diversa tanto de las personas como de las cosas, con dignidad, pero sin derechos, como objeto de derecho, pero sensible y, por ello, necesitado de protección, ¿qué consecuencias prácticas podría llegar a tener todo ello? Es verdad que, desde el mismo comienzo de su obra, nos advierte DE TORRES PEREA que su propuesta *de lege ferenda* no va a presentarla como una propuesta articulada. Quizá no lo haya hecho, y esto es mera conjetura mía, porque se hubiera dado cuenta de que ya la propuesta de reforma de CC español de que disponemos –que, luego veremos, va más allá de la reforma portuguesa, que fue su musa– responde a su tesis, para cuya satisfacción, sin la necesidad de crear una nueva categoría, basta con estimar a los animales como bienes u objeto de derecho singulares. Porque intentar dar un paso más, pretender alcanzar una –supuesta– tercera fase, concluiría inevitablemente en una –mayor o menor– personificación de los animales.

Es verdad que la reforma española ya propuesta no habla de la dignidad del animal, pero sí de su bienestar, incluso en temas, tan íntimos, como en las consecuencias de las crisis familiares, donde se propone introducir una nueva letra c) en el art. 90 (sobre el posible contenido del convenio regulador en caso de separación o divorcio), que diga: “El destino de los animales de compañía, caso de que existan –copiando así el art. 1775.f) del CC portugués,¹⁹ pero añadiendo la propuesta española lo que sigue:–, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario”. Después, introduciendo un nuevo art. 94 *bis*, para el caso en que los esposos no lleguen a un acuerdo:

¹⁸ Cuando, a los efectos de conservar la posesión, dice: “Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor”.

¹⁹ “Acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam”.

“La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este”. La norma propuesta es casi una copia literal del nuevo art. 1793.A) del CC portugués (*“Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal”*); pero con la importante diferencia –que destaca también DE TORRES PEREA– de que durante la tramitación de la propuesta española se introdujo, como novedad, su inciso final (“con independencia de la titularidad dominical de este”), precisamente, con aquel fin, según justificaban –de forma idéntica– las enmiendas No. 7 (del Grupo Mixto) y No. 83 (del PSOE), que proponían añadir tal inciso último. En consonancia con tal novedad, se proponía también modificar el art. 103 del CC español introduciendo una nueva medida que el juez puede adoptar: “Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

A su vista, me pregunto cómo podrían redactarse tales normas a fin de amoldarlas a la tesis de TORRES PEREA sobre el *tertium genus*. ¿Acaso tan solo reemplazando la palabra “bienestar” por la de “dignidad”? ¿Cómo proteger más aún al animal, o cómo descosificarlo, en tales normas, sin llegar a personificarlo? El propio DE TORRES PEREA elogia esas mismas normas, advirtiendo (en la p. 145) que guardan un “paralelismo” con el régimen de guarda y custodia de los hijos... Por eso mismo, no pueden ir más allá si no es adentrándose en la personificación de los animales.

Y otros ejemplos se podrían poner como muestra de tal sensibilidad que hacia los animales, como seres sintientes y no como simples cosas, contiene la propuesta de reforma española (desde la abolición del *ius abutendi* cuando se regula el derecho de propiedad sobre el animal en el nuevo ap. 2 del art. 333 CC propuesto –prohibiendo el maltrato, el abandono, ...–, hasta en el propio lenguaje, incluyendo a los animales como objeto de derecho, de propiedad y posesión, mas como algo distinto del resto de bienes; o la simple expresión “animal salvaje” sustituyendo a la de “animal fiero” del art. 465 del CC).

No quiere decir todo ello que la propuesta española de reforma sea perfecta, que no sea mejorable, incluso conforme a su propio espíritu, pues, sin duda, contiene errores e imprevisiones (que el propio DE TORRES PEREA advierte con

maestría, pero que ahora –creo– no corresponde abordar, como en mi opinión²⁰ sería considerar civilmente el maltrato animal como un caso de abuso de derecho, al amparo del art. 7.2 del CC español²¹). Pero tan solo se trataría de mejoras dentro del espíritu general de la reforma, pues dar un paso más solo se daría personalizando a los animales. La propuesta se ha mantenido en el límite, antes de dar ese salto –que considero– al vacío. Y para no darlo es inevitable mantener a los animales en el régimen de las cosas, aunque no como simples cosas, y sean estimados como –otro tipo de– bienes especiales merecedores de una protección –también– especial. De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que todo Derecho regula y protege singularmente (como son la propiedad intelectual, la industrial –que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano–, el patrimonio histórico, los propios derechos como objeto de otros derechos...), sin que por ello sea necesario crear para tales bienes una tercera categoría entre las personas y las cosas; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni tal vez en un futuro para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que en las Fundaciones se personifica –todo– un patrimonio, aunque destinado por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*).

Comparando aquel tipo de bienes singulares con los animales, dice DE TORRES PEREA (en la p. 199), que “la protección que merece un animal es distinta de la que pueda merecer un edificio calificado de patrimonio histórico. Los animales sienten y sufren y el edificio no”; lo que, sin duda, es cierto, pero, en mi opinión, no obliga a que los animales dejen de ser sometidos –aunque sea solo subsidiariamente– al régimen de los bienes. De aceptarse, como hace la reforma propuesta, que los animales sigan siendo objeto de derechos (de propiedad, de posesión,...), desde un punto de vista –solo– dogmático, bastaría con abrir para los animales un espacio propio dentro de la categoría de bienes u objetos de derechos: junto a las cosas (como objeto inmediato de los derechos reales,

²⁰ Que, a propósito del estado de alarma declarado en España provocado por la pandemia, expuse en “Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente”, *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11/2, 2020, pp. 17-29.

²¹ Que dispone: “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

y mediato de los de crédito), a la conducta de la persona (como objeto directo de los derechos de crédito), y a las cualidades de la persona (como objeto de los derechos de la personalidad). Y qué duda cabe de que en comparación con todas esas especies de objetos de derecho, a los animales solo cabe aplicar el régimen propio de las cosas, aunque con importantes singularidades (por la necesaria protección de su bienestar, o de su dignidad si se quiere), que son, precisamente, las que justificarían su calificación como bien singular. Y como prueba de ello, una más; la que sigue:

Entre sus elogios hacia la propuesta de reforma española, se congratula De TORRES PEREA de que al ser derogado el No. 6 del art. 334 del CC,²² ciertos animales (los adscritos a un fin económico –agrícola, ganadero o industrial– de un finca) hayan dejado de ser estimados como inmuebles por destinación. El primer Código en hacer tal reforma fue el francés, en cuyo nuevo art. 524, tras suprimir el elenco de animales que estimaba como inmuebles por destinación, dice, sin embargo, en su nuevo primer apartado que *“Les animaux que le propriétaire d’un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination”* (y lo mismo hace en su nuevo art. 2501); de modo que lo que sacan por la puerta (la calificación de ciertos animales como inmuebles por destinación), lo vuelven a meter por la ventana (al someterlos al régimen propio de los inmuebles por destinación). Inevitablemente, porque no hay –o yo, al menos, no imagino– otra opción, lo mismo hace la propuesta española de reforma de CC: tras suprimir el actual No. 6º del art. 334 del CC, añade un nuevo ap. 2, donde se dice: “Quedan sometidos al régimen de los bienes inmuebles los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente”.

Se mantiene, pues, aún hoy aquella misma ficción legal introducida en el CC francés de 1804, y seguida por otros Códigos, como el español, lo que, a su vez, permite que el animal, como tal, no pierda su propia individualidad, y que, por tanto, su adscripción al mismo régimen del inmueble dependa de la voluntad de sus dueños y, también –habría que añadir– del propio bienestar del animal (o, si se acepta la idea, de su dignidad), al margen de a quien corresponda su estricto dominio. Otra opción, que quiera resistirse a la personificación de los animales, se me antoja difícil, aunque tal vez –y

²² En una nota anterior reproducido.

aquí yo yerre– no imposible. Quede, así, como en el fondo quiere el Prof. DE TORRES PEREA, abierto el debate a otros...

SEGUNDA PARTE: ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ROBOTS

1. EL DILEMA, COMO PRIMERA CUESTIÓN: LOS ROBOTS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ENTRE PERSONAS Y COSAS

1.1. EXPOSICIÓN DE LAS DIVERSAS TESIS Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS ROBOTS COMO COSAS, SIN PERSONALIDAD, COMO LA –ACTUAL– POSICIÓN MAYORITARIA

Comienza LACRUZ su obra –ya citada– planteando el dilema de ubicar a los robots entre las personas o las cosas, en si cabe hoy, o en un futuro, reconocer una posible personalidad jurídica robótica, trayendo al hilo un fragmento de aquel conocido relato de Isaac ASIMOV (*El hombre bicentenario*), también llevado a veces al mundo del celuloide, cuando la hija del propietario del robot Andrew le dice que este quiere comprar su libertad y el padre replica: “–Él no sabe qué es la libertad. Es un robot. –Papá, no lo conoces. Ha leído todo lo que hay en la biblioteca. No sé qué siente por dentro, pero tampoco sé qué sientes tú. Cuando le hablas, reacciona ante las diversas abstracciones tal como tú y yo. ¿Qué otra cosa cuenta? Si las reacciones de alguien son como las nuestras, ¿qué más se puede pedir?”.

También podrían haberse traído otros fragmentos, de esta o de otras muchas obras. Sabido es que la literatura y el cine están plagados de obras donde el ser humano muestra su preocupación, y sus miedos, sobre sus propias creaciones, que se pueden volver en contra de su propio destino, individual o incluso como especie. No voy yo, sin embargo, a recordar ninguna de tales obras (muchas de las cuales sin duda estarán ahora en la mente del posible lector de esta recensión). La del Prof. LACRUZ me parece bien elegida, aunque yo, también de ASIMOV, hubiera elegido su saga de la Fundación (como guiño, evidente, a lo que luego propondré), entre cuyos relatos compendiados, precisamente, se encuentra el conocido *Yo, robot* (también llevado al cine, con más pena que gloria).

Planteada así la cuestión central, a modo de dilema entre personas y cosas, las soluciones posibles serían, en concreto, tres (esperando que el lector me excuse de citar los tantísimos autores, patrios y extranjeros, juristas o no, que han abordado el tema y se enmarcan en una u otra posición):

Una, que era la defendida por DE TORRES PEREA para los animales, sería estimar a los robots como un *tertium genus*, entre personas y cosas; pero, como sucedía con aquella tesis animalista, y para esta otra advierte la Prof. D^a Silvia DÍAZ ALABART,²³ es una posición ecléctica y, por ello, inconducente a los efectos prácticos, al dejar sin resolver –lo importante– qué régimen jurídico les resultaría aplicable: ¿el de las personas o el de las cosas, según convenga?

Otra solución, la más avanzada o revolucionaria y, sin duda, atrevida, sería la de reconocer personalidad jurídica en los robots, la de estimarlos como personas (con diversas variantes: que si subtipo de persona humana, de persona jurídica o de híbrido entre ambas, o como cosa personificada, o como persona singular, que ocuparía una situación intermedia, y diversa –otro modo de *tertium genus*– entre unas y otras personas –físicas o naturales y jurídicas o morales–). En esta última posición, como destaca LACRUZ, parece moverse el Parlamento Europeo, especialmente –aunque no solo– en su Resolución de 16 de febrero de 2017, donde propone “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”. En España, sin duda, Moisés BARRIO ANDRÉS²⁴ es uno de los más vehementes defensores de tal propuesta.

Contra tal propuesta, pero apoyado en la doctrina mayoritaria, considera Lacruz MANTECÓN que jamás los robots podrán estimarse como personas, ni como humanas, ni siquiera como jurídicas. Negada la asimilación a ambos tipos de personalidad, se centra LACRUZ, sin embargo, en las diferencias que hay, en su opinión, que hoy es la mayoritaria, entre seres humanos e inteligencia artificial. Como punto de partida atiende a dos cualidades o atributos que siempre concurren en toda persona natural, como son su inteligencia (y su conciencia moral), y su autonomía (su voluntad libre, su libertad), que en su opinión faltan en los robots; tal vez también hubiera podido atender a la idea de dignidad y a la de sensibilidad (a la capacidad para sentir, placer o sufrimiento), tan empleadas también hoy en la confrontación entre personas y animales. Pero no

²³ En “Robots y responsabilidad civil”, en C. Rogel Vide (coord.), *Los robots y el Derecho*, pp. 99-114; así como en *Robots y responsabilidad civil*.

²⁴ En “Hacia una personalidad electrónica para los robots”, *Revista de Derecho Privado*, No. 2, marzo-abril 2018.

se entienda tal ausencia en el razonamiento de LACRUZ como una crítica, pues tal vez ambas, dignidad y sensibilidad, estén de algún modo integradas en los atributos humanos atendidos por LACRUZ (en la moralidad de su conciencia y, por consiguiente, en la de su actuación inteligente y libre, que permite optar conscientemente entre el bien y el mal, entre el placer y el dolor...). Al fin y al cabo, a lo largo de la historia jurídica, la persona, amplia o estrecha en su contenido, siempre se ha definido como un ser racional y libre; cualidades ambas –racionalidad y libertad– que para LACRUZ faltan en la robótica (concluyendo así al decir que no es que los robots tengan inteligencia y conciencia, sino que es “como” si la tuvieran, pero sin tenerlas en realidad –pura apariencia, pues–):

Por un lado, considera LACRUZ una falacia narcisista intentar equiparar la inteligencia humana con la artificial, limitada esta a tareas especializadas, que no piensa por sí sola, con autonomía, sino que mimetiza e imita, que computa conforme a los algoritmos dados por su creador, carente, por ello, de libertad y autonomía en sus decisiones (que le vienen dadas previamente por su programador y, también en parte, posteriormente por su usuario), lo que le hace carecer también de capacidad para la abstracción y la imaginación. Reconoce, no obstante, sobre esto último LACRUZ que mediante el autoaprendizaje es posible observar ya hoy cierta creatividad en aquella inteligencia artificial; una creatividad que incluso puede llegar a ser artística (como sucede hoy con muchas obras musicales y gráficas); aunque, como advierte el propio LACRUZ (en repetidas veces, en las pp. 157 a 159, 202 y 203), tal creatividad no es propia del robot, sino que le viene dada de su creador o, en su caso, de su dueño usuario, lo que, a la postre, impide atribuir a la máquina la autoría de tal obra artística, un derecho de autor que supondría reconocerle cierta personalidad, pero que rectamente solo corresponde a su creador o, en su caso, a su empleador.

Por otro lado, tampoco considera LACRUZ MANTECÓN que los robots tengan conciencia moral, o ética, aunque esto suela hoy defenderse por muchos, porque, como aquella –pretendida– inteligencia, también esta artificial o aparente conciencia le viene dada *ab initio* por su programador o creador. Como sentencia LACRUZ (en la p. 121), “no es conciencia de la máquina, sino de la del maquinista”, porque “en realidad (añadirá mucho más adelante, en la p. 245), todo es del maquinista: la ética, el propósito, la programación, la tarea y el color de la chapa del robot”. De ahí la necesidad de que tal conciencia no quede en manos de la simple ética, de un mero Código deontológico para informáticos, sino en las del Derecho, en cuyas manos quedan asegurados los derechos y valores más fundamentales (y a cuyo estudio de-

dica LACRUZ MANTECÓN un entero capítulo de su libro, al estimar, en la p. 252, que “hay mucho en juego... No es ética, es ley”, dirá).

Negada, así, la equiparación entre personas (humanas) y robots, cuando tras su –sola– apariencia humana siempre hay un auténtico ser humano (su creador y su usuario), niega también la personificación jurídica de aquellos, que en una hipotética convergencia puedan ser estimados como personas jurídicas, pues amén de faltar en los robots una base asociativa, ni societaria (un substrato de personas), con tal pretensión quedarían muchas cuestiones sin resolver, entre otras, la falta de responsabilidad penal por ciberdelitos (cuando el delincuente es el programador, no el robot, que es mero instrumento para la comisión del delito) o, en el ámbito civil, la cuestión clave, que es *punctum dolens* en la posición personalista robótica, relativa a la responsabilidad por daños causados por el robot, y donde LACRUZ advierte (en varias ocasiones), que “para indemnizar lo importante es tener patrimonio, no personalidad”, y que “la ausencia de patrimonio en los robots –hace– difícil poder indemnizar y reparar los daños”.

Considera y concluye así LACRUZ la primera gran cuestión sumándose a la civilística patria mayoritaria, que los robots son –y seguirán siendo– cosas, aunque no simples cosas, sino cosas singulares; una singularidad que, precisamente, les viene dada por aquella –tan solo– aparente y artificial inteligencia y conciencia.

1.2. EN PARTICULAR, LA COMPARACIÓN ENTRE LOS ACTUALES ROBOTS Y LOS ESCLAVOS DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO: LOS ROBOTS-ESCLAVOS

Aquella singularidad de los robots como cosas llevará al Prof. LACRUZ MANTECÓN (siguiendo a muchos otros, como ROGEL VIDE,²⁵ DÍAZ ALABART²⁶ o CARRASCO PEREIRA²⁷....) a comparar los actuales robots con los esclavos del Derecho romano clásico, carentes ambos de verdadera libertad y racionalidad, y al peculio de estos con la necesidad de dotar un seguro que cubra los posibles daños causados por aquellos, llegando a predecir (en la p. 132) que “nuestra futura sociedad robótica va a ser semejante a una sociedad esclavista”.

²⁵ En “Robots y personas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 1, 2018.

²⁶ En *Robots y responsabilidad...*, cit.

²⁷ En “A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada”.

La comparación, sin duda, es convincente; hasta en lo etimológico (según nos advierte LACRUZ MANTECÓN, en la p. 132: “Este es, además, el sentido de la palabra ‘robot’, que emplea por primera vez el checo Karel ČAPEK en su obra teatral *Robots Universales de Rossum*, y que proviene del checo *robota*, con el significado de trabajador forzado o servil, es decir, que en realidad el término tiene el significado de ‘siervo’ o ‘esclavo’”).

En cuanto al fondo de la analogía, nos explica LACRUZ (en las pp. 133 y ss., que me permito reproducir casi íntegramente, aunque por fragmentos):

“Los esclavos, en la antigüedad grecorromana, cuenta el autor citado –refiriéndose a Schiavone²⁸–, eran considerados máquinas humanas, siendo así definidos, como ‘instrumentos animados’, en el libro primero de la Política de Aristóteles... Esta cosificación del esclavo se favorecía por el desprecio hacia el trabajo manual, y la carencia de fuentes de energía y máquinas, que era reemplazada por la energía y el trabajo humanos. [...] Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, estas afirmaciones tienen que matizarse, pues como nos señala Ursicino Álvarez,²⁹ estando el origen de la esclavitud en la cautividad de los prisioneros de guerra, esto produce una situación de absoluto sometimiento del esclavo a su señor, que pudo haberle dado muerte al tomarlo como prisionero. ‘Pero tal situación de sometimiento presenta dos aspectos distintos: en uno de ellos, el esclavo se encuentra equiparado a una cosa, a una *res* más de las comprendidas en el patrimonio de su señor; en otro, su cualidad de hombre dotado de inteligencia y voluntad, y en su virtud persona, hace que esta relación de sometimiento no se considere estrictamente como una relación de propiedad, sino de *potestas*, semejante a la *potestas* del *pater familias* sobre los *alieni iuris* a él sometidos. Asimismo, esta cualidad de hombre determina que en la esfera espiritual (concretamente en la religiosa) no repercuta su situación de sometimiento’. [...] Por tanto, la identificación del esclavo con una cosa es una solución un tanto apresurada. El esclavo, nos dice Buckland³⁰, era considerado, según la frase de Paulo, *Servile caput*, negándole la titularidad de derechos pero también de obligaciones, *in personam servilem nulla cadit obligatio*, lo que implicaba que si un sujeto libre caía en la esclavitud, todas sus deudas desaparecían. Aunque el esclavo era una cosa o *res*, según muchos juristas clásicos

²⁸ En *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Editori Laterza, Roma, 1996.

²⁹ En *Instituciones de Derecho romano – III. Personas jurídicas y colectivas en el Derecho romano*, EDESA, Madrid, 1977.

³⁰ En *The Roman Law of Slavery. The condition of the slave in private Law*, Cambridge University Press, 1908.

sicos era la única *res humana*, ‘cosa humana’... [...] De acuerdo con lo dicho, en el Derecho romano había que distinguir la posición del esclavo en los distintos ámbitos jurídicos, si bien tanto en la esfera del Derecho público como en la del privado no tenía participación alguna, en la primera por estar exclusivamente reservada a los ciudadanos, que por eso mismo eran también hombres libres, y en la segunda por no pertenecer el esclavo a la misma comunidad jurídica, no pudiendo ser titular de derechos. En términos modernos, diríamos que el esclavo carecía de capacidad jurídica, de personalidad; sin embargo (y siendo esto un contrasentido), al ser considerado persona humana, sí que podía actuar jurídicamente, pero con la fundamental restricción de que su capacidad de obrar no producía efectos para él (pues no tiene personalidad jurídica). El efecto de su actuación jurídica se producía siempre para su dueño, del mismo modo que la del *filius* lo hacía para el *pater* bajo cuya potestad se encontraba”.

Y tras referirse LACRUZ a varios ejemplos de lo dicho (en materia de Derecho procesal, de derechos reales, de Derecho de familia y sucesiones), en materia de obligaciones (que constituirá la segunda y última cuestión clave –arriba anunciada– en el Libro de LACRUZ), se nos dice en las páginas de la 137 a la 139:

“Finalmente, la carencia de bienes y de posibilidad de obligarse –del esclavo– se matiza, nos dice Álvarez, con la creación del peculio del esclavo. Consiste éste en el Derecho clásico en un conjunto de bienes de clases diversas que el dueño entrega a su esclavo (o a un *filius*), para que los administre y disponga de sus beneficios..., pero los bienes que lo integran continúan formando parte del patrimonio del *dominus*, el cual puede revocar en cualquier momento su concesión, y además tiene una especie de derecho de crédito por el valor de la totalidad del peculio en el momento que lo constituyó, y que debe serle devuelto antes de pagar a los acreedores extraños... La importancia del peculio respecto a terceros se manifiesta en que se podían establecer auténticas relaciones jurídicas entre los terceros y, no el esclavo propiamente dicho, sino su peculio, ... Y así las adquisiciones que se obtengan por obra de tales negocios ya no las hace suyas el *dominus*, sino el peculio, aunque sí siga haciendo suyos los créditos y las obligaciones que puedan surgir de tales negocios... Con la institución del peculio, dispone el tercero de la *actio de peculio*, mediante la cual el *dominus* queda obligado frente a terceros por las deudas contraídas por el esclavo, aunque con la importante limitación de la cuantía del peculio. [...] Como vemos, aunque se sigue derivando la responsabilidad hacia el *dominus*, el concepto de peculio facilitará la aparición de una responsabilidad del esclavo en la época posclásica, en la que se transforma el concepto de *peculium*”.

Expuestas así la figura del esclavo y la de su peculio, y asemejada la consideración del esclavo como cosa singular con la actual de los robots, solo restaría adecuar aquella idea del peculio para resolver el principal problema civil que actualmente la robótica plantea: el de la responsabilidad por daños. Es la segunda cuestión clave en la monografía de LACRUZ MANTECÓN que anunciamos, y que pasamos a abordar:

2. Y COMO SEGUNDA CUESTIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS ROBOTS, ¿A QUIÉN CORRESPONDE?

Para resolver tal cuestión también serían planteables varias soluciones, donde, de nuevo, se refleja, como influyente, la posición tomada en aquel dilema sobre la ubicación de los robots, entre personas y cosas; en síntesis, cabrían las siguientes:

2.1. ¿AL ROBOT?

Una de ellas, la más revolucionaria por ser la más acorde con la personificación de la inteligencia artificial, sería hacer responsable al propio robot de los daños por él causados. No en vano así lo sugiere aquella misma Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, que, en coherencia con su idea de crear una personalidad robótica específica, para el tema particular de la responsabilidad nos dice: “Existe mucha controversia sobre la cuestión de quién es el responsable de los daños que pueda causar un sistema de IA, sobre todo cuando se trata de sistemas autodidactas que continúan aprendiendo después de su entrada en servicio. El Parlamento Europeo ha formulado algunas recomendaciones relativas a la legislación civil en materia de robótica, incluida la propuesta de examinar la posibilidad de dotar a los robots de una ‘personalidad jurídica’ (e-personality) para poder atribuirles la responsabilidad civil por los daños que causen”.

Rechazada, sin embargo, por LACRUZ tal pretendida personificación de los robots, lógicamente también niega tal imputación subjetiva de la responsabilidad en el propio robot, como tampoco lo era el esclavo en el Derecho romano clásico, pues, de nuevo nos recuerda, lo importante no es atribuir personalidad responsable, sino que haya un patrimonio responsable con que reparar el daño causado.

2.2. ¿O AL CREADOR Y, EN SU CASO, AL USUARIO DEL ROBOT?, Y ¿CON QUÉ FUNDAMENTO JURÍDICO? A SU PROPÓSITO, LA DIFERENCIA ENTRE ROBOTS Y ANIMALES

Otra posible solución sería aplicar el art. 1903 del Código civil español, sobre responsabilidad por hecho ajeno, como es el caso de la responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos menores de edad, o el de la responsabilidad de los principales por sus dependientes o personas a su cargo (directores de colegios, empresarios...);³¹ lo que, sin embargo, tajantemente LACRUZ rechaza (en la p. 131): “las especiales relaciones en las que se encuentran insertas estas personas, relaciones paternofiliales, laborales o de parentesco, impiden a mi juicio una utilización racional de este modelo para resolver los problemas que se suscitan”. Por mi parte, aun estando de acuerdo con tal rechazo (siempre, naturalmente, que los robots sean estimados como cosas, sin personalidad ninguna), echo en falta el razonamiento técnico que impediría tal aplicación por analogía del art. 1903 del CC (aplicación que, por principio, es posible al no contener el art. 1903 del CC una norma singular, ni tampoco punitiva, sino reparadora, que impida su aplicación analógica ex art. 4.2 del CC³²). El argumento, en síntesis y entre otros, sería que al no tratarse de personas, ni asemejarse a ellas, no cabe predicar del dueño del robot (sea su creador o su usuario) ningún tipo de responsabilidad (mucho menos subjetiva, fundada en una suerte de *culpa in educando* –del programador– o *in vigilando* –del usuario– hacia el robot). No en vano, es esa falta de analogía en sentido estricto la que sí emplea LACRUZ MANTECÓN para rechazar la siguiente posible solución:

Sería esa otra la de aplicar el régimen de responsabilidad por daños del art. 1905 del CC español (una norma que hace responsable al poseedor del animal causante de daños³³), o la del art. 1908 del mismo Código (especialmente, según entiendo, cuando en su No. 1º hace responsable a su dueño de los daños causados por sus máquinas³⁴). Entre ambas normas (una sobre animales y la

³¹ Dice, en parte, tal art. 1903 del CC español: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. [...] Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía...”.

³² Cuando dicha norma –recuérdese– dice: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

³³ Cuando dice: “El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

³⁴ Cuando dice, en dicho número: “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: [...] 1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida

otra sobre máquinas, consideradas estas en tal norma como simples cosas), LACRUZ en principio se inclina más por el art. 1905 del CC al ver más semejanza entre los robots y los animales, por ser ambos seres semovientes que actúan con cierta independencia (según sus instintos, el animal, y según sus algoritmos, el robot) y, por otro lado, porque el art. 1905 del CC cubre una responsabilidad objetiva, solo excusable por fuerza mayor o por culpa de la víctima. Pero finalmente rechaza tal aplicación, por un lado, porque tal norma no cubre los daños sufridos por el propio dueño-usuario del robot y, por otro, porque no hay en los animales inteligencia análoga a la artificial de los robots; lo que, a mi modo de ver, es harto discutible, cuando también entre los animales hay cierta inteligencia –aunque diversa de la humana, como la robótica, según su estructura cerebral –cuya mayor complejidad prevale en los primates–; sus habilidades mentales –como la de reconocer su propia imagen–; su propia relación con el ser humano –domésticos, salvajes...–. Tal vez la mayor diferencia entre robots y animales estribé –según quedó demostrado arriba– en la capacidad de estos para sentir (placer, dolor, sufrimiento...), de la que carecen –de momento, al menos– los robots, impidiendo que se hable de estos como seres, ni mucho menos, vivos y sintientes, como, en cambio, sí lo son los animales, cuyo bienestar es hoy obligado proteger, sin que tal protección tenga parangón para con la inteligencia artificial.

No es, sin embargo, ese el punto donde discrepo de la opinión de LACRUZ, sino en otro más técnico, que impide, en mi opinión, aunque aceptando la tesis final de LACRUZ, anteponer el art. 1905 al 1908 del CC: mientras que la aplicación pretendida del art. 1905 del CC lo sería por analogía, la del art. 1908 del CC, en cambio, lo sería directamente (tal vez, aunque lo dudo, extensivamente), por referirse esta última norma expresa y literalmente a “máquinas”, que es así como LACRUZ considera a los robots. Al haber, pues, norma directamente aplicable, no cabrá recurrir a la analogía como método aplicativo de los principios como fuente supletoria de último grado (cfr., arts. 1.4 y 4.1 del CC³⁵). Otra cosa, naturalmente, es que el art. 1908 del CC tampoco resulte aplicable al caso que nos ocupa, como en efecto creen LACRUZ, y otros también, aunque él solo por anteponer el art. 1905 del CC; en mi opinión, en cambio, no lo será

diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado”.

³⁵ Recuérdese, de una nota anterior, que según el art. 1.4 del CC español el art. 1.4: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”; y que según el art. 4.1 del mismo Código solo “Procederá la aplicación análoga de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

por tal razón, sino porque al contener el art. 1908 del CC una norma común, de Derecho común, y, por tanto, supletoria (cfr., ahora, el art. 4.3 del CC³⁶), habrá que anteponer cualquier norma especial que pueda resultar aplicable al caso particular, como en nuestro caso la hay, siendo, además, dos: la una aplicable directamente y la otra extensivamente; son las que, con toda razón, defiende en su libro LACRUZ MANTECÓN con muchos otros (como los ya citados DÍAZ ALABART³⁷ y CARRASCO PERERA,³⁸ o como NÚÑEZ ZORRILLA,³⁹ BADILLO ARIAS,⁴⁰ ÁLVAREZ OLALLA,⁴¹ o ER-CILLA GARCÍA⁴²), aunque aportando LACRUZ importantes avances; a saber:

2.3. EN PARTICULAR, LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y POR ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR

Sería esta, pues, la última y más apropiada solución al tema de la responsabilidad por daños causados por robots, que el propio LACRUZ, con otros, propone, aunando dos regímenes de responsabilidad (frente a otros autores que proponen solo aplicar uno u otro): uno, que se aplicaría directamente, es la responsabilidad por productos defectuosos (considerando que el robot es, sin duda, un producto), para el caso en que el vicio, causante del daño, sea originario y corresponda por ello al programador o, en su caso, al fabricante, al comerciante, al distribuidor o, en último término, al vendedor, según en qué momento –o eslabón de la cadena– se haya producido el defecto con el consiguiente daño; pero, como también el daño puede ser causado por el destinatario final,

³⁶ Que dice: “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”.

³⁷ En *Robots y responsabilidad...*, cit.

³⁸ En “A propósito...”, cit., en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>.

³⁹ En “Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 66, abril-junio 2018, y en *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*.

⁴⁰ En “La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, No. 1, 2019; y en “Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio de los robots”, en E. Monterroso Casado (dir.) y A. Muñoz Villarreal (coord.), *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*.

⁴¹ En “Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos”, en E. Monterroso Casado (dir.) y A. Muñoz Villarreal (coord.), *Inteligencia Artificial...*, cit.

⁴² En “Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, No. 47, mayo-agosto 2018, y en su monografía *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, Personalidad jurídica, Responsabilidad civil y Regulación*.

el usuario u operador del robot, pudiendo ser en tal caso víctima del daño un tercero, para cubrir tal responsabilidad del usuario negligente, que lo sería por hecho propio, ex art. 1902 del CC, LACRUZ MANTECÓN (pensando sobre todo, aunque no solo, en daños causados por robots médicos o sanitarios y por vehículos autónomos terrestres y aéreos –y marítimos, supongo–), propone aplicar, en este caso por analogía –creo yo–, el régimen de responsabilidad por accidentes de circulación de vehículos de motor.

E inspirado en tales regímenes, y como recuerdo actualizado del clásico *peculio del esclavo*, propone LACRUZ, aquí con un tono más *de lege ferenda*, que desde un principio se exija la aportación de un patrimonio responsable a través de dos seguros obligatorios, donde se identifique a cada robot por su número de identificación o matrícula, que habrá de constar inscrito registralmente (proponiendo LACRUZ al respecto –en la p. 184– que se cree una nueva Sección, sobre “robots autónomos”, dentro del Registro de Bienes Muebles): uno de tales seguros obligatorio correría a cargo del fabricante, como ya defiende DÍAZ ALABART,⁴³ al que LACRUZ añade otro a cargo del usuario del robot por los daños que a él sean imputables. Propone este último sin mencionar que tal es, en cierto modo también, el régimen para cubrir la responsabilidad por daños causados por animales, sobre todo por aquellos que sean peligrosos (un *lapsus* que, rectamente, no es tal, una vez negada arriba la analogía entre robots y animales). En aquella otra similitud con el régimen de accidentes de circulación de vehículos de motor, reconoce LACRUZ inspirarse en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, que así lo propone, con la idea de inscripción registral incluida, como una de las posibles alternativas para solucionar el problema de la responsabilidad por daños: “Señala que una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio, como ya se aplica, por ejemplo, en el caso de los automóviles; observa no obstante que, a diferencia del régimen de seguros en la circulación por carretera, en el que el seguro cubre tanto las actuaciones humanas como los fallos mecánicos, un sistema de seguros para robots debería tener en cuenta todas las responsabilidades potenciales en la cadena”. Añade a continuación aquella misma Resolución: “Considera que, tal como sucede con el seguro de vehículos de motor, dicho sistema podría completarse con un fondo que garantizara la reparación de daños en los casos de ausencia de una cobertura de seguro”. Y así lo defiende también LACRUZ, en combinación con el sistema de doble seguro obligatorio

⁴³ En *Robots y responsabilidad*..., cit.

para los daños que este no cubra (no como alternativo ni sustitutivo de aquel, según defienden, en cambio, otros como NÚÑEZ ZORRILLA⁴⁴); consistiría en una suerte de fondo de compensación, un fondo patrimonial colectivo de garantía, justificado porque si en general la progresiva robotización en nuestras vidas es un beneficio para toda la sociedad, esta, en cierto modo, también debe asumir la indemnización por los daños que los robots causen, y que aquellos seguros no cubran directamente.

Todo ello, dirá LACRUZ repetidamente, recuerda al clásico peculio del esclavo de Roma, concluyendo (ya en las pp. 142 y 143), del siguiente modo: “Estamos contemplando una especie de ‘peculio’, como si de un esclavo se tratara. [...] En realidad, esta idea está construida, más que sobre el peculio del esclavo, sobre la moderna responsabilidad del automóvil, sustituyendo o mejor, combinando, el seguro obligatorio con este fondo o peculio colectivo, que se asemeja al que gestiona el Consorcio de compensación de seguros para la indemnización de daños causados por vehículos no asegurados. [...] Es decir, matrícula robótica y revisiones periódicas, lo mismo que la matrícula y la ITV para los automóviles. [...] Estamos por tanto ante algo que no es ni siquiera una ficción, como en las personas jurídicas, sino ante un mero recurso de utilidad (o necesidad) para resolver el problema de la responsabilidad... En definitiva, y volviendo al estatus del esclavo en la antigua Roma, ya no se trata tanto de determinar hasta dónde llega la inteligencia artificial, ni de hasta qué punto ésta es similar a la humana (y por tanto lo es el artefacto que la posee). Se trata simplemente de dar un contenido especial a la subjetividad robótica, exactamente como en Roma, de determinar qué puede hacer y qué no el robot-esclavo, y de qué efectos jurídicos se puede dotar a sus actuaciones. Y como ocurría con el esclavo romano, la incidencia de su actuación se destaca principalmente en los ámbitos de la producción de rendimientos, gestión de asuntos y responsabilidad, resultados todos estos que se proyectan sobre el amo y no sobre el actuante”; rematando luego (en la p. 145): “Según lo visto, la consideración jurídica y estatus del esclavo en Roma es un modelo que puede ayudarnos a la hora de construir un estatus especial para los robots autónomos”. Lo cual, algunos antes que él lo habían adelantado, aunque no con el detenimiento con que lo hace LACRUZ: por ejemplo, DÍAZ ALABART,⁴⁵ ERCILLA⁴⁶ o, antes,

⁴⁴ En *Inteligencia artificial...*, cit.

⁴⁵ En *Robots y responsabilidad*, cit.

⁴⁶ En “Aproximación a...”, cit., y en su monografía *Normas de...*, cit.

CARRASCO PERERA,⁴⁷ cuando dice sintéticamente: “Repárese cómo los romanos pudieron construir un perfecto sistema de intercambio socioeconómico – base de su capitalismo imperialista– sin necesidad de instaurar una teoría de la representación ni una especie de limitada capacidad jurídica de los esclavos, a los que sin embargo reconocieron la titularidad de una suerte de patrimonio de actuación (el peculio) sobre el que gravitaba un entero sistema de responsabilidad”.

Esta es, en síntesis, la tesis defendida en su libro por el Prof. LACRUZ MANTECÓN, que yo, con los matices indicados, plenamente comparto, al menos hoy; pero ¿y mañana? Es, de nuevo, en el Prof. CARRASCO PERERA,⁴⁸ en otro pasaje que también cita, y reproduce, LACRUZ (en la p. 148), donde tal vez se encuentre la clave, cuando, aun en contra de personalizar los robots, aquel considera necesarios “patrimonios de responsabilidad adscritos a tales decisores autónomos, que en el estado presente de la ciencia empezarán por ser patrimonios fundacionales personificados y adscritos a un fin, patrimonios sobre los que los autómatas no titulen derechos de propiedad”. Como se ve, de patrimonios fundacionales habla...

3. ENTRE BROMAS Y VERAS, ELUCUBRACIONES SOBRE OTRA POSIBLE HIPÓTESIS DE FUTURO: LAS FUNDACIONES ROBÓTICAS

Ante todo, tómese lo que a continuación se diga, no como crítica a la magnífica obra comentada del Prof. LACRUZ MANTECÓN, sino como elucubración futurista, hecha medio en broma medio en serio, de quien no es adivino, ni aspira a serlo. Es tan solo un juego –acrobático, si se quiere–, que pretende al menos despertar la curiosidad –y quién sabe si alguna sonrisa– en el lector, y, quién sabe, si tal vez invite a la polémica, única esta creadora de doctrina, que –como dije en la introducción– es la sal en la vida de cualquier jurista.

No hay, pues, ninguna objeción crítica a la tesis de LACRUZ, porque, en la actualidad, no creo yo que pueda negarse que los robots sean máquinas, que sean jurídicamente cosas, diversas de las personas humanas, carentes incluso de cualquier sustrato o atisbo personal que justifique la creación o ficción de una persona jurídica asociativa (acaso formada por su creadores y los usuarios), ni corporativa (fundada en el interés general que subyace en la robótica). Pero,

⁴⁷ En “A propósito...”, *cit.*

⁴⁸ *Ibidem.*

¿acaso no cabría, como alternativa, personificar los robots aun siendo cosas? De “cosas personificadas” ya nos habla NÚÑEZ ZORRILLA.⁴⁹ Y ¿acaso el molde donde mejor encajar tal personificación no sería a través de las Fundaciones, mediante una personalidad fundacional, donde lo que artificial y ficticiamente se personifica es un patrimonio adscrito a un fin? Era de lo que hablaba CARRASCO PERERA⁵⁰ (antes transcrito).

Curiosamente, en la otra recensión a que al principio de la presente me referí, hecha a la obra sobre animales del Prof. DE TORRES PEREA, en contra de su tesis que los estimaba como un *tertium genus* entre las personas y las cosas, objetaba yo la suficiencia de mantenerlos dentro de la categoría de cosas, aunque singulares (en su régimen tuitivo de su bienestar), añadiendo –yo– lo siguiente (que vuelvo a recordar): “De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que el Derecho regula y protege singularmente (como son la propiedad intelectual, la industrial –que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano–, el patrimonio histórico, los propios derechos como objeto de otros derechos...), sin que por ello sea necesario crear para tales bienes una tercera categoría entre las personas y las cosas; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni tal vez en un futuro para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que en las Fundaciones se personifica –todo– un patrimonio, aunque destinado por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*)”. Es ahí, pues, entre las personas jurídicas, y entre las Fundaciones en particular, donde tal vez encuentren acomodo las futuras personalidades robóticas, como especie singular de Fundaciones, sin la necesidad de crear ninguna categoría híbrida (de ahí mi preferencia por la serie de la Fundación de Asimov). Al fin y al cabo, no sería más que trasladar la apariencia de inteligencia y conciencia robóticas al mundo de las ficciones jurídicas, como sin duda lo son las personas jurídicas. De artificio informático a artificio jurídico.

No es, además, pura invención mía. Gracias a la obra de LACRUZ (y disculpen mi ignorancia de una obra de referencia), he podido comprobar que –un tal– Gunter TEUBNER, cuya obra nos dio antes a conocer el Prof. CARRASCO PERERA,⁵¹ así lo proponía, en síntesis, amoldar las entidades robóticas bajo

⁴⁹ En *Inteligencia artificial...*, cit.

⁵⁰ En “A propósito...”, cit.

⁵¹ Recuérdese, en *ibidem*.

el manto de las personas jurídicas, añadiendo yo –tan solo– el molde fundacional como el más apropiado.

Ciertamente, la actual Ley española No. 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no responde a ello (o, mejor dicho, mi propuesta no se adecua a la actual regulación sobre Fundaciones). Pero ya dije que se trataba de una posible hipótesis para el mañana, que, naturalmente, requeriría de reformas jurídicas; las cuales, no se olvide, ya comienzan a instarse. Recuérdese la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, cuando habla de “personalidad específica”, de “personalidad robótica”... Ciertamente es que las Resoluciones del Parlamento Europeo no son estrictas normas, de obligado cumplimiento; son meros consejos, como los que da un buen amigo; pero en este caso se trata siempre de un amigo muy insistente e influyente que con el tiempo casi siempre ha terminado convenciendo, o imponiendo su criterio, obligando a los Estados Miembros de la Unión Europea a modificar sus leyes, cuando no hasta el diagnóstico en otras ciencias (como a vuelapluma vienen a mi memoria temas, también por mí estudiados, como las uniones entre personas del mismo sexo, la transexualidad..., en los que el Parlamento Europeo, a través de diversas Resoluciones, no solo ha incidido en el panorama jurídico europeo, sino también en el científico internacional, logrando, en aquellos ejemplos citados, su despatologización).

La dotación patrimonial, que personificar en nuestro caso, vendría integrada por el propio robot, así como por el sistema doble o mixto de seguro obligatorio, que al principio habría de aportar el creador del robot, y que luego habría de incrementar el adquirente usuario del robot (no en vano, ya el art. 12 de la vigente Ley española de Fundaciones permite que la dotación de patrimonio fundacional se haga con bienes del propio fundador o de terceros⁵²). Habría, de este modo, a través de una figura actual y moderna, que cuenta con su propio régimen jurídico, y sin la necesidad de resucitar anacrónica e inconducientemente viejas fórmulas (como la del peculio del clásico esclavo romano), una persona –también– con un patrimonio responsable; quedarían, además, así exentos de cualquier responsabilidad patrimonial personal subsidiaria aquellos sujetos (fundador y usuario), que es lo que pretende LACRUZ con su

⁵² Especialmente en su ap. 3, donde dice: “Se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución”; añadiendo en su siguiente ap. 4: “Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales”.

novedosa tesis, y que es lo que tradicionalmente desde el siglo XIX se pretendía con la creación de las personas jurídicas (liberar de responsabilidad patrimonial propia a las personas que las componían y creaban). Quedaría, así, además cubierta la responsabilidad del usuario como patrono por su negligencia en la posible causación de daños, hasta de los causados a la propia Fundación (cfr., art. 17 de la Ley española de Fundaciones⁵³). No serían responsables ni el creador-fundador, ni el usuario, ni siquiera tampoco el robot en sí, sino la Fundación misma e íntegra con todo su patrimonio (al modo en que en Roma la responsabilidad no era del esclavo, ni siquiera personalmente de su amo, sino directamente del peculio).

Ni siquiera ello supondría un problema de irresponsabilidad fuera del ámbito civil: pensando, por ejemplo, como también lo piensa LACRUZ, en posibles responsabilidades penales (por ejemplo, fundadas en delitos cibernéticos), ahí está la novedosa, y también ficticia, responsabilidad penal de las personas jurídicas frente al viejo brocardo *societas delinquere non potest*. Aun a pesar de la creación de una Fundación, seguirían siéndolo su creador o, en su caso, su usuario por empleo delictivo del robot.

Porque, en efecto, la voluntad, la mente de la Fundación estaría desde un principio formada por el programador o creador del robot, que sería el fundador de su personalidad, de su voluntad algorítmica (cfr., el art. 2.1 de la Ley española de Fundaciones⁵⁴), sin la necesidad de recrear viejas figuras, como en cambio lo hace LACRUZ (en la p. 139), “en la capacidad del esclavo emanada de su *dominus*”. Para tal creación, habría que formalizar notarialmente todo ello, con posterior inscripción registral, como propone el propio LACRUZ, aunque en mi propuesta tal inscripción habría de hacerse en el Registro de Fundaciones.

Formada así su voluntad, la de la Fundación robótica, su ejecución, el gobierno de tal Fundación robótica correspondería a su adquirente y usuario, quien haría las veces de patrono y, a la vez, de beneficiario de aquella Fundación (lo que,

⁵³ Cuyo ap. 2 dispone: “Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

⁵⁴ En su siguiente definición: “Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”.

desde luego, no encaja en la actual Ley española de Fundaciones, cuyos arts. 3.3 y 15 exigen un patronato triunviral diverso de los posibles beneficiarios de la Fundación;⁵⁵ aunque, no se olvide, que ya se permite su remuneración, que en nuestro caso podría entenderse satisfecha en especie, con el propio empleo del robot adquirido). Como patrono, el usuario del robot ostentaría su representación legal (cfr., el art. 17 de la Ley española de Fundaciones⁵⁶), y administraría el patrimonio fundacional robótico (cfr., los arts. 19 y 20 de la misma Ley de Fundaciones⁵⁷), aunque sin la posibilidad, actualmente al menos, de poder disponer del mismo sin permiso del Protectorado (cfr., en tal sentido, el art. 21 de la Ley de Fundaciones⁵⁸).

Porque, al margen de tan concreta cuestión (relativa a la disposición patrimonial fundacional), sería una ventaja tal intervención del Protectorado, asegurando así el fin público a que serviría toda Fundación robótica. Es, precisamente, el mismo interés general que en la tesis del Prof. LACRUZ, según ha quedado arriba dicho, justifica la creación de un Fondo de compensación y que en el “ADN” del robot vaya incrustado aquel Código ético y legal, antes referidos, que defiende LACRUZ. Un código, donde sus valores y derechos fundamentales también habrán de estar, aunque solo sea en parte, referidos a la propia Fundación robótica como centro de imputación subjetiva, no solo de responsabilidades, sino también de derechos. No tan lejos, por ejemplo, queda cuando hablar de los derechos fundamentales, o también de los de la personalidad, de las personas jurídicas provocaba la risa. Y miren hoy. Hasta el delito de injuria contra el honor de las personas jurídicas se ha terminado admitiendo.

Con todo, lo hasta aquí dicho no deja de ser mera elucubración, o tal vez no...

⁵⁵ Dice, en efecto, el art. 3.3: *“En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”*.

⁵⁶ Cuando en su primer apartado dice que *“Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal”*.

⁵⁷ Así, por ejemplo, la primera de tales normas cuando en su ap. 2 dice: *“La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley”*.

⁵⁸ En cuyo primer apartado, entre otros, afirma: *“La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada”*.

Lo que sí ignoro –pues ya dije que no pretendo ser Nostradamus– es si mi hipótesis futurista o cualquier otra que cuajara destinada a personificar las entidades robóticas tendrían mayores consecuencias, e incluso más graves, más allá incluso de las jurídicas. Ignoro si tal concesión de la personalidad robótica sería suficiente, plenamente satisfactoria para los propios robots, e impediría o, al contrario, incitaría a reivindicar un mayor reconocimiento, a que progresivamente el anhelo de los robots sea mayor, aspirando a una rebelión, igualitaria al comienzo, o de posterior sometimiento del ser humano. De nuevo, la literatura y el cine (que bien pueden verse expuestos, en este sentido, en la –tan acertada– voz “Rebelión de las máquinas” en la Wikipedia), nos dan abundantes muestras de ello, de nuestro miedo, innato en el ser humano, a ser sometido o incluso aniquilado por una especie superior cibernética o humanoide (a mi memoria, más cinéfila que literaria en tiempos de juventud, vienen el “monstruo” de *Frankenstein*; el Hall-9000, de *2001: una Odisea en el espacio*; aquel defectuoso pistolero Yul Brynner, en *Almas de metal*; el hermoso Replante de *Blade Runner* o el horrible Héctor de *Saturno 3*, o –cómo no– aquel incansable, casi indestructible, *Terminator*...).

El Prof. LACRUZ no parece dar credibilidad a tan apocalíptico destino de la humanidad cuando dice (en la p. 132): “Dada la imposibilidad de predecir el futuro, hasta que llegue –si llega– dicha emancipación de nuestros esclavos electrónicos, y como tengo dicho en otro lugar, nuestra futura sociedad robótica va a ser semejante a una sociedad esclavista”. Y hace bien en decir tal cosa, pues ir más allá supondría pasar de la ficción jurídica a la Ciencia ficción. Pero no olvide, querido Prof. LACRUZ, que hace ya mucho que los esclavos se rebelaron con éxito, liberándose, y que la Historia, como decía Aristóteles, es cíclica, se repite, y que el ser humano es capaz de tropezarse con la misma piedra una, dos, y hasta mil veces...

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO GARCÍA, E., “El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, *La Ley digital*, 2011.

ÁLVAREZ OLALLA, M^a P., “Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos”, en E. Monterroso Casado (dir.) y A. Muñoz Villarreal (coord.), *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*, tirant lo blanch, Valencia, 2019.

BADILLO ARIAS, J. A., “La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, No. 1, 2019.

- BADILLO ARIAS, J. A., "La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots", en E. Monterroso Casado (dir.) y A. Muñoz Villarreal (coord.), *Inteligencia Artificial y Riesgos Cibernéticos. Responsabilidades y Aseguramiento*, tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- BARRIO ANDRÉS, M., "Hacia una personalidad electrónica para los robots", *Revista de Derecho Privado*, No. 2, marzo-abril 2018.
- BRELS, S., "El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 3/2, 7 páginas, 2012.
- CARRASCO PERERA, G., "A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada", *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, fecha de publicación: 11 de enero de 2019.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo del Prof. Dr. D. Carlos Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015, dentro de la colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho", Reus.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, Madrid, 2019.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11/2, 2020.
- DE TORRES PEREA, J. M., *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2020.
- DÍAZ ALABART, S., *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018.
- ERCILLA GARCÍA, J., "Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, No. 47, mayo-agosto, 2018.
- ERCILLA GARCÍA, J., *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, Personalidad jurídica, Responsabilidad civil y Regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- HAVA GARCÍA, E., "La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal", *Estudios Pénales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011.
- LACRUZ MANTECÓN, M. L., *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*, Reus, Madrid, 2020.
- LELANCHÓN, L., "La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/3, 2018.

- MESÍAS RODRÍGUEZ, J., "Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/2, 2018.
- MOREIRA, A. L., "La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9/3, 2018.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M^a C., "Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial", *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 66, abril-junio 2018.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M^a C., *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2019.
- NUSSBAUM, M., "Animal Rights: The Need for a Theoretical Basis", *Harvard Law Review*, vol. 114, No. 5, marzo.
- NUSSBAUM, M., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2007.
- NUSSBAUM, M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2000.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 2005.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., "Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal", *Animalia*, No. 190.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., "Marco jurídico de la protección animal en España desde 1929 hasta 2015: el lento y firme trote del mastín", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, No. 32/2015, BIB 2015\17053.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., "El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 51, Zaragoza, 2018.
- ROGEL VIDE, C., "Robots y personas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 1, 2018.

Recibido: 3/2/2021
Aprobado: 7/3/2021

NECESARIA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CUBA: ELEMENTOS A TENER EN CUENTA POR EL LEGISLADOR

Necessary legal regulation of the law to the protection of personal data in Cuba: elements to be taken into account by the legislator

Dra. Zahira Ojeda Bello

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Las Tunas, Cuba
<https://ordic.org//0000-0002-5122-494X>
zahira@ult.edu.cu

Dra. Danelia Cutié Mustelíer

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oriente, Cuba
<https://ordic.org//0000-0002-0753-8212>
danelia@uo.edu.cu

M.Sc. Yarina Amoroso Fernández

Profesora del Centro de Gobierno Electrónico
Universidad de Ciencias Informáticas, Cuba
<https://ordic.org//0000-0002-0185-082X>
yarinamoroso@gmail.com

Resumen

La modernidad solo puede existir en expansión, por ello hoy sus formas de manifestarse son cada vez más amplias y diversas, hasta alcanzar las esferas más íntimas y privadas de la persona humana. En la era digital, el desarrollo de las tecnologías tiene un auge vertiginoso que ha permitido incrementar el uso, acceso y tratamiento de información personal, generando la vulneración de los derechos del titular de esta ante la manifiesta irresponsabilidad de entes públicos y privados. Ello plantea retos complejos relacionados con la recopilación y el uso de la información personal en áreas muy distintas y a la vez interrelacionadas, como la economía, las telecomunicaciones, la salud o el Derecho. Como respuesta a lo anterior, tanto en el ámbito constitucional como ordinario, diversos países han configurado el derecho a la protección

de datos personales. En Cuba, hasta la Constitución de 1976 era inexistente su regulación, sin embargo, con la aprobación de la nueva Carta Magna en 2019 se avanza hacia el reconocimiento de este derecho, aunque aún no se cuenta con una ley específica donde se desarrollen los elementos constitutivos del contenido esencial del citado derecho. En tal sentido constituye objetivo de este artículo analizar los principales elementos técnico-jurídicos a tener en cuenta por el legislador ante la necesaria regulación jurídica del derecho a la protección de datos personales.

Palabras clave: derechos; garantías; nuevas tecnologías; datos personales; Constitución.

Abstract

Modernity only can be expansion, for this today its ways of manifestation are each time spacious and several till catch up to inner levels and private of human being. In the digital era the development of technologies has a dizzy boom that has permit increase its use, access and personal information treatment, generating the right breaking of the owner of it in front of the irresponsibility manifest of private and public being. This plan complex challenges related with compilation and the use of personal information in different areas, and at the same time interrelated as Economy, telecommunications, health and law. Answering the previous in the constitutional boundary as in the ordinary one several countries have configured law to the personal data protection. In Cuba till 1976 Constitution was inexistence its regulation. Nevertheless with Magna Letter approbation in 2019 is incorporated a precept that recognize it, though it is not count with a specific law where get developed yet. In this direction constitute an objective of this article analyze before the necessary legal regulation of the law to the protection of personal data.

Keywords: rights; guarantee; new technologies; personal data; Constitution.

Sumario

1. Introducción. 2. Progreso tecnológico en Cuba: desafíos para asegurar el derecho a la protección de datos personales. 3. Problemáticas asociadas al uso, almacenamiento y tratamiento de la información personal: ¿cómo dar respuesta desde el derecho? 4. La ley de protección de datos personales en Cuba: elementos técnico-jurídicos a tener en cuenta por el legislador. 5. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de las sociedades actuales, el uso y desarrollo de la tecnología ha tomado un auge vertiginoso. Tanto las personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, con el fin de mejorar sus niveles de competitividad, utilizan con mayor frecuencia instrumentos que permiten incrementar el uso, acceso y tratamiento de información de distinta índole, especialmente aquella de tipo personal. Por ello la recopilación y ordenación de datos personales que dejan las personas de manera voluntaria o involuntaria como resultado de su interacción en sus esferas de actuación, públicas o privadas, pone de manifiesto la circulación ilimitada de la información personal.

La conectividad e interoperabilidad de las tecnologías y la digitalización de los datos constituyen las columnas esenciales donde se asientan las principales soluciones tecnológicas, tales como: la impresión en 3D, la realidad virtual aumentada, la internet de las cosas, la computación en la nube, el *big data* u otros; lo cual plantea desafíos complejos relacionados con la recopilación y el uso de la información personal en áreas muy distintas y a la vez interrelacionadas, como la economía, las telecomunicaciones, la salud o el Derecho.

El empleo de técnicas de control basadas en la videovigilancia,¹ la monitorización informática e incluso la geolocalización es cada vez más frecuente. Ello genera una sensación de inseguridad promovida con manifiesta irresponsabilidad por sectores políticos y medios de comunicación, fomentado por un negocio relacionado con la seguridad privada y donde se utilizan los controles basados en videocámaras, ello puede ser promovido por cualquier ciudadano, dado el amplio alcance de los medios tecnológicos, alcanzable casi de forma ilimitada, a través de opciones de libre acceso en el comercio y con manuales de instrucción didácticos, que permiten aprender a seguir cada paso, y por tanto espiar.

¹ Para atenuar el carácter capilar de la videovigilancia e incluso para dejar de referirse a la vulneración de determinados derechos, como el derecho a la intimidad, se utilizan por antonomasia otros términos como videocámara o videoprotección. Sin embargo, se recurre con mayor frecuencia en la normativa de los países al término videovigilancia, incluso en el ámbito nacional cubano la normativa administrativa y penal así lo describe. Vid. FEELEY, M. y J. SIMON, "La nueva penología: notas acerca de las estrategias del Derecho Penal", *Revista Delito y Sociedad*, No. 6, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1995; MÉNDEZ LÓPEZ, M., "De la fantasía orwelliana a la realidad de hoy: ¿Videovigilancia o Videoprotección?", *II Encuentro de Ciencias Penales y Criminológicas Ulises Baquero Vernier in Memoriam, en homenaje al Dr. Edmundo René Larraamendi Domínguez*, Granma, 2013.

La alianza entre Estados, unida a la influencia del aparato militar de seguridad y las industrias de la web, ha creado una amplia vigilancia, cuyo objetivo claro y concreto es poner a internet y a todos los internautas bajo escucha.² Esa imagen de libertad y de creatividad que supuestamente se encontraba en internet en sus orígenes, con el transcurso de los años, es evidente que solo responde a los intereses de grandes empresas privadas, entre las que se encuentran: Google, Apple, Facebook, Amazon o Microsoft, todas estadounidenses.

Con ello, el control del Estado se hace cada vez más creciente, si se toma en cuenta la confianza que los usuarios de internet muestran al colocar sin distinción sus pensamientos más íntimos, tanto profesionales como emocionales; lo que le permite escanear los datos personales almacenados en la web con la ayuda de tecnologías superpotentes y hacer uso de ellos para fines diversos, como el pretexto de luchar contra el terrorismo a través de prácticas de vigilancia masiva³ y sin tener en cuenta los intereses de los usuarios. Con ello no solo sobrepasa sus funciones, sino que atenta también contra la intimidad de cada uno de los internautas.

La voluntad de control de los Estados se ha manifestado, por ejemplo, a través de la aprobación de leyes que autorizan al gobierno a realizar escuchas telefónicas privadas, tal es el caso de la ley secreta conocida como la *Communications Assistance to Law Enforcement Act (Calea)*, aprobada desde 1994 en Estados Unidos. Otros casos pueden enunciarse en este sentido;⁴ sin embargo, el

² RAMONET, Ignacio, *El imperio de la vigilancia*, p. 11.

³ V. gr., la aprobación en Estados Unidos de la *Patriot Act*, en 2001, que autoriza a los servicios de seguridad acceder a los datos informáticos conservados por particulares y empresas, sin autorización previa y sin informar a los usuarios. En 2015 fue sustituida por la *Freedom Act*, que mantuvo la mayoría de los aspectos previstos en la *Patriot Act* y a partir de la cual las autoridades arrestaron, deportaron, encarcelaron, espionaron correos y conversaciones telefónicas u ordenaron el registro de domicilios de disímiles sospechosos. Mientras, en Francia, en 2015 se aprueba la Ley Renseignement, que permite escuchar y grabar, sin previa autorización judicial, con el fin de lograr la detención automática. Permite, además, utilizar un software llamado “espía” para seguir de cerca la actividad informática de un sospechoso. Vid. RAMONET, Ignacio, *El imperio de la vigilancia*, cit., pp. 34-35.

⁴ El acaecido en 2010, cuando el director del Buró Federal de Investigaciones (FBI), principal agencia de investigación criminal del Departamento de Justicia norteamericano, se reúne con los directivos de Google y de Facebook, para convencerlos de que autorizaran la instalación de sistemas que les permitieran interceptar y descifrar los mensajes de todos los clientes de estas dos empresas globales. En Europa se aprueba un acuerdo entre la Unión Europea y las autoridades federales estadounidenses, a partir del cual algunas informaciones personales son entregadas por las compañías aéreas a las aduanas de Estados Unidos sin el consentimiento del viajero. Lo anterior se recrudeció después de los atentados a París en noviembre de 2015, al adoptarse por la Comisión de Libertades Civiles (*Libe*) una

más reciente, del Departamento de Estado del propio país, propone someter un cuestionario más riguroso, que incluya preguntas a quienes soliciten visado de entrada a la nación, teniendo en cuenta la necesidad de un escrutinio adicional sobre datos consignados en las cuentas de redes sociales.

También en los procesos electorales se manifiestan problemáticas asociadas al uso de los datos personales. La victoria de Donald TRUMP en las elecciones de Estados Unidos en 2016 y la de Jair BOLSONARO en Brasil, en 2018, han puesto de manifiesto la influencia de las empresas de mercadotecnia de las redes sociales. Dichas empresas⁵ han recopilado información personal de los usuarios y por consiguiente de los amigos de estos, para luego utilizarlos en predecir el sentido del voto de millones de personas e influir en sus decisiones. Todo esto es posible porque las nuevas técnicas de publicidad en línea utilizan programas de aprendizaje automático e investigación psicológica para generar mensajes⁶ dirigidos a objetivos específicos.

Otro aspecto a destacar es que la mayor parte de la sociedad carece de una cultura de protección de datos y ello se manifiesta de modo contundente en los procesos de captación. Basta con comprobar hasta qué punto, ya sea en internet o en soporte físico convencional, se tiende a actuar de modo que la prestación del consentimiento se plantee como un trámite tedioso más, que el titular de los datos personales debe cumplimentar cuanto antes para llegar a su objetivo de comprar un bien o recibir un servicio.

Ante este panorama, el mayor desafío de una sociedad informatizada debe ser garantizar los derechos de los ciudadanos frente a las amenazas de un uso o tratamiento malintencionado, que pudiera derivar, incluso, en conductas de-

propuesta de la Comisión Europea, donde se autoriza la creación de un fichero de datos de los pasajeros aéreos, llamado *Passenger Name Record* (PNR).

⁵ En el año 2018, la empresa Cambridge Analytica fue acusada por influir en el proceso electoral de 2016, donde resultó ganador Donald TRUMP, esta empresa obtuvo datos de 50 millones de usuarios de Facebook. Con los datos robados, la compañía diseñó un programa informático para predecir el sentido del voto de millones de personas con el fin de influir en sus decisiones. La aplicación fue descargada por más de 2 700 usuarios, lo cual implicó además, tener acceso a los datos de los amigos de dichos internautas. Disponible en <http://www.cubadebate.cu/noticias> [consultado el 24/1/ 2019].

⁶ Estos mensajes se basan no solo en datos demográficos, sino también en datos del comportamiento en línea de los usuarios. El perfil se completa sobre la base de similitudes con otros usuarios o clientes de los que se dispone de una huella de datos más amplia.

lictivas,⁷ y obligan, por tanto, a reconocer mecanismos de tutela adecuados para revertir dichos efectos negativos.

Como respuesta a lo anterior, tanto en el ámbito constitucional como ordinario, diversos países han configurado el derecho a la protección de datos personales. El desarrollo normativo derivado de ello se ha definido en la presente investigación a partir de cuatro etapas fundamentales.⁸ La primera de ellas⁹ se ubica en la década de 1970 del siglo xx y la segunda¹⁰ se sitúa en la década de 1980 de la propia centuria. La llegada de los años 90 marca el inicio de la tercera etapa,¹¹ mientras que la cuarta se ubica con el advenimiento del siglo xxi.¹²

2. PROGRESO TECNOLÓGICO EN CUBA: DESAFÍOS PARA ASEGURAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El desarrollo tecnológico en Cuba, y especialmente de la informática, ha constituido una prioridad para el Estado cubano desde el triunfo revolucionario, hecho expresado en un sinnúmero de acciones emprendidas, así como en la búsqueda de soluciones legales en correspondencia con el nivel tecnológico alcanzado. A pesar de ello, la proyección concebida debe ser analizada desde los factores que han limitado alcanzar un mayor impulso en este orden.

⁷ Algunas de las modalidades que se identifican son: el ciber-acoso y las estafas informáticas. *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., "Unificación de la protección de datos personales en la Unión Europea: desafíos e implicaciones", *El profesional de la información*, vol. 27, No. 1, 2018, pp. 185-194.

⁸ En ocasiones se fundamentan desde tres generaciones y se toman como elementos de análisis los siguientes: a) la evolución de los propios derechos fundamentales de las personas; b) las innovaciones tecnológicas; c) la adaptación de las leyes de protección de datos ante las nuevas situaciones creadas. Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, pp. 324-336.

⁹ Encuentra como referentes principales: la Ley de Hesse en Alemania, de 1970; en Suecia, la Ley 289 de Protección de datos, de 1973; así como la Constitución de Portugal de 1976 y la Constitución Monárquica de España en 1978.

¹⁰ Pueden ubicarse normativas como la Ley de protección de datos de Austria, de 1986; la Constitución de Guatemala, en 1985; la de Nicaragua, en 1987; y la de Brasil en 1988.

¹¹ Algunos referentes que se destacan son: en España, la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), de 1992; en Colombia, la Ley fundamental, de 1991; la de Paraguay en 1992; la de Perú en 1993; la de Argentina en 1994; la de Ecuador en 1996 y la de Venezuela en 1999.

¹² Son referentes la Constitución de México con la reforma de 2001, Panamá en 2004 y Bolivia en 2002. Válido es aclarar que aunque esta Constitución de Bolivia ya está derogada, fue la primera norma constitucional que en este país reconoció el derecho objeto de estudio.

El principal obstáculo para el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones es el bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por Estados Unidos de Norteamérica al imposibilitar la adquisición, por parte de Cuba, de los recursos financieros necesarios para invertir y además porque se prohíbe la venta de productos y servicios cubanos en este país. Por otro lado, está la sistemática hostilidad desplegada por dependencias del citado gobierno, a través del empleo de dichas tecnologías, para subvertir e intentar cambiar el sistema político cubano. De igual forma han trascendido las progresivas afectaciones provocadas por ataques informáticos.

En el programa político implementado en Cuba desde el 59 se propugna por el desarrollo de la informatización como vía para asegurar el desarrollo individual y colectivo, lo cual constituye un rasgo característico a resaltar si se tiene en cuenta que es el primer paso para alcanzar empeños mayores. La estrategia trazada puede ser identificada desde diferentes etapas, en las que se evidencian rasgos distintivos.

En tal sentido, a partir del año 2000 se da continuidad a la estrategia al ampliar sus líneas estratégicas, con el propósito de elevar la calidad de vida de los ciudadanos cubanos en su desempeño familiar, laboral, educacional, cultural, social y político, en la consecución del fortalecimiento y ampliación de los logros de la Revolución. Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba en abril de 2011,¹³ y su actualización para el periodo 2016-2021, aprobados en el VII Congreso,¹⁴ aseguraron que la proyección estratégica del Estado cubano en cuanto al desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones se mantenga en sistemático proceso de perfeccionamiento a partir de la ejecución de proyectos y servicios reales que llegan a los diversos sectores de la sociedad, en función de potenciar la conectividad social y desarrollar la gestión automatizada de sectores estratégicos como el de la informática y las comunicaciones, la salud, el financiero-bancario, el electro-energético, las transportaciones, así como proyectos de desarrollo macroeconómicos.

¹³ Se destacan el Lineamiento 11 en la parte general; el 30 y el 34 sobre sistema presupuestario; el 131 sobre política de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente; por último, el 223 y el 226 sobre política industrial y energética. Disponible en <http://www.cubadebate.cu> [consultado el 27/2/2019].

¹⁴ Se destacan los Lineamientos 103 y 108 sobre la política de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente; el 119 y el 123 sobre la política social de educación y salud respectivamente; por último el 271, 272 y 274 sobre el perfeccionamiento de sistemas y órganos de dirección. Disponible en <http://www.cubadebate.cu> [consultad el 25/1/2019].

Unido a ello, como parte del proceso de discusión generado durante el VII Congreso del PCC, se aprobó el Plan nacional de desarrollo social hasta 2030,¹⁵ que constituye la propuesta de visión de la nación, sus ejes y sectores estratégicos, donde se proyecta propiciar y estimular la tecnologías, así como su difusión y generalización en todas las esferas de la sociedad. Previo a ello se había aprobado, por acuerdo del Consejo de Ministros, la Política para el perfeccionamiento del sistema de la informatización de la sociedad, con tres vertientes principales: para garantizar el desarrollo socioeconómico sostenible, la administración pública y la utilización masiva de las TIC en el desarrollo de los procesos sociales en el ámbito nacional e internacional.

Lo anterior ha permitido que se incremente el acceso a la información y al conocimiento haciendo uso de los avances tecnológicos, tanto por el incremento de conectividad, de la telefonía móvil, así como por la aparición de nuevas plataformas y aplicaciones. Para ello destacan las cuantiosas inversiones destinadas a extender y modernizar la infraestructura.¹⁶

La creciente presencia de los cubanos en el espacio público digital se constata tanto por el número de cubanos conectados a internet, que representa el 68 % de la población del país al cierre de 2020, como por la elevada cifra de usuarios con telefonía móvil y con acceso a servicios de datos;¹⁷ lo que genera desafíos para asegurar el derecho a la protección de datos personales, dado el uso, acceso y tratamiento de un número cada vez más creciente de información personal que circula de forma ilimitada, teniendo como columnas esenciales la

¹⁵ Se establecen dentro de los ejes temáticos el No. 6, dirigido a “Propiciar y estimular [...] la tecnología, [...] así como su difusión y generalización en todas las esferas de la sociedad”. Se precisan 6 ejes estratégicos: 1) gobierno eficaz y socialista e integración social; 2) transformación productiva e inserción internacional; 3) infraestructura; 4) potencial humano, ciencia, tecnología e innovación; 5) recursos naturales y medio ambiente; 6) desarrollo humano, justicia y equidad. Disponible en <http://www.granma.cu> [consultado el 25/1/2019].

¹⁶ En Cuba, al cierre de octubre de 2020, se ha incrementado el número de usuarios de telefonía móvil a 6,2 millones, de los cuales 4,2 tienen acceso a datos móviles. Los usuarios de telefonía fija alcanzan los 1,48 millones y 1,34 millones acceden con cuentas permanentes a los servicios de internet por Wi-Fi. Los servicios Nauta Hogar ascienden a 176 000 y en solo un año los servicios de telefonía móvil de 4G han alcanzado 1,46 millones de usuarios, lo que representa el 25,6 % de la cobertura móvil. Cfr. PUIG MENESES, Y., “Desarrollo de infraestructuras y contenidos vitales para la informatización de la sociedad”.

¹⁷ 6,1 millones de líneas móviles habilitadas y de ellas 4,4 millones tienen acceso a servicios de datos. Cfr. ALONSO FALCÓN, R. y CARNOSA TAMAYO, E., “Digital 2021: Cuba sigue ampliando su presencia en el espacio público virtual”, disponible en: <http://www.cubadebate.cu/noticias/2021/02/26/> [consultado el 21/5/2021].

conectividad e interoperabilidad de las tecnologías, así como la digitalización e informatización de dichos datos.

En relación con la protección de datos, ha sido un propósito del Estado cubano resguardar el dato automatizado ante factores objetivos o ante conductas negligentes que ocasionaran la alteración, sustracción o el uso inadecuado de la información almacenada en soportes magnéticos. Por ello, desde una perspectiva amplia, se emprendió un grupo de medidas¹⁸ encaminadas a garantizar la protección de estos. Sin embargo, la estrategia gubernamental ha estado caracterizada por concebir la protección de la información, en un sentido general, orientada a la preservación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de esta, sin percibir los daños que desde lo individual se le ocasiona al titular de los datos personales y para el cual tampoco existe expresión normativa específica que los proteja.

Por ello, el constante progreso tecnológico experimentado por la sociedad y su aplicación a la mayor cantidad de esferas sociales se convierte en una indispensable vía que se ha de acometer. En tal sentido, como quedó evidenciado en párrafos anteriores, la voluntad política del Estado cubano es palpable. No obstante, las acciones emprendidas deben llevar, además, al desarrollo normativo de los nuevos derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la protección de datos personales, a partir de los cuales se aseguren las disímiles formas en las que se expresan las relaciones sociales ante el impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la sociedad cubana.

De igual forma, elevar la cultura jurídica de los ciudadanos como forma de exaltar su percepción de riesgo ante el uso y tratamiento de los datos de carácter personal y la responsabilidad individual y colectiva que les corresponde

¹⁸ Las primeras medidas estuvieron encaminadas a establecer un Sistema Único Nacional para comunicar la presencia de virus de computadoras en el país; fomentar una cultura de protección en el personal dirigente, técnico y usuarios vinculados a la computación; desarrollar la investigación técnica de los virus que afectaran, así como sus orígenes y el establecimiento de las cadenas de contaminación. Desde el punto de vista técnico-organizativo se implementaron acciones para prevenir, detectar y minimizar la acción de los virus. Se creó el Grupo de Expertos de Protección de Datos. Se proyectó establecer las normas para regular la disciplina informática en los organismos de la Administración Central del Estado y en las organizaciones sociales, de masas y políticas, para garantizar la integridad y seguridad de los datos procesados y utilizados electrónicamente. Se consideró incluir figuras delictivas ante conductas que atenten contra la integridad de los datos y establecer disposiciones relativas a los procesos de Auditoría Informática. Cfr. AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, *Ciudadanas 2020 IV. Gobierno de la Información. Realidades contemporáneas*.

en el contexto digital, es otra de las aristas que deben ser implementadas con mayor fuerza, en tanto se evidencia falta de correspondencia entre el nivel de acceso tecnológico alcanzado y la concientización ciudadana ante los peligros a los que se expone. Este contexto evidencia formas limitadas de asegurar el principio-valor dignidad declarado en la Constitución cubana como base de todo el ordenamiento jurídico y del que el ser humano es portador intrínseco.

3. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS AL USO, ALMACENAMIENTO Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN PERSONAL: ¿CÓMO DAR RESPUESTA DESDE EL DERECHO?

Teniendo en cuenta el avance experimentado en los procesos de informatización, de acuerdo con la proyección del Estado y además por el impacto económico y social de las actividades que realizan en beneficio de la persona humana, se han tomado como referentes para el análisis normativo que en el presente artículo se presenta, al sector de la informática y las comunicaciones, al sector de la salud y al de la actividad registral. Unido a lo anterior, la definición de estos sectores permite ejemplificar las problemáticas que desde el orden social y jurídico se manifiestan en torno al derecho a la protección de datos personales en Cuba, con el propósito de demostrar las insuficiencias que se manifiestan en cuanto a la conformación del derecho y que pueden constituir amenazas o quebrantos del mismo.

Como problemáticas que se revelan en la sociedad cubana en relación con la vulneración del derecho a la protección de datos personales, se identifica, por ejemplo en el sector de la informática y las comunicaciones, la afectación que se produce con el uso del instalador nombrado Directorio Telefónico QVA2011 y sus sucesivas actualizaciones, a través del cual toda persona puede acceder al número de teléfono celular o fijo, dirección particular, nombre y apellidos o carnet de identidad de cualquier usuario de la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba (ETECSA), sin que medie el consentimiento de su titular.

Así mismo, en más de una ocasión, los usuarios de la citada empresa han visto vulnerados sus datos personales sin que le asistan formas suficientes de respaldo ante la afectación sufrida. Tal es el caso de llamadas recibidas en las que se suplanta la identidad de la empresa y se solicitan datos personales con el fin supuesto de ofrecer transferencias u otros servicios atractivos, ocasionando

una afectación al saldo del usuario; o como el proyecto Zunzuneo,¹⁹ a través del cual se lanzó una red de mensajería desde Estados Unidos que llegó, utilizando los teléfonos celulares, a miles de cubanos, con el propósito de subvertir el proceso revolucionario cubano.

En el sector de la salud, por otra parte, se han desarrollado varias soluciones tecnológicas como el sistema Galen Clínicas, a través del cual se implementan las historias clínicas digitales. La información que ofrece dicho sistema será accesible a los pacientes, a los médicos y al personal de enfermería, lo que evidencia cómo el manejo de la información resulta clave y aunque se ha previsto concebir el uso y tratamiento de la información desde el conjunto de roles al determinar permisos en correspondencia con las responsabilidades asignadas, lo cierto es que hasta el momento, las medidas que se prevé adoptar son de orden técnico. Mientras, no existen regulaciones normativas sobre las historias clínicas digitales u otras vías, en las se delimiten formas específicas de protección al titular de la información personal.

En este mismo orden se debe resaltar cómo desde la actividad registral, con el proceso de informatización de los registros públicos, se evidencian expresiones negativas que afectan al titular de la información personal. La proyección del Ministerio de Justicia resulta válida en cuanto a que se ha potenciado la informatización de los asientos, a través del Sistema Informatizado del Registro del Estado Civil (SIREC), por ejemplo, y se han desarrollado aplicaciones tecnológicas como el Ilex Minjus, a partir del cual se pueden solicitar los antecedentes penales y acceder al Registro de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos, además de contactar con el Departamento de Atención a la Población para realizar quejas, inquietudes y planteamientos.

Lo anterior agiliza los trámites e incrementa el acceso de los ciudadanos a la información personal que de ellos consta en determinados registros públicos, sin embargo, se expresan problemáticas, en ocasiones generadas por el núme-

¹⁹ El llamado "twitter cubano" usaba mensajes de texto enviados y recibidos por teléfonos móviles con contenidos asociados, inicialmente, a noticias de fútbol, música, huracanes y publicidad y cuando se lograra una audiencia de miles de suscriptores se enviarían mensajes de contenido político, para inspirar a los cubanos a crear convocatorias en red de "multitudes pensantes", concentraciones masivas que fueran convocadas y de manera rápida pudieran desencadenar una "primavera cubana". En 2012, el proyecto captó más de 40 000 suscriptores para compartir noticias e intercambiar opiniones, pero estos nunca supieron que el servicio fue creado por el gobierno de Estados Unidos y mucho menos que había empresas, como Mobile Accord, que se encargaban de recopilar la información personal de los usuarios con fines políticos. Cfr. CAPOTE, Raúl Antonio, *La guerra que se nos hace*, pp. 205-222.

ro elevado de errores que se consignan en las certificaciones, sobre todo en aquellas originalmente asentadas en soporte plano y que durante el proceso de digitalización sufren errores o inexactitudes, causantes de afectación al titular de los datos de carácter personal, dadas las insuficientes vías que aseguren el almacenamiento y tratamiento adecuado de la información personal, una vez que se digitalizan.

Ante estas problemáticas cabría preguntar: ¿cómo dar respuesta desde el Derecho?

Hasta la Constitución de 1976 no existía regulación constitucional del derecho a la protección de datos personales. Sin embargo, la nueva Carta Magna de 2019 incorpora en el Capítulo VI, “Garantías de los derechos”, el derecho de toda persona a acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como a interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación. Ello marca un momento importante en el camino para desarrollar vías de protección a los titulares de la información personal, en una sociedad en pleno proceso de informatización.

Este hecho es el primer paso que se requiere, aunque es inexistente una ley específica que desarrolle los preceptos constitucionales, si bien son varias las normas sectoriales que abordan la información en un sentido general e indistintamente pueden ser asumidas como reglas que protegen cierta información personal, ya sea porque traten datos sensibles o porque aparezcan en bases de datos de dichos sectores.

Sin dudas, varios son los elementos que hacen novedoso el nuevo texto constitucional cubano de 2019, en torno a la protección del titular de los datos personales.

Un elemento a distinguir es el reconocimiento, en el art. 40, de la dignidad humana como el valor supremo que rige a los demás derechos, precepto que constituye el pórtico de todo el Capítulo I, “Disposiciones Generales”. Además, se manifiestan otras formas de respaldo a la dignidad humana desde el preámbulo, con la máxima martiana “Yo quiero que la ley primera sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre”, así como en el art. 1, donde se conceptualiza al Estado cubano y se precisa que: *“Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano [...], fundada en el trabajo, la dignidad [...]”*.

Particular referencia se debe hacer al art. 11, inc. a), donde se preceptúa que el Estado cubano ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espectro radioeléctrico al ser el medio por el cual se transmiten las frecuencias de ondas electromagnéticas que permiten las telecomunicaciones (radio, televisión, internet, telefonía móvil, entre otros), por tanto, en ellas se tratan datos de carácter personal.

En cuanto a los límites al ejercicio de los derechos, se especifican más claramente en el art. 45, al establecer los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes. Otro referente significativo es el reconocimiento de nuevos derechos²⁰ que se relacionan con el derecho a la protección de datos personales y hasta el momento estaban sin respaldo constitucional. Del mismo modo, son reveladoras las garantías constitucionales reguladas en el Capítulo VI, "Garantías de los Derechos", del Título V, donde se hace latente la presencia sustancial de garantías judiciales.²¹

Unido a lo anterior, sobresale el art. 97, donde se reconoce la garantía conocida en la doctrina como *habeas data*, aunque no se utiliza dicha denominación, a partir de la cual toda persona podrá acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación.

A nuestro criterio, dicha regulación se ubica de manera errónea en el Capítulo referido a las garantías y en lugar del dedicado a los derechos. Una lectura del precepto permite advertir que su redacción aparece más en forma de derecho, al fijar algunos de los aspectos que conforman su contenido esencial, de acuerdo con las definiciones que la doctrina y la jurisprudencia han sentado en torno al mismo, y no como una garantía; la cual debió haber quedado delimitada de modo expreso, como el procedimiento para reclamar la tutela o protección del derecho a la protección de datos personales ante posibles amenazas o vulneraciones.

²⁰ V. gr., el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la justicia, preceptuado en el art. 46; el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 47); el derecho a la intimidad personal y familiar, la propia imagen, la voz, el honor, la identidad personal (art. 48); el derecho de circulación por el territorio nacional, de salida y entrada al país (art. 52) y el derecho al acceso a la información pública o a recibir información veraz, objetiva y oportuna (art. 53).

²¹ V. gr., arts. del 92 al 94 y 98 y 99.

Resulta llamativo que en el Proyecto de Constitución el derecho recibió una mejor ubicación al aparecer en el Capítulo II, denominado “Derechos Individuales”, del Título IV, “Derechos, Deberes y Garantías”, art. 55,²² cuestión que se modifica en el texto definitivo, al ser colocado en el capítulo correspondiente a las garantías, mezclando de manera confusa el derecho y su garantía.

Es cierto que ambas categorías se complementan, constituyen las dos caras de una moneda o el binomio indisoluble donde el derecho no puede existir sin la garantía, pero cada término tiene su propio significado, una cosa es el derecho a la protección de datos y otra cosa es su garantía o mecanismo para su tutela, por lo que debe quedar clara la diferencia y relación entre ambas categorías desde la letra constitucional.

La causa de este desconcierto puede estar en el carácter instrumental que tiene el derecho a la protección de datos personales al servir para la tutela de otros derechos como el derecho a la intimidad, por lo cual se le atribuye, al mismo tiempo, una doble dimensión de derecho y garantía; también en la propia regulación dispar recibida en otros ordenamientos jurídicos, que en ocasiones lo han perfilado como un derecho o en otros casos como garantía.

Otra cuestión que llama la atención es la relativa a la protección de los datos personales, dirigida solo a aquellos que estén en archivos o bases de datos e información de carácter público. Cabe preguntarse entonces: ¿qué sucede cuando los datos personales se encuentren en archivos o bases de datos de empresas o entes privados o de particulares, si tenemos en cuenta el escenario cubano, donde coexisten diferentes actores y formas de gestión de la economía, con respaldo constitucional?

En cuanto a los mecanismos de protección del derecho ante posibles vulneraciones, no queda claro si se trata de una garantía en sede judicial, mediante un procedimiento específico, comúnmente denominado *habeas data*, o de una garantía no jurisdiccional en la vía administrativa a través de un órgano independiente especializado, o se establecerán ambas garantías. Tampoco queda claro si será de los derechos amparados por el procedimiento preferente, expedito y concentrado en sede judicial que prevé el art. 99 del citado texto

²² “Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos o cualquier otra forma de registros públicos, así como a interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación y actualización, de conformidad con lo establecido en la ley”. Vid. Proyecto de Constitución de la República de Cuba, edición impresa, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, La Habana, 2018.

constitucional cubano de 2019. La lectura de este precepto en principio indica que esa garantía es para todos los derechos al decir: *“La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización”*. Sin embargo, más adelante cierra la tutela solo para aquellos derechos que la ley establecerá, por lo que será el legislador el que determinará cuáles derechos gozarán de esta garantía, así como definirá las garantías para el derecho a la protección de datos, cuestión que debió haber quedado definida de manera precisa en la Constitución.

Sin negar los avances introducidos por la nueva Constitución en materia de derechos y garantías en sentido general, y en particular sobre el derecho a la protección de datos personales, es válido el análisis realizado de las incongruencias, inconsistencias u omisiones apreciadas en la redacción del art. 97, que lejos de constituir una crítica desdeñosa, persigue como propósito evitar desaciertos a la hora de cubrir la reserva de ley contenida en el precepto, se regule de manera adecuada el contenido del derecho, mediante la formulación de sus elementos constitutivos para lograr su real ejercicio y efectividad, al tiempo de especificar aquellas formas en las que se asegurará el uso, almacenamiento y tratamiento de los datos personales.

Por otra parte, constituye un reto el amplio proceso legislativo que en lo sucesivo se acomete en tanto son numerosos los artículos de la Constitución que remiten al desarrollo de leyes ordinarias, entre las que se incluye la ley específica de protección de datos de carácter personal. No obstante, llama la atención que en un primer momento, el mandato constitucional relativo a la reserva de ley para desarrollar el comentado art. 97 se cubriera mediante un Decreto-Ley, conforme con el cronograma legislativo aprobado por Acuerdo IX-49/2019 de la Asamblea Nacional del Poder Popular;²³ lo cual conducía a la reflexión sobre este particular, pues podría constituir una desviación de lo dispuesto en la letra del precepto comentado, máxime si se trata de un derecho cuya regulación debe hacerse mediante un acto normativo de mayor jerarquía después de la Constitución, es decir, por ley emanada del Parlamento, que expresa la voluntad popular y cuyo proceso de elaboración y aprobación se caracteriza por ser

²³ Cfr. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 2, de 13 de enero de 2020, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu> [consultado el 24/1/ 2020].

público y democrático, constituyendo así la reserva de ley una garantía normativa o abstracta, al exigir que solo por ley se regule el ejercicio de los derechos.

Sin embargo, en la sesión ordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular, desarrollada el 17 de diciembre de 2020, se actualizó el cronograma legislativo para el periodo 2021-2022.²⁴ De acuerdo con la información brindada por el Ministro de Justicia, Oscar SILVERA MARTÍNEZ, el intenso cronograma legislativo previsto para 2020 se vio afectado por la pandemia Covid-19, que impidió realizar las sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, previstas para la discusión y aprobación de estas disposiciones normativas. En dicha exposición, SILVERA MARTÍNEZ propuso modificar la Ley, el rango normativo del Decreto-Ley “Para la protección de datos personales”, con lo cual se hace corresponder el precepto constitucional con una disposición normativa de rango adecuado para desarrollar un derecho y por consiguiente su garantía.

4. LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CUBA: ELEMENTOS A TENER EN CUENTA POR EL LEGISLADOR

Los elementos a tener en cuenta para la conformación de una normativa específica que asegure el derecho a la protección de datos personales, serían los siguientes:

5. El objeto: entendiendo que este se refiere a aquellos datos personales cuyo carácter privado o público, informatizados o en soporte plano, permitan la identificación de su titular a partir de la conformación de un perfil que identifique o permita su identificación y cuyo conocimiento durante el tratamiento o uso posterior de estos afecte los derechos del titular.
6. Los sujetos: deberá delimitarse tanto a los sujetos activos como a los sujetos pasivos.
 - 2.1. Se podrán concebir como sujetos activos o protegidos tanto a personas naturales como jurídicas. El titular de los datos resultará ser el afectado o interesado a quien le pertenecen las informaciones de carácter personal, cuyo tratamiento y almacenamiento permita su identificación directa o indirectamente.

²⁴ De las 33 leyes pendientes en el cronograma, se propuso la aprobación de 25 para el periodo 2021-2022, incluyendo normas jurídicas previstas como Decretos-Leyes.

Para exponer los argumentos que justifican delimitar a las personas jurídicas como titulares del derecho a la protección de datos personales se considera oportuno plantearlo desde tres grupos de argumentos: el primero de ellos de carácter teórico, referido al posicionamiento doctrinal desde el pronunciamiento de determinados autores al respecto; un segundo grupo referido al ámbito normativo; y el tercer grupo es de carácter práctico, dentro de ellos aquellos asociados con el modo en el que las personas jurídicas, por la mediación de los sitios de redes sociales y páginas web, se relacionan entre sí, en el ciberespacio, y con otras personas naturales, y además teniendo en cuenta el desarrollo del comercio electrónico.

Básicamente, el posicionamiento de reconocer como titular solo a las personas naturales se origina en el hecho de considerarlo una derivación del derecho a la intimidad. Por tanto, para autores como CASTILLO CÓRDOVA y GÓMEZ MONTORO,²⁵ “las personas jurídicas carecen de intimidad y dignidad en sentido estricto, aunque posean derecho a la reserva de determinada información y a conservar su reputación”.

Por su parte, María Mercedes SERRANO PÉREZ²⁶ considera que “tratándose de un derecho fundamental ligado a la dignidad y a la personalidad del ser humano, no cabe su atribución a las personas jurídicas, ya que estas carecen de esencia humana. Desde el Derecho Civil se pueden proteger los datos económicos o legales de una persona jurídica, pero no como reconocimiento de un derecho fundamental, del que no pueden ser titulares. No existe sujeto al que proteger”. PUCCINELLI,²⁷ sin embargo, considera que “la protección no debe negarse a las personas jurídicas, pues si bien estas no tienen honor, sí tienen reputación, por ejemplo comercial; si bien no tienen intimidad sí tienen derecho a reservar determinadas informaciones, como los secretos comerciales”.

²⁵ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*; GÓMEZ MONTORO, Á. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista de Derecho Constitucional*, No. 65, mayo-agosto 2002.

²⁶ Cfr. SERRANO PÉREZ, M. M. y E. R. RODRÍGUEZ MARCANO, “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Cubana de 2019”, en *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, p. 243.

²⁷ Cfr. OJEDA BELLO, Z., “El derecho a la protección de datos personales: bases teóricas para su regulación jurídica en Cuba”, *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, “Anexo III: Relación de especialistas en Derecho (internacionales) consultados, guía de entrevista y criterios aportados”.

Cuando se hace referencia a los argumentos normativos, específicamente en relación con el derecho a la protección de datos personales tanto en el ámbito constitucional como en lo legislativo, se expresa una postura carente de uniformidad en relación con quiénes serán los titulares, debido a que en ocasiones se señala solo a las personas naturales²⁸ y en otros casos se incorpora a las personas jurídicas.²⁹

Por su parte, el art. 97 de la Constitución cubana de 2019 plantea que: “*Se reconoce el derecho de toda persona de acceder a sus datos personales [...]*”; con lo cual el primer punto de análisis sería si al referirse a “toda persona”, el constituyente incluye a las personas naturales y también a las personas jurídicas como titulares, de ahí que se haga necesario determinar a quién se refiere la norma y cuál es su alcance y ello sería oportuno en la ley que desarrolle dicho precepto 97. Por tanto, reconocer la titularidad a las personas jurídicas permitiría asegurar no solo los ficheros que se refieren exclusivamente a ellas, sino también al nombre, la forma y los datos de contactos de dichas personas jurídicas.

Si de argumentos prácticos se trata, no puede desconocerse que ante el actual contexto de transformación digital de la sociedad, se abre una nueva ventana en las relaciones entre el Derecho y la Tecnología de la Informática y las Comunicaciones, al extenderse su impacto de convergencia digital a todas las áreas de especialización y ejercicio cotidiano. El Derecho, al ocuparse de la transformación digital, tiene que aceptar modificar su dinámica de dar respuesta jurídica a la realidad que se impone, fruto de las tecnologías emergentes y la convergencia tecnológica.³⁰

²⁸ V. gr., se manifiestan así las leyes específicas de Chile (Ley 19628/1999, art. 2, inc. ñ)); Colombia (art. 3, inc. f), de la Ley Estatutaria 1581/2012); Costa Rica (Ley 8968/2011, art. 3, inc. g)); Paraguay (Ley 1969/2002, art. 2); Perú (Ley 29733/2011, art. 2, inc. 14)); España (Ley Orgánica 3/2018, art. 1, inc. a)).

²⁹ V. gr., en las Cartas Magnas de Guatemala, Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perú, Venezuela, México, Bolivia, Ecuador, Argentina o Panamá se señala de forma genérica “toda persona”. En el ámbito legislativo, la Ley 25326/2000 de Argentina, art. 2, define a la persona física o de existencia ideal y aunque no delimita si serán nacionales o extranjeros, se deduce que en el caso de las personas de existencia ideal podrán ser extranjeros, siempre que su domicilio o el de su delegación o sucursal esté ubicado en territorio argentino. La Ley 787/2012 de Nicaragua lo señala en su art. 3, inc. m); en Brasil, la Ley 13.709, art. 1, regula que será tanto para personas naturales como jurídicas; en Uruguay, la Ley 18331/2008, art. 2, en relación con el art. 4, inc. L). La Ley 1969/2002, de Paraguay, lo señala en forma genérica en su art. 1 y de igual forma en México se regula en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, art. 1.

³⁰ Cfr. AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, “La transformación digital es analógica porque está conducida por personas”, *Revista cubana de transformación digital*, vol. 1, No. 2, julio-septiembre 2020, pp. 127-150.

Un primer argumento práctico se refiere a la identidad digital que hoy tienen las personas jurídicas. En internet, la identidad digital es el ser o el pretender ser en la red, conocida también como posición digital. Hoy en día es posible obtener información en cualquier momento, con independencia de la fecha en la que se haya generado o publicado el dato y es posible obtenerla desde cualquier lugar, al margen de la mayor o menor lejanía geográfica, lo que puede ocasionar que se utilicen identidades falsas al realizar un acto jurídico y por tanto afectarse su reputación online. La información personal se almacena masivamente y es fácilmente accesible para personas naturales y jurídicas, con solo tener acceso a internet o a sitios de redes sociales digitales. Datos o informaciones recientes o lejanas, procedentes de las fuentes más diversas, están al alcance también de todo tipo de persona (natural o jurídica), para cualquier finalidad y en los cuales la persona jurídica, como sujeto del derecho a la protección de datos personales puede realizar actos u omisiones que contengan consecuencias jurídicas.

Otro aspecto es la proliferación de instrumentos de recopilación de información que está generando, incluso, que una persona jurídica en la actualidad pueda ignorar no solo cuáles son los datos que le conciernen, que se hallan recogidos en un fichero de entidades públicas o privadas, sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad.

En este sentido, un elemento a agregar es el incremento del nivel de interacción de las personas jurídicas, con lo cual se han constatado riesgos significativos, especialmente en lo que concierne a la actividad en línea y en la que no solo se involucran las personas naturales, sino también, y cada vez en mayor medida, las personas jurídicas. Estos riesgos y amenazas se han visto incrementados exponencialmente con la irrupción de la web 2.0, donde se incluye la posibilidad de que los usuarios interactúen entre sí y las personas jurídicas no están exentas de esta interacción a través de las redes sociales, los blogs y las wikis, por solo citar algunos ejemplos.

Justamente, la web 2.0 es una nueva tendencia que permite el uso de las páginas web y donde las personas jurídicas, como usuarios se han convertido en generadoras de contenidos. Lo anterior supone un cambio en la filosofía, una actitud, una forma de hacer las cosas que identifica el uso actual de Internet que hacen tanto los internautas como las empresas, pasando de ser meros consumidores a productores y creadores de contenidos.

Por último, constituyen aspectos a tener en cuenta para considerar a las personas jurídicas como titulares del derecho a la protección de datos personales, el

tránsito acelerado de la web 2.0 a la web 4.0, la implementación cada vez más creciente del comercio electrónico, la elaboración y uso de aplicaciones para teléfonos móviles asociado a los servicios que prestan personas jurídicas y la creación de registros de personas jurídicas para el pago de tributos.

2.2. Los sujetos pasivos podrán ser los responsables del sistema de datos personales, entendiendo que estos serán personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que decidan sobre la finalidad, contenido y uso de los datos durante su tratamiento, almacenamiento y cesión. Así mismo, será sujeto pasivo el encargado del tratamiento, entendido como la persona natural o jurídica, privada o pública que se encargue del tratamiento de los datos personales por cuenta del responsable del sistema de datos personales.

3. El contenido esencial debe ser delimitado desde los derechos del titular, entre los que se encuentran: de acceso, corrección, rectificación, modificación, actualización, cancelación u olvido y oposición. Para hacer un análisis de los citados derechos es importante especificar que el titular, previa identificación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener sus datos personales asentados en los ficheros de carácter público o privado, de ahí que cuente con el derecho de acceso.

En este mismo sentido, al ejercer el derecho de corrección, rectificación, modificación, actualización y cancelación³¹ u olvido, el titular tiene derecho a corregir, rectificar, modificar, actualizar y cancelar los datos personales que le conciernan ante el responsable del fichero o encargado del tratamiento, cuando estos sean inexactos, incompletos, engañosos u obsoletos. El derecho al olvido responde a los principios de limitación en el tiempo y de calidad del tratamiento. Por tanto, conforme con el citado principio de calidad, cuando los datos dejen de ser ciertos, actualizados y pertinentes, deben ser cancelados u olvidados en tanto dejaron de ser necesarios para cumplir con la finalidad que dio origen a su almacenamiento y posterior tratamiento.

Por su parte, en el derecho de oposición, el titular podrá oponerse por razones legítimas al tratamiento de sus datos personales y alegar alguna excepción de

³¹ Corregir: enmendar lo errado; rectificar: reducir una cosa a la exactitud que debe tener; modificar: introducir cambios en las cosas que las hagan distintas a cómo eran; actualizar: dar actualidad a una cosa; cancelación: anular una escritura. Cfr. *Diccionario Cervantes de la Lengua Española*, Pueblo y Educación, La Habana, 1988.

consentimiento o en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la normativa constitucional u ordinaria.

4. Los límites a definir en el ámbito legislativo deberán tener en cuenta el precepto 45 constitucional, donde se llega a especificar con claridad límites para el ejercicio de todos los derechos, entre los que se señalan: los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes; lo cual significa que como norma general esté determinada para todos los derechos constitucionales, donde ya se incluye el derecho a la protección de los datos personales, reconocido recientemente en el texto constitucional cubano. Así, el propio art. 97 constitucional declara como límite una prescripción legal³² que fundamenta el uso y tratamiento de los datos.

En correspondencia con ello, la Constitución no es la que necesariamente establece todos los límites expuestos al derecho, por cuanto de manera implícita resultan límites los restantes derechos humanos y los bienes jurídicos protegidos desde lo constitucional. Son restricciones directas del derecho fundamental mismo o modulaciones de las condiciones de ejercicio del derecho en determinados supuestos. Para ello la normativa ordinaria, con mayor grado de especificación, debe delinear otros límites; bien pueden ser restricciones directas o referidas al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental.

En el primer caso constituye una forma de desarrollo del derecho; mientras que en el segundo se fijan los límites conforme a la forma concreta en la que cabe ejercer el grupo de facultades que compone el contenido del derecho, al instituir una manera de regular su ejercicio. En tal sentido se podrá limitar, a través de medidas legislativas, el alcance de las obligaciones y de los derechos relacionados, respetando el resto de los derechos humanos para salvaguardar: la seguridad del Estado; la seguridad pública; la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales; otros objetivos importantes de interés público general, en particular un interés económico o financiero importante para el Estado (ámbito fiscal, presupuestario, monetario, de salud pública, de seguridad social); la protección de los procedimientos judiciales; la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones de normas ético-profesionales; la ejecución de demandas civiles; entre otros.

³² "... El uso y tratamiento de estos datos se realiza de conformidad con lo establecido en la ley".

Otros límites estarán asociados a la necesidad de contar con el consentimiento del titular, por ello el responsable deberá ser capaz de demostrar que el titular consintió el tratamiento de sus datos personales. En este mismo orden puede prohibirse el tratamiento de datos especialmente protegidos, aunque podrán especificarse excepciones que también se erigirán en limitaciones. En tal sentido se tratarán dichos datos cuando: el titular conceda su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados; el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y asistencia social; para proteger intereses vitales del titular, en el caso de que este no esté capacitado jurídicamente para dar su consentimiento; para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial; por razones de un interés público o cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional.

Respecto a los datos obtenidos por las entidades públicas o privadas en ejercicio de sus atribuciones referidos a una persona, las limitaciones en el acceso encuentran su principal justificación en los derechos de terceros, de forma particular en la protección de la esfera de la intimidad y el patrimonio de dichas personas. En otras palabras, la confidencialidad de la información está destinada a proteger a los titulares respecto a la injerencia indebida de la autoridad y de otros particulares.

A pesar de lo anterior, pueden existir situaciones en las cuales el interés público deba prevalecer sobre los intereses individuales, es decir, que el bien que busca obtener el Estado con la apertura de esa información es superior al daño que se causaría al particular al vulnerar su derecho a la protección de datos personales. Ello obliga a que la autoridad realice una ponderación cuidadosa y detallada de los intereses en conflicto para permitir, en circunstancias excepcionales, la posibilidad de divulgar ciertos datos personales.

En este sentido, un ejemplo evidente de lo anterior se manifiesta en lo acontecido con la actual pandemia de Covid-19, pues varios países han utilizado la información personal con el propósito fundamental de proteger la salud de las personas. Por ejemplo, en China, aprovechando el uso cotidiano del *big data*, el gobierno implantó un sistema semáforo mediante el código QR. El sistema cruza datos de los Ministerios de sanidad, transporte, interior, comité vecinal y empresa empleadora. Al viajar en un tren con un infectado o si uno de los

vecinos o compañeros de trabajo enfermó, la aplicación lo detecta y de inmediato cambia el estado del dueño del teléfono.

En otros contextos como Singapur, toda persona en cuarentena debía enviar su ubicación geográfica desde el celular a las autoridades cuando así se lo requieran y están obligados a hacerlo un mínimo de dos veces al día. En Perú, con el Decreto Supremo 070-2020 se ordena a las compañías de telecomunicaciones a brindar información del registro histórico de localización o geolocalización de los teléfonos móviles de casos sospechosos o confirmados de Covid-19.

En Cuba se elaboró la aplicación denominada “Pesquisador virtual”, mediante la cual se capta información del estado de salud de la población. Para usar la plataforma, el usuario debe tener más de 18 años de edad, estar en plena capacidad jurídica y se hace responsable de la veracidad de la información suministrada. Sin embargo, algunas problemáticas se han manifestado, por ejemplo, de las 43 568 personas que hasta el 27 de abril de 2020 habían usado la aplicación, 2 628 ofrecieron datos falsos, a partir de lo cual no solo se ha puesto en función al sector de la salud, sino que se ha transgredido lo establecido por el MINSAP para la etapa de pandemia, a través de la Resolución No. 128/2020, donde se emiten las disposiciones sanitarias para la etapa de prevención y control de la Covid-19 en Cuba, teniendo en cuenta lo preceptuado en el Decreto-Ley No. 54/1982, “Disposiciones sanitarias básicas”.

Las situaciones anteriormente planteadas requieren definir en la norma específica, aquellas regularidades a tener en cuenta ante conflictos o colisiones que se produzcan entre el derecho a la protección de datos personales y otros como, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho de acceso a la información pública, el derecho al trabajo, la libertad de expresión u otros.

Como una muestra a tener en cuenta ante una colisión con el derecho de acceso a la información pública, pudieran identificarse como regularidades:

- Valorar la difusión de información que contiene datos personales.
- Tener en cuenta si el titular rechazó específicamente la difusión.
- Aplicar la disociación o anonimización de los datos personales antes de difundirlos o bien de permitir solo un acceso parcial.

- Valorar la forma en la que se obtuvo la información, su contenido y las expectativas –razonables– que pueda haberse creado el titular en el momento de proporcionar los datos, sobre si esta información será reservada o accesible a terceros.

5. Como definiciones más importantes están las siguientes:

- Datos personales: toda información que corresponde a una persona natural o jurídica y a partir de la cual se identifica o se hace identificable la misma. Son aquellos datos identificativos de la persona, donde se incluyen las circunstancias sociales, los datos académicos y de formación, los datos profesionales y de empleo, las características personales y físicas, los datos económico-financieros, médicos o de salud, ideológicos, judiciales y administrativos.
- Datos sensibles o especialmente protegidos: toda información personal referida a la militancia o preferencias político-ideológicas, afiliación sindical, creencia religiosa, sexo, edad, género, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, origen nacional o territorial, discapacidad, color de la piel y estado de salud, a través de la cual su titular puede ser motivo de discriminación, lo que implica garantías cualificadas.
- Fichero de datos personales: está compuesto por archivos, registros, bases o bancos de datos, de carácter público o privado, a través de los cuales se designa al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento automatizado o manual, cualquiera que sea su forma de creación, formación, almacenamiento, organización y acceso.
- Tratamiento de datos: toda operación o procedimiento técnico sistemático sobre datos personales, sean automatizados o manuales, que permiten su recolección, almacenamiento, uso, circulación, registro, grabación, organización, comunicación, elaboración, selección, extracción, conservación, ordenación, modificación, actualización, evaluación, confrontación, interconexión, disociación, cesión, transferencia, bloqueo, destrucción, supresión, cancelación, así como cualquier otra forma.
- Titular, afectado o interesado: toda persona natural o jurídica cuyos datos personales sean objeto de tratamiento automatizado o manual.

- Responsable del fichero o tratamiento de datos personales: toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, es titular de los archivos, registros, bases o bancos de datos personales y decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.
- Encargado del tratamiento de datos personales: toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que de forma individual o en conjunto con otras realiza el tratamiento por encargo del responsable del fichero o tratamiento de datos personales.
- Cesión o comunicación de datos personales: toda revelación de datos personales a una persona natural o jurídica, pública o privada, distinta del titular, interesado o afectado.
- Procedimiento de disociación de datos personales: todo tratamiento de datos personales, de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

6. Delimitar garantías específicas como el procedimiento específico de *habeas data*; así como la denominación, composición y funciones de un órgano de control independiente, que será el facultado para dar solución, en la vía administrativa, a las reclamaciones que se presenten.

La puesta en práctica de dicha disposición normativa, una vez aprobada y entrada en vigor, requerirá de la promoción y elevación de la cultura jurídica de los encargados y responsables de los archivos de datos de carácter personal, de los operadores del Derecho y de los ciudadanos; pues no basta con la regulación jurídica para enfrentar las problemáticas que giran en torno a este derecho en la era digital, sino que es necesario además del marco normativo, la formación ética en el diseño y uso responsable de las tecnologías de la informática y las comunicaciones.

5. CONCLUSIONES

Los desafíos que enfrenta la sociedad actual, provenientes del constante desarrollo de las tecnologías, trasciende en el uso, el almacenamiento, la cesión y la disponibilidad de la información personal. Como consecuencia de ello, de forma sistemática y ante la necesaria protección de la persona humana, el Derecho encuentra nuevas vías de salvaguarda y atempera otras ya existentes. Por ello, el derecho a la protección de datos personales comienza a construirse

desde la década de 1970 de la pasada centuria, asociado primero al derecho a la intimidad, más tarde con la libertad informática o autodeterminación informativa, hasta llegar a ser reconocido con un carácter autónomo e independiente desde los primeros años del siglo XXI.

El desarrollo normativo del derecho a la protección de datos personales alcanza niveles superiores en el contexto europeo, sin embargo, en Latinoamérica se han establecido, progresivamente, normativas que parten del rango constitucional y se amplían en normas específicas. Los diferentes contextos abordados se refieren al derecho utilizando formas múltiples, influenciadas por el desarrollo tecnológico de cada sociedad y los referentes conceptuales adoptados. Todo ello permitió determinar que este debe ser entendido como aquel a través del cual se aseguran los datos de carácter personal que identifiquen o sean susceptible de identificación, que a tal efecto le ocasionen alguna afectación a su titular y en consecuencia, este podrá solicitar el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento y uso de sus datos.

Hasta la Constitución cubana de 1976 era inexistente el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales. Con la nueva Carta Magna en 2019 se reconoce este derecho, aunque se ubica de manera errónea en el capítulo referido a las garantías y no en el dedicado a los derechos, además de presentar su redacción algunas inconsistencias en relación con la protección del dato de carácter personal, al quedar dirigida solo a aquellos que estén en archivos o bases de datos e información de carácter público; tampoco resultan claras las garantías o vías para reclamar la tutela o protección del citado derecho ante posibles amenazas o vulneraciones. Por ello, como parte del proceso de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano, constituye una necesidad de primer orden desarrollar en una ley los preceptos constitucionales en torno a este derecho, en los que se declare de forma directa dicha condición para asegurar mayor claridad en su regulación, teniendo en cuenta su carácter autónomo, aun cuando mantiene relación con otros derechos, como los inherentes a la personalidad.

En el sector de la informática y las comunicaciones, de la salud, así como de la actividad registral, se aprecian como principales insuficiencias en el orden normativo las siguientes: se aborda la información en un sentido general, orientadas a la preservación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de esta; además, no se especifican los tipos de datos, centran la atención en establecer reglas que rigen la gestión y tratamiento de la información en general y se aplican medidas de carácter administrativo ante el incumplimiento de las

normativas. Por último, se concentran las soluciones a nivel de organizaciones administrativas, de ahí la inexistencia de otras vías de solución de conflictos.

En el ordenamiento jurídico cubano no existe una normativa específica donde se definan los principios rectores a través de los cuales se asegure el derecho a la protección de datos personales. En esta ley ordinaria debe primar el principio-valor dignidad humana, como valor fundamental a partir del cual se tiende a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona humana y además como un principio, en tanto tutela los diversos derechos de las personas que pudieran verse afectados por el tratamiento, acceso, registro o transmisión a terceros y además con el fin de cautelar los bienes jurídicos especialmente protegidos. Unido a ello se delimitarán: el consentimiento, la calidad de los datos, información, el de datos especialmente protegidos y el de seguridad.

Se identifican como elementos constitutivos del derecho a la protección de datos personales para una regulación jurídica específica en el contexto cubano los siguientes: 1) objeto; 2) sujetos; 3) contenido esencial desde los derechos del titular (de acceso, corrección, rectificación, modificación, actualización, cancelación u olvido y oposición); 4) límites; 5) garantías; 6) definiciones (datos personales; datos sensibles o especialmente protegidos; ficheros de datos personales; tratamiento de datos; titular, afectado o interesado; responsable; encargado; cesión o comunicación y procedimiento de disociación).

Es vital la promoción y desarrollo de acciones para la formación ética y de cultura jurídica de los encargados y responsables de los archivos de datos personales, operadores jurídicos y ciudadanos en general, en relación con el derecho a la protección de datos personales, en correspondencia con el principio-valor dignidad humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, "La protección de los datos personales y notas sobre los desafíos de Internet", *La Constitución en la sociedad y economía digitales. Temas selectos de derecho digital mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016.

ÁLVAREZ, Luis Enríquez, "Paradigmas de la protección de datos personales en Ecuador. Análisis del proyecto de Ley Orgánica de Protección a los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales", *FORO, Revista de Derecho*, No. 27, primer semestre, Quito, 2017.

- ALONSO FALCÓN, R., "Informe Global Digital 2020: Cuba por primera vez por encima de la media mundial de penetración de internet", disponible en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2020/02/05/> [consultado el 10/2/2020].
- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, "Breve exposición de la informática en Cuba: la protección y comercialización del software. El régimen de protección de los datos", *Revista General de Información y Comunicación*, vol. 4, No. 2, Editorial Complutense de Madrid, 1994.
- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, "La informática en Cuba. Algunas consideraciones acerca de la protección y comercialización del Software. Régimen de protección de los datos", *Informática y Derecho*, La Habana, 1995.
- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, "Gobierno Electrónico: reflexiones desde la UIC", *Cibersociedad. Soñando y actuando*, Unión de Informáticos de Cuba, Ediciones futuro, Universidad de las Ciencias Informáticas, La Habana, 2018.
- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, *Ciudadanas 2020 IV. Gobierno de la Información. Realidades contemporáneas*, Lex Infodata, Universidad de Las Américas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UDLA, Quito, enero 2019.
- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, "La transformación digital es analógica porque está conducida por personas", *Revista cubana de transformación digital*, vol. 1, No. 2, julio-septiembre 2020,
- AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina, et al., *Sociocibernética e Infoética: contribución a nueva cultura y praxis jurídica*, UNIJURIS, La Habana, 2015.
- BERNAL JIMÉNEZ, Juan Fernando, Felipe VALENCIA SERRANO, "Big data: la puesta en crisis de la protección de datos personales", *Tesis de grado para optar por el título de abogado*, Pontificia Universidad Javeriana Cali, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho, Colombia, 2018.
- CABABIE, Pablo, "Análisis de la Política de Protección General de Datos en Europa (GDPR-General Data Protection Regulation) Consecuencias, Compatibilidad, implementación y casos particulares", *Tesis presentada en opción al título de Máster en Seguridad Informática*, Universidad de Buenos Aires, Facultades de Ciencias Económicas, Ciencias Exactas y Naturales e Ingeniería, Argentina, 2017.
- CAMPOS PADILLA, Zuamy, "Problemáticas en torno al acceso a internet en Cuba", *Comunicación dialógica y transformación social en la web. Acercamiento a experiencias cubanas*, Caminos, Colección Comunicación Popular, La Habana, 2016.
- CAPOTE, Raúl Antonio, *La guerra que se nos hace*, Capitán San Luis, La Habana, 2016
- CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Palestra editores, Lima, 2007.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, *Derecho y Constitución*, conferencia impartida en Maestría de Derecho Constitucional, 2015.

- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, "El Sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba", *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, *¿Por qué la Nueva Constitución cubana es Superior?*, disponible en <http://www.unjc.co.cu> [consultado el 27/2/2019].
- DELGADO FERNÁNDEZ, Tatiana, Ailyn FABLES ESTRADA, *Cibersociedad: soñando y actuando*, Unión de Informáticos de Cuba, Ediciones futuro, Universidad de las Ciencias Informáticas, La Habana, 2018.
- DELGADO TRIANA, Y., "Protección en el ordenamiento jurídico cubano de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral", *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Universidad Central de Las Villas, Villa Clara, 2007.
- DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, S.A., Madrid, 1994.
- GACITÚA ESPÓSITO, Alejandro Luis, "El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y represión penal Europea (En busca del equilibrio entre la libertad y la seguridad)", *Tesis doctoral en Derecho Público*, Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Barcelona, 2014.
- GALBÁN RODRÍGUEZ, Liuba, "Valores constitucionales: funciones en la argumentación de sentencias en un debido proceso civil en Cuba", *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, Universidad de Oriente, Facultad de Derecho, Departamento de Materias Jurídicas Básicas, de Derecho Civil y de Familia, Santiago de Cuba, 2018.
- GALLARDO VILLAVICENCIO, Mayda, "Consideraciones teóricas en torno a la necesidad de regulación del derecho a la protección de datos en Cuba", *Criterios*, Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional, vol. 10, No. 1, enero-junio, Universidad de San Buenaventura, Bogotá, Colombia, 2017.
- GARCÍA COCA, Olga, "La protección de datos de carácter personal en la gestión de los recursos humanos de la empresa", *Tesis doctoral*, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, España, 2016.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J., "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", *Revista de Derecho Constitucional*, No. 65, mayo-agosto 2002, España.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Sergio, *La protección de datos personales de menores en redes sociales: desafíos y recomendaciones*, Centro de investigación e innovación en tecnologías de la información y comunicación (INFOTEC), México, 2018.

- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, "Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El reglamento general de protección de datos personales a debate", *Revista de derecho, empresa y sociedad (R.E.D.S.)*, No. 8, enero-julio, Dykinson, S.L., Madrid, 2016.
- MANTELERO, Alessandro, "Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from and individual to a collective dimension of data protection", *Computer Law – Security Review*, No. 32, Belgic, 2016.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Dolores-Fuensanta, "Unificación de la protección de datos personales en la Unión Europea: desafíos e implicaciones", *El profesional de la información*, vol. 27, No. 1, España, 2018.
- MATILLA CORREA, Andry, et al., *La constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, UNIJURIS, La Habana, 2016.
- MUNIZ VELÁZQUEZ, M. T., "El Derecho a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones frente a las tecnologías de la información y la comunicación. Regulación jurídica en Cuba", *Tesis en opción al grado científico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2013.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, "La protección de datos y los motores de búsqueda en internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, No. 4, octubre-diciembre, Sevilla, España, 2017.
- MURRILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *Diez preguntas sobre el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos de carácter personal*, Agencia Catalana de protección de datos, disponible en <http://www.acpd.com> [consultado el 13/1/2017].
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*, disponible en <http://www.scielo.cl> [consultado el 17/2/2017].
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- OJEDA BELLO, Zahira, "El derecho a la protección de datos personales: bases teóricas para su regulación jurídica en Cuba", *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, "Anexo III: Relación de especialistas en Derecho (internacionales) consultados, guía de entrevista y criterios aportados", Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2020.
- OJEDA BELLO, Zahira, Yarina AMOROSO FERNÁNDEZ, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "Cuba ante el desafío de asegurar la información personal", revista *DÍKÉ, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Año 11, No. 21, abril-septiembre, México, 2017.

- OJEDA BELLO, Zahira, Yarina AMOROSO FERNÁNDEZ, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "El derecho a la protección de datos personales desde un análisis histórico-doctrinal", *Revista de Ciencias Sociales, TLAMELAUA*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nueva Época, Año 9, No. 38, abril-septiembre, México, 2015.
- OJEDA BELLO, Zahira, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "La dignidad humana: principio indispensable en la protección de datos de carácter personal", *Ciencia e Innovación tecnológica*, vol. II, Capítulo Ciencias pedagógicas, Editorial Académica Universitaria (Edacun), Cuba, noviembre 2018.
- OJEDA BELLO, Zahira, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "La protección de los datos personales en Cuba desde la legislación vigente", revista *Justicia Juris*, Universidad Autónoma del Caribe, Facultad de Jurisprudencia, vol. 12, No. 2, junio-diciembre, Colombia, 2016.
- OJEDA BELLO, Zahira, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "La protección jurídico-constitucional de los datos personales en Cuba", *Revista Universitaria de la Universidad de Holguín*, Editorial Universitaria, Cuba, 2013.
- OJEDA BELLO, Zahira, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "Las generaciones de derechos. Aproximación dialéctica al análisis de su movimiento histórico. Consideraciones en torno al siglo XXI", *Memorias del II Taller Internacional Academia y Sociedad*, Universidad de Las Tunas, Cuba, 2018.
- OJEDA BELLO, Zahira, Carlos Alberto SUÁREZ ARCOS, "Una perspectiva cubana para la protección jurídica de los datos personales", *Memorias del II Taller Internacional Academia y Sociedad*, Universidad de Las Tunas, Cuba, 2018.
- OLIVERA PÉREZ, Dasniel, Anidelys RODRÍGUEZ BRITO, "Apuntes teóricos en torno a los derechos de acceso a la información y a la comunicación de cara a un debate para el contexto cubano", revista *Alcance, Revista cubana de información y comunicación*, vol. 6, No. 13, mayo-agosto, Cuba, 2017.
- PÉREZ VELIZ, Alie, "El derecho al honor frente a los medios de comunicación. Presupuestos para su protección en cuba", *Tesis presentada en opción al título académico de máster en Derecho Constitucional y administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2017.
- PERI, Luciana, "El derecho a la privacidad digital. Análisis de los marcos legales de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua", *Cuaderno Jurídico y Político*, vol. 2, No. 5, julio-septiembre, Universidad Politécnica, Nicaragua, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Administración electrónica y protección de datos personales", *Dereito Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, Brasil, 2011.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, Miguel RECIO GAYO, *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, España, 2018.

- PIÑAR MAÑAS, José Luis, Miguel RECIO GAYO, *Guía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Agencia española de protección de datos, 2004, disponible en <http://www.agpd.es> [consultado el 24/1/ 2018].
- PUIG MENESES, Y., "Desarrollo de infraestructuras y contenidos vitales para la informatización de la sociedad", disponible en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2020/11/24/> [consultado el 10/1/2021].
- RAMONET, Ignacio, *El imperio de la vigilancia. Instituto cubano del libro*, José Martí, La Habana, 2016.
- ROTGER JIMÉNEZ, J., "La video protección pública en Cuba", *Tesis en opción al grado científico de especialista en Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2012.
- SERRANO PÉREZ, M. M. y E. R. RODRÍGUEZ MARCANO, "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Cubana de 2019", en *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, Dykinson, S.L., Madrid, 2020,
- SUPRIYADI, Daniar, *Personal and Non-Personal Data in the Context of Big Data*, Tilburg Institute for Law, Technology and Society, Países Bajos, January, 2017.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M., "La axiología de los Derechos humanos en Cuba", *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M., *La investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*, 1ª ed., Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2009.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M., *Nuevo constitucionalismo Latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?*, Grupo Editorial Mariel, Juan Pablos Editor, Universidad de Guanajuato, México, 2014.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M., *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, Félix Varela, La Habana, 2002.

FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976 (actualizada hasta la reforma de 2002), Ediciones Pontón Caribe, S.A., abril, 2005.
- Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.
- Bases del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta el 2030: visión de la Nación, ejes y sectores estratégicos. Documentos del VII Congreso del PCC aprobados por la Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, 2017.

- Ley No. 7/1977 de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, de 19 de agosto, disponible en <http://www.gacetaoficial.gob.cu> [consultado el 24/10/ 2017].
- Ley No. 41/1983 de la Salud Pública, de 13 de julio, disponible en <http://www.legislacion.sld.cu> [consultado el 24/10/ 2017].
- Ley No. 59/1987, Código Civil, de 16 de julio, disponible en <http://www.gacetaoficial.gob.cu> [consultado el 24/10/ 2017].
- Ley No. 62/1987, Código Penal, de 29 de diciembre, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, de 30 de diciembre de 1987.
- Ley No. 75/1994 de Defensa Nacional, de 21 de diciembre, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 1, de 31 de enero de 1995.
- Ley No. 82/1997 de los Tribunales Populares, de 11 de julio, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 8, de 14 de julio de 1997.
- Ley No. 83/1997 de la Fiscalía General de la República, de 11 de julio, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 8, de 14 de julio de 1997.
- Ley No. 87/1999, de 16 de febrero, modifica la Ley No. 62/1987, Código Penal, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 15 de marzo de 1999.
- Decreto-Ley No. 150/1994, de 6 de junio, modifica la Ley No. 62/1987, Código Penal, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 6, de 10 de junio de 1994.
- Decreto-Ley No. 157/1995, de 18 de enero, "De los servicios de telecomunicaciones de carácter limitado", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 5, de 19 de febrero de 1995.
- Decreto-Ley No. 175/1997, de 17 de junio, que modifica la Ley No. 62/1987, Código Penal, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 6, de 26 de junio de 1997.
- Decreto-Ley No. 199/1999, de 25 de noviembre, "Sobre seguridad y protección de la información oficial", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 78, de 2 de diciembre de 1999.
- Decreto-Ley No. 281/2011, de 8 de febrero, "Del sistema de información del gobierno", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 10, de 23 de febrero de 2011.
- Decreto-Ley No. 304/2012, de 1 de noviembre, "De la contratación económica", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 62, de 27 de diciembre de 2012.

- Decreto-Ley No. 310/2013, de 29 de mayo, que modifica Código Penal y LPP, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 18, de 25 de mayo de 2013.
- Decreto-Ley No. 310/2013, de 29 de mayo, que modifica la Ley No. 62/1987, Código Penal y LPP, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 18, de 25 de junio de 2013.
- Decreto-Ley No. 316/2013, de 7 de diciembre, que modifica la Ley No. 62/1987, Código Penal y Ley contra actos de terrorismo, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 34, de 2 de agosto de 2014.
- Decreto-Ley No. 335/2015, de 20 de noviembre, "Del sistema de registros Públicos de la República de Cuba", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 40, de 14 de diciembre de 2015.
- Decreto-Ley No. 370/2018, "Sobre la informatización de la sociedad en Cuba", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.
- Decreto No. 139/1988, de 4 de febrero, "Reglamento de la Ley de la salud pública", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 12, de 22 de febrero de 1988.
- Decreto No. 209/1996, de 14 de junio, que aprueba el acceso desde de Cuba a las redes informáticas de alcance global, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 27, de 13 de septiembre de 1996.
- Decreto No. 298/2012, de 11 de octubre, "Reglamento del Consejo de Información del Gobierno", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 47, de 5 de noviembre de 2012.
- Decreto No. 321/2013, de 4 de diciembre, "Concesión administrativa a la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S.A. para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 11, de 12 de febrero de 2014.
- Decreto No. 359/2019, "Sobre el desarrollo de la industria cubana de programas y aplicaciones informáticas", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.
- Decreto No. 360/2019, "Sobre la seguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y la defensa del ciberespacio nacional", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.
- Resolución No. 18/1974 del Ministerio del Interior, de 30 de diciembre, sobre el carné de identidad.
- Resolución No. 23/2000 del Ministro de las Comunicaciones, de 9 de febrero, sobre normas para la inscripción de redes privadas de datos, publicado en

Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Ordinaria No. 18, de 11 de febrero de 2000.

Resolución No. 65/2003 del Ministro de las Comunicaciones, de 5 de junio, sobre inscripción y funcionamiento de la red privada de datos (tratamiento de información), publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 37, de 4 de septiembre de 2003.

Resolución No. 85/2004 del Ministro de las Comunicaciones, de 13 de diciembre, sobre registro en la Agencia de control y supervisión del MIC, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 1, de 7 de enero de 2005.

Resolución No. 1/2007 del Ministro de Salud Pública, de 9 de enero, "Reglamento general de hospitales", disponible en <http://www.legislacion.sld.cu> [consultado el 24/10/ 2017].

Resolución No. 127/2007 del Ministro de las Comunicaciones, de 24 julio, "Reglamento de Seguridad para las Tecnologías de la Información, derogada por la Resolución No. 128/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Reglamento de seguridad de las tecnologías de la información y la comunicación", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Resolución No. 195/2007 del Ministro de las Comunicaciones, de 17 de diciembre, "Reglamento para las redes propias y redes propias virtuales de datos", disponible en <http://www.gacetaoficial.gob.cu> [consultado el 24/10/2017].

Resolución No. 178/2008 del Ministro de las Comunicaciones, de 7 de octubre, "Reglamento de categorización de las Redes Propias de Datos", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 59, de 4 de noviembre de 2008.

Resolución 79/2009 del Ministro de las Comunicaciones, modificativa de la Resolución No. 195/2007, de 28 de abril, "Reglamento para las redes propias y redes propias virtuales de datos", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 19, de 11 de mayo de 2009.

Resolución No. 67/2009 del Ministro de las Comunicaciones, de 23 de marzo, que aprueba el Reglamento para los Servicios de Interconexión entre los Operadores de Redes Públicas de Telecomunicaciones, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 13, de 3 de abril de 2009.

Resolución No. 102/2011 del Ministro de las Comunicaciones, de 16 de junio, modificativa de la Resolución No. 179/2008, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 22, de 12 de julio de 2011.

Resolución No. 128/2011 del Ministro de las Comunicaciones, de 16 de agosto, "Reglamento para las redes privadas de datos", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 31, de 27 de septiembre de 2011.

- Resolución No. 82/2012 del Ministro de las Comunicaciones, de 21 de mayo, que aprueba el Contrato Tipo para la Prestación del Servicio de Telefonía Básica que se brinda al segmento residencial nacional, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 21, de 23 de mayo de 2012.
- Resolución No. 90/2012 del Ministro de Salud Pública, modificativo del Reglamento general de hospitales, de 2 de marzo de 2012.
- Resolución No. 12/2013 del Ministro de las Comunicaciones, de 21 de enero, que aprueba proforma del contrato de prestación del servicio telefónico básico a trabajadores por cuenta propia en locales arrendados por entidades estatales, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 9, de 20 de febrero de 2013.
- Resolución No. 310/2014 del Ministro de Salud Pública, de 4 de julio, que aprueba el Sistema de Información estadística complementaria de salud del Ministerio de Salud Pública, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 39, de 9 de septiembre de 2014.
- Resolución No. 584/2014 del Ministro de Salud Pública, de 24 de octubre, "Reglamento disciplinario para los trabajadores de la salud", disponible en <http://www.legislacion.sld.cu> [consultado el 24/10/ 2017].
- Resolución No. 593/2014 del Ministro de las Comunicaciones, de 27 de octubre, que establece los principios fundamentales para los contratos del servicio público celular de telecomunicaciones móviles terrestres, en la modalidad de prepago para personas naturales que se ofertan por ETECSA, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 57, de 9 de diciembre de 2014.
- Resolución No. 320/2015 del Ministro de las Comunicaciones, de 23 de diciembre, "Principios generales a tener en cuenta por ETECSA para la contratación de los servicios telemáticos y de Centro de datos", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 2, de 15 de enero de 2016.
- Resolución No. 322/2015 del Ministro de las Comunicaciones, de 23 de diciembre, "Principios generales a tener en cuenta por ETECSA en la elaboración de los contratos correspondientes al servicio celular de telecomunicaciones móviles terrestres", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 2, de 15 de enero de 2016.
- Resolución No. 324/2015 del Ministro de las Comunicaciones, de 29 de diciembre, "Principios generales a tener en cuenta por ETECSA en la elaboración de los contratos correspondientes al servicio telefónico básico que se presta a personas jurídicas", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 3, de 20 de enero de 2016.
- Resolución No. 249/2015 del Ministro de Justicia, "Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 38, de 3 de diciembre de 2015.

Resolución No. 254/2017 del Ministro de las Comunicaciones, de 29 de septiembre, "Reglamento para los proveedores de servicio público de acceso a internet", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 3, de 31 de enero de 2018.

Resolución No. 255/2017 del Ministro de las Comunicaciones, de 29 de septiembre, "Reglamento del proveedor de servicios de acceso a internet al público", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 3, de 31 de enero de 2018.

Resolución No. 256/2017 del Ministro de las Comunicaciones, de 29 de septiembre, "Reglamento del proveedor de servicios públicos de aplicaciones", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 4, de 26 de febrero de 2018.

Resolución No. 99/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Reglamento para las redes privadas de datos", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 39, de 29 de mayo de 2019.

Resolución No. 124/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Reglamento para la producción de los programas y aplicaciones informáticas y la evaluación de su calidad", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Resolución No. 125/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Sistema de inscripción de programas y aplicaciones informáticas", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Resolución No. 126/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Reglamento con las medidas de control y los tipos de herramientas de seguridad que se implementan en las redes privadas de datos", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Resolución No. 127/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Reglamento del proveedor de servicios públicos de alojamiento y de hospedaje en el entorno internet", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Resolución No. 128/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Reglamento de seguridad de las tecnologías de la información y la comunicación", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Resolución No. 129/2019 del Ministro de las Comunicaciones, "Metodología para la gestión de la seguridad informática", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Acuerdo No. 5586/2005 del CECM, de 26 de diciembre, que aprueba los lineamientos para el desarrollo en Cuba del comercio electrónico, publicado en *Gaceta*

Oficial de la República de Cuba, edición Ordinaria No. 14, de 15 de marzo de 2006 (derogado por el Decreto-Ley 370/2018, "Sobre la informatización de la sociedad en Cuba", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019).

Acuerdo No. 6058/2007 del CECM, de 9 de julio, que aprueba los lineamientos para el perfeccionamiento de la seguridad de las tecnologías de la Información (derogado por el Decreto-Ley No. 370/2018, "Sobre la informatización de la sociedad en Cuba", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019).

Acuerdo del Consejo de Ministros, que aprueba la Estrategia de Desarrollo de la Infraestructura de Banda Ancha en Cuba en correspondencia con el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta el 2030, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 45, de 4 de julio de 2019.

Dictamen No. 446/2015 del Tribunal Supremo Popular, de 19 de octubre, sobre la utilización en los procesos judiciales de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, disponible en <http://www.tsp.gob.cu> [consultado el 24/10/ 2017].

Instrucción No. 232/2015 del Tribunal Supremo Popular, de 20 de noviembre, sobre la introducción de la videoconferencia para la práctica de pruebas en los procesos judiciales, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 1, de 7 de enero de 2016.

Recibido: 7/4/2021
Aprobado: 15/6/2021

LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO DE FAMILIA NICARAGÜENSE: LA MODIFICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA, POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

The *rebus sic stantibus* clause in nicaraguan family law: the modification in the jurisdictional scope of administrative conciliation, due to alteration of the circumstances

Lic. Juan Carlos Rocha Valle

Abogado y Notario Público
Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua
<https://orcid.org/0000-0001-9559-4785>
jrochavalle@gmail.com

Resumen

El presente trabajo analiza la cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho de familia nicaragüense. Para ello recorremos brevemente la historia y repasamos el concepto doctrinal y el tratamiento jurisprudencial. Una vez hecha esta precisión, defendemos la tesis de la modificación en sede jurisdiccional de la conciliación en vía administrativa por alteración de las circunstancias. La regla general es la estabilidad de los pactos en la conciliación, sin embargo, la disposición del art. 583, último párrafo, del Código de familia es un reflejo de la cláusula *rebus*.

Palabras clave: cláusula *rebus sic stantibus*; historia; concepto; tratamiento; modificación jurisdiccional; conciliación administrativa; alteración; circunstancias.

Abstract

This paper analyzes the *rebus sic stantibus* clause in Nicaraguan family law. To do this, we briefly go through history and review the doctrinal concept and jurisprudence treatment. With this, we defend the thesis of the modification in the jurisdictional scope of administrative conciliation, due to alteration of the circumstances. The general rule is the stability of the pacts in conciliation, however, the provision of article 583, last paragraph, of the Family Code is a reflection of the *rebus* clause.

Keywords: rebus sic stantibus clause; history; concept; treatment; jurisdictional modification; administrative conciliation; alteration; circumstances.

Sumario

1. Origen y evolución histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*. 1.1. Derecho romano. 1.2. Los canonistas. 1.3. Los postglosadores. 1.4. La codificación. 2. La cláusula *rebus sic stantibus*. 2.1. Concepto. 2.2. Tratamiento jurisprudencial. 2.3. La cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho nicaragüense. 3. La cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho de familia nicaragüense. 3.1. La conciliación. 3.2. La modificación jurisdiccional de la conciliación administrativa, por alteración de las circunstancias. 4. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

1.1. DERECHO ROMANO

La expresión latina *rebus sic stantibus* puede traducirse, de forma general, “estando así las cosas”. Según la doctrina,¹ la cláusula *rebus sic stantibus* no fue una construcción propia del Derecho romano, debido a la prevalencia del principio *pacta sunt servanda* y a la exigencia de actuación conforme al principio *bona fide*. Sin embargo, las referencias en las numerosas fuentes jurídicas y literarias de importantes juristas y filósofos romanos sentaron las bases de lo que posteriormente devino doctrina.

En efecto, el Derecho obligacional suponía que el cumplimiento es el modo natural y frecuente de extinción de las obligaciones. No obstante, con el tiempo, la justicia pretoriana concedió al deudor de una obligación una excepción si el cumplimiento se tornaba injusto para él. De ahí que en el

¹ Vid. RIVERA RESTREPO, José Maximiliano, “Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (Teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española”, *Ars Boni et Aequi*, 11, No. 1, 2015, pp. 31-48; RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico”, *Revista Persona y Derecho*, 74, 2017, pp. 291-318; MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, “Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”, *Revue internationale des droits de l'antiquité* (1948), 61, 2014, pp. 329-362; DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, *Revista Chilena de Derecho*, 12, No. 2, 1985, pp. 253-270; DE LA CUESTA SÁENZ, José María, “La modificación del contrato por alteración de las circunstancias”, en Esther Muñiz Espada (comp.), *Derecho de obligaciones y contratos: el homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, pp. 395-412; GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*.

Digesto y en las *Institutiones* se notan las primeras reseñas de la cláusula *rebus*, verbigracia, PAULO, *in stipulatione, id tempus spectatu quae contrahimus*,² o AFRICANO, *tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*.³

A pesar de lo anterior, los aportes de CÍCERÓN y SÉNECA, en relación con que el incumplimiento de los contratos estaba justificado si las condiciones por las cuales se contrató se alteraban en perjuicio de uno de los contratantes, son comúnmente aceptados como el origen remoto de la cláusula *rebus*. En cuanto al primero, en su obra *De officiis*, nos dice que si un depositante entrega en su sano juicio la custodia de una espada a un depositario y, sin embargo, las condiciones se alteran, por ejemplo, por la demencia de la persona que hizo la entrega de la cosa, sería un crimen devolverla.⁴ En lo que toca al segundo, en su clásico texto *De beneficiis*, afirma que para tener que cumplir lo prometido todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa.⁵

Ciertamente, el Derecho romano parió la idea de que el contrato pueda revisarse si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su constitución. Sin embargo, no construyó una figura jurídica aplicable con carácter general, de revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias.

1.2. LOS CANONISTAS

A continuación, en los siglos XII-XIV, los canonistas medievales, cuyos exponentes GRACIANO, en su clásica obra *Decretum*, Bartolomé DE BRESCIA y Tomás DE AQUINO, en el texto latino *Summa Theologiae*, acogieron las ideas de los pensadores antes aludidos y sentaron las bases de la cláusula *rebus*. Con ellos se inicia entonces el movimiento intelectual, pero según ZIMMERMANN, una glosa de Juan el Teutónico al *Decreto de Graciano* fue lo que se convirtió en el verdadero punto de partida, ya que en ella se afirmó que (en todo contrato) *semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit. Quod propter novum*

² En los contratos nos interesa su ejecución, no su celebración.

³ Existe una cláusula tácita según la cual la obligación se ejecuta si permanece la misma situación que existía en el momento de la celebración del contrato.

⁴ *Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere.*

⁵ *Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas.*

casum novum datur auxilium,⁶⁻⁷ con lo cual se formulaba una concepción subjetiva de la figura como condición sobreentendida. Esta es la razón de la denominación cláusula utilizada para referirse a esta figura, con la que se da a entender que se trata de una cláusula tácita o implícita en el contrato. Pero la glosa de Juan el Teutónico presenta una ambivalencia, pues al mismo tiempo que propone una concepción que podemos considerar subjetiva de la figura, apela para la justificación de esta a un fundamento objetivo: la alteración objetiva de las circunstancias ("*propter novum casum*"). Esta ambigüedad ha acompañado a la teoría *rebus sic stantibus* desde sus inicios y se ha mantenido hasta la actualidad.⁸

Las premisas fundamentales por las cuales se abogaba por la cláusula *rebus* eran la tendencia –opuesta a la mantenida en el Derecho romano– a favorecer al más débil económicamente (en las obligaciones: el deudor); la importancia atribuida al concepto de buena fe, entendida además en un sentido amplio; la generalización de la llamada *laesio enormis* y la prohibición de la usura,⁹ porque condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro y la promesa emitida solo obligaba siempre y cuando nada haya cambiado, es decir, siempre y cuando las circunstancias originales existentes al momento de la celebración del negocio se mantuvieran a lo largo de su ejecución.¹⁰ Esta teoría tiene su base en la equidad y en el Derecho natural, que condenaba el enriquecimiento injusto, ya proviniese de un contrato de préstamo con interés, ya proviniese de un contrato sinalagmático que, por una alteración posterior e imprevista de las circunstancias, estuviese en el momento de su ejecución enriqueciendo a una de las partes y empobreciendo a la otra de forma distinta a la pactada por ellas.¹¹

1.3. LOS POSTGLOSADORES

En la época de los postglosadores, hasta las postrimerías del siglo XVIII se configuró con mayor precisión la cláusula *rebus*, definiéndola, desarrollándola y aplicándola

⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, p. 580.

⁷ Esta condición siempre se entiende si la propiedad permanece en el mismo estado. Lo nuevo es el soporte para el nuevo caso.

⁸ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, "La alteración...", *cit.*, pp. 305-306.

⁹ *Ibidem*, p. 306.

¹⁰ JIMÉNEZ GIL, William, "La teoría de imprevisión, ¿regla o principio?", *Misión Jurídica, Revista de Derecho y ciencias sociales*, No. 2, 2009, p. 19.

¹¹ GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración...*, *cit.*, p. 29.

como un nuevo principio del Derecho civil. El postulado fundamental era que todo pacto contenía implícita una regla según la cual las partes consentían tácitamente subordinar la fuerza obligacional de este al mantenimiento de las circunstancias fácticas que habían existido en el momento de la celebración del contrato.¹²

Por supuesto que los comentaristas no tuvieron como eje fundamental la construcción de una nueva regla del Derecho civil, sin embargo, sus trabajos han pasado a la posteridad a propósito de sus famosas y clásicas sentencias, tal como la de BALDO, en su obra *Commentaria omnia, contractus qui habent tractus sucessivus vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.¹³ En fin, a finales del siglo XV, su ámbito de aplicación era amplísimo: disposiciones legales, últimas voluntades, contratos, privilegios, juramentos, estatutos jurados y declaraciones juradas de renuncia, según la enumeración de GIASONE DEL MAINO (1435-1519); o simplemente en palabras de TIRAQUELLO (1480-1558), en todos los actos y disposiciones. A lo largo de los tres siglos siguientes y casi hasta el momento de la codificación, esta doctrina estuvo vigente y fue la tesis dominante en el ámbito del Derecho común.¹⁴

1.4. LA CODIFICACIÓN

Ahora bien, el auge de la cláusula *rebus* llegó hasta comienzos del siglo XIX. En esta centuria, marcado por el racionalismo y por la filosofía de la ilustración, junto con los principios de la Revolución francesa y la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad, se desacreditó, debido a que el excesivo uso jurisprudencial produjo la inestabilidad de los contratos y no se concretaron las condiciones que debían concurrir para su aplicación. En esta línea histórica, la cláusula *rebus* involucionó; y así, por ejemplo, los juristas DOMAT y POTHIER no la abordaron en sus estudios de Derecho civil. Por ello, con la codificación, ni el Código civil francés de 1804 ni el italiano de 1865, ni el español de 1889, ni ninguno de los códigos civiles decimonónicos inspirados en estos cuerpos normativos, la adoptaron.

2. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

2.1. CONCEPTO

La ausencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los códigos civiles decimonónicos no significó una preterición de índole doctrinal y jurisprudencial en el

¹² *Ibidem*, p. 31.

¹³ En los contratos de tracto sucesivo o sometidos a futuro se sobreentiende su cumplimiento siempre que sigan así las cosas.

¹⁴ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, "La alteración...", *cit.*, p. 308.

siglo xx. Sin embargo, ha evolucionado con altibajos, como consecuencia, por ejemplo, de los trastornos sociales y económicos causados por las dos grandes conflagraciones mundiales. Por ello, quizás, ha sido denominada y tratada de forma diferenciada en distintos sistemas jurídicos.

Así pues, en el Derecho francés se le conoce, según COLIN y CAPITANT, citado por GARCÍA CARACUEL,¹⁵ como *la doctrina de la imprevisión*, según la cual resulta aplicable a aquellos casos en que la ejecución de un contrato de tracto sucesivo devenga más onerosa de lo previsto inicialmente, como consecuencia de circunstancias sobrevenidas que no constituyen, sin embargo, caso fortuito o fuerza mayor.

Los teóricos italianos la denominan *la doctrina de la excesiva onerosidad*, la cual es definida como la regla *iuris* que permite a una de las partes en un contrato bilateral de tracto sucesivo resolverlo cuando su prestación se ha tornado excesivamente gravosa, como consecuencia de eventos sobrevenidos extraordinarios e imprevisibles.¹⁶

En Alemania la designan como *la doctrina de la base del negocio*, la cual postula una adaptación del contrato celebrado o, de no ser posible, su resolución, cuando las circunstancias que sirvieron de base hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato.¹⁷

Los españoles la llaman *la doctrina del riesgo imprevisible*, según la cual, una alteración sobrevenida de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes en el momento de contraer la obligación produce la resolución del vínculo contractual o su revisión por vía judicial. La alteración ha de ser de tal envergadura que pueda decirse racionalmente que ha destruido la relación de equivalencia entre las prestaciones. Además, ha de ser completamente imprevisible y es necesario que ninguna de las partes esté, según la naturaleza del contrato, obligada a soportar el riesgo.¹⁸

¹⁵ GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración...*, cit., p. 205.

¹⁶ *Ibidem*, p. 237.

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

¹⁸ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1 – *Doctrina general del contrato y de las obligaciones*; vol. 2 – *Contratos en especial, Cuasi contrato, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual*, pp. 149-150.

En definitiva, conforme a esta cláusula, la subsistencia de la obligación depende de la subsistencia de las circunstancias. Consiste en un remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en casos de contratos de tracto sucesivo y larga duración,¹⁹ cuando se produce una alteración en la onerosidad de las prestaciones por causas ajenas a las propias partes contratantes.²⁰

2.2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

En el Derecho español, la aplicación de la cláusula *rebus* procede cuando se ha producido una alteración extraordinaria entre las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato y el de su cumplimiento, esto es, cuando concurre una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes como consecuencia de circunstancias sobrevenidas totalmente imprevisibles. Se viene admitiendo la aplicabilidad de esta cláusula, si bien de forma restrictiva por afectar al principio general *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica.²¹

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1994 establece que *“cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio pacta sunt servanda y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones”*. Así mismo, la Sentencia del 27 mayo 2002 (RJA 4573) señala que *“esta cláusula de rebus sic stantibus para que pueda estimarse como sobreentendida en ciertos contratos, fundamentalmente en los de ejecución sucesiva en los que por el transcurso del tiempo puedan variar las condiciones de hecho tenidas en cuenta para contratar, no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque entiende que puede ser apreciada por los Tribunales, siempre que se den circunstancias determinadas [...], que se trate de una alteración de los supuestos básicos del contrato, completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar”*. Por últi-

¹⁹ El contrato de tracto sucesivo es aquel contrato en el que la ejecución de la prestación tiene lugar de forma repetida y prolongada en el tiempo, por ejemplo, las ventas a plazos o los arrendamientos. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, cit.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Idem*.

mo, la Sentencia del 25 de enero de 2007 (RJA 592) manifiesta en síntesis que: "A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones".

Como vemos, la doctrina y la jurisprudencia han llevado a cabo una elaboración técnico-jurídica de la cláusula *rebus*, con un carácter excepcional y restrictivo al principio *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica. Sin embargo, en la actualidad hay propuestas con la finalidad de flexibilizar el rígido esquema de aplicación y adecuarla a los tiempos que corren, por la Gran Recesión de 2008 y la pandemia del Covid-19 de 2019, que trastocaron las situaciones de hecho y de derecho.

Así, por ejemplo, a propósito de la crisis económica en España, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\1819) ha determinado que "*una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos [...] una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes*".²² Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 447) afirma que "*el Derecho español carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, aunque existen dispersas a lo largo del ordenamiento expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, que introducen excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias del principio pacta sunt servanda y*

²² ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, Fernando M., ÁLVARO LUNA YERGA y MARÍA XIOL BARDAJÍ, "Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*. ¿Cambio de vía de la jurisprudencia del tribunal Supremo?", *Aranzadi doctrinal*, No. 3, 2013, p. 514.

del principio de la responsabilidad del deudor”.²³ Por último, la Comisión General de Codificación, con la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, en el art. 1213²⁴ planteó la revisión o la resolución contractual cuando hayan surgido circunstancias extraordinarias e imprevistas que hagan el cumplimiento excesivamente oneroso o rompa el equilibrio propio de un contrato conmutativo.

Pongamos otro ejemplo: en el contexto de la crisis sanitaria, los tribunales españoles han contemplado soluciones jurídicamente viables ante el impacto económico, como la aplicación de la cláusula *rebus*. Para ilustrar mejor, podemos citar un auto emitido por un juzgado de primera instancia de Madrid, en el cual fueron adoptadas unas medidas cautelares, solicitadas por la mayor empresa siderúrgica del país frente a diferentes bancos y fondos de inversión de gran calibre, consistentes en suspender una amortización de créditos durante el presente año y la dispensa de cumplir una serie de cláusulas sobre solvencia financiera.²⁵

2.3. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO NICARAGÜENSE

Ciertamente, nuestro Código civil, influido por las corrientes doctrinales europeas del siglo XIX, carece de una norma aplicable con carácter general de revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Sin em-

²³ ALBIÑANA CILVETI, Ignacio, “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula ‘rebus sic stantibus’ y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, No. 49, 2018, p. 115.

²⁴ Vid. DE LA CUESTA SÁENZ, José María, “La modificación del contrato...”, *cit.*, p. 407; CODERCH, Pablo Salvador, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009. El Anteproyecto propone incluir en el Libro IV (*De las Obligaciones y Contratos*) un Capítulo VIII (“De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato”), con un nuevo art. 1213: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

²⁵ VILLATORO GONZÁLEZ, Tomás, “La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ya está aquí”, *El País*, 9 de junio, 2020.

bargo, el art. 2480²⁶ de este cuerpo normativo podría tenerse como fundamento para la aplicación de esta cláusula implícita, toda vez que en él se dispone como principio elemental de los contratos la adecuación de su contenido a las circunstancias que, aunque no hayan sido expresamente determinadas en el mismo, nacen como consecuencia de la observancia de la equidad, del uso o de la ley, de acuerdo con la naturaleza de la obligación que nace de dicho contrato.²⁷

En cambio, en el Derecho administrativo, específicamente en la Ley No. 737, "Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público", y en la Ley No. 801, "Ley de Contrataciones Administrativas Municipales", en ambas leyes,²⁸⁻²⁹ hay una serie de normas relativas a las prerrogativas o potestades exorbitantes, tales como la de dirección, control y supervisión; la de modificación, ampliación, suspensión, resolución y rescisión del contrato, que, sin embargo, son un reflejo de la cláusula *rebus*. En ambas leyes se contempla la posibilidad de revisión del contrato, con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios generales.

²⁶ Art. 2480 C: "Los contratos obligan tanto a lo que se exprese en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta".

²⁷ GUZMÁN GARCÍA, Jairo José & Jesús Jusseth, HERRERA ESPINOZA, *Contratos Civiles y Mercantiles*, 3a ed., p. 142.

²⁸ Ley 737, art. 71: "Derechos Contractuales y Potestades Administrativas Exorbitantes de la Entidad Contratante.

"La entidad contratante tendrá los derechos contractuales que resulten del contrato administrativo celebrado, así como la potestad para dirigir, controlar y supervisar el contrato. Adicionalmente, tendrá las siguientes prerrogativas exorbitantes, taxativas e irrenunciables con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios generales: 1. La potestad para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público; sin perjuicio de la renegociación del contrato, la terminación anticipada del mismo o del pago de las indemnizaciones que correspondan al contratista particular en caso que la modificación efectuada al contrato haya alterado la ecuación financiera o equilibrio original del contrato".

²⁹ Ley 801, art. 90: "Derechos Contractuales y Potestades Administrativas Exorbitantes de las Alcaldías o Sector Municipal.

"Las Alcaldías o Sector Municipal tendrán los derechos contractuales que resulten del contrato administrativo celebrado, así como la potestad para dirigir, controlar y supervisar el contrato. Adicionalmente, tendrá las siguientes prerrogativas exorbitantes, taxativas e irrenunciables con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios complementarios: 1) La potestad para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público; sin perjuicio de la renegociación del contrato, la terminación anticipada del mismo o del pago de las indemnizaciones que correspondan al contratista particular en caso que la modificación efectuada al contrato haya alterado la ecuación financiera o equilibrio original del contrato".

Ahora bien, la jurisprudencia nicaragüense ha abordado en distintas materias la cláusula *rebus*. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 85, del veintidós de agosto del año dos mil dos, resolvió un Recurso de Amparo, cuyo dato interesante es la interpretación que realizó de los contratos administrativos al señalar que uno de los principios que hacen que el contrato administrativo no sea ley entre partes, es el principio de imprevisión. Así también, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 308, del treinta de agosto del año dos mil dieciséis, teorizó sobre la aplicación de la doctrina en cuestión cuando dijo que la teoría de la imprevisión se aplica ante acontecimientos temporales, extraños a las partes, imprevisibles, inimputables y extraordinarios que afectan obligaciones de ejecución sucesiva y que alteran la economía del contrato, haciendo más onerosa a una de las partes el cumplimiento de la prestación, esto es, que si bien es cierto con la nueva situación es posible cumplir el contrato, resultara más gravoso para una de las partes. Y, por último, la Sala de lo Laboral del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, en Sentencia 37, del veintiocho de febrero del año dos mil dos, abordó sobre la exclusión de la teoría en cuestión por situaciones previstas, pues, si, tal y como dijo la juez *a quo*, las partes contemplaron o previeron esta posibilidad y el empleador decidió asumir el riesgo y garantizar así al trabajador, automáticamente por el mismo hecho, ante “la previsión” de las partes, no es aplicable la teoría de “la imprevisión”.

Recientemente, en el ámbito gubernamental, a propósito de la pandemia, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF) emitió la Norma para el otorgamiento de condiciones crediticias temporales³⁰ y la Norma temporal de reforma al artículo 15 de la Norma para las Operaciones de Tarjetas de Crédito,³¹ con la finalidad de que las instituciones financieras flexibilicen las condiciones crediticias a los deudores, en fin, la posibilidad de modificar los contratos, por ejemplo, de mutuo, con garantía prendaria o hipotecaria, o bien el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y emisión y uso de tarjeta de crédito de los tarjetahabientes.

3. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO DE FAMILIA NICARAGÜENSE

3.1. LA CONCILIACIÓN

Como hemos visto, la cláusula *rebus sic stantibus* ha estado presente en el Derecho civil, concretamente, en sede contractual. Sin embargo, no tiene un fin

³⁰ Resolución No. CD-SIBOIF-1181-1-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020.

³¹ Resolución No. CD-SIBOIF-1181-2-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020.

propiamente civilista, sino que es aplicable a otras materias, como el Derecho de familia y, por ende, no tiene un alcance limitado al ámbito contractual, sino que irradia de manera específica sobre los negocios jurídicos familiares.

En general, el negocio jurídico bilateral está formado por dos partes y contiene más de una declaración de voluntad. Su esencia se encuentra en el acuerdo de voluntades de las partes intervinientes. La figura más representativa es el contrato, pero también lo es el matrimonio.³² Con ello se quiere decir que los negocios jurídicos celebrados en el marco del Derecho de familia, como el matrimonio, se insertan como una especie dentro de la categoría general del negocio jurídico.

Al respecto, BELLUSCIO nos dice que el acto jurídico familiar no constituye una categoría distinta al acto jurídico, sino una especie de este género caracterizada por el Derecho Civil, a la cual corresponden las relaciones jurídicas o los derechos subjetivos sobre los cuales versa. Igualmente, DÍAZ DE GUIJARRO afirma que no hay ninguna diferencia estructural o sustancial entre el acto jurídico y el acto jurídico familiar. En otras palabras, hay una unidad sustancial entre los dos, desde el momento en que el Derecho de familia es parte del Derecho civil, el acto jurídico familiar está comprendido en la teoría general de los actos jurídicos, por cuanto la voluntad humana es determinante para su creación, pero a la vez existe una distancia del Derecho familiar con la teoría del acto jurídico;³³ de ahí la denominación de negocios jurídicos familiares.

El negocio jurídico familiar es aquel acto voluntario, autónomo y delimitado por la ley, que constituye, modifica, regula o extingue un estado de familia y que, asimismo, tiene como objeto principal la regulación de la relación jurídica que emerge de un estado natural o deseado de tipo familiar.³⁴ Por tanto, al negocio jurídico familiar le son aplicables todas las normas reguladoras de los negocios jurídicos, sin perjuicio de tener en cuenta la especificidad derivada del Derecho de familia.³⁵

³² DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones...*, vols. 1 y 2, *cit.*, p. 23.

³³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, tomo I, p. 196.

³⁴ *Ibidem*, p. 201.

³⁵ RIVERO DE ARHANCET, Mabel, "Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, No. 6, 2006, p. 241.

Pues bien, la esencia y la razón del Derecho de familia es, como no puede ser de otra manera, la familia, integrada por un grupo de personas naturales, unidas por el matrimonio o por la unión de hecho estable, es decir, el ingreso al estado legal de la familia tiene lugar en exclusiva mediante estos negocios jurídicos.³⁶ No obstante, la ruptura de estas alianzas traen aparejado, generalmente, conflictos jurídicos en relación con los derechos y con los deberes entre los cónyuges o los convivientes o entre estos y sus hijos,³⁷ con lo cual estos sujetos pueden resolverlos, de forma ágil y eficiente, a través de otros negocios jurídicos, tales como el acuerdo sobre pensión alimenticia ante notario público³⁸ o la conciliación en vía administrativa.³⁹

Concretamente, la conciliación en vía administrativa, desde una perspectiva procesal, puede entenderse como el procedimiento en el que un intermediario neutral, el conciliador, a petición de las partes en una controversia procura

³⁶ Art. 2 CF: *"Principios rectores. Son principios rectores del Código: [...] h) La igualdad y protección del matrimonio y de la unión de hecho estable por parte de las Instituciones del Estado".*

Art. 37: *"Concepto e integración de la familia.*

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. Está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y destrezas diferentes, unidas por el matrimonio o unión de hecho estable entre un hombre y una mujer y vínculos de parentesco. De igual forma, las familias encabezadas por madres solteras, padres solteros, viudas, viudos, divorciados, divorciadas, abuelos, abuelas, así como por otros miembros de la familia, que ejerzan la autoridad parental, gozarán de la misma protección y tendrán los mismos deberes y derechos de solidaridad, respeto, tolerancia y buen trato establecidos en este Código".

³⁷ Arts. 79, 80, 81, 82, 90, 268, 276 y 315 CF.

³⁸ Art. 326 CF: *"Acuerdo sobre la pensión alimenticia ante notaria o notario público.*

"El padre y la madre podrán mediante escritura pública, celebrar acuerdo sobre la pensión de alimentos que se debe pasar al hijo, hija o persona con discapacidad, pero ésta deberá ser ratificada por autoridad administrativa o judicial competente del domicilio del beneficiario, de conformidad con el presente Código".

³⁹ Art. 433 CF: *"En los procesos familiares se instrumenta, al menos, una etapa conciliadora. Cualquiera que sea el régimen, debe responder a las siguientes pautas: a) Si acaece ante un órgano no jurisdiccional, las actuaciones tendrán carácter reservado y los sujetos pueden o no actuar con representación de abogado o abogada. Las personas interesadas, podrán someter a conciliación los asuntos que tengan pendientes para llegar a un acuerdo, directamente ante los conciliadores del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez, sin perjuicio de hacer valer su derecho en la vía judicial; en la que también se franquea la oportunidad de conciliar intereses, en las audiencias de Ley".*

Art. 434 CF: *"En el ámbito administrativo, el Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez podrá intervenir en los asuntos familiares sujetos a su competencia por vía conciliatoria, a objeto de lograr acuerdos o compromisos entre las partes, como espacio de avenimientos a sus conflictos, previo al proceso judicial. Los acuerdos alcanzados constarán en actas firmadas por los sujetos intervinientes y tendrán fuerza ejecutiva para estos, cuya ejecución puede ser instada a la jurisdicción judicial familiar".*

prestarles asistencia para llegar a una solución mutuamente satisfactoria.⁴⁰ No obstante, desde el punto de vista que aquí nos interesa, el convenio suscrito en la conciliación se configura como un negocio jurídico bilateral familiar,⁴¹ con características mixtas, de orden privado y público, por la intervención de los particulares y de una autoridad pública, con la función de facilitar a estos sujetos un instrumento en el que exterioricen sus voluntades y con la finalidad, a partir del consentimiento, de constituir y regular las obligaciones legales respectivas.⁴²⁻⁴³

3.2. LA MODIFICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA, POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Los acuerdos en la conciliación, en cuanto a la conformación de las obligaciones legales respectivas, deben ser cumplidos en homenaje al principio de

⁴⁰ MEZA GUTIÉRREZ, María Auxiliadora y José René ORÚE CRUZ, *La mediación y el arbitraje en Nicaragua*, p. 18.

⁴¹ En el Derecho español, el convenio regulador es un negocio jurídico familiar, que se acompaña a la demanda de separación o divorcio, y por el cual los cónyuges acuerdan las consecuencias personales y patrimoniales, conforme a los arts. 90 y 103 del Código civil. Según LÓPEZ BURNIOL, el convenio regulador es un “negocio jurídico de Derecho de Familia en el que los cónyuges regulan las consecuencias de la separación o divorcio y que debe necesariamente acompañarse de la demanda cuando la separación o el divorcio sean solicitados por ambos conyugues o por uno de ellos con el consentimiento del otro”. Para MONTERO AROCA supone la manifestación más evidente de la autonomía voluntad en el derecho de familia, y por el que las partes “proponen al juez cumplidamente respuestas o regulaciones de mutuo acuerdo a todas y cada una de las previsiones de los arts. 81, 86 y 90 del C.C., y éste, en tal sentido, homologa las mismas”. *Vid.* SÁNCHEZ SÁNCHEZ, María, “La figura del convenio regulador en el Ordenamiento Jurídico español”, *Trabajo de Fin de Grado*, p. 14. La STS 325/1997, 22 de abril de 1997, señala que el convenio regulador: “... En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica”.

⁴² En la clasificación de las obligaciones encontramos las obligaciones *ex lege*. Las obligaciones *ex lege* son las derivadas de la Ley. Son obligaciones en las que una persona está, por disposición de la ley, obligada a realizar una determinada conducta. En consonancia con ello, el Código civil, en el art. 1831, establece que “*Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en las leyes, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido, y en los que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro*”.

⁴³ En el ámbito del Derecho de familia se suele ilustrar, como ejemplo paradigmático entre las obligaciones legales, la recíproca de alimentos entre parientes, pero hay también otras muchas que derivan legalmente de los vínculos de familiaridad o cuasifamiliaridad, como las que obligan más ampliamente a los padres por el hecho de serlo o las que les afectan cuando son titulares y ejercen la patria potestad, entre otras. El Código de familia no confiere un poder creador de la obligación, sino que la impone.

pacta sunt servanda;⁴⁴ incluso, la conciliación tiene un carácter ejecutivo.⁴⁵ Podría pensarse con esto que, de modo similar a lo que sucede en el ámbito del Derecho civil, en sede contractual, el Código de familia tampoco incluyó una disposición aplicable con carácter general, que admita la posibilidad de revisión de las estipulaciones en la conciliación, por alteración sobrevenida de las circunstancias.

Pero antes de seguir adelante consideremos, ante todo, la disposición del ya referenciado art. 2480 del Código civil, pues en él, como ya dijimos, debemos tener presente la adecuación del contenido del contrato a las circunstancias sobrevenidas en razón de la equidad, del uso o de la ley. Con ello se infiere que las circunstancias, por así decirlo, condicionan al Derecho. Claro está que, en general, las interacciones entre los individuos de una sociedad conllevan a una variabilidad de situaciones imposibles de prever en cierta forma; y, particularmente, en las relaciones familiares pasa igual.

Así, el Derecho de familia regula las instituciones derivadas de las relaciones familiares, tales como el cuidado y crianza, la pensión alimenticia, el régimen de comunicación y visitas, el uso y habitación, etcétera, a través de la conciliación. Lo que importa observar, no obstante, es que estos asuntos, en primer lugar, son considerados obligaciones legales, y en segundo lugar, por la contingencia de las relaciones familiares, comportan obviamente mutabilidad y, en consecuencia, los efectos alteran las condiciones dadas inicialmente y rompen el equilibrio de las prestaciones.

Desde luego, la regla general es la estabilidad de los pactos en la conciliación. Pero, ¿cómo nivelamos la desproporción de las prestaciones generada por el cambio de las primitivas condiciones? La respuesta la encontramos en la excepción a la regla, la cláusula *rebus*. En efecto, la disposición del art. 583, último párrafo, del Código de familia, es un reflejo de la cláusula *rebus*, ***“Si existiesen circunstancias sobrevenidas, estando firme el acuerdo, y que pudiesen afectar el contenido de éste, cualquiera de las partes, podrán solicitar un nuevo trámite conciliatorio ante el Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia”***.

⁴⁴ Arts. 2437 y 2479 CC.

⁴⁵ Art. 578, último párrafo, CF: *“Los acuerdos alcanzados entre las partes en el trámite conciliatorio tendrá fuerza de título ejecutivo para hacer valer su cumplimiento ante autoridad judicial correspondiente”*.

Como puede observarse, la norma en cuestión ofrece, a cualquiera de las partes, ya sea el alimentante ya sea el alimentista, la posibilidad de modificar los compromisos adquiridos en la conciliación, por la misma vía administrativa, cuando cambien las circunstancias. Sin embargo, es incompleta; por ello deja ciertos vacíos que dan lugar a interpretaciones ambiguas.

En primer lugar, no admite la posibilidad de modificar los acuerdos alcanzados en la conciliación, en sede jurisdiccional; en segundo lugar, no precisa cuáles son los asuntos objeto de modificación; y en tercer lugar, no enumera cuáles son los supuestos en que se considere que existen circunstancias sobrevenidas. Ante tal situación, examinamos minuciosamente el problema, a partir de una lectura detenida y una interpretación integradora del Código de familia.

Así pues, lo primero que hay que decir es que los asuntos objeto de modificación deben atenderse *a contrario sensu*, de conformidad con el art. 562 del cuerpo normativo antes aludido: *"Podrán someterse a conciliación en la vía administrativa, los asuntos relacionados con el cuidado, crianza, alimentos, régimen de comunicación, visitas y todos los conflictos que puedan derivar de las relaciones padre, madre, hijas o hijos, como una forma ágil, expedita, especializada y gratuita de resolver los conflictos que se susciten en el seno familiar"*.

Ahora bien, es prudente advertir que no se trata de un *numerus clausus* en tanto en cuanto, por ejemplo, otro asunto objeto de modificación puede ser el uso y habitación. Así mismo, los asuntos reconocidos y amparados por esta rama del Derecho son, como ya dijimos, obligaciones legales. No obstante, solo en la obligación legal de pensión de alimentos surge en puridad una relación jurídica obligatoria. En contraste, hay otros asuntos que no tienen la configuración propia de una relación jurídica obligacional, verbigracia, el cuidado y crianza⁴⁶ o el régimen de comunicación y visitas.⁴⁷

La relación jurídica que aquí se presenta se configura como la existente en toda obligación, por un lado, el alimentante o, mejor dicho, el deudor, tiene la

⁴⁶ Art. 276, último párrafo, CF: *"Obligaciones derivadas de la autoridad parental.*

"Los padres y las madres están obligados a cuidar la vida de sus hijos desde el momento de su concepción".

⁴⁷ Art. 281 CF: *"Derecho del padre o la madre al relacionarse con los hijos e hijas.*

"La decisión sobre quien ejercerá el cuidado, crianza y representación del hijo o hija no conlleva al alejamiento entre éstos, con relación al padre o la madre excluida. Las hijas o hijos tienen derecho a relacionarse con su padre o madre en casos de separación de éstos. Este derecho se extiende a los demás familiares, tanto por línea paterna como materna".

obligación legal de dar los alimentos y, por otro lado, el alimentista, es decir, el acreedor, tiene el derecho de reclamar el cumplimiento de la obligación legal de proporcionar los alimentos, cuya ejecución de la prestación de carácter patrimonial⁴⁸ se ve de forma repetida y prolongada en el tiempo.⁴⁹ De lo que se deduce que, normalmente, el objeto de la modificación serán aquellas estipulaciones que involucren prestaciones de tracto sucesivo y de larga duración, como la pensión de alimentos o el uso y habitación, lo cual no significa que el cuidado y crianza y régimen de comunicación y visitas no puedan ser objeto de modificación. Por ello, quizás, el ya derogado art. 296 del Código civil disponía que solo *“La prestación alimenticia puede modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da y de quien la recibe”*.

Con respecto a que el Código de familia no señala cuáles son los supuestos que pueden ser tenidos en cuenta para la modificación de los pactos, debemos considerar que hasta cierto punto puede ser un acierto, pues en las relaciones familiares acaecen con alternancia sucesos prósperos y adversos, por lo que los supuestos pueden ser de variada índole. Sin embargo, la situación antes descrita ha generado una diversidad de hipótesis o de conjeturas.

Una hipótesis recurrente acontece con el compromiso de prestación de alimentos cuando supera el 25 % por un hijo; en consecuencia, la pregunta es que si procedería la modificación en virtud del art. 324, inciso a), del Código de familia,⁵⁰ en tal sentido, la respuesta a la interrogante no es pacífica, aunque

⁴⁸ Art. 306 CF: *“Concepto y cobertura de alimentos.*

“Los alimentos son bienes necesarios que se proporcionan para la vida de una persona. Comprende una prestación económica que guarda la debida relación entre las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y las necesidades de quien deba recibirlos”.

En consecuencia, en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria nace la deuda alimenticia o el crédito alimenticio.

⁴⁹ Art. 328 CF: *“Pronunciamientos en sentencia.*

“Cuando los alimentos se decidieren en vía judicial, la sentencia además de los requisitos generales establecidos en este Código, expresará: a) El monto de la prestación alimentaria a favor de quien tenga derecho, deberá pagarse y la periodicidad: mensual, quincenal o semanalmente”.

⁵⁰ Art. 324 CF: *“El monto mínimo de una pensión alimenticia para un mismo beneficiario, en caso que el alimentista no tenga trabajo estable no podrá ser inferior al veinticinco por ciento del salario mínimo del sector económico a que pertenezca su profesión u oficio. En caso de que el alimentante tenga un trabajo estable se debe tasar los alimentos de la siguiente forma y orden: a) Veinticinco por ciento de los ingresos netos si hay solo un hijo; b) Treinta y cinco por ciento de los ingresos netos si hay dos hijos; c) Cincuenta por ciento de los ingresos netos si hay tres o más hijos y se distribuirán de manera equitativa; d) Si él o la alimentista tiene más hijos o hijas de los que están demandando alimento, este debe probar que está proveyendo a los demás con alimento, los que deberán ser incluidos en el máximo del cincuenta por ciento; e) Cuando reclamen alimentos personas distintas a los hijos o hijas, se estipulará un diez por ciento de los ingresos*

la praxis judicial se ha decantado por la modificación del *quantum* de la obligación de dar alimentos. Otra controversial conjetura surge en lo relativo a si procedería la modificación del monto de la pensión alimenticia cuando cambia a bien la situación económica de alimentista o del alimentante, a lo cual la contestación deviene negativa, toda vez que el artículo antes referido señala expresamente el *quantum* de la prestación alimentaria, con independencia de la condición económica del deudor de los alimentos y la del acreedor alimentario. También sucede en lo concerniente a la modificación de la pensión de alimentos a razón de la cantidad de hijos que tenga el alimentante; sin embargo, de manera similar a lo que ocurre con el *quantum* de la pensión alimenticia, el artículo antes mencionado determina la correspondencia entre la cantidad de hijos con el *quantum*.

Valga decir que los supuestos antes esbozados parten de una interpretación generalizada del Código de familia. No obstante, el art. 332 del cuerpo normativo en cuestión aborda cuatro causales de cesación en la obligación de dar alimento. De lo que se deduce, sin embargo, que, al fin de cuentas, el artículo de referencia provee cuatro supuestos que pueden dar lugar a la modificación de los acuerdos celebrados en la conciliación. Hay que aclarar que no deben confundirse los términos modificación y cesación. Por ello, quizás, el antedicho artículo se intitula la *cesación* en la obligación de dar alimentos, con lo cual es importante decir que el verbo intransitivo *cesar* con la preposición *en* significa “*dejar de realizar la actividad que se menciona*”; en otras palabras, la cesación, en consecuencia, supone un estado de inactividad.

Así pues, el artículo antes mencionado, como un duplicado del ya derogado art. 297 del Código civil y del art. 27 de la ya también derogada Ley de Alimentos,⁵¹⁻⁵² señala que: “*La obligación de dar alimentos cesa: a) Cuando los hijos e*

netos adicional, espetando el orden de prelación establecido en el presente Código; f) En caso de que concurran a reclamar alimentos más de tres hijos y otros alimentistas, el cincuenta por ciento será destinado para los hijos y el diez por ciento se prorratea entre los otros reclamantes”.

⁵¹ Art. 297 CC: “*La obligación de prestar alimentos cesa: 1°. Cuando aquel que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos o cuando termina le necesidad del que los recibía. 2°. En el caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el deudor de alimentos. 3°. Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe*”.

⁵² Art. 27 LA: “*La obligación de dar alimentos cesa: a)- Cuando aquél que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos o cuando termina le necesidad del que los recibía; b)- En el caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el deudor de alimentos; c)- Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe*”.

hijas alcancen la mayoría de edad. Los mayores de edad podrán seguir recibiendo alimentos hasta que cumplan los veintiún años de edad, cuando estén realizando estudios, siempre y cuando no hayan contraído matrimonio ni se hayan declarado en unión de hecho estable y no estén laborando; b) Cuando los hijos e hijas menores hayan sido emancipados, salvo en casos de enfermedad o discapacidad que le impida obtener por sí mismo los medios de subsistencia; c) En caso de falta o daños graves del alimentario contra el deudor o deudora de alimentos; d) Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe. La cesación de la obligación alimentaria de los literales c) y d), deberá ser declarada por sentencia”.

Adviértase, con todo, dos cosas importantes: en primer lugar, a propósito de los dos últimos supuestos antes aludidos, es un imperativo legal acudir a la vía jurisdiccional; en segundo lugar, el comentario del inciso 3º del ya derogado art. 297 del Código civil por CUADRA ZAVALA,⁵³ de que es idéntico al literal d) del ya referenciado art. 297 del Código de familia, es aún aplicable, pues se interroga cómo, por ejemplo, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino, o mejora de fortuna, se entenderá por conducta reprensible la falta de aplicación al trabajo.

Y en relación con que el Código de familia no admite la posibilidad de modificación de las estipulaciones acordadas en la conciliación, por alteración de las circunstancias sobrevenidas, ante el órgano jurisdiccional, supone una violación a la tutela judicial efectiva del art. 34 de la Constitución y los principios rectores y los criterios de interpretación y aplicación de los arts. 2 y 7 del Código de familia, respectivamente; puesto que inadmitir esta posibilidad, por una interpretación legalista, supone negar a toda persona el derecho de promover, en defensa de sus derechos, la actividad de los órganos jurisdiccionales para obtener una resolución fundada y motivada.

Hecha esta salvedad, consideramos que es posible modificar los pactos establecidos en la conciliación ante la autoridad judicial en tanto en cuanto la obviedad sobre este punto pasa por la naturaleza misma del convenio en la conciliación, negocio jurídico familiar.

Así pues, la conciliación en sí misma descansa en la autonomía de la voluntad, de tal modo que si no hay voluntad de las partes, no hay acuerdos y, por lo tanto, no se realizará un nuevo trámite conciliatorio ante el órgano no jurisdiccio-

⁵³ CUADRA ZAVALA, Joaquín, *Anotaciones al Código civil de Nicaragua*, tomo 1, p. 129.

nal. Y todavía más, los dos últimos supuestos de la cesación en la obligación de dar alimentos del art. 332 del cuerpo normativo antes referido: por falta o por daños graves del alimentista contra el alimentante y por conducta reprensible; como dijimos en líneas arriba, deberán ser declarados por sentencia ante la autoridad jurisdiccional. A modo de ejemplo, supongamos que las partes en una conciliación ante el órgano no jurisdiccional acordaron una pensión alimenticia del cincuenta por ciento (50 %) de los ingresos ordinarios y extraordinarios del alimentante a razón de tres hijos, como lo dispone el art. 324, literal c), de la norma respectiva; no obstante, si uno de los alimentistas, verbigracia, el primogénito, que a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad, sigue recibiendo la pensión correspondiente, por cuanto está realizando estudios universitarios, comete contra el alimentante un daño grave, tal como la violación del derecho al honor, debido a la emisión por parte del alimentista de expresiones o de imputaciones de hechos falsos que hagan desmerecer la consideración social e individual del alimentante, en consecuencia, este estará facultado para pedir la modificación de la pensión alimenticia acordada en la conciliación ante el órgano jurisdiccional por la causal c) del art. 332 del Código de familia.

Como vemos, en este contexto, la única vía es la jurisdicción; no obstante, la praxis judicial parece discurrir en la ambigüedad. Las decisiones de las autoridades judiciales son disímiles en torno a la posibilidad de la modificación de los compromisos hechos en la conciliación, por alteración de las circunstancias sobrevenidas.

Así, por ejemplo, la Sentencia No. 256, dictada por el Juzgado Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve y veintinueve minutos de la mañana, el dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, en el asunto número 005533-ORM5-2019-FM, estimó la pretensión de la modificación de una conciliación, consistente en modificar el cuidado y crianza, régimen de comunicación y visitas y, por supuesto, la pensión alimenticia. Por el contrario, el auto dictado por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve de la mañana, el treinta de julio de dos mil diecinueve, en el asunto número 005577-ORM5-2019-FM, inadmitió una demanda de modificación de una conciliación, arguyendo que, conforme al art. 583 del Código de familia, la vía jurisdiccional no es la correspondiente sino la administrativa, así mismo, que, de acuerdo con los arts. 328, último párrafo, y 539 del mismo cuerpo normativo, *“en sede judicial únicamente se pueden modificar las sentencias que no causen estado, una vez que hayan variado las circunstancias del momento en que fueron dictadas. En todo caso si lo que el demandante pretende es establecer una pensión alimenticia en sede*

judicial, bajo las circunstancias actuales, deberá promover el juicio de prestación alimenticia, en donde ofrezca los alimentos para su hijo, de acuerdo a la demostración de su realidad económica actual”.

Empero, este precedente judicial cambió en ocasión de la Sentencia No. 76, dictada por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y cincuenta y seis minutos de la mañana, el veintiocho de septiembre de dos mil veinte, en el asunto número 005328-ORM5-2018-FM, en cuyo proceso se llevó a cabo la modificación de una pensión alimenticia establecida en una conciliación. Las partes en este proceso convinieron, en una conciliación en el Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia, en relación con su hija, entre otros, el pago de la pensión alimenticia, con una cuantía del veinticinco por ciento (25 %), equivalente a mil quinientos córdobas (C\$1,500.00), y con una periodicidad de forma quincenal, de los ingresos mensuales del alimentante, los cuales ascendían a la cantidad de seis mil seiscientos cuarenta y siete córdobas con setenta y dos centavos (C\$6,647.72). Sin embargo, este acuerdo relativo a la pensión alimenticia significaba que el alimentante pagaba mensualmente la suma de tres mil córdobas mensuales (C\$3,000.00), lo cual no correspondía a la cuantía antes referida y los ingresos del alimentante. De tal modo, la pretensión consistía en modificar la pensión alimenticia no en cuanto al porcentaje, sino en relación con la suma determinada y con la periodicidad. Inicialmente, la demanda se admitió y, a la vez se emplazó, de manera que la parte demandada la contestó, pero en esta etapa procesal, la autoridad judicial declaró nulo todo lo actuado *“en virtud de que art. 328, último párrafo, y 444 CF, establecen que se pueden modificar las sentencias recaídos en los procesos familiares como los Alimentos y en este caso se está pretendiendo modificar el Acuerdo suscrito entre las partes ante el Ministerio de Familia, adolescencia y Niñez, mediante acta emitida por un órgano administrativa que no tiene carácter de sentencia, en ese sentido se debió promover un juicio de Pensión de Alimentos, en consecuencia esta Autoridad judicial Resuelve: se le previene a la parte demandada de conformidad con el art. 505 CF, que dentro del tercer día hábil después de notificada la presente providencia subsane la acción de sus pretensiones en el presente juicio, todo bajo el apercibimiento de ley de ordenar el archivo de las presentes diligencias”*, según resolución judicial dictada por esta misma autoridad a las dos y seis minutos de la tarde, el tres de septiembre de dos mil dieciocho. La parte demandante apeló de la resolución en referencia ante el Tribunal de Apelaciones, cuyo argumento estribó en la inobservancia del debido proceso por cuanto la solicitud de una modificación de una conciliación no tiene su fundamento en el art. 328, último párrafo, del Código de familia. El Tribunal de Apelaciones, en la Sentencia No. 040, dictada

a las nueve y diez minutos de la mañana, el once de marzo de dos mil diecinueve, consideró que *"si bien es cierto que los artículos 138 y 539 del Código de familia expresamente señalan que se pueden modificar en un proceso las sentencias sobre alimentos y que en el caso de autos, la pretensión de la parte demandante es que se modifique el acuerdo al que llegaron (los progenitores)[...], en relación a la pensión alimenticia de tres mil córdobas (C\$3,000.00) mensuales [...], lo que hace evidente que la pensión alimenticia quedó establecida en base al porcentaje del veinticinco por ciento (25%) que señala el inciso a) del art. 324 CF cuando solo hay un hijo, considerando esta Sala que dicha pensión puede ser modificada siempre y cuando se demuestre que han variado las condiciones y circunstancias por las cuales se otorgó este derecho, ya que de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 CPCN (norma supletoria)... Por lo anteriormente expuesto, a esta Sala no le queda más que declarar con lugar el recurso de apelación de que se ha hecho mérito [...]"*.

Como no puede ser de otra manera, el proceso siguió su curso hasta la sentencia. La autoridad judicial, sobre la base de los arts. 321, 328, 440 y 539, estimó la pretensión de la modificación de la conciliación y, en consecuencia, se estableció el pago de los alimentos, con una cuantía del veinticinco por ciento (25 %), equivalente a la suma mensual de mil ochocientos sesenta córdobas (C\$1,860.00), de sus ingresos ordinarios y extraordinarios mensuales.

Como vemos, la autoridad judicial de la primera sentencia admitió sin óbice alguno la modificación de las estipulaciones en la conciliación. Por el contrario, los judiciales de la segunda y tercera sentencias vertieron dos razonamientos comunes, pero inadmisibles, toda vez que en la práctica forense no tiene cabida.

La primera consideración es que en la vía jurisdiccional no procede la pretensión de la modificación de los pactos en la conciliación, porque solo las sentencias pueden ser modificadas, y la otra es que, como consecuencia de lo anterior, lo que procede es o bien acudir nuevamente a la vía administrativa, aunque los involucrados no tengan la voluntad de realizar un nuevo trámite conciliatorio, o bien incoar un proceso de prestación de alimentos, aun cuando existan compromisos adquiridos en una conciliación. En relación con el primer punto, hemos dicho que la conciliación en sí misma descansa en la autonomía de la voluntad, por lo que si las partes no tienen la voluntad de modificar los acuerdos en una conciliación, la jurisdicción es la única vía para que las partes sometan sus pretensiones contrapuestas. Con respecto al segundo punto, cabe advertir, por un lado, que el rechazo deviene quizás por una aplicación

vertical de Derecho, es decir, si una pensión de alimentos fue declarada en una conciliación, la modificación será única y exclusivamente en vía administrativa. La cuestión es que, al menos en este supuesto, no todas las cosas se deshacen como se hacen, en tanto en cuanto si no hay consentimiento, no hay acuerdos. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, en una interpretación del ya derogado y referido art. 296 del Código civil dijo que debe alegarse un cambio de circunstancias y **no intentar una acción nueva** pero idéntica a la anterior,⁵⁴ es decir, no tiene lugar promover una pretensión nueva de pago de alimentos cuando la obligación ya fue conformada en la conciliación.

Veamos otro ejemplo, en la Sentencia No. 177-2020, dictada por el Juzgado Quinto Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las ocho de la mañana, el cinco de mayo de dos mil veinte, en el asunto número 004855-ORM5-2019-FM, en cuyo proceso se tramitó como pretensión el pago de una pensión alimenticia. Antes bien, las partes en este proceso, en una conciliación en el Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia acordaron, con respecto a su hijo, el pago de pensión de alimentos, con una cuantía de dos mil córdobas mensuales (C\$2,000.00) y el régimen de comunicación y visitas. Así pues, la parte actora solicitó la condena al pago, primeramente, de dos mil córdobas (C\$2,000.00) mensuales, en concepto de pensión alimenticia, en segunda instancia, del cincuenta por ciento (50 %) de los gastos extraordinarios, como los gastos médicos y los gastos escolares, así como también el vestuario cada seis meses por un valor de un mil quinientos córdobas (C\$1,500.00), y finalmente, de veinticuatro mil córdobas (C\$24,000.00), en concepto de pensión alimenticia atrasada, en tanto en cuanto la parte demanda no cumplió con las estipulaciones concertadas en la conciliación. Sin embargo, el juez de la causa mandó a subsanar, toda vez que la pretensión era ambigua, es decir, no estaba claro si era una pretensión de pago de pensión alimenticia o una pretensión de modificación de los pactos celebrados en la conciliación, según resolución judicial dictada por la misma autoridad judicial, el nueve de julio de dos mil diecinueve, a las once y cincuenta y un minutos de la mañana. La parte actora subsanó y aclaró como pretensión el pago de una pensión alimenticia y, dentro de sus medios de prueba documentales, presentó la certificación del acta de acuerdos en conciliación. El proceso siguió su curso, se emplazó a la parte demandada y no contestó, se convocó a audiencia inicial y de vista, y ambas se celebraron conforme a sus finalidades, hasta la sentencia. La autoridad judicial en la sentencia estimó, de conformidad al art. 306 del Código de familia, las pretensiones de la parte actora.

⁵⁴ MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, *Jurisprudencia civil nicaragüense*, tomo 1, p. 49.

Del análisis de la sentencia en cuestión se desprende que la parte actora, erradamente tenía como pretensión el pago de la pensión de alimentos, cuyos fundamentos estribaron, por un lado, en la insatisfacción de la pensión alimenticia fijada en la conciliación, es decir, no incluía los gastos extraordinarios; por otro lado, en el incumplimiento de los compromisos adoptados en la conciliación. Desde el punto de vista procesal, los dos fundamentos antes aludidos daban lugar a dos procesos distintos, en otras palabras, un proceso declarativo en el que la pretensión sería la modificación de los acuerdos celebrados en la conciliación para incluir los gastos extraordinarios y un proceso ejecutivo para hacer cumplir las estipulaciones convenidas en la conciliación.

La tramitación de cada uno de estos procesos responde a una regulación jurídica distinta. La potestad jurisdiccional, entendida como poder y autoridad que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y de procedimiento que las mismas establezcan para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos,⁵⁵ aparece configurada, en la Constitución política, en el art. 159, párrafo segundo,⁵⁶ así como en la Ley 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, en el art. 3.⁵⁷ La potestad de las autoridades jurisdiccionales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para tutelar y hacer efectivo lo tutelado, va ligada a los dos procesos de referencia. En consonancia con ello, el Código de familia establece que la interpretación y aplicación⁵⁸ de sus disposiciones se harán conforme a la Ley suprema de nuestro Estado y que sus asuntos serán conocidos por la autoridad judicial, conforme al criterio de jurisdicción establecido en la Norma suprema.⁵⁹

⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, cit.

⁵⁶ Art. 159, párrafo segundo, Cn: *"Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial"*.

⁵⁷ Art. 3 LOPJ: *"La función jurisdiccional es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley. Exclusivamente corresponde al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado"*.

⁵⁸ Art. 7 CF: *"Criterios de interpretación y aplicación. "La interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código se hará de conformidad a la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales vigentes en el Estado de Nicaragua y los principios rectores del mismo Código"*.

⁵⁹ Art. 426 CF: *"Jurisdicción especializada. "Los asuntos de familia y personas que regula este Código, serán conocidos por la autoridad judicial, conforme al criterio de jurisdicción establecido en la Constitución Política de la República de Nicaragua y el presente Libro; sin menoscabo de las competencias que asistan en sede administrativa y notarial, cuando la Ley, expresamente, así lo determine"*.

Por tanto, la técnica procesal nos indica que no se pueden mezclar ambos procesos. Así las cosas, un proceso declarativo cuya pretensión radique en la modificación de los pactos instituidos en la conciliación debe tramitarse conforme a las disposiciones que van desde el art. 501 hasta el art. 544 del Código de familia, y un proceso ejecutivo en el que la finalidad responde a hacer cumplir coactivamente la obligación del deudor alimentario contenida en el título ejecutivo debe seguir el cauce de la ejecución de las resoluciones judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 555 y ss., del mismo cuerpo normativo. Baste como muestra el auto dictado por el Juzgado Décimo Primero Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y un minutos de la tarde, el dieciséis de marzo de dos mil dieciocho, en el asunto número 002085-ORM5-2018-FM, en el que se inadmitió una demanda de modificación de los compromisos asumidos en una conciliación, puesto que la parte actora alegó en la fundamentación fáctica, por un lado, que el alimentante no había cumplido con los acuerdos alcanzados en la conciliación y, por otro lado, que había tenido un aumento significativo de sus ingresos económicos, por lo cual la autoridad judicial consideró que la parte actora tenía como pretensión la ejecución del título ejecutivo.

También hay que hacer una pequeña acotación sobre la consideración de la certificación de acta de acuerdos en la conciliación como medio de prueba documental. Las estipulaciones fijadas y, por ende, contenidas en la certificación antes mencionada tienen fuerza ejecutiva, de conformidad con los ya referenciados arts. 434 y 578, último párrafo, del Código de familia. Por ello, la certificación antes señalada es el título ejecutivo, es el documento al que la ley confiere ejecutividad y, por tanto, el presupuesto procesal de iniciación del proceso de ejecución. Con este planteamiento, es prudente sugerir entonces que de mantenerse la consideración de que ante la existencia de una certificación como la antes descrita pueda tramitarse un proceso, cuya pretensión consista en el pago de una prestación alimentaria, y culmine con una sentencia favorable conllevaría precisamente a la inseguridad jurídica, dado que los dos instrumentos, la certificación de referencia y la sentencia dictada, tienen fuerza ejecutiva, una proyección jurídica indubitable. Por tanto, no puede tramitarse un proceso en el que el medio probatorio sea una certificación como la antes señalada, porque acarrearía, como ya dijimos, inseguridad jurídica y una contradicción en cuanto al establecimiento de las obligaciones legales.

Con todo, las autoridades judiciales, en las sentencias objeto de estudio, no tuvieron en cuenta la cláusula *rebus*. Pero, como se afirmó arriba, la disposición del ya transcrito art. 583 es un reflejo de la cláusula *rebus*. Con ello, indiscuti-

blemente, el convenio suscrito en una conciliación puede ser revisado ante el órgano jurisdiccional o, mejor dicho, la posibilidad de modificar el convenio establecido en la conciliación entre las partes en cuestión, si existiesen circunstancias sobrevenidas, ante una autoridad jurisdiccional.

4. CONCLUSIONES

La cláusula *rebus sic stantibus* surge de una idea del Derecho romano, se desarrolla en la época medieval y consiste en la posibilidad de revisar los contratos de tracto sucesivo y de larga duración, si mutan las condiciones existentes en el momento de su constitución, con la finalidad de restablecer el equilibrio las prestaciones contractuales.

La cláusula *rebus* no se encuentra como una regla aplicable con carácter general de revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, sino que en todo contrato de tracto sucesivo y de larga duración lleva tácita o implícitamente una cláusula sobreentendida.

La cláusula *rebus*, a pesar de su ausencia en la codificación, ha estado presente, con altibajos, en dependencia de las condiciones del contexto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con un criterio excepcional y riguroso de aplicación.

La cláusula *rebus*, por los tiempos que corren y por las circunstancias actuales, ha entrado en una fase flexibilizadora del criterio excepcional y riguroso de aplicación para atemperar la dureza del principio de irrevocabilidad de los contratos, *pacta sunt servanda*.

La cláusula *rebus*, de manera general, encuentra reconocimiento y amparo en el art. 2480 del Código civil, en tanto en cuanto en él se dispone como principio elemental de adecuación del contenido del contrato a las circunstancias sobrevenidas en razón de la equidad, del uso o de la ley.

La cláusula *rebus* no tiene un fin propiamente civilista, sino que es aplicable a otras materias, como en el Derecho de familia y, por tanto, no tiene un alcance limitado al ámbito contractual porque irradia de forma particular sobre los negocios jurídicos familiares.

El convenio suscrito en la conciliación es un negocio jurídico bilateral familiar, con un carácter mixto, de orden privado y público, por la intervención de los

particulares y de una autoridad pública, con la función de facilitar a estos sujetos un instrumento en el que exterioricen sus voluntades y con la finalidad, a partir del consentimiento, de constituir y regular las obligaciones legales correspondientes.

Los acuerdos en la conciliación constituyen y regulan los asuntos de cuidado y crianza, de la pensión alimenticia, del régimen de comunicación y visitas, del uso y habitación; los cuales, por la contingencia de las relaciones familiares, comportan mutabilidad y, por ende, los efectos cambian las condiciones dadas inicialmente y quiebran el equilibrio de las prestaciones.

La cláusula *rebus* permite nivelar la desproporción de las prestaciones generada por la alteración de las primitivas condiciones, cuyo fundamento se encuentra en el art. 583, último párrafo, del Código de familia, aunque, por ser incompleta, deja ciertos vacíos, que dan lugar a interpretaciones ambiguas, como la imposibilidad de modificar los acuerdos alcanzados en la conciliación, en sede jurisdiccional, así como la imprecisión sobre cuáles son los asuntos objeto de modificación, y por último, la indeterminación en relación con cuáles son los supuestos en que se considere que existen circunstancias sobrevenidas.

Los asuntos objeto de modificación deben atenderse *a contrario sensu*, conforme con el art. 562 del Código de familia, es decir, los asuntos relacionados con el cuidado, crianza, alimentos, régimen de comunicación, visitas y todos los conflictos que puedan derivar de las relaciones entre padre, madre, hijas o hijos.

El objeto de la modificación son aquellas estipulaciones que involucren prestaciones de tracto sucesivo y de larga duración, como la pensión de alimentos o el uso y habitación, aunque también el cuidado y crianza y régimen de comunicación y visitas puedan ser objeto de modificación.

En específico, el art. 332 del Código de familia provee cuatro supuestos que pueden dar lugar a la modificación de los acuerdos celebrados en la conciliación, aunque, ciertamente, los supuestos pueden ser de variada índole.

La imposibilidad de modificar las estipulaciones acordadas en la conciliación, por alteración de las circunstancias sobrevenidas, ante el órgano jurisdiccional, supone una violación a la tutela judicial efectiva del art. 34 de la Constitución y los principios rectores y los criterios de interpretación y aplicación de los arts. 2 y 7 del Código de familia.

Consideramos, por tanto, que es posible modificar los pactos establecidos en la conciliación ante la autoridad judicial en tanto en cuanto, por un lado, la conciliación en sí misma descansa en la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si no hay voluntad de las partes, no hay acuerdos y, por ende, no se llevará a cabo el nuevo trámite conciliatorio ante el órgano no jurisdiccional y, por otro lado, los dos últimos supuestos de la cesación en la obligación de dar alimentos del art. 332 del cuerpo normativo antes referido deben ser declarados por sentencia ante la autoridad jurisdiccional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- ALBIÑANA CILVETI, Ignacio, "La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula 'rebus sic stantibus' y su aplicación a las operaciones inmobiliarias", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, No. 49, 2018, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6810802>
- ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, Fernando M., Álvaro LUNA YERGA, María Xiol BARDAJÍ, "Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus ¿Cambio de vía de la jurisprudencia del tribunal Supremo?", *Aranzadi doctrinal*, 3, 2013, https://www.researchgate.net/publication/249430478_Crisis_economica_y_clausula_rebus_sic_stantibus_Cambio_de_via_en_la_jurisprudencia_reciente_del_Tribunal_Supremo
- CODERCH, Pablo Salvador, "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3061522>
- CUADRA ZAVALA, Joaquín, *Anotaciones al Código civil de Nicaragua*, tomo 1, Hispamer, Managua, 2004.
- DE LA CUESTA SÁENZ, José María, "La modificación del contrato por alteración de las circunstancias", en Esther Muñiz Espada (comp.), *Derecho de obligaciones y contratos: el homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Wolters Kluwer España, 2016.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1 – *Doctrina general del contrato y de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2 – *Contratos en especial, Cuasi contrato, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, "Notas acerca de la teoría de la imprevisión", *Revista Chilena de Derecho*, 12, No. 2, 1985, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649494>

- GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014.
- GUZMÁN GARCÍA, Jairo José & Jesús Juseth HERRERA ESPINOZA, *Contratos Civiles y Mercantiles*, 3ª ed., Facultad de Ciencias Jurídicas, UCA, Managua, 2014.
- JIMÉNEZ GIL, William, "La teoría de imprevisión, ¿regla o principio?", *Misión Jurídica, Revista de Derecho y ciencias sociales*, No. 2, 2009, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167602>
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, "Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión", *Revue internationale des droits de l'antiquité* (1948), 61, 2014, disponible en <https://zaguan.unizar.es/record/32782?ln=en>
- MEZA GUTIÉRREZ, María Auxiliadora y José René ORÚE CRUZ, *La mediación y el arbitraje en Nicaragua*, Facultad de Ciencias Jurídicas/Universidad Centroamericana, Managua, 2012.
- MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, *Jurisprudencia civil nicaragüense*, tomo 1, Imprenta Nacional, Managua, 1970.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 1ª ed., disponible en <https://dpej.rae.es/>
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano, "Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (Teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española", *Ars Boni et Aequi*, 11, No. 1, 2015, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853809>
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, "Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 6, 2006, disponible en <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/791>
- RUÍZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández, "La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico", *Revista Persona y Derecho*, 74, 2017, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5802066>
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, María, "La figura del convenio regulador en el Ordenamiento Jurídico español", *Trabajo de Fin de Grado*, Almería, 2015, disponible en <http://repositorio.ual.es/handle/10835/4684>
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, tomo I, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011.
- VILLATORO GONZÁLEZ, Tomás, "La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus ya está aquí", *El País*, 9 de junio, 2020, disponible en https://cincodias.elpais.com/cinco-dias/2020/06/08/legal/1591643895_502708.html

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, disponible en https://books.google.com.ni/books/about/The_Law_of_Obligations.html?id=iFIT_NsmE7M-C&redir_esc=y

FUENTES LEGALES

Código Civil de la República de Nicaragua, promulgado por Decreto de 1 de febrero de 1904, en el *Diario Oficial*, No. 2148, el 5 de febrero de 1904.

Código de Familia, Ley No. 870, aprobada el 24 de junio de 2014, publicado en *La Gaceta, Diario Oficial*, No. 190, del 8 de Octubre de 2014.

Constitución Política de la República de Nicaragua, aprobada el 19 de noviembre de 1986, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, No. 05, del 09 de enero de 1987.

Ley de Alimentos, Ley No. 143, aprobada el 22 de enero de 1992, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, No. 57, del 24 de marzo de 1992.

Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, Ley No. 737, aprobada el 19 de octubre de 2010, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, Nos. 213 y 214, del 8 y 9 de noviembre de 2010.

Ley de Contrataciones Administrativas Municipales, Ley No. 801, aprobada el 5 de julio de 2012, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, No. 192, del 9 de octubre de 2012.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua, Ley No. 260, aprobada el 7 julio 1998, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, No. 137, del 23 julio 1998.

Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), Resolución No. CD-SIBOIF-1181-1-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020, Norma para el otorgamiento de condiciones crediticias temporales.

Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), Resolución No. CD-SIBOIF-1181-2-JUN19-2020, de fecha 19 de junio de 2020, Norma temporal de reforma al artículo 15 de la Norma para las Operaciones de Tarjetas de Crédito.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

STS de 15 de marzo de 1994 (RJA 1994/1743), disponible en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-209-94-ts-sala-civil-sec-1-rec-643-1991-15-03-1994-47533858>

STS de 27 mayo de 2002 (RJA 2002/4573), disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/incremento-tardanza-ba-s-117-15040045>

STS de 25 enero de 2007 (RJA 2007/592), disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/cosecha-aceituna-rendimientos-industriales-pa-26668924>

STS de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819), disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/compraventa-vivienda-rebus-sic-stantibus-iva-429311886>

STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017/447), disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/690747793>

Sentencia No. 85, dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el veintidós de agosto de dos mil dos.

Sentencia No. 308, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el treinta de agosto de dos mil dieciséis.

Sentencia No. 37, dictada por la Sala de lo Laboral del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, el veintiocho de febrero de dos mil dos.

Sentencia No. 040, dictada por la Sala Civil Número Uno y Familia por Ministerio de Ley del Tribunal de Apelaciones de Managua, a las nueve y diez minutos de la mañana, el once de marzo de dos mil diecinueve.

Sentencia No. 256 dictada por el Juzgado Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve y veintinueve minutos de la mañana, el dieciséis de octubre de dos mil diecinueve.

Sentencia No. 76 dictada por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y cincuenta y seis minutos de la mañana, el veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

Sentencia No. 177-2020 dictada por el Juzgado Quinto Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las ocho de la mañana, el cinco de mayo de dos mil veinte.

Auto dictado por el Juzgado Décimo Segundo Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las nueve de la mañana, el treinta de julio de dos mil diecinueve.

Auto dictado por el Juzgado Décimo Primero Distrito de Familia (Oralidad) de la Circunscripción Managua, a las doce y un minutos de la tarde, el dieciséis de marzo de dos mil dieciocho.

Recibido: 13/12/2020
Aprobado: 19/4/2021

TRANSPARENCY AS A TOOL TO POTENTIATE GENDER-BASED APPROACHES IN THE WTO

Transparencia en la OMC como estrategia de empoderamiento femenino

M.Sc. Desiree Llaguno Cerezo

Associate Professor of International Public Law
University of Havana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0003-2910-0577>
desiree@lex.uh.cu

M.Sc. Elizabeth Valdés-Miranda Fernández

Instructor Professor of International Public Law
University of Havana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0001-7434-3194>
elizabeth.valdesmiranda@lex.uh.cu

Abstract

Women have a critical role in sustaining the economy and in the development of trade. However, such role has long been invisible due to orthodox conceptions that have ignored the gender variable in commercial analyses. Today, it is generally accepted that neither the economy nor business are gender neutral and that the performance of these activities often impact negatively the lives of women. Women's participation in trade, on equal terms as men, in any of the various possible roles –producer, wage earner, consumer, merchant, taxpayer– will not only favour the lives of women, but also the performance of the economies in which they participate. Transparency, as a principle of the multilateral trading system, can play a significant role as a strategy for the empowerment of women.

Keywords: trade; human rights; gender equality; transparency; WTO; women workers; women's economic empowerment.

Resumen

La mujer tiene un rol fundamental en el sostenimiento de la economía y el desarrollo del comercio. Esto ha sido largamente invisibilizado por concepciones ortodoxas que han obviado la variable de género en los análisis comerciales. Hoy es generalmente aceptado que ni la economía ni el comercio son imparciales en

relación con género y que sus desempeños tienen un impacto, con frecuencia negativo, en la vida de las mujeres. La participación femenina en el comercio, en pie de igualdad con el hombre, desde cualquiera de sus disímiles roles – productora, asalariada, consumidora, comerciante, contribuyente– no solo favorecerá la vida de las mujeres, sino el desempeño de las economías en las que participan. La transparencia, como principio del sistema multilateral del comercio puede jugar un papel importante como estrategia de empoderamiento de la mujer.

Palabras clave: comercio; derechos humanos; género; transparencia; OMC.

Summary

1. Introduction. 2. Discussion. 2.1. Gender and human rights. 2.2. Economy, Human Rights, Gender and Commerce. 2.3. The World Trade Organization under the gender looking glass. 2.3.1. Transparency as a principle and tool to foster gender approach in the WTO. 3. Conclusions. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

This paper aims at discussing the role of the World Trade Organization (WTO) in the promotion of commercial strategies and policies that would support the reduction of gender-based gaps in international trade. According to Art. III (1) (2) (4) of the Marrakech Agreement (AC MARR),¹ the WTO, among other things, acts as a forum for negotiating trade agreements for its Members, manages Multilateral and Plurilateral Commercial Agreements, and also manages the Examination Mechanism for Commercial Policies. Consequently, it is not unwise to discuss the principle of transparency transversal to the whole Multilateral System of Commerce from a gender perspective, as the visibility and publicity of Members' public strategies can expand and increase the inclusion of this issue in the process of creation of commercial policies. The Organization's Secretariat, under the leadership of its Director General implementing the role of promotion and control, can impact positively the achievement by the Members of their goals of higher living standards and full employment on equal terms for all citizens regardless of their gender.

¹ Art. III (1) (2) (4) of the Marrakech Agreement which established the World Trade Organization (WTO) (AC MARR) 1995. Updated edition of juridical texts, Secretariat of the WTO, 2017, ISBN: 978-92-870-4519-5, p. 4.

Achieving the highest economic performance demands equal participation of men and women. On the one hand, women represent at least fifty per cent of the population in every society and play a critical role in the economy as well as in the reproduction of the labour force. On the other hand, women are one of the more vulnerable sectors at world level, constantly facing violation of their economic, salary, social, and consumer rights, in most cases because of the implementation of customary policies that do not take into account gender gaps in commerce, judged not important in patriarchal cultures which consider women should stay at home, taking care of children and elders and doing house chores. However, it has been proved that economic and commercial policies that generate an increase in the volume of exchange of goods and services can also become a significant incentive in the recognition and guarantee of the economic and labour rights of women as well as their participation in the chains of international commerce.²

In the last 30 years, globalisation has brought about an increase in cross-border flows of goods and services, capital, technology and information. In this period, has prevailed the belief that a reduction of economic, geographic and cultural restrictions and obstacles would, in turn, produce an increase in productivity and new jobs, and therefore in the general well-being. We have thus witnessed the formulation of economic policies based on the assumption that the market would automatically guarantee development.

The myth that politics and commercial liberalization are impartial towards gender have for a long time prevented the inclusion of the topic in official statistics and public debate. Consequently, the link gender-commerce has been insufficiently explored in academic spheres and ignored in political ones. A comprehensive and thorough analysis of the impact of such interaction on women's lives. It is equally imperative the submission of proposals to formulate an inclusive commercial policy that would contribute to reduce the gender gap and would improve the conditions for women. The visibility, we insist, of the WTO's transparency as a tool for women's economic empowerment can be fertile ground for inclusive measures, regardless of the level of development of Members, though always taking into account inherent socio-cultural features.

² World Bank Group and World Trade Organization, *Women and Trade: The Role of Trade in Promoting Gender Equality*, p. 2, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/women_trade_pub2807_e.htm

2. DISCUSSION

2.1. GENDER AND HUMAN RIGHTS

The conceptual differentiation between gender and sex in studies began in the 1980s. Even though somewhat ambiguous, the notion of sex is restricted to a biological category. According to RADL PHILIPP, the term gender emphasizes the social, cultural and historic aspect of identities of both, women and men, their roles and functions in their space in which they develop. Such distinction does not deny the biological, anatomical and physiological support of gender distinctions, but it emphasizes a broader outreach. Historic-social experiences –both at individual and collective level– condition the physiognomy of the feminine and the masculine roles. However, this is not static, but it changes with the changes in circumstances.³

UNESCO defines gender as the sociocultural constructions which distinguish and configure the roles, perceptions and status of women and men in a society.⁴ The processes of cultural socialization and appropriation at a certain historic time, endow those roles with content and at the same time establish barriers and limitations more or less flexible regarding the responsibilities, activities, and labour insertion among others. Furthermore, gender interacts with other criteria that can likewise find other limitations such as social class, race, poverty level, ethnic group, sexual orientation, and other issues.

We agree with RADL PHILIPP in that currently the term gender is, to a certain point, neutral-descriptive. However, in the field of social sciences and in the scope of this paper, the word retains its critical-ideological-feminist⁵ meaning. In this sense, a gender perspective implies a critical analysis of the relations between men and women.

As pointed by Corina RODRÍGUEZ,⁶ gender relations are defined by the conjunction between historic practices, ideological attitudes and religious beliefs,

³ RADL PHILIPP, Rita, "Derechos humanos y género", *CEDES* [online] (CD), No. 81, may-ago, 2010, pp. 135-155, <https://doi.org/10.1590/S0101-32622010000200002> [2020.08.02].

⁴ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), *UNESCO Cultural Indicators of Culture for Development. Methodological Handbook*, 2014, p. 104, es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf

⁵ RADL PHILIPP, Rita, "Derechos humanos...", *cit.*, p. 139.

⁶ RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Análisis Económico para la equidad: los aportes de la economía feminista", *SaberEs Revista de Ciencias Económicas y Estadística (S-RCEE)*, No. 2, 2010, pp. 3-22, <http://www.saberes.fcecon.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/31/62>

differentiated by the feminine and the masculine together with the material conditions associated to the nature and distribution of resources and capabilities. These connections are characterised by power inequalities. "Gender standards" assign specific differentiated rights and responsibilities to women and men. Therefore, such standards affect the distribution of resources, wealth, work, decision-making and political power, as well as the enjoyment of rights, both within the family and in public life. Because of this, the issue of human rights (HHRR) and their meaning is conditioned by gender.

Consequently, gender equality is a HHRR problem, as it focuses in the participation of the "person" in the various sectors of society, disregarding identification issues. We can state there is gender equality when opportunities, recognition, exercise and guarantees of rights, as well as individual and collective responsibilities are structured in a generic manner regardless of the fact that the persons are men or women. This, undoubtedly, is an indicator to take into account when evaluating sustainable development focused on the persons, according to the United Nations (UNO) practice.⁷

Gender prejudices limit economic, social and political opportunities of women. Specific manifestations of such prejudices create unfavourable asymmetries and shape what is known as gender inequality. Even in areas not dealt with by studies on inequalities, such as commerce, it is more and more evident that the possible contributions of women can be shattered –and in fact are shattered– by the impact of the differences in the treatment of men and by the exchange of goods and services. Furthermore, the growing impact on other areas also shows historic inequalities and lack of strategies to change the dimension of those inequalities and to prevent their transfer to other areas and other realities based on the influence of globalisation and the internationalisation of economic processes and chains of supply.

This does not mean men and women are identical, nor that they must be treated in the same way,⁸ it means men and women should have equal possibilities in life, according to their interests, needs and priorities. Gender inequality no brings negative consequences not only for women, society and efficiency are also damaged, because, as we explain above, approximately half of the world population are women, and therefore women also represent half of

⁷ Vid. <https://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>

⁸ In an unequal context, an equal treatment is not an adequate strategy for gender equality, as it can maintain and sharpen disparities.

the production potential. If this potential is not fully used because women are constrained by discriminatory practices, then the world can't yield the expected performance, even if we all participate in equal manner.

There is no standard model for gender equality, every approach must take into account the specific particularities of each society and culture. The emphasis in gender-based approach, equality and women empowerment are expressions of the concern for women and men to have the same opportunities to make decisions. To achieve gender equality we need a new, comprehensive look reflected in institutional transformations and social dynamics which perpetuate inequalities. The strategies to generate equitable scenarios are more effective when they include aspects of politics, planning, examination and evaluation of processes in a comprehensive, non-isolated manner.⁹

Dismantling this social construction of gender is the purpose of feminism, both as a movement in favour of women's rights and in its political dimension of "identity". Such purpose is expressed in a project aimed at eliminating gender inequalities and in an academic construction that represents its continuation in the fields of Philosophy, Social Sciences and Economy.¹⁰

From a historic viewpoint, the notion of the equality between women and men began to be identified in the feminine social imaginary at the time of the Illustration in France and Great Britain. It was considerably influenced by the French Revolution, as it raised awareness among women of the exclusion and oppression to which they were subjected and made them demand the position they deserved in society.¹¹ The French Revolution was undoubtedly a

⁹ Organization for the Economic Cooperation and Development (OECD), *DAC Guidelines for Gender Equality and Women's Empowerment in Development Cooperation*, pp. 9-11, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2a-hUKewjBIMiHx-LrAhXvRt8KHQ7fC9QQFjABegQIBB&url=https%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fdevelopment%2Fgender-development%2F28313843.pdf&usq=AOvVaw1w9ay-nA3B6SBwefTx6RDWS>

¹⁰ ESQUIVEL, Valeria, "¿Es posible una economía feminista?", *Cuadernos de la ciencia y la tecnología. Mateas Científicas II. Museo Interactivo*, No. 265, septiembre-octubre, 2016, pp. 147-171, http://www.gemlac.org/index.php?option=com_content&view=article&id=339:es-posible-una-economia-feminista&catid=24&Itemid=148

¹¹ Even the title of the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen excludes women, who were not considered subjects with rights. In this respect, Olympe DE GOUGES publishes in 1791 the "Declaration of the Rights of the Woman and the Female Citizen", in which she demands equal rights for both sexes, a different political role, equal rights to occupy public service jobs (also, art. 10 says that "if a woman can be sentenced to gallows, she should have the right to walk up the tribune"). Vid. RAMÍREZ, Gloria, *La Declaración de derechos de la*

leap forward in the recognition of HHRR, even though within the framework of male gnoseology. It nevertheless opened the gates to development to the feminist movement. Later, the socialist working movement worked out a more complete notion of the objectives of the feminist struggle. It began defending the idea that, up to that moment, human rights were identified taking as a reference the male sex, disregarding what women –who represent the other half of humanity– felt or thought, and what they fought and lived for. Making women invisible is denying recognition of their specific rights, turning them into a simple part of men's doing. Selectiveness of HHRR is one of the elements that explains social constructions describing women as inferior, submissive and dependent beings, without a right to our own gender identity.¹²

The end of the Second World War and the economic, political and social transformations it brought, marks a landmark in the struggle for women's social rights. In the second half of the 20th century there were many outstanding figures who laid the foundations and ultimately developed the feminist thought at the international level. The modern movement for women's rights became much stronger from the 1960s, articulated around outstanding feminists like Simone DE BEAUVOIR, Betty FRIEDAN, Alice SCHWARZER, Juliet MITCHELL, Kate MILLET, among others.¹³

One of the major achievements of the modern feminist movement has been the increasing international awareness of women's rights, which has been particularly expressed within the framework of international organizations and agencies. As part of this reality, the United Nations has called since 1975, four world conferences on women,¹⁴ which have contributed to place the issue of women's equality in the centre of the international agenda. These events have

mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿Una declaración de segunda clase?, p. 3, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-HhJbZ3OLrAhUkSN8KHei7B-kQFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fcedatdraunescodh.unam.mx%2Fcedatdra%2Fcedatdra%2Fmateriales%2Fu1_cuaderno2_trabajo.pdf&usq=AOv-Vaw0KVCaIZbicUbaoYllu6CZI

¹² CARRERA LUGO, María Elena, *Los derechos humanos: universales y con dimensión de género?*, p. 6, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjA8aLT5uLrAhWuuFkKHZepDskQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.segobver.gob.mx%2Fgenero%2Fdocs%2FBiblioteca%2FLos_derechos%2520humanos.pdf&usq=AOv-Vaw0SWZn6veKxYviGnqvNHpoT

¹³ RADL PHILIPP, Rita, "Derechos humanos...", *cit.*, p. 144.

¹⁴ The first World Conference on the Juridical and Social Status of Women was held in Mexico in 1975. It was followed by the Conferences of Copenhagen in 1980, Nairobi in 1985 and Beijing in 1995.

mobilised public opinion in the world to support a number of common objectives with a plan of action for the advancement of all women in all areas of public and private life at the global level.

Special mention should be made of the Beijing Conference (1995), which adopted the “gender approach.” This conference acknowledged that only through a reassessment of the whole structure of the society could the necessary changes for an equal participation of men and women in society could be generated.¹⁵ Furthermore, the Conference passed a programme to foster the social role of women, known as Beijing Platform for Action.¹⁶ The Conference marks a turning point in the treatment of the topic in the world, which no longer focuses in the social and juridical situation of women. The Conference opened a new structural approach regarding women’s rights. Beijing stressed fact that women’s rights, are human rights and that gender equality is a matter of universal interest and a benefit for all.

However, the intentions of the international community are still far from being effectively implemented. The development of women, and their full integration into all social spheres are constantly restricted and coerced, and in all geographic areas, discriminatory situations continue to persist. Women are prevented from accessing the labour market, or such access is conditioned to disadvantage; they are kept in poverty and absolute economic dependence; they are prevented access to education, technical and/or professional training, and

¹⁵ “19. It is essential to design, implement and monitor, with the full participation of women, effective, efficient and mutually reinforcing gender-sensitive policies and programmes, at all levels that will foster the empowerment and advancement of women”; Fourth World Conference on Women (IV CMSM), Beijing Declaration, 15 September 1995, p. 3. “1. The Platform for Action is an agenda for women’s empowerment. It aims at accelerating the implementation of the Nairobi Forward-looking Strategies for the Advancement of Women [1] and at removing all the obstacles to women’s active participation in all spheres of public and private life through a full and equal share in economic, social, cultural and political decision-making. This means that the principle of shared power should be established between women and men at home, in the workplace and in the wider national and international communities. Equality between women and men is a matter of human rights and a condition for social justice and is also a necessary and fundamental prerequisite for equality, development and peace [...]”. IV WCOW, Beijing Platform for Action, 15 September 1995, p. 7.

¹⁶ The Beijing Declaration and Platform for Action was signed by 189 governments on 15 September 1995, as the closing of the IV World Conference on Women. It is the first international juridical instrument that presents a detailed plan of action establishing strategies to ensure women an equal treatment and full enjoyment of human rights in 12 areas of concern: poverty, education and training, health care, violence against women and girls, armed conflicts, economy, power and decision-making, the institutional mechanism to empower women, human rights, mass media and the environment.

are denied the exercise of their rights as citizens. This shows the long path still to be traversed for the real establishment, from institutionality and the family, of a status of equality between men and women.

The design of innovative projects to attract, promote and retain more women in public spaces, either labour or political, must be fed from the gender perspective, as it will help understand and untangle the cultural codes which in turn will help understand –and fight against– more efficiently prejudice and stereotypes. Most importantly, it must be understood that a gender-based perspective has an impact on both women and men, and benefits all the society as it removes obstacles and eliminates discrimination establishing more equitable conditions for the participation of a half of the society which, among other things, will impact positively on commerce and economy.¹⁷

2.2. ECONOMY, HUMAN RIGHTS, GENDER AND COMMERCE

To face the challenges imposed by globalisation, countries have designed and developed a diversity of strategies for their insertion in the world economy. However, these strategies, which usually analyse first place the imperatives of transnational capital and the position of countries, have not taken into consideration how the roles of genders condition their impacts on the lives of the individuals, especially on women.

Based on this, several theoretical, conceptual and empirical elaborations have been developed which outline an “economy with a gender perspective” and a “feminist economy”. The former visualises, from a notion of gender, the differences between men and women. It does not describe these differences as strictly derived from the economic rationality, but from the social and cultural construction of gender relations. The feminist economy departs from the complex interaction between feminism and economy. Its objective transcends the explanation of economic subordination of women because of gender relations. It is characterised by the generation of knowledge to transform situations of gender inequality.¹⁸

¹⁷ LAMAS, Martha, *La perspectiva de género*, p. 10, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjW4vH19eLrAhWE2FkKHHWW-WAKQQFjADegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.obela.org%2Fsystem%2Ffiles%2FLa%2520perspectiva%2520de%2520g%2520C3%25A9nero%2520-%2520Marta%2520Lamas.pdf&usq=AOvVaw1ukr7Yjqx7EcztXrD97k8S>

¹⁸ RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, “Análisis Económico...”, *cit.*, p. 3.

This trend has analysed and criticised several economic topics; it has also developed concepts and frameworks for discussion that make the explanation power of economy richer while providing useful tools to promote the feminist agenda. It fosters as well studies related to the contents and outreach of this economy of new type, in which the role of genders is in gear with the commitment to change situations of inequality. Such changes, based on a holistic vision, must flow vertically though there must be an adjustment of the relations at home. Family life is deeply marked by relations of inequality between genders, therefore, it cannot sustain an equitable model of change for men and women if there are not changes in the family as basic unit of the economy.

Feminist economy identifies well-being as an indicator of the success of the economy, instead of using other habitual indicators such as the Gross Domestic Product (GDP). From this viewpoint, the objective of economic functioning is the reproduction of life and not the reproduction of capital. Thus, sustainability and fair distribution move to a first position in feminist analysis, while one of its major arguments deals with the dimensions of gender present in the relation between production and reproduction, which structure perpetuates women's economic subordination and limit their autonomy. Based on these principles, this discipline makes significant contributions to the analysis of women's participation in the economy, and evidence the mechanisms of discrimination in the labour market.¹⁹

Another outstanding aspect in the feminist economy has been the renovation of a long-standing debate within feminism about unpaid domestic and caregiver work as key element in economic analysis. The debate, which began very early and in contact with Marxism, emphasized the role of unpaid domestic work in the process of capitalist accumulation and its impact on women's exploitation both at home and in the capitalist system. As part of this analysis, feminism developed the notions of sexual division of work, social organisation of caregiving and economy of caregiving.²⁰

All those variables are discussed from a gender perspective to explain women's situation of disadvantage in the labour market. The lesser and most precarious feminine insertion in the labour market partly explains women's economic

¹⁹ RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Análisis Económico...", *cit.* p. 7.

²⁰ RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad", *Revista Nueva Sociedad*, No. 256, marzo-abril, 2015, pp. 30-34, <https://nuso.org/revista/256/la-economia-invisible-feminismo-cuidados-y-poder/>

subordination and lack of autonomy. In short, inequality is a determining variable in the production of commodities and the reproduction of people.²¹

Consequently, it can be inferred that institutions, standards and policies are never neutral in terms of gender, as they operate on an unequal ground in which men and women do not occupy the same place in labour reproduction and economic well-being. Feminist economy has been able to prove these issues and position them in the international debate, and has managed to involve States and International Organisations more and more in the debate. This favours the design of macroeconomic policies, though there are still cases that reinforce gender economic inequality, precisely because ethical analyses of the economy are obviated.

Gender inequality is a constant in time and in States. However, discussions based on the feminist conception of the economy have favoured the implementation of changes and this, in turn, shows that institutions can change their dynamics because of collective pressure and influence.²² This has been the situation in international commerce, where the analyses based on feminist economic principles and the safeguarding HHRR have progressed considerably even in the face of voracious commercial policies.

HHRR and commerce are interconnected in post WWII world order, though for a long time the two things were considered completely independent one from the other, both in International Law and in the internal aspect.²³ It was not until well advanced the 20th century that the debate on this complex issue started and the argument became more relevant as it became evident that globalisation and economic interdependence would modify international affairs. The impact on world economy under its influence is decisive, not only for individual and collective prosperity, but also for

²¹ A clear example is the way in which gender inequality of income stimulated the growth of semi-industrialised economies, such as Thailand. In these cases, the pressure for flexible prices led to an increase in jobs for women, whose salaries are much lower than the salaries of men because they have less negotiation power in the labour market. This means that the growth of exports attained in the 1990s was achieved at the expense of the institutionalisation (exploitation) of women. *Vid.* SEGUINO, Stephanie, "Gender Inequality and Economic Growth: A Cross-Country Analysis", 28 *World Development*, No. 7, 2000, pp. 1211-1218.

²² *Ibidem*.

²³ PEIXOTO BATISTA, Juliana, "Derechos humanos y comercio, ¿una relación conflictiva? La protección del derecho a la educación en las negociaciones comerciales internacionales", en P. Gentili et al., *Políticas de privatización, espacio público y educación en América Latina*.

the capability of States to meet their international obligations regarding respect, protection and guarantee of HHRR.²⁴

The last 30 years have shown great advances in telecommunications, computer science and transport, which has brought in turn a significant reduction in the costs for economic integration. Information and Communication Technologies have knocked down many barriers, allowing the expansion of the flows of goods and services and international organisation of production. But, this accelerated advance has not been sustained on platforms for the protection of the most vulnerable sectors of the population in developing countries, a fact that has expanded even more the gap between the rich and the poor and continues to foster HHRR violations and gender-based discrimination.²⁵

The current concept of Human Rights is based on the principles of universality, interdependence and indivisibility, which should prevent a selective protection of Human Rights on the part of States, as well as a despair standing among UN Members with regards to the contents and obligations, especially in reference to collective rights. On the other hand, the normative development of the multilateral trade system, leaded by the WTO is based on liberalisation and progressiveness, which means that if there is a standing agreement between Members, more favourable conditions for all could be negotiated while the obligations resulted from the Agreements will be internally implemented to meet the economic and institutional reality. Such reality will determine the focus of attention, meaning a State can be party of new international economic-commercial strategies even if the social grid is far from having the conditions to effectively implement such strategies. Therefore, in spite of the progress achieved, international protection of HHRR can be far less effective than the pressure to maintain the conditions allowing the insertion in the chains of international commercial values.

Going back to the interaction, the standards for the protection of human rights and commerce, can and should favour each other. However, implementing this premise in the area of economic, social and cultural rights has resulted more difficult than the protection of civil and political rights. In practice, the effects of an open and transparent trade system have not resulted in fair dis-

²⁴ ABRAMOVICH, Víctor E., "Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados", *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos (RIDH)*, No. 2, 2005, pp. 189-196.

²⁵ CASTRILLO, Isabel, Coral PEY y María de la Luz TRAUTMAN, *Género, Comercio y Derechos Humanos ¿Una relación armónica?*

tribution and equal individual opportunities. And the situation is even more serious in underdeveloped countries. In general, it is currently acknowledged that the liberalisation of trade, threatens the protection of human rights instead of strengthening it. Too often, commercial commitments of States are not compatible with their obligations regarding fundamental rights, which, among other things, impact the gender gap.²⁶

According to AZAR, ESPINO and SALVADOR, "The way in which countries participate in international trade has an effect on the internal allocation of resources and generates productive sectors as well as actors that are 'winners' and 'losers'. Economic movements and processes launched by international trade in each society interact with the existing system of gender relations. As a result, they are assimilated by men and women in different ways and have different effects on their well-being. In this way, though neither commercial policies nor the development of international trade create gender inequalities, they can modify those gender inequalities".²⁷

International trade reproduces in a large measure, the unequal structures of economies and negatively affects women in their multidimensional roles, be it in their capacity of employees, producers, entrepreneurs, consumers, users of public services and unpaid caregivers.²⁸

At the beginning of the 1990s, at the time when WTO was about to be created, began the controversy around the relation between trade and gender equality. The debate, in both the political and the academic arenas, was associated to the consequences of liberalisation policies in at least three areas:

²⁶ Several reports from HHRR international agencies refer a worsening of the protection of some fundamental rights within the processes of commercial integration. *Vid.* Economic and Social Council (ECOSOC), *Reports of Sessions 18 and 19. Globalisation and its consequences for economic, social and cultural rights*, E/1999/22 E/C.12/1998/26, 4 December 1998; United Nations Organization (ONU), *Declaration of the United Nations Committee for Economic, Social and Cultural Rights in the Third Conference of Ministers of the WTO*, E/C.12/1999/9 18 March 1999; United Nations High Commissioner for Human Rights, *Report Liberalisation of Trade and Services and of Human Rights*. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2 July 2003; ONU, *Report of the Special Rapporteur on the Rights to the Access to Food*, E/CN.4/2003/54/Add1, 3 January 2003.

²⁷ AZAR Paola, Alma ESPINO y Soledad SALVADOR, *Los vínculos entre comercio, género y equidad. Un análisis para seis países de América Latina*, p. 1, <https://www.researchgate.net/publication/264878867>

²⁸ FROHMANN, Alicia, *Herramientas de Política Comercial para contribuir a la igualdad de género*, "Series International Trade", No. 153, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (CEPAL), 2019, pp. 15-16.

institutionalization, the use by men and women of the opportunities in the labour market and the provision of labour.²⁹ Important initiatives were also promoted and implemented from the United Nations, such as the already mentioned Beijing Platform for Action, and the Convention for the Elimination of all forms of Discrimination against Women (CEDAW).³⁰ Also in this same period there were other initiatives that related gender and commerce in other United Nations agencies like the United Nations Development Fund for Women (UNIFEM) and the United Nations Development Program (UNDP).³¹

Liberalisation and commercial opening have been part of the integration strategies of countries, with a significant impact in several regions, including Latin America. They impact productive and employment structures through their effects on the economic growth and level of income. At the time, it was very common for men, mostly in agricultural entities, to hold for themselves the few permanent jobs available while women only had access to seasonal jobs. Occupational segregation by gender and the high demand of employment had contributed and still contributes to substantially reduce their strength in front of the employer, which in turn contributed and continues to contribute to reduce the payment to women workers.

Showing these realities as part of the debate of the Multilateral System of Commerce made possible the familiarisation with the idea that real markets are also socio-political constructions considerably influenced by state intervention. However, State and Government must have the will to launch and implement strategies that include the gender approach, and for this, it is necessary to count on the efforts of women and men alike, and with the cooperation of International Inter-Governmental and Non-Governmental Organisations.³²

²⁹ RAZAVI, Shahra, *The Gendered Impacts of Liberalization: Towards "Embedded Liberalism"?*, p. 7, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2a-hUKEwiUx6_MsuTrAhXfl3IEHc8MABQQFjACegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.unrisd.org%2F80256B3C005BCCF9%2F\(httpAuxPages\)%2F801038C4A586DF16C125786F00320E55%2F%24file%2FCh1-Razavi.pdf&usq=AOvVaw3O-zl_641NFzqzZ-HYSm-](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2a-hUKEwiUx6_MsuTrAhXfl3IEHc8MABQQFjACegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.unrisd.org%2F80256B3C005BCCF9%2F(httpAuxPages)%2F801038C4A586DF16C125786F00320E55%2F%24file%2FCh1-Razavi.pdf&usq=AOvVaw3O-zl_641NFzqzZ-HYSm-)

³⁰ CEDAW is considered an important achievement as the first juridically binding instrument to adopt an all-encompassing approach to ban discrimination against women in all spheres. It was adopted on 18 December 1979 and was first enforced on 3 September 1981. It has currently 189 States Parties. *Vid.* https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en [2020.09.12].

³¹ FROHMANN, Alicia, *Herramientas...*, cit., p. 16.

³² RAZAVI, Shahra, *The Gendered Impacts...*, cit. p. 11.

The commercial opening has proved to have contradictory repercussions. For example, though the field of investments requires highly qualified labour force, it generates reductions in the systems of social protection and working standards, which destabilises work, which destabilises work at the medium and long term. Likewise, there is a process of territorial re-localisation of the investment and relocation of jobs from the formal sector of the labour market towards the informal sector.³³ In spite of these contradictions, the liberalisation is an indispensable component of the structural adjustment programs promoted by the Bretton Wood institutions with which WTO, according to Art. III (5) of the AC MARR,³⁴ shall cooperate with a view to achieving greater coherence in global economy policy-making.

The transformations resulting from the economic opening in the volume and trade patterns of a country occur within the framework of economic structures and institutions which, as we have discussed earlier in this paper, are not foreign to gender prejudices. That's why women, especially the poorer ones, have faced greater difficulties to overcome the situation. It is currently acknowledged that gender inequality curtails human development.³⁵

Alicia FROHMANN provides a disturbing picture of the situation after analysing the access to institutions, to credit, to employment, to courts, to work incentives, to the use of property, and to protection from violence: "The inequalities of rights in the face of the law, also limits opportunities and economic empowerment of women. Based on data for seven indicators in 189 countries, the World Bank (2018) estimates that 2.700 million women globally face inequality gaps and obstacles of legal nature. In some countries, women are not entitled

³³ RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Economía feminista y economía...", *cit.*, pp. 18-19.

³⁴ "5. With a view to achieving greater coherence in global economic policy-making, the WTO shall cooperate, as appropriate, with the International Monetary Fund and with the International Bank for Reconstruction and Development and its affiliated agencies" (WTO) (AC MARR), 1995, p. 4.

³⁵ The 2012 Report urges action in four areas: 1) approach problems related to human capital, such as excess of girls and women deaths and gender disparities in education when and where observed; 2) reducing income and productivity differences between women and men; 3) grant more voice and participation to women at home and in society; and 4) limit the perpetuation of gender inequality between generations. Vid. World Bank, *Report on Global Development Mundial. Gender equality and development*, p. VII, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjimMbp-sOXrAhWNIHIEHZB0Dy0QFjADegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.upm.es%2Ffs%2FRectorado%2FGerencia%2Figualdad%2FDocumentos%2FInforme_sobre_desarrollo_Mundial_%25202012_banco_mundial.pdf&usq=AOvVaw2x5CYLhdUTU513M_fxJMAv

to register the birth of their offspring, cannot apply for a passport or pen a bank account. [...] access to credit is the worst performing gender indicator in all regions –including the OECD countries with higher income– followed by the protection in case of violence against women [...] With regards to access to credit and personal insecurities, inequalities are barriers which impact negatively and in a decisive manner, women's economic empowerment".³⁶

In the face of this situation, the adoption of a gender approach enriches the analysis on commercial policies and favours a better understanding of the performance in this field. An inadequate productive capability, restricted access to information and markets, the limited availability of productive resources and the weaknesses of infrastructures, are problems that worsen with gender inequalities. Competitiveness of economies can also suffer with an unfavourable situation of women.³⁷

Nevertheless, it is more and more accepted that commercial policy can contribute to create economic opportunities for women and to reduce, even if temporary, the loss of jobs vulnerable to external competition, while this policy includes such specific objectives.³⁸

2.3. THE WORLD TRADE ORGANIZATION UNDER THE GENDER LOOKING GLASS

The birth of the WTO was the result of a long process of negotiations which began within the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT 1947). Its creation marked a turning point in the process of harmonizing the system of International Law, especially the International Economic Law. This advance had its origin, in a large measure, in the predominance of the neoliberal paradigm which contributed to the expansion of the multilateral system. However, the role of developing countries and the work of the Organ for the Solution of Differences have shown a defensive position in the central core of the organisation, which is to connect the liberalisation of commerce to the generation of options for

³⁶ FROHMANN, Alicia, *Herramientas...*, cit., p. 14.

³⁷ KLUGMAN, Jeni, *The 2030 Agenda and the Potential Contribution of Trade to Gender Equality*, p. 8, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2a-hUKEwiPrdXDtuXrAhUypFkKHd8hA-EQFjAAegQlAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.tralac.org%2Fimages%2Fdocs%2F10610%2Fthe-2030-agenda-and-the-potential-contribution-of-trade-to-gender-equality-ictsd-september-2016.pdf&usq=AOvVaw3JO98la1oAWnLnyqsBGNEC>

³⁸ FROHMANN, Alicia, *Herramientas...*, cit., p. 16.

development and improvement in the living standard of the citizens of its Members, especially developing and less advanced countries (PMA).³⁹

In this context, the permanent study and updating of the ways and mechanisms through which WTO works is indispensable, much more for the most vulnerable economies, that seek in the Organization an alternative to insert themselves in the productive processes and international services rendering. The aggressive environment favoured by the major economic powers seeking the expansion of their markets, not only towards developing and less advanced countries, but also between developed countries, makes evident that the permanent updating can generate an advantage that permits participation or, in a way, influence international commercial policies originated in the WTO.

One of the most significant recent transformations in international economy and in the organisation of its production has been the protagonism of transnational companies and the opacity of internal markets with regards to those. Such phenomenon has affected the capacity of public agents for increasing, improving and diversifying national exports –mostly in developing countries–. All this favours the WTO's maintenance and perfecting of its role in the regulation of international commerce, starting from the improvement of its multilateral juridical standards to meet public interests which guarantee development and social well-being policies.

The issue of gender was Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report not taken into account within the WTO when formulating Commercial Agreements, a fact that was in tune the predominant thinking of the time that the liberalisation of commerce would, by itself, bring about better opportunities for all and would generate social development for all economies, especially for the less developed. However, the practice in the implementation of Multilateral Agreements has demonstrated that this process is not automatic, it does not reduce poverty by itself, and it generates more inequalities than the ones it eliminates.

In this respect, *Frohmann's* gender approach analysis states that "The General Agreement on Trade and Tariffs (GATT, 1994), for example, reduced in many countries the fiscal revenue resulting from import tariffs, that, without a re-allocation of resources, reduced the public services which users are mostly

³⁹ LLAGUNO CEREZO, Desiree, "Las notificaciones en el Sistema de Transparencia de la OMC", LLM Thesis on file at University of Havana, 2019.

women. On the other hand, the Agreement on Textiles and Clothing of that same year shifted women's jobs in developed countries to developing countries, increased competition between countries and destabilised employment in the sector as it reduced salaries without modifying the gender gaps. The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures did not include the programmes for the promotion of women empowerment in the category of non-recurrent subsidies [...]"⁴⁰

Social inequalities and impoverishment, in spite of the commercial opening, provoked citizens' protests echoed by developing and less advanced Member States, because in their perception, negotiations did not take into account the perspective of developing countries. The Third Ministerial Meeting of the WTO held in Seattle, USA,⁴¹ was a failure because of the demands and initiatives of the civil society and non-governmental organisations, to include in the commercial debates variables such as poverty, and means of subsistence.⁴²

The Fourth Ministerial Meeting, held in Doha, Qatar in 2001, initiated the Doha Round for Multilateral Commercial Negotiations, which included the Doha Development Agenda (PDD). A number of measures was adopted, in principle beneficial for poor countries and making emphasis on development, which contributed to doubt the idea that globalisation would lead to economic growth. Then, there was the notion that equality and human rights are the foundation and the logic of growth through international trade. Though the gender issue was not explicitly mentioned, the commitments acquired there have significant implications for gender equality. However, even with such an ambitious agenda, there has not been a consensus between developing Members and developed Members.

Today, in contrast with the situation of a decade ago, feminist movements, UN agencies and non-governmental organisations have included the gender issue in the agendas of Governments and International agencies as an essential element for the effectiveness of development policies. Also, organisations like OECD have included in their reports, statistical information on the economic

⁴⁰ FROHMANN, Alicia, *Herramientas...*, cit., p. 16.

⁴¹ The Third WTO Ministerial Conference was held in Seattle on 30 November to 3 December 1999.

⁴² RANDRIAMARO, Zo, *Gender and Trade. Overview Report, 2006*, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi1o-WU4OfrAhUo01kKHUax-AREQFjACegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.wedo.org%2Fwp-content%2Fuploads%2Fcep-trade-or.pdf&usg=AOvVaw0eN08NO4UPuoR4Q7NZouLy>

cost of discrimination, and on the impact on economic growth of policies that reduce the gender gap.⁴³ Furthermore, the motivations related to development of the Sustainable Development Goals (SDG) of the 2030 Agenda even in developed countries, has shown the urgent need for the WTO to contribute with them, including in their work programmes the SDG 5 of gender equality.

As we have previously discussed in this paper, though WTO's agreements do not specifically refer to the issue of gender, the actions of the Secretariat show that it acknowledges the importance of trade for the achievement of gender equality through the creation of jobs, development and empowerment. The most important result has been so far the Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment,⁴⁴ adopted in 2017 by the Eleventh Ministerial Conference in Buenos Aires which major objectives are to eliminate the obstacles that prevent women's economic empowerment and foster such empowerment. This was the and multilateral organisations such as the result of the coordination between several countries and multilateral organisations, such as the International Centre for Trade, the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the WTO, and others. The gender approach has also been present in the policies for facilitating trade and in the Aid for Trade programmes.

However, these expectations and declarations are not enough to ensure that Members include the gender approach in their commercial strategies to thus guarantee women's economic empowerment. Consequently, the identification of mechanisms that guarantee that both commerce and gender equality agendas support each other is necessary. One way could be the principle of de Transparency, focused on the intention that all Members must visualize and acknowledge the good experiences in trade empowerment and at the same time question the few advances in the closing of gaps on the occasion of the Exams on Commercial Policies. Notifications could also be considered useful instruments to inform management, administrative bodies, and the Secretariat about Agreements and individual progress of Members.

⁴³ Organization for the Economic Cooperation and Development (OECD) - Social Institutions and Gender (SIGI), *Index 2019 Global report: Transforming challenges into Opportunities*, p. 16, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bc56d212-en/1/2/1/index.html?itemId=/content/publication/bc56d212-en&csp=3c7e048c80fc5e8e6616e1289a989dd3&itemIGO=oecd&itemContentType=book>

⁴⁴ *Vid.* https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc11_s/genderdeclarationmc11_s.pdf

2.3.1. Transparency as a principle and tool to foster gender approach in the WTO

The principle of transparency means all members are juridically bound to inform the other members and their commercial partners in general about policies and practices affecting trade. It has equally a systemic significance as it allows its members to watch trade measures adopted by other members and assess their impact on the multilateral trade system. It is a transversal principle that extends throughout the whole multilateral trade system and that implies obligations both for the members of the organisation and for the organisation's bodies.

The essence is to publicise policies, practices and regulations that have an impact on trade, that all members and commercial actors receive the same information, so that they can adopt decisions regarding the exchange of goods and services (internal transparency). In the case of transparency binding of WTO bodies (external transparency), mention should be made of the various initiatives and programmes existing to inform the general public, including the academic environment and the civil society, of the activities implemented by the WTO. Additionally, the development of information and communication technologies and the media has meant the obligation of constantly updating the website of the Organisation also as a publicizing tool of the WTO's organs and decisions.⁴⁵

According to LEJÁRRAGA, there are four different aspects of Transparency that could become systematic in international trade standards. These aspects are: first, information, which implies publications, notifications and points of contact; second, participation, which refers to the right of members to request detailed information about any topic that can have an impact on commercial policies, as well as making comments, observations and recommendations on those policies; third, predictability, understood as the need for rules and regulations are clear and that they be implemented in a fair and coherent manner and; fourth, the struggle against corruption, which means establishing procedures

⁴⁵ On 14 May 2002, the General Council decided that the public should have access to a larger number of documents as soon as these were distributed. It also decided that the scarce number of documents that had initially been private, shall be quickly made public: in approximately two months, instead of six months as it had been previously established. For the second time an important decision on transparency was adopted. Indeed, on 18 July 1996, the General Council agreed to disseminate more information on WTO activities and decided public information should be accessed online, including WTO documents that could have been considered for the general distribution. The objective is for the general public to have more information.

for controlling, monitoring and accountability.⁴⁶ Data compilation is not the simple preparation of databases, but it aims at monitoring WTO Agreements and their conversion into strategies adapted to time and historic situation. It is thus understandable the need to collect information that favours the gender agenda.

Transparency will continue to be a key element in the commercial agenda, at the regional and multilateral levels, and it therefore is an indispensable tool for empirical and quantitative analyses in gender equality. Regional agreements that include ambitious regulations are associated with trade flows greater than those with lower levels of transparency commitment.⁴⁷

Transparency binding obligations are collected in all WTO Agreements. Special mention should be made of: GATT (art X), General Agreement on Trade in Services (GATS) (art III) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS) (art 63). In general, monitoring and evaluation mechanisms that derive agreements from the implementation of the principle of transparency within the framework of WTO agreements are the notifications, the Exam on Commercial Policies, the work of WTO Councils and Committees and the Mechanism of Transparency in Regional Commercial Agreements (RCA), as well as the Preferential Commercial Agreements (PCA).⁴⁸

As part of the insertion in commercial debates on gender, the steps adopted by WTO Secretariat aim, in the first place at raising awareness with regards to the relationship commerce; second to generate data that prove the impact of trade on women and thus favour related initiatives among its Members; and last, to provide technical assistance and advise to governmental agents and entrepreneur women. All this would not be possible without the flows of information generated by the notifications to which Trade Agreements invite. One of the most important tools of the trade policy for gender equality, is precisely the generation of data on trade and gender. These data will not only provide a radiography on the performance for empowerment, but they also allow the identification of obstacles and barriers restricting women's participation in international trade.

⁴⁶ LEJÁRRAGA, Iza, *Multilateralising Regionalism, Strengthening Transparency Disciplines in Trade*, p. 15, <http://dx.doi.org/10.1787/5k44t7k99xzq-en>

⁴⁷ LEJÁRRAGA, Iza y Ben SHEPHERD, *Quantitative Evidence on Transparency in Regional Trade Agreements*, p. 6, <http://dx.doi.org/10.1787/5k450q9v2mg5-en>

⁴⁸ LLAGUNO CEREZO, Desiree, "Las notificaciones...", *cit.*, p. 10.

It would be difficult to accurately identify the measures that hinder the construction of equitable and sustainable spaces for both men and women without information on how the opening of markets has an impact on women. This principle could actually constitute a first step to raise awareness on the measures to adopt and their net benefits. Currently, markets with greater information asymmetries will more probably remain closed, as there is no information that would encourage entrepreneurs and economic operators to approach in search of new opportunities. Even a market that has suppressed tariff barriers but does not provide adequate and predictable information, might not be attractive. In an economy where women are concentrated in the sector of production of export goods, it could be harmful for the employment if the Government disregards its obligations to provide commercial information to WTO. Therefore, opening a market without transparency could hinder the implementation of trade strategies aimed at generating empowerment.

Transparency has been deemed so important that in the already discussed 2017 Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment, signing parties committed to share experiences on policies and programmes to foster the participation of women and to voluntarily inform them during the Exam on Trade Policies at WTO. Such information will allow Members to become familiarised with current practices in gender studies, methods and procedures for the collection of data segregated by gender, use of indicators, monitoring and evaluation methodologies, and the analysis of gender-focused statistical information and information about trade. Every data, tools and information provided will be essential to examine, design, and implement more gender-sensitive trade policies.

Encouraging the flow of information towards the WTO has also encouraged its Members to internally articulate an agenda for trade and women's economic empowerment, and more importantly, on the information to provide in the Exams on Trade Policies Members have to take, as we will analyse below.

One of the examples is the case of Canada, a country where the gender issue is highly important in the design of every development program, every policy and every initiative, including trade policies, therefore information on every experience is to be provided. Impact assessment analysis can be used to identify products and market segments with a positive influence for women that can be socialised as part of the Transparency standards for participation. Canada, leading a group of Members, is also at the

forefront in the proposals to include gender equality in the negotiations on the national regulations for the area of services.⁴⁹

Predictability standards allow the expansion of trade practices in stable environments, as well as the establishment of protection coverage for elder women, contrary to what would occur in a market of which there is no information about its functioning and dynamics. Situations of gender-based inequality can be more easily thwarted in those economies in which there is a flow of data and therefore impact modelling.⁵⁰

As part of the policy for awareness raising in gender-based analysis, the WTO adopted the Plan of Action on Trade and Gender 2017-2019, to support the activities of WTO Members in this area and to compile new data on the impact of gender-related trade measures. It is important to mention that, by virtue of the principle of special and differentiated treatment⁵¹ developing and less advanced Member countries can chose to have extended periods of time for the implementation of Agreements and decisions. Similarly, these countries can request technical assistance and advice the Organisation provides for capacity-building that would, in turn, facilitate adequate formulation, implementation and control of trade policies in tune with the Plan of Action and integrating an integrating, change-generating, gender-based vision. These technical capacity-building programmes on the relation between trade and gender are not only addressed to governments, but also to specific sectors such as women entrepreneurs or women's unions in certain areas such as agriculture and fishing.

However, in this regard there are certain aspects to be discussed on the use of the special and differentiated treatment principle in a subject that, first of all, is closely related to HHRR issues. Even though it is true that the construction

⁴⁹ World Trade Organization, *En primer plano: Reforzar el papel de las mujeres en el comercio*, p. 108, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwig2NuGoejrAhUyWfKkHVMUB5cQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fspanish%2Fres_s%2Fbooksp_s%2F13_anrep18_spotlightincreasingwomenrole_s.pdf&usq=AOvVaw0yWF0_dodUepqrFONOR833

⁵⁰ World Bank Group and World Trade Organization, *Women and Trade. The Role of Trade in Promoting Gender Equality*, p. 177, <https://www.worldbank.org/en/topic/trade/publication/women-and-trade-the-role-of-trade-in-promoting-womens-equality>

⁵¹ World Trade Organization, *Implementation of special and differential treatment provisions in WTO Agreements and decisions*, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=21868,75336,69267,64560,46353,12283,1294&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=

of trade policies with a gender perspective that aim at the suppression of the gender gap requires technical capacity-building programmes oriented to government decision-makers, the need for this capacity-building should not be used as a justification to extend for unlimited time the effective implementation of actions or measures. The idea is not only foster and promote practices that would ensure the economic growth of developing and less advanced countries, but also ensure that such growth is based on non-discriminatory platforms aimed at encouraging participation of men and women in equal conditions, precisely in those Member countries with higher rates of gender inequality. The principle of special and differentiated treatment should turn into specific initiatives to accelerate the development of basic economic infrastructures and the support to necessary services which, in turn, increase and expand women's opportunities in the labour market. The solution of specific gender problems should be extended and expanded in the same way through their inclusion in the designs and implementation of plans for support.

As established in the Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment, the objective should be:

"[...]

7. Sharing our respective experiences relating to policies and programs to encourage women's participation in national and international economies through World Trade Organization (WTO) information exchanges, as appropriate and voluntary reporting during the WTO trade policy review process;
8. Sharing best practices for conducting gender-based analysis of trade policies and for the monitoring of their effects;
9. Sharing methods and procedures for the collection of gender-disaggregated data the use of indicators, monitoring and evaluation methodologies, and the analysis of gender-focused statistics related to trade;
10. Working together in the WTO to remove barriers for women's economic empowerment and increase their participation in trade; and
11. Ensuring that Aid for Trade supports tools and know-how for analysing, designing and implementing more gender-responsive trade policies. [...]"⁵²

⁵² LEJARRAGA, Iza, *Multilateralising Regionalism...*, cit.

Another tool included in the WTO Transparency system is the mechanism is the WTO Trade Policy Review Process (TPRM),⁵³ and as is established in the Declaration, this mechanism is one of the ways to contribute to the generalisation of the use of gender-based agendas in trade. This Mechanism consists in a collectively-taken evaluation of a Member trade practices within the WTO.⁵⁴ The evaluation assesses the performance of the Member's trade with other Members, the impact of these practices on the Member's trade with other Members, and how such practices can be adjusted to international trade standards. The Member being evaluated provides important information for a visualisation on how trade is integrated in its functioning as a State and as a Legal Entity in International Law.

The documents to be provided for the Exam include a report drafted by the Secretariat, a report by the Member under examination, the observations and comments drafted by the Chairman of the Body for the Review of Trade Policies (OEPC) as a conclusion, and a section with outstanding information on trade policies. The reports resulting from this process become an especially useful reference as they include a wide range of comprehensive information on trade.

Between 2019 and until July 2020 there have been 15 such processes in which, based on the Secretariat's Report, a gender-based approach is analysed in a comprehensive manner only for the European Union and Canada,⁵⁵ not surprising if one takes into account the that there have been significant advances since 2017 in these two geographic areas, where the gender-based approach is the core in the implementation of the trade liberalisation. Special mention deserve small island states Samoa and Papua New Guinea in Oceania, as there is an evident progress based on the use of national tools combined with the technical support provide by the WTO. On the one hand, Samoa specifically shows the impact of projects for the mitigation of poverty which have taken

⁵³ WTO, "Annex 3 of the Marrakech Agreement. Mechanism to examine commercial policies, amended by Decision of the General Council, in July 2017", p. 515.

⁵⁴ All members are bound to formally take an exam periodically. The four major commercial entities (currently the European Union, the United States, China and Japan) take the exam every three years. The other 16 more important commercial partners take the exam every five years. Members take the exam every seven years. *Vid.* WTO, *Amendment of the trade policy review mechanism*, decision of 26 July 2017, WT/L/1014.

⁵⁵ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Canada*, 17 April 2019, p. 10, WT/TPR/S/389; WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. European Union*, 10 December 2019, p. 39, WT/TPR/S/395.

into account a gender-based approach.⁵⁶ On the other hand, Papua New Guinea included the gender-based approach as the major objective of its National Trade Policy.⁵⁷ A large group of countries does not show advances in the trade-gender relation. The issue of women is only considered as part of the statistics disaggregation by gender. This is the case of, for example, Costa Rica that only mentions that the unemployment rate is higher in women than in men.⁵⁸ Bangladesh shows the impact of gender-based policies in the labour market.⁵⁹ North Macedonia only shows information on the number of unemployed women.⁶⁰ Suriname shows an intention to generate more employment opportunities for women and includes this issue as an objective in its General Plan for agricultural development.⁶¹ A fourth group acknowledges the wide gender gap they exhibit: Laos includes the expectation of a reform in human capital to eliminate gender disparities;⁶² Australia is working to meet the principles of employment by providing equal opportunities for women at the work place;⁶³ and Japan, where there is a persistent significant salary difference between genders, is working in the promotion of employment for women and to encourage the participation of women in the labour market.⁶⁴ Last, there was no mention of any gender-based issue by Ecuador,⁶⁵ Trinidad and Tobago,⁶⁶

⁵⁶ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Samoa*, 13 February 2019, p. 12, 10WT/TPR/S/386.

⁵⁷ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Papua New Guinea*, 3 April 2019, pp. 22-23, WT/TPR/S/387.

⁵⁸ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Costa Rica*, 24 July 2019, p. 19, WT/TPR/S/392.

⁵⁹ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Bangladesh*, 6 February 2019, p. 21, WT/TPR/S/385.

⁶⁰ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Republic of North Macedonia*, 11 June 2019, p. 19, WT/TPR/S/390.

⁶¹ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Suriname*, 7 August 2019, p. 49, WT/TPR/S/391.

⁶² WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. People's Democratic Republic of Lao*, 14 October 2019, p. 13, WT/TPR/S/394.

⁶³ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Australia*, 15 January 2020, p. 92, WT/TPR/S/396.

⁶⁴ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Japan*, 22 January 2020, p. 54, WT/TPR/S/397.

⁶⁵ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Ecuador*, 8 January 2019, WT/TPR/S/383.

⁶⁶ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Trinidad and Tobago*, 27 March 2019, WT/TPR/S/388.

and Peru, though the latter acknowledges it is still exploring the issue of women's economic empowerment as a new possibility.⁶⁷

In general, 80 per cent of the 15 Members that most recently took the exam discussed the issue of the gender gap and women's economic empowerment. The three members that do not discuss the topic coincidentally are located in the Latin America and the Caribbean region. The statistics on trade policy that can be gathered from the exams can be included in the decision-making negotiations to generate a greater commitment in gender-based analysis. In the same way, circulating the information among all members to facilitate an exchange through questions and answers will be a good opportunity to present experiences with a positive outcome that could become a motivation and an example of best practices.

It is now acknowledged that the implementation of internal legislations is not enough guarantee to achieve advances in the reduction of inequalities between men and women. Experiences cannot only be focused and limited to results. It is necessary to show each of the actions that favoured the result. In some cases, the resources exist to implement strategies, but the staff in charge of the implementation is very limited and/or does not have the training and preparation required. If the approach and the implementation are not comprehensively designed, all the positive results that can be generated by knowledge and experiences and the technical support will never materialise into more and better opportunities for women.

Today, the facilitation of trade is a recurrent aspect in national policies, because barriers must be necessarily removed. Therefore, transparency also plays an important role in the transfer of the information necessary to find and pinpoint those barriers, especially the ones related with the specific gender-related offer, which prevent women from being able to display their full entrepreneurship potential.⁶⁸

As has been discussed in this paper, trade affects women's economic empowerment and well-being. Gender inequalities can usually increase due to the unequal distribution of income and resources among the various groups of

⁶⁷ WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Peru*, 27 August 2019, p. 9, WT/TPR/S/393.

⁶⁸ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Analysis of the Commercial Policy through a "gender looking glass". Summary of Case Studies of Seven Countries Carried Out By UNCTAD*, UNCTAD/DITC/2014/3, 2014, p. 17.

women and men. Commerce also has an impact on the status of women in their several roles as employees, producers, consumers, merchants and tax-payers. It is therefore critical within the framework of the WTO to raise awareness on the responsibility of the organisation and its members to ensure the access of women to the information on trade issues within a favourable, non-discriminatory environment. In the same way, the publication of standards and regulations related gender equality should be favoured, indicating their relation with trade. Reliable statistical information, disaggregated by gender, research capacity and political will, is as well a critically needed element to carry out thorough and comprehensive evaluations about the impact on gender of trade policies.⁶⁹

3. CONCLUSIONS

A gender-based approach in the studies on international trade law requires also a multidisciplinary approach with the participation of jurists, economists and other experts. It also demands a thorough, painstaking examination of standards, principles, institutions and provisions. It is therefore crucial to understand the beneficial effects of a gender-based approach for the economy in general and for trade in particular and to evaluate fairly the importance of including the gender variable in the formulation and implementation of trade policies that can have a real impact on gender equality.

But, it is impossible to implement a gender-aware trade policy without the necessary statistics disaggregated by gender. These, and their adequate publication and dissemination would inform about the reality of women and the eventual impact of trade regulations on them. The evaluation of impact evaluations will, in turn, favour better oriented negotiations and decision-making, and will avoid discrimination and foster agreement on transitional initiatives for affirmative action when necessary. A policy to foster the access of women to second- and third-level education and to technical professional education will facilitate their participation in the labour market, and will provide women access to higher level jobs, better paid and more stable, mostly in the area of services. The implementation of other strategies that do not include an analysis of the various impacts every policy can have on both men and women, which continue to assign women narrow sector-based jobs, will only worsen the existing gender inequalities instead of removing them.

⁶⁹ UNCTAD, *Virtual Didactic Handbook of the Institute on Commerce and Gender*, p. 31, <https://unctad.org/es/paginas/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1137> (2020.03.02)

The principles of the multilateral trade system, especially the principle of transparency, and the trade policy tools can become a great potential as agents for change in the lives of women. The WTO Secretariat can give a critical impulse to the inclusion of the gender variables in the creation and implementation of trade policies. Only in this way will liberalisation processes achieve a sustainable development, including the unavoidable elimination of gender-based discrimination and the gaps existing in the labour market.

The notifications to ensure the flow of information among WTO Members and between members and WTO, as well as the Exam on Trade Policies are tools of the Multilateral Trade System that facilitate the inclusion of policies for women's economic empowerment in the agendas and that will show the positive results for economic growth of an equal participation of everyone, men and women, in the exchange of goods and services.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

DOCTRINAL SOURCES

ABRAMOVICH, Víctor E., "Linha de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados", *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos (RIDH)*, No. 2, 2005.

AZAR Paola, Alma ESPINO y Soledad SALVADOR, *Los vínculos entre comercio, género y equidad. Un análisis para seis países de América Latina*, 2009, <https://www.researchgate.net/publication/264878867> [2020.07.22].

CARRERA LUGO, María Elena, *Los Derechos Humanos: Universales ¿y con dimensión de género?*, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjA8aLT5uLrAhWuuFkKHZepDskQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.segobver.gob.mx%2Fgenero%2Fdocs%2FBiblioteca%2FLos_derechos%2520humanos.pdf&usg=AOvVaw0SWZn6veKxYviGnqvNHpoT [2020.06.04].

CASTRILLO, Isabel, Coral PEY y María de la Luz TRAUTMAN, *Género, Comercio y Derechos Humanos ¿Una relación armónica?*, 2004.

ESQUIVEL, Valeria, "¿Es posible una economía feminista?", *Cuadernos de la ciencia y la tecnología. Mateadas Científicas II. Museo Interactivo*, n. 265, septiembre-octubre, 2016, http://www.gemlac.org/index.php?option=com_content&view=article&id=339:es-posible-una-economia-feminista&catid=24&Itemid=148 [2020.10.07].

FROHMANN, Alicia, *Herramientas de Política Comercial para contribuir a la igualdad de género*, "Series International Trade", No. 153, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (CEPAL), 2019.

- KLUGMAN, Jeni, *The 2030 Agenda and the Potential Contribution of Trade to Gender Equality*, Global Economic Governance, 2016, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiPrdX-DtuXrAhUypFkKHd8hA-EQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.tralac.org%2Fimages%2Fdocs%2F10610%2Fthe-2030-agenda-and-the-potential-contribution-of-trade-to-gender-equality-ictsd-september-2016.pdf&usq=AOvVaw3JQ98la1oAWnLnyqsBGNEC> [2019.11.23].
- LAMAS, Martha, *La perspectiva de género*, 1996, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjW4vH19eL-rAhWE2FkKHWWAKQQFjADegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.obela.org%2Fsystem%2Ffiles%2FLa%2520perspectiva%2520de%2520g%25C3%25A9nero%2520-%2520Marta%2520Lamas.pdf&usq=AOvVaw1ukr7Yjqx7EcztX-rD97k8S> [2020.04.03].
- LEJÁRRAGA, Iza, *Multilateralising Regionalism, Strengthening Transparency Disciplines in Trade*, 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/5k44t7k99xzq-en> [2018.12.04].
- LEJÁRRAGA, Iza y Ben SHEPHERD, *Quantitative Evidence on Transparency in Regional Trade Agreements*, 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/5k450q9v2mg5-en> [2018.12.04].
- LLAGUNO CEREZO, Desiree, "Las notificaciones en el Sistema de Transparencia de la OMC", LLM Thesis on file at University of Havana, 2019.
- Organization for the Economic Cooperation and Development (OECD), *DAC Guidelines for Gender Equality and Women's Empowerment in Development Cooperation*, Paris, OECD, 1999, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjBIMiHx-LrAhXvRt8KH-Q7fC9QQFjABegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fdevelopment%2Fgender-development%2F28313843.pdf&usq=AOvVaw1w9ay-nA3B6SBwefTx6RDWS> [2020.04.22].
- Organization for the Economic Cooperation and Development (OECD) - Social Institutions and Gender (SIGI), *Index 2019 Global report: Transforming challenges into Opportunities*, 2019, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bc56d212-en/1/2/1/index.html?itemId=/content/publication/bc56d212-en&csp=3c7e048c80fc5e8e6616e-1289a989dd3&itemIdGO=oecd&itemContentType=book> [2020.07.31].
- PEIXOTO BATISTA, Juliana, "Derechos humanos y comercio, ¿una relación conflictiva? La protección del derecho a la educación en las negociaciones comerciales internacionales", en P. Gentili et al., *Políticas de privatización, espacio público y educación en América Latina*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 2009.
- RADL PHILIPP, Rita, "Derechos humanos y género", *CEDES* [online] (CD), No. 81, may-ago, 2010, <https://doi.org/10.1590/S0101-32622010000200002>
- RAMÍREZ, Gloria, *La Declaración de Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿Una declaración de Segunda Clase?*, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&es->

- [rc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiHhJbZ3OLrAhUk-SN8KHei7B-kQFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fcedra.unescondh.unam.mx%2Fcedra%2Fcedra%2Fmateriales%2Fu1_cuaderno2_trabajo.pdf&usg=AOvVaw0KVCaIZbicUbaoYllu6CZI](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiHhJbZ3OLrAhUk-SN8KHei7B-kQFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fcedra.unescondh.unam.mx%2Fcedra%2Fcedra%2Fmateriales%2Fu1_cuaderno2_trabajo.pdf&usg=AOvVaw0KVCaIZbicUbaoYllu6CZI) [2020.01.23].
- RANDRIAMARO, Zo, *Gender and Trade. Overview Report*, 2006, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi1o-WU4OfrAhUo01kKHUaxAREQfjACegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.wedo.org%2Fwp-content%2Fuploads%2Fcepe-trade-or.pdf&usg=AOvVaw0eN08NO4UPuoR4Q7NZouLy> [2020.03.31].
- RAZAVI, Shahra, *The Gendered Impacts of Liberalization: Towards "Embedded Liberalism"?*, United Nations Institute for Social Development (UNRISD), 2008, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiUx6_MsuTrAhXfl3IEHc8MABQQFjACegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.unrisd.org%2F80256B3C005BCCF9%2F\(httpAuxPages\)%2F801038C4A586DF16C125786F00320E55%2F%24file%2FCh1-Razavi.pdf&usg=AOvVaw3O-zl_641NFzzq2Z-HYSm-](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiUx6_MsuTrAhXfl3IEHc8MABQQFjACegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.unrisd.org%2F80256B3C005BCCF9%2F(httpAuxPages)%2F801038C4A586DF16C125786F00320E55%2F%24file%2FCh1-Razavi.pdf&usg=AOvVaw3O-zl_641NFzzq2Z-HYSm-) [2020.05.23].
- RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Análisis Económico para la equidad: los aportes de la economía feminista", *SaberEs Revista de Ciencias Económicas y Estadística (S-RCEE)*, No. 2, 2010, <http://www.saberes.fcecon.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/31/62> [2019.12.12].
- RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad", *Revista Nueva Sociedad*, n. 256, marzo-abril, 2015. <https://nuso.org/revista/256/la-economia-invisible-feminismo-cuidados-y-poder/> [2019.09.22].
- SEGUINO, Stephanie, "Gender Inequality and Economic Growth: A Cross-Country Analysis", 28 *World Development*, No. 7, 2000.
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), *UNESCO Cultural Indicators of Culture for Development. Methodological Handbook*, 2014, <https://www.es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf>
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Analysis of the Commercial Policy through a "gender looking glass". Summary of Case Studies of Seven Countries Carried Out By UNCTAD*. UNCTAD/DITC/2014/3, 2014.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Virtual Didactic Handbook of the Institute on Commerce and Gender*, 2016, <https://unctad.org/es/paginas/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1137> [2020.03.02].
- World Trade Organization, *Implementation of special and differential treatment provisions in WTO Agreements and decisions*, 25 October 2000, WT/COMT-D/W/77, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?

[language=E&CatalogueIdList=21868,75336,69267,64560,46353,12283,1294&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=](https://www.wto.org/english/press/p/20191203.htm) [2019.12.03].

World Bank Group and World Trade Organization, *Women and Trade: The Role of Trade in Promoting Gender Equality*, 2020, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/women_trade_pub2807_e.htm [2020.10.03].

World Trade Organization, *En primer plano: Reforzar el papel de las mujeres en el comercio*, 2018, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwig2NuGoejrAhUywFkKHVMUB5cQFjAAe-gQIARAB&url=https%3A%2F%2Fwww.wto.org%2Fspanish%2Fres_s%2Fbooksp_s%2F13_anrep18_spotlightincreasingwomenrole_s.pdf&usg=AOvVaw0yWF0_dodUepqrFONOR833 [2019.11.03].

INTERNATIONAL LEGAL INSTRUMENTS, REPORTS AND DECLARATIONS

Marrakech Agreement, (WTO) (AC MARR) 1995, Updated edition of juridical texts, Secretariat of the WTO, 2017.

Economic and Social Council (ECOSOC), *Reports of Sessions 18 and 19. Globalization and its consequences for economic, social and cultural rights*, E/1999/22 E/C.12/1998/26, 4 December 1998.

Fourth World Conference on Women (IV CMSM), Beijing Declaration, 15 September 1995.

United Nations Organization (ONU), *Declaration of the United Nations Committee for Economic, Social and Cultural Rights in the Third Conference of Ministers of the WTO*, E/C.12/1999/9 18 March 1999.

United Nations Organization (ONU), Report of the Special Rapporteur on the Rights to the Access to Food, E/CN.4/2003/54/Add1, 3 January 2003.

United Nations High Commissioner for Human Rights, *Report Liberalisation of Trade and Services and of Human Rights*, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2 July 2003.

World Bank, *Report on Global Development Mundial. Gender equality and development*, Washington D.C., 2012, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjimMbpsoXrAhWNIHIE-HZB0Dy0QFjADegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.upm.es%2Fsfs%2FRectorado%2FGerencia%2FIgualdad%2FDocumentos%2FInforme_sobre_desarrollo_Mundial_%25202012_banco_mundial.pdf&usg=AOvVaw2x5CYLh-dUTU513M_fxJMAv [2020.09.04].

WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Canada*, 17 April 2019, WT/TPR/S/389.

WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. European Union*, 10 December 2019, WT/TPR/S/395.

- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Samoa*, 13 February 2019, 10WT/TPR/S/386.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Papua New Guinea*, 3 April 2019, WT/TPR/S/387.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Costa Rica*, 24 July 2019, WT/TPR/S/392.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Bangladesh*, 6 February 2019, WT/TPR/S/385.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Republic of North Macedonia*, 11 June 2019, WT/TPR/S/390.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Suriname*, 7 August 2019, WT/TPR/S/391.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. People's Democratic Republic of Lao*, 14 October 2019, WT/TPR/S/394.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Australia*, 15 January 2020, WT/TPR/S/396.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Japan*, 22 January 2020, WT/TPR/S/397.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Ecuador*, 8 January 2019, WT/TPR/S/383.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Trinidad and Tobago*. 27 March 2019, WT/TPR/S/388.
- WTO, *Analysis of Commercial Policies, Secretariat Report. Peru*. 27 August 2019, WT/TPR/S/393.

Recibido: 23/12/2020
Aprobado: 25/1/2021

EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN LOS PROCESOS DE DECISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA*

The role of national parliaments in decision-making process of the European Union

Dra. Radoslava Brhlíková

Profesora Asistente de Ciencias Políticas
Universidad de Constantino el Filósofo en Nitra, República Eslovaca
<https://orcid.org/0000-0001-5891-4129>
rbrhlikova@ukf.sk

Resumen

El Tratado de Lisboa de 2009 abrió la puerta a un papel más activo de los parlamentos nacionales en el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea. La intención de los autores del Tratado era suprimir las críticas al déficit democrático de la Unión, implicando a los parlamentos nacionales en el proceso de toma de decisiones de la UE. Desde que la UE comenzó a comportarse más como un actor político, cuya influencia trasciende la industria del acero y el carbón, ha recibido críticas por regir las vidas de millones de europeos sobre la base de reglas y principios no democráticos. Este artículo describe y analiza la forma y el nivel de participación de los parlamentos nacionales en el proceso de toma de decisiones de la UE. Sostiene que el método aplicado no elimina en modo alguno el fenómeno del déficit democrático y subraya la toma de decisiones de forma antidemocrática a nivel de la UE. Por lo tanto, este método es bastante ignorado por los parlamentos nacionales.

Palabras clave: Unión Europea; Tratado de Lisboa; parlamentos nacionales; proceso de toma de decisiones; déficit democrático.

Abstract

Lisbon treaty from 2009 opened door for the more active role for national parliaments in decision-making process of the European Union. The intention

* Traducción del eslovaco al español a cargo de la Dra. Mária KOČNEROVÁ, Profesora de Ciencias Políticas, Universidad de Constantino el Filósofo en Nitra, República Eslovaca, mkocnerova@ukf.sk.

of the authors of the Treaty was to suppress criticism of the democratic deficit of the Union by involving national parliaments in the EU decision-making process. Since the EU began to behave more as political player influencing more than just steel and coal industry, it has often been criticized for manipulating the lives of millions of Europeans, not on the basis of democratic rules and principles. This article describes and analyzes the way and level of involvement of national parliaments in the EU decision-making process. It argues that the method applied does not in any way eliminate the phenomenon of a democratic deficit and underlines the decision-making in an undemocratic way on EU level. Thus, this method is rather ignored by national parliaments.

Keywords: European Union; Lisbon Treaty; national parliaments; decision-making process; democratic deficit.

Sumario

1. Parlamentos nacionales en el Tratado de Lisboa. 2. ¿Una posición reforzada de los parlamentos nacionales? 3. Diálogo de la UE con los parlamentos nacionales. 4. Conclusión.

Referencias bibliográficas.

1. PARLAMENTOS NACIONALES EN EL TRATADO DE LISBOA

“Los parlamentos nacionales son los principales ganadores del nuevo tratado”

JAIME GAMA
presidente del Parlamento portugués.

“El mecanismo de la tarjeta amarilla y naranja no fue diseñado para un uso real”

ANDREW DUFF
eurodiputado, ALDE.

En innumerables ocasiones se ha afirmado, en al menos 24 lenguas oficiales de la Unión Europea (UE), que el texto del Tratado de Lisboa (TL) es en gran parte¹ el del llamado Tratado Constitucional, no ratificado debido al rechazo en

¹ Algunos críticos, como el eurodiputado Jens-Peter BONDE, afirman que hasta un 99 %. BONDE, Jens-Peter, “¿El Tratado de Lisboa es también una Constitución de la UE?”.

referéndum por dos de los miembros fundadores de la organización.² En conjunto –incluidos los protocolos–, el TL tiene 403 páginas³ en idioma eslovaco. Tras su ratificación, la base constitucional actual, es decir, los tratados válidos de la UE, consta de más de 3 000 páginas.⁴

El Tratado de Lisboa contiene dos artículos sustantivos que modifican el Tratado de la UE (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea –hoy denominado Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)– de la manera siguiente: *“La Unión se fundamenta en este Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados los ‘Tratados’). Ambos tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea”* (art. 1, apartado 3). Esto significa que ambos tratados tienen la misma fuerza legal y por tanto, la UE ha adquirido personalidad jurídica como sucesora de la Comunidad Europea.

El Tratado ha otorgado a la UE 105 nuevas competencias –32 legislativas y otras 73– y 68 nuevos ámbitos en los que las decisiones se toman por mayoría cualificada.⁵ El Título II, art. 10, declara que el funcionamiento de la UE se basa en la democracia representativa, además de en el principio de igualdad de los ciudadanos y ciudadanía de la UE –recogidos en el art. 9–. En la estructura de la Unión, esta democracia se expresa en la existencia de un órgano representativo cuasibicameral, en el que los ciudadanos están representados en el Parlamento Europeo (PE), elegido por sufragio directo (¿se podría decir que es la cámara baja de una asamblea federal?) y los Estados en el Consejo Europeo y el Consejo de la UE⁶ (¿considerados

² Concretamente, el 29 de mayo de 2005 en Francia y el 1 de junio de 2005 en los Países Bajos.

³ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, marzo de 2010.

⁴ El Tratado Constitucional, que reemplazaría a todos los tratados existentes, tenía solo 560 páginas.

⁵ Estas son las mismas competencias y áreas también incluidas en el Tratado Constitucional rechazado.

⁶ En este caso, con frecuencia encontraremos el argumento sobre la llamada legitimidad secundaria, ya que estos dos órganos están compuestos por representantes de los ciudadanos de los Estados miembros, elegidos en las elecciones parlamentarias nacionales. Por una parte, el PE se crea sobre las bases de las elecciones directas al Parlamento Europeo y por otra, el Consejo de la UE se forma con representantes que provienen de las elecciones ordinarias, que posteriormente forman los gobiernos nacionales.

la cámara alta?), que *“serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos”* (art. 10).⁷

Con el fin de involucrar a sectores más amplios de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones de la UE y así evitar las críticas sobre la complejidad de este mecanismo y su naturaleza antidemocrática, el Tratado ofreció varias herramientas, incluida la participación de la toma de decisiones de la Unión. En tal sentido, el sitio web oficial de la organización afirmó con gran pompa que *“los parlamentos nacionales son, por primera vez, plenamente reconocidos como parte de la estructura democrática de la UE”*.⁸

Hasta la adopción del Tratado de Lisboa, los parlamentos nacionales no participaban en absoluto en los procesos de toma de decisiones de la UE, o lo hacían en una mínima medida. Otro tanto sucede con la institucionalización de la UE.⁹ La base jurídica de la CE y hoy de la UE, no menciona en absoluto su papel en el proceso de integración regional. Por tanto, se puede afirmar que en un ámbito tan importante como la integración europea, los parlamentos nacionales han desempeñado un papel secundario. Los legislativos quedaron al margen –sin oportunidad de influir– en este proceso, que estuvo firmemente en manos de los gobiernos nacionales y de la CE. A menudo se les denomina “perdedores” o “víctimas” de la integración europea, debido a la erosión del control parlamentario sobre el ejecutivo en los asuntos europeos.¹⁰

La “desparlamentarización” está vinculada a tres problemas fundamentales de los legislativos nacionales, frente a sus gobiernos y a las instituciones europeas:

1. Contracción de la autonomía de los Estados miembros y sus órganos representativos en la formulación y la práctica política, vinculada a la transferencia de competencias y la formulación de políticas de las instituciones

⁷ BRHLÍKOVÁ, Radoslava, “Pluralismo del concepto de derecho y del Tratado de Reforma de la UE”, en *¿Qué es la ley?: actas de una conferencia científica, SAP*, Bratislava, 2007, pp. 271-283.

⁸ Disponible en http://europa.eu/lisbon_treaty/faq/index_en.htm, recuperado el 3 de marzo de 2009.

⁹ Hasta la introducción de las elecciones directas al Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales enviaban representantes al PE. En la actualidad, algunos Estados miembros siguen aplicando el llamado doble mandato, en el que un miembro de un parlamento nacional es también miembro del PE.

¹⁰ PIEDRAFITA, Jans T., “The Role of National Parliaments in European Decision-Making”, *Eupascope*, 2009/1, pp. 19-25.

europas. El papel de los parlamentos nacionales a menudo se reduce a votar formalmente la legislación propuesta.

2. Desequilibrio entre el legislativo y el ejecutivo a nivel nacional. Los parlamentos nacionales no están representados en la UE, mientras que el ejecutivo participa directamente en el proceso de toma de decisiones de la Unión. El carácter tecnocrático de la formulación de políticas europeas fortalece al ejecutivo y la burocracia, lo que favorece al gobierno sobre el legislativo, porque así el gobierno escapa del control parlamentario y de la sociedad civil.¹¹
3. Asimetría informativa. Los parlamentos nacionales no tienen el mismo acceso directo a la información sobre asuntos europeos, ni capacidad de procesarla, que los ejecutivos nacionales; a pesar de que cada parlamento nacional cuenta con una Comisión de Asuntos Europeos y desde 1989 fue creada una Conferencia de Comisiones Parlamentarias de Asuntos de la Unión de los Parlamentos de la Unión Europea (COSAC).¹²

Es un cliché, tanto de los políticos como de los analistas, afirmar que el Tratado de Lisboa refuerza la posición de los parlamentos nacionales. El propio instrumento le dedica solo un artículo al tema, el 12. Por su parte, el TUE se refiere a la cuestión solamente en los arts. 5 y 48; así como en los protocolos sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; mientras que el TFUE regula el particular exclusivamente en el art. 81.

¹¹ MORAVCSIK, Andrew, "Preferences and power in the European Community: A liberal intergovernmentalist approach", *Journal of Common Market Studies*, 31 (4): 473-524, 1993.

¹² Esta Conferencia, propuesta en un principio por el presidente de la Asamblea Nacional francesa, reúne cada seis meses, desde 1989, a las comisiones de los parlamentos nacionales especializadas en asuntos de la Unión con diputados al Parlamento Europeo. En sus reuniones, cada parlamento está representado por seis miembros. Cada Conferencia, en la que se tratan temas importantes relacionados con la integración europea, es convocada por el Parlamento del país que ejerce la Presidencia de la UE y la preparan de forma conjunta el Parlamento Europeo y los Parlamentos de la troika de la Presidencia. La COSAC no es un órgano de toma de decisiones, sino un órgano parlamentario de consulta y de coordinación, que adopta sus posiciones por consenso. El Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea dispone expresamente que la COSAC podrá dirigir a las instituciones de la Unión cualquier contribución que juzgue conveniente. De todos modos, las aportaciones presentadas por la COSAC no vinculan en absoluto a los parlamentos nacionales ni prejuzgan su posición.

El art. 12 del TL otorga a los legislativos nacionales algunas prerrogativas en el proceso de toma de decisiones de la UE, con el fin de contribuir *“al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:*

- “a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;*
- b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;*
- c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado;*
- d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;*
- e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;*
- f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea”.*

Por su parte, en el párrafo 3 del art. 5 del TUE, los parlamentos nacionales se mencionan únicamente en relación con la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: *“... Los parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”.* El apartado 7 del art. 48 del propio instrumento otorga a los legislativos nacionales el derecho a vetar la aplicación de la denominada cláusula transitoria –cláusula pasarela–, que permite pasar de un procedimiento legislativo especial a uno ordinario, o de una votación por unanimidad a una por mayoría cualificada. El Consejo Europeo solo puede aprobar la cláusula transitoria por unanimidad. Sin embargo, en virtud de esta norma, cualquier cámara de un parlamento nacional puede vetar tal decisión den-

tro de los seis meses siguientes a la presentación de una moción. A tenor del art. 81, apartado 3 del TFUE, el mismo procedimiento se aplica a la cláusula pasarela especial, que daría al Consejo el derecho a decidir sobre normas de derecho de familia con implicaciones transfronterizas. Aquí también, cualquier cámara del parlamento nacional puede vetar una decisión dentro de los seis meses.

El Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (Protocolo No. 1) establece el procedimiento mediante el cual la Comisión informa directamente a los parlamentos nacionales de sus propuestas legislativas y no legislativas, incluido el programa anual. Los otros actores en esta materia –el Consejo y el Parlamento Europeo– también envían sus propuestas legislativas a los parlamentos nacionales. Estos tienen ocho semanas para reaccionar con respecto a las mismas, antes de que comience el proceso legislativo.¹³ El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece las reglas para el control de la subsidiariedad, no así de la proporcionalidad, por los parlamentos nacionales. En caso de sospecha de que la propuesta de la Comisión viola los principios de subsidiariedad, cada parlamento nacional o cámara individual en el caso de parlamentos bicamerales tiene ocho semanas en virtud del Protocolo para informar a los presidentes de la Comisión Europea, el Consejo Europeo y el Consejo de la UE de sus razones. También se puede invitar a consulta a los parlamentos regionales con poderes legislativos.¹⁴

Aunque el TL se refiere a los parlamentos nacionales solo en lugares determinados, a menudo se señala que ha aumentado significativamente la participación de los parlamentos nacionales en los procesos de toma de decisiones de la UE. Adicionalmente, se introducen nuevos mecanismos para la participación ciudadana en el proceso democrático (Iniciativa Legislativa Ciudadana Europea, art. 11 párrafo 4, TL), que deben propiciar la desaparición del llamado déficit democrático y contribuir a crear la sensación de que todos en la UE participan en la toma de decisiones, siguiendo el espíritu de los principios fundamentales de la democracia. Como se ha analizado, el art. 12 definió claramente los derechos y obligaciones de los parlamentos nacionales frente a la Unión, en relación con la información recibida por ellos, el examen del principio de

¹³ Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea., pp. 203-205, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/01&rid=4>

¹⁴ Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. pp. 206-209, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/02&rid=4>

subsidiariedad, los mecanismos de evaluación en el espacio de libertad, seguridad y justicia y la revisión de los Tratados. Así, idealmente, los parlamentos nacionales pueden:

- a. supervisar directamente el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;
- b. ser informados obligatoriamente por las instituciones europeas no solo sobre los nuevos proyectos de actos legislativos,¹⁵ sino sobre los documentos de consulta: los denominados libros blancos y verdes de la CE, el plan anual de tareas legislativas de la CE, la planificación legislativa o los documentos de estrategia política de la CE, actas y orden del día de las reuniones del Consejo y del Consejo Europeo, informes anuales del Tribunal de Cuentas y otros documentos de todos los órganos pertinentes de la UE;
- c. participar, dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos para evaluar la aplicación de las políticas de la UE en este ámbito;
- d. participar en el control político de Europol y la evaluación de las actividades de Eurojust;
- e. participar en los procedimientos de revisión de contratos;
- f. se les notifican las solicitudes de adhesión de nuevos miembros a la Unión;
- g. participar en la cooperación interparlamentaria con el Parlamento Europeo.

Los reformadores consideran que el “mecanismo de alerta temprana” previsto en el Protocolo No. 2 es la mayor innovación y mejora de la posición de los parlamentos nacionales en el proceso de toma de decisiones de la UE. El mismo permite a los parlamentos nacionales examinar con más detalle la aplicación del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones de la UE, no así el principio de proporcionalidad. Gracias a este mecanismo, los legislativos de los Estados miembros pueden, en el plazo de ocho semanas desde que la Comisión Europea les envía una propuesta legislativa para su examen, emitir un dictamen motivado explicando, en todas las lenguas

¹⁵ El término “proyecto de acto legislativo” se refiere a propuestas de iniciativa de la CE, el PE, un grupo de Estados miembros, una solicitud del Tribunal de Justicia Europeo, una recomendación del Banco Central Europeo o una solicitud del Banco Europeo de Inversiones.

oficiales de la UE, la razones por las que consideran que la propuesta no cumple el principio de subsidiariedad.

En virtud del Tratado de Lisboa, la Comisión está obligada a enviar directamente sus propuestas legislativas a los parlamentos nacionales, al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE. Cada parlamento nacional o cada cámara podrán, dentro de las ocho semanas siguientes a la presentación de la propuesta legislativa, dirigir a la Comisión un dictamen motivado, exponiendo las razones por las que considera que la propuesta infringe el principio de subsidiariedad. Si dicho dictamen recibe al menos un tercio de los votos asignados a los parlamentos nacionales (18 votos de 54), cada uno con dos votos, el autor de la propuesta –normalmente la Comisión, aunque también puede ser otro organismo o Estado miembro de la UE– debe reconsiderarla. Posteriormente, el autor de la propuesta puede mantenerla, modificarla o retirarla. Esta parte del mecanismo se conoce como “tarjeta amarilla” (art. 7, párrafo 2, del Protocolo No. 2).

Si la Comisión decide mantener su propuesta a pesar de que, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, esta ha sido impugnada por mayoría simple de los votos asignados a los parlamentos nacionales (28 de 54), se aplicará un procedimiento especial. En este caso, la Comisión deberá emitir un dictamen motivado que explique el cumplimiento del principio de subsidiariedad, que será remitido al PE y al Consejo de la UE, junto con los dictámenes motivados de los parlamentos nacionales. Posteriormente, el Consejo de la UE y el PE evalúan el cumplimiento o no del principio de subsidiariedad en primera lectura y deciden si continúa o no el procedimiento legislativo. Si una mayoría del 55 % de los miembros del Consejo de la UE o una mayoría simple de los miembros del Parlamento Europeo apoyan que la propuesta no cumple el principio de subsidiariedad, se rechaza la propuesta de la Comisión (art. 7, párrafo 3, del Protocolo No. 2). Este mecanismo se denomina “tarjeta naranja” y tiene por objeto garantizar un examen más exhaustivo del principio de subsidiariedad, sin perjuicio del derecho de iniciativa de la Comisión. Según el art. 8 de este Protocolo, la aplicación del principio de subsidiariedad es supervisada por el Tribunal de Justicia de la UE.

En síntesis, si un tercio de los parlamentos se opone (18 de 54 votos),¹⁶ la Comisión debe reconsiderar el acto legislativo y ofrecer una justificación completa

¹⁶ En el caso de actos legislativos relacionados con el espacio de libertad, seguridad y justicia, el umbral es de un cuarto de los votos, es decir, 14 de 54.

de su decisión de mantenerlo en su estado original, modificarlo o retirarlo (tarjeta amarilla). En caso de mantener la propuesta, el dictamen motivado debe someterse al procedimiento legislativo. En el caso de que una mayoría en el Consejo o en el PE esté a favor de la objeción de los parlamentos nacionales, la propuesta será definitivamente rechazada (tarjeta naranja). De ello se deriva que si la mayoría de los parlamentos nacionales llegan a un consenso, las propuestas legislativas de la Comisión pueden bloquearse. No obstante, la decisión final sobre dicho bloqueo está de una forma u otra en manos de las instituciones suprarregionales: el Parlamento Europeo y el Consejo. Los Estados miembros –entendidos como los gobiernos, no los parlamentos nacionales– tienen como recurso la posibilidad de interponer una acción ante el Tribunal de Justicia de la UE por violación del principio de subsidiariedad. Pueden hacerlo no solo en su propio nombre, sino también explícitamente a nombre de sus parlamentos nacionales. El Comité Europeo de las Regiones, que es un órgano consultivo en el ámbito de la cooperación regional y del respeto del principio de subsidiariedad, también puede presentar una solicitud de este tipo.

2. ¿UNA POSICIÓN REFORZADA DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES?

En principio, sobre la base de lo anterior, se puede resumir y reiterar que si los parlamentos hacen uso del procedimiento de tarjeta amarilla o naranja, la decisión final sobre si una propuesta legislativa cumple o no el principio de subsidiariedad continúa en manos de las instituciones de la UE. Además, las “tarjetas de penalización” solo se expiden de acuerdo con el principio de subsidiariedad, no con el de proporcionalidad. Adicionalmente, el TL no define con claridad el principio de subsidiariedad, ni en el art. 5, apartado 3,¹⁷ ni en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En suma, los parlamentos nacionales no tienen la última palabra. Esta continúa en manos de las instituciones de la UE.

¹⁷ “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión” (art. 5, apartado 3); versión consolidada del tratado de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2012.

En la aplicación del mecanismo de participación parlamentaria nacional pueden surgir dificultades en las áreas siguientes:

1. Los Tratados no contienen una definición precisa de subsidiariedad;¹⁸ por tanto, sería conveniente, desde un principio, que los parlamentos nacionales pudieran elaborar y acordar tal definición, que debería ser respetada por la Comisión.
2. La práctica evidencia que los parlamentos nacionales tienen dificultades para distinguir entre los ámbitos cubiertos por el principio de subsidiariedad y por el principio de proporcionalidad, estos últimos no abarcados por el mecanismo de la tarjeta amarilla y naranja. Al considerar las propuestas de la Comisión, los parlamentos nacionales se centran principalmente en la base jurídica, el principio de proporcionalidad o el contenido de la propuesta, ámbitos fuera de su competencia de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado.
3. El plazo de ocho semanas parece demasiado breve para evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en la propuesta legislativa de la Comisión.
4. El volumen de documentos, informes, libros blancos y verdes, programas y propuestas legislativas puede abrumar a los parlamentos nacionales con abundante información. Su reacción, en consecuencia, será lenta y poco flexible.
5. El mecanismo de participación no evita el exceso de regulación por parte de las instituciones europeas, ni mitiga la erosión del poder legislativo de los parlamentos nacionales en el espacio de integración.
6. El mecanismo requiere una cooperación mayor, más coherente e intensificada entre los parlamentos nacionales de los Estados miembros, así como una interpretación o definición común del principio de subsidiariedad.
7. Es cuestionable si los parlamentos nacionales podrán alcanzar el umbral requerido, es decir, el número de votos necesarios para activar una tarjeta amarilla o naranja.

¹⁸ En el contexto de la UE, la subsidiariedad significa que la Unión solo adopta legislación si no es posible actuar con mayor eficacia a nivel nacional o local.

8. La participación de miembros de los parlamentos nacionales también es cuestionable. Los eurodiputados se están centrando en la política interna de sus Estados: influir directamente en cuestiones domésticas, su reelección y la correspondiente captación de votos. En consecuencia, el “atractivo” de su participación en los asuntos europeos es cuestionable. Además, la capacidad de un miembro de un parlamento nacional para influir en las políticas europeas es muy limitada.
9. Con respecto al control de la subsidiariedad en una etapa posterior, una vez que la propuesta entra en el mecanismo de toma de decisiones entre el Parlamento y el Consejo, existen algunas ambigüedades con relación con las enmiendas de la propia Comisión. Como respuesta parcial se otorga el derecho a someter la legislación de la UE al Tribunal de Justicia para su revisión, con el fin de controlar la subsidiariedad (art. 8 del Protocolo No. 2). Sin embargo, la intervención del Tribunal de Justicia puede dar lugar a retrasos en la adopción de un acto jurídico, una mayor politización del proceso o incluso el establecimiento de una definición de trabajo de subsidiariedad por parte del Tribunal, como ha sucedido en otros casos.¹⁹
10. Aún no se ha aclarado el papel de los parlamentos regionales con poderes legislativos en el mecanismo de evaluación de la subsidiariedad. Hay varios parlamentos regionales dentro de los Estados miembros, cuyas opiniones deben ser tenidas en cuenta y aceptadas por los parlamentos nacionales antes de que se adopte una decisión. Esto se aplica, por ejemplo, a Bélgica, Alemania, Austria, Italia y España. Dentro del periodo de ocho semanas, los parlamentos nacionales deben coordinar sus posiciones con las legislaturas regionales, para poder evaluar adecuadamente el impacto de la propuesta de la Comisión en las regiones. Además, el Tratado de Lisboa no distingue entre las cámaras parlamentarias de los Estados miembros individuales –en sistemas bicamerales– y las trata por igual, independientemente de sus funciones y poderes: *“Cada parlamento nacional dispondrá de dos votos [...] En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto”* (art. 7 apartado 1, Protocolo No. 2). En muchos sistemas bicamerales, la segunda cámara a menudo tiene funciones limitadas y específicas, pero el Tratado de Lisboa no tiene esto en cuenta y, por lo tanto, en algunos casos les otorga poderes que exceden los concedidos por sus constituciones nacionales.

¹⁹ BRHLÍKOVÁ, Radoslava, *Políticas de la Unión Europea después de Lisboa*, pp. 32-35.

11. El Tratado hace una clara distinción en cuanto a la competencia individual y colectiva de cada una de las cámaras de los parlamentos nacionales. Los poderes individuales incluyen:
- a. el derecho a recibir por la institución proponente –en particular la Comisión Europea– información sobre todos los proyectos de legislación de la UE;
 - b. el derecho a participar y contribuir a cambios futuros en los Tratados, siempre que el cambio se realice mediante un “procedimiento de revisión adecuado”;
 - c. el derecho de veto sobre el intento del Consejo Europeo de utilizar la cláusula transitoria para cambiar el proceso de toma de decisiones en el Consejo de la unanimidad a la votación por mayoría cualificada o sustituyendo el procedimiento legislativo especial por uno regular;
 - d. el derecho a llevar, a través de un gobierno nacional, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, un acto legislativo adoptado en contravención del principio de subsidiariedad, no así una propuesta legislativa.

Los derechos colectivos incluyen:

- a. uso del mecanismo de la tarjeta amarilla. Se requiere un tercio de los votos emitidos por los parlamentos nacionales; una cuarta parte en el espacio de justicia, libertad y seguridad;
- b. utilización del procedimiento de la tarjeta naranja para la emisión de la mitad de los votos por los parlamentos nacionales;
- c. el derecho a organizarse en el marco de la cooperación interparlamentaria.

Para adaptarse a las nuevas competencias conferidas a los parlamentos nacionales por el Tratado de Lisboa fue necesario realizar cambios en dos niveles. A nivel nacional, la redistribución del trabajo en la cámara o cámaras, la posible clarificación de roles entre cámaras en sistemas bicamerales (en Irlanda, por ejemplo, las dos cámaras consideran de conjunto el principio de subsidiariedad) y la participación de las legislaturas regionales en Estados como Bélgica,

por solo citar un ejemplo. A nivel interparlamentario se revisaron los procedimientos de cooperación anteriores, incluido al interior de la COSAC.

Bajo el régimen del Tratado de Lisboa, la Comisión presidida por José Manuel BARROSO –operativa desde 2006– ha comenzado a enviar todas las nuevas propuestas y documentos de consulta –libros blancos y verdes– a los parlamentos nacionales, pidiéndoles que participen directamente en la formulación y mejora de las políticas de la UE. Desde septiembre de 2006, la Comisión ha recibido alrededor de 450 dictámenes de 33 parlamentos nacionales pertenecientes a 24 Estados miembros. La frecuencia de las opiniones y posiciones enviadas aumentó gradualmente de 148 en 2007, a 202 en 2008, y posteriormente a 82 en el periodo de enero a abril de 2009. Los parlamentos nacionales más activos en este periodo fueron el *Folketing* danés, la Asamblea portuguesa, el *Riksdag* y otras cámaras como el *Bundesrat* alemán, la Cámara de los Lores británica y los senados francés y checo. Los dictámenes presentados no solo se referían al respeto al principio de subsidiariedad, sino que a menudo iban más allá, abarcando diversos ámbitos políticos. La Comisión respondió a muchos de estos puntos de vista y opiniones (concretamente en 98 ocasiones). Se desconoce si la Comisión enmendó o modificó alguna de sus opiniones o propuestas a la luz de dichos comentarios, pero ciertamente emitió una explicación y defensa adicional ante los mismos.²⁰ Esto significa que el diálogo directo de BARROSO con los parlamentos nacionales no dio lugar a un cambio significativo en las propias propuestas y resultados de la Comisión durante el periodo.

El mecanismo de alerta temprana, o más bien el procedimiento de la tarjeta amarilla, solo se ha utilizado tres veces desde la adopción del Tratado. El procedimiento de la tarjeta naranja aún no se ha empleado.

La tarjeta amarilla se utilizó por primera vez en mayo de 2012, en relación con el denominado Reglamento Monti II.²¹ Aunque esta fue la primera ocasión en que se alcanzó el umbral de un tercio de todos los votos asignados a los parlamentos nacionales, la Comisión no encontró una violación del principio de subsidiariedad en su seguimiento, pero reconsideró su propuesta. Sin embargo, después de pasar al siguiente proceso de toma de decisiones, optó por retirar su decisión porque los debates en el triángulo institucional (Consejo,

²⁰ PIEDRAFITA, Jans T., "The Role of National Parliaments...", *cit.*

²¹ Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a emprender acciones colectivas en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (COM (2012) 0130).

Parlamento y Comisión), unido a las opiniones de los legisladores individuales de la UE, indicaron que era poco probable que la propuesta obtuviera el apoyo político necesario para su adopción.

En su segunda utilización, el procedimiento de la tarjeta amarilla se refería a una propuesta de reglamento por el que se creaba una Fiscalía Europea.²² Tras un examen exhaustivo de los dictámenes motivados, la Comisión concluyó que la propuesta cumplía el principio de subsidiariedad y decidió mantenerla. La Comisión motivó su decisión en la Comunicación COM (2013) 851,²³ indicando que los parlamentos nacionales no habían alcanzado el umbral previsto en el art. 7, apartado 3, del Protocolo No. 1 sobre esta cuestión. Adicionalmente, cuatro parlamentos nacionales (Senado de Rumania, *Bundesrat* alemán, Senado de Polonia y *Assembleia da República* portuguesa) afirmaron que, en su opinión, la propuesta no infringía el principio de subsidiariedad consagrado en el art. 5, apartado 3, del TUE y que no era por tanto necesario retirar ni modificar la propuesta. La última vez que se puso en marcha el mecanismo de la tarjeta amarilla fue en mayo de 2016, después de que 14 cámaras parlamentarias de 11 Estados miembros de la UE se pronunciaran en contra de los cambios propuestos a la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores.²⁴ También en este caso, la Comisión concluyó que su propuesta no infringía el principio de subsidiariedad y decidió continuar el proceso legislativo con la propuesta sin cambios, como se justifica en la Comunicación COM (2016) 505.²⁵ En este caso, catorce cámaras de once Estados miembros se opusieron, los que representan 22 votos: la Cámara de Diputados y el Senado de Rumania (2), la Cámara de Diputados y el Senado de la República Checa (2), el *Sejmy* el Senado de Polonia

²² Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (COM (2013) 0534).

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales, sobre la revisión de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea en relación con el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo No. 2 (COM (2013) 851), disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/ES/1-2013-851-ES-F1-1.Pdf>

²⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores, efectuado en el marco de una prestación de servicios (COM (2016) 0128).

²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales, relativa a la propuesta de Directiva que modifica la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, en lo concerniente al principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo No. 2, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-505-ES-F1-1.PDF>

(2), el Parlamento de la República de Lituania (2), el Parlamento danés (2), el Parlamento de Croacia (2), el Parlamento de Letonia (2), la Asamblea Nacional de Bulgaria (2), la Asamblea Nacional de Hungría (2), el Parlamento de Estonia (2) y el Consejo Nacional de la República Eslovaca (2). Por el contrario, en el diálogo político, hasta seis parlamentos nacionales²⁶ afirmaron que la propuesta de la Comisión era compatible con el principio de subsidiariedad (COM (2016) 505). Tras examinar las objeciones de los parlamentos nacionales, la Comisión constató que su propuesta respetaba el principio de subsidiariedad.

3. DIÁLOGO DE LA UE CON LOS PARLAMENTOS NACIONALES

Se estima que una cuarta parte de la legislación que se aplica en toda la Unión Europea es resultado de un proceso de toma de decisiones en el que participan únicamente funcionarios y representantes de la Comisión Europea, el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo. Los parlamentos nacionales tienen una influencia mínima en este proceso. De hecho, en el contexto de profundización de la integración, se han convertido en “aprobadores pasivos” de partes de esta legislación o directivas.²⁷ En este ámbito no se producen estadísticas precisas y los Estados miembros proporcionan datos divergentes. Bulgaria afirma que en el primer periodo legislativo 2009/2010, hasta el 29 % de todas las nuevas leyes provinieron de la UE, mientras que en Suecia en 2009 este fue el origen del 23 % de las leyes aprobadas. El *Bundesrat* alemán estima que alrededor del 36 % de todas las leyes aprobadas por Alemania entre 1980 y 2005 se originaron en la UE y el expresidente alemán Roman HERZOG señaló que más del 84 % de la normativa germana proviene actualmente de la UE. Dinamarca informa solo un 10 % de su legislación nacida de la UE en 2007 y la *Assemblée Nationale* francesa reportó el 20 % en el mismo año. Irlanda informó que hasta el 29 % de la legislación provino de la UE entre 1992 y 2009 y los Países Bajos notificaron un 21 % entre 1994 y 2004. El Parlamento italiano afirma que en su caso está por encima del 20 %; en Letonia y Lituania no supera el 20 %. Según cálculos británicos de 1987 a 2009 el 15 % de las leyes provinieron de la UE.²⁸

²⁶ Las Cortes Generales españolas, la *Camera dei Deputati* italiana, la Cámara parlamentaria portuguesa de la *Assembleia da República*, la Cámara Baja del Reino Unido, el Senado francés y el *Senato della Repubblica* italiano.

²⁷ Las directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir; sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos.

²⁸ KACZYNSKI, Piotr Maciej, *Paper tigers or sleeping beauties? National Parliaments in the post-Lisbon European Political System*, CEPS Special Report/February 2011.

El Tratado de Lisboa se presentó como una victoria para muchos, incluidos los parlamentos nacionales, que ya no deberían ser ignorados por los decisores de la UE –especialmente la Comisión–. Sin embargo, algunos legislativos nacionales sienten que en la práctica, la Comisión intenta limitar o ignorar sus resultados. Prueba de ello es que ninguna tarjeta amarilla de los parlamentos nacionales haya prosperado hasta el momento.

Tras la inauguración en noviembre de 2014 de la Comisión presidida por Jean-Claude JUNCKER, las relaciones entre ese organismo y los parlamentos nacionales han mejorado, bajo el influjo del propio presidente, quien se comprometió a trabajar en esa dirección. En este sentido, tomó medidas como el nombramiento de Frans TIMMERMANS como primer vicepresidente de la CE, para potenciar un papel más fuerte de los parlamentos nacionales en el proceso de distribución de la UE. Asimismo, envió Comisarios europeos a los Estados para entablar diálogo con las legislaturas nacionales. Durante su mandato se realizaron un total de 915 visitas de este tipo. En 2017 ascendieron a 215 –entre visitas y reuniones similares–, aproximadamente ocho veces más que los contactos de la Comisión Barroso con los parlamentos nacionales entre enero y octubre de 2014. En 2018 la cifra alcanzó 140 y en el último año (2019) fueron 55.²⁹ JUNCKER llamó a los miembros de los parlamentos nacionales a sumarse al grupo operativo sobre subsidiariedad, proporcionalidad y “hacer menos pero de forma más eficiente”, presidido por TIMMERMANS e integrado por representantes del Comité de las Regiones y miembros de los parlamentos austriaco, búlgaro y estonio.

A pesar de las deficiencias planteadas, los parlamentos nacionales están también activos. Continúan quejándose de que su impacto se limita efectivamente a la fase prelegislativa y de que no tienen posibilidad de revisar los textos definitivos, que a menudo difieren de lo comentado en la fase preparatoria. El Parlamento sueco ha acusado a la Comisión de continuar las negociaciones legislativas interinstitucionales, cuando aún no ha expirado el plazo de ocho semanas para que los parlamentos nacionales emitan comentarios. Otro problema grave es que los parlamentos nacionales solo pueden oponerse a los proyectos de la UE que limitan el impacto del principio de subsidiariedad. No pueden emitir una tarjeta amarilla a la Comisión si creen que su propuesta va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en los Tratados de la UE –principio de proporcionalidad– o si no están de acuerdo con el

²⁹ Informe de la Comisión “Informe Anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales” (COM (2020) 272 final), p. 18.

fondo de la propuesta. Algunos parlamentos abogan por que se les permita presentar a la Comisión nuevas propuestas, modificaciones de actos jurídicos o derogación de normas existentes.

Los Tratados de la UE no otorgan a los parlamentos nacionales iniciativa legislativa, aunque muchos estiman que esto sería posible en la práctica. Por lo tanto, la Cámara de los Lores británica sugirió que si un grupo de parlamentos nacionales adoptaba políticas constructivas y recomendaciones legislativas, la Comisión debería tenerlas en cuenta en su labor legislativa. Esta práctica –comúnmente conocida como tarjeta verde– no es muy popular entre las instituciones de la UE. En tal sentido resulta ilustrativo el intento de la Cámara de los Lores y otros 15 parlamentos nacionales en 2015 de presentar la primera tarjeta verde para reducir el desperdicio de alimentos. Aunque la Comisión incluyó algunas de las recomendaciones de este experimento en su agenda, evitó una referencia directa a la tarjeta verde. Todas las demás iniciativas similares de los parlamentos nacionales entre 2015 y 2018 fueron rechazadas, incluida la tarjeta verde de responsabilidad social corporativa; de lo que podemos concluir que la CE teme perder el monopolio de la iniciativa legislativa.³⁰

Las últimas elecciones al Parlamento Europeo, en mayo de 2019, no arrojaron los resultados temidos en cuanto al control del PE y algunos parlamentos nacionales por parte de las fuerzas euroescépticas y anti-UE. El único miembro del Parlamento Europeo que exigió que los parlamentos nacionales tuvieran derecho a vetar los proyectos de legislación de la UE o derogar los existentes –la llamada tarjeta roja– fue Ján ZAHRADIL, de la República Checa. La esencia de su petición era que la Comisión retirara su propuesta cada vez que un tercio de los parlamentos nacionales se opusieran a la misma dentro de las dieciséis semanas posteriores a su envío a los legislativos nacionales. Igualmente, el mismo número de parlamentos debía poder derogar toda la legislación existente de la UE.

En cuanto a los entonces candidatos a la presidencia de la Comisión Europea, ninguno de ellos –TIMMERMANS o Úrsula VON DER LEYEN– incluyó en su agenda o mencionó durante su campaña el mejoramiento de la posición de los parlamentos nacionales en el proceso de toma de decisiones de la UE. Según GOSTYŃSKA-JAKUBOWSKA, los políticos proeuropeos temen que el fortalecimiento del papel de los parlamentos nacionales pueda ser contraproducente. Ale-

³⁰ GOSTYŃSKA-JAKUBOWSKA, Agata, "Boosting the Role of National Parliaments in EU Democracy", en *Carnegie Europe*, September 24, 2019, disponible en <https://carnegieeurope.eu/2019/09/24/boosting-role-of-national-parliaments-in-eu-democracy-pub-79870>

mania y España, por ejemplo, consideran que la propuesta del primer ministro británico David CAMERON de fortalecer el papel de los parlamentos nacionales, permitiéndoles bloquear en masa las propuestas de la Comisión podría, en el mejor de los casos, ralentizar el proceso de toma de decisiones de la UE. En el peor escenario conduciría al caos y fortalecería a los euroescépticos.³¹

Sin embargo, los temores en relación con los euroescépticos no se cumplieron en las últimas elecciones al Parlamento Europeo, puesto que muchos de los parlamentos nacionales no comparten sus puntos de vista. Igualmente, consideran que el llamado procedimiento de tarjeta roja para bloquear las propuestas de la Comisión es una estrategia contraproducente e ineficaz. En este sentido estiman que tienen más posibilidades de influir o rechazar las propuestas de la Comisión presionando a sus gobiernos, que son entonces directamente responsables de las decisiones tomadas en el Consejo de la UE y el Consejo Europeo, en lugar de apoyarse en un grupo de parlamentos nacionales con tradiciones e intereses políticos diferentes. Esta posición también se evidencia en las estadísticas sobre el uso del mecanismo de alerta temprana y el número de opiniones presentadas por los parlamentos nacionales. De los 569 dictámenes presentados por los parlamentos nacionales en 2018, solo 37 eran motivados, lo que podría llevar a que la Comisión Europea fuera galardonada con una tarjeta amarilla si contaba con el apoyo de un número suficiente de otros parlamentos nacionales.

2019 fue un año de elecciones en el Parlamento Europeo –la del presidente de la Comisión y la aprobación de la nueva Comisión en su conjunto– y también de transición entre sus dos mandatos. Por tanto, en comparación con años anteriores, se han elaborado menos iniciativas y propuestas legislativas, lo que ha provocado una disminución de la interacción con los parlamentos nacionales en relación con el procedimiento de seguimiento de la subsidiariedad y en el marco del diálogo político. En conjunto, la Comisión envió 28 propuestas legislativas a los colegisladores –Consejo de la UE y Parlamento Europeo– y a los parlamentos nacionales, sujetas a control de subsidiariedad, en comparación con 139 en 2018. Los parlamentos nacionales aprobaron 39 dictámenes sobre estas 28 propuestas. En relación con años anteriores, se aprecia una disminución en la proporción de dictámenes motivados con respecto al número total de dictámenes (10,5 % en 2016; 9 % en 2017; 6,5 % en 2018; cero en 2019), así

³¹ *Ibidem.*

como en relación con el número de dictámenes sobre propuestas de la Comisión sujetas al procedimiento de control de subsidiariedad (17,6 % en 2016; 16 % en 2017; 10,5 % en 2018; cero en 2019).³² La Comisión presenta esta tendencia como un signo del éxito de su programa para la mejora de la legislación, incorporando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en todas las fases de la formulación de políticas, así como el compromiso de emprender acciones a nivel europeo, solo si es claro que aportan valor añadido. Sin embargo, la Cámara de Diputados del Parlamento checo no comparte esta visión optimista y considera –en su dictamen de febrero de 2020– que la reducción del número y el porcentaje de dictámenes motivados es, por el contrario, una señal alarmante de que los parlamentos nacionales ya no tienen la motivación de participar activamente en el proceso legislativo de la UE.³³

La Comisión recibió un total de 159 dictámenes, de los cuales el 75 % (120) se referían a iniciativas no legislativas de la Comisión y de los parlamentos nacionales y ninguno entraba en la categoría de dictámenes motivados sobre la activación del mecanismo de la tarjeta amarilla.

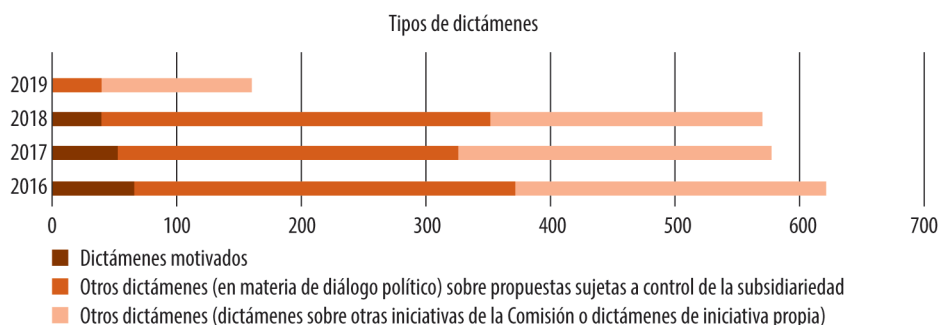


Gráfico 1: Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales.³⁴

Esta cifra es mucho menor que en años anteriores –576 en 2017 y 569 en 2018–. Es incluso mucho menor que en el año anterior, año de transición, 2015 (350). Se trata, de hecho, de la cifra más baja desde el inicio del diálogo político en 2007.

³² COM (2020), *cit.*, p. 11.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Idem.*

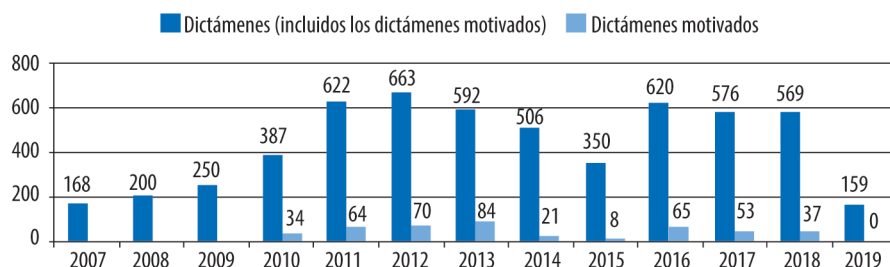


Gráfico 2: Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales.³⁵

Un total de 116 opiniones, que representan el 73 % de los dictámenes, fueron enviadas a la Comisión por las diez cámaras más activas. Esta proporción es inferior a la de 2018 (83 %), pero similar a años anteriores (74 % en 2017; 73 % en 2016 y 72 % en 2015). No emitieron dictámenes 17 cámaras,³⁶ en relación con 10 en 2018,³⁷ tendencia que puede apreciarse en el gráfico 3.

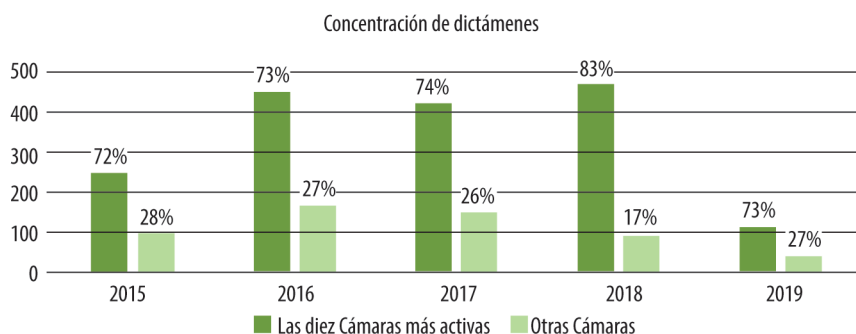


Gráfico 3: Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales.³⁸

³⁵ *Idem.*

³⁶ El *Bundesrat* y el *Nationalrat* austriacos, la *Chambre des représentants/Kamer van volksvertegenwoordigers* belga, el *Narodno Sabranie* búlgaro, el *Hrvatski Sabor* croata, el *Vouli ton Antiprosopon* chipriota, el *Folketing* danés, el *Riigikogu* estonio, el *Eduskunta* finlandés, el *Vouli ton Ellinon* griego, las Cámaras del *Oireachtas (Dáil y Seanad Éireann)* irlandesas, el *Saeima* letón, la *Chambre des Députés* luxemburguesa, el *Državni svet* y el *Državni zbor* eslovenos, la Cámara de los Comunes del Reino Unido.

³⁷ COM (2020), *cit.*, p. 12.

³⁸ *Ibidem.*

El mayor número de opiniones y dictámenes fue presentado por el Senado checo (21), seguido por la *Camera Deputaților* de Rumanía (15), la *Assembleia da República* de Portugal (14), la Cámara de Diputados de la República Checa (13), el *Sénat* de Francia (12), el *Bundesrat* de Alemania (11), las Cortes Generales de España (8), la House of Lords del Reino Unido (8), el *Senato della Repubblica* de Italia (7), el Senado de Rumania (7) y el *Riksdag* de Suecia (7). Estas cámaras también fueron las más activas en 2018 –aunque en un orden diferente–. Dos cámaras presentaron más opiniones en 2019 que en 2018, a saber, la *Országgyűlés* de Hungría (5 en 2019 y 3 en 2018) y la *Eerste Kamer* de los Países Bajos (6 en 2019 y 2 en 2018).³⁹ El Anexo 1 recoge el número de opiniones enviadas por cada cámara.

Anexo 1: Número de dictámenes recibidos por la Comisión en 2019 por Cámara/Parlamento nacional (diálogo político y mecanismo de control de la subsidiariedad)

Estado miembro	Cámara	Número total de dictámenes ⁴⁰	Número de dictámenes motivados (Protocolo No. 2)
Chequia	<i>Senát</i>	21	0
Rumanía	<i>Camera Deputaților</i>	15	0
Portugal	<i>Assembleia da República</i>	14	0
Chequia	<i>Poslanecká sněmovna</i>	13	0
Francia	<i>Sénat</i>	12	0
Alemania	<i>Bundesrat</i>	11	0
España	<i>Cortes Generales: Senado de España y Congreso de los Diputados</i>	8 ⁴¹	0
Reino Unido	Cámara de los Lores	8 ⁴²	0
Italia	<i>Senato della Repubblica</i>	7	0
Rumanía	<i>Senatul</i>	7	0
Suecia	<i>Riksdag</i>	7	0

³⁹ *Idem*, p. 13.

⁴⁰ Incluye tanto los dictámenes en el marco del “diálogo político” como los dictámenes motivados recibidos de los parlamentos nacionales.

⁴¹ Los ocho fueron dictámenes conjuntos de las dos cámaras.

⁴² Para estos dictámenes no se espera respuesta de la Comisión.

Estado miembro	Cámara	Número total de dictámenes ⁴⁰	Número de dictámenes motivados (Protocolo No. 2)
Francia	<i>Assemblée Nationale</i>	6	0
Países Bajos	<i>Eerste Kamer</i>	6	0
Hungría	<i>Országgyűlés</i>	5	0
Italia	<i>Camera dei Deputati</i>	4	0
Lituania	<i>Seimas</i>	3	0
Eslovaquia	<i>Národná rada</i>	3	0
Malta	<i>Kamra tad-Deputati</i>	2	0
Países Bajos	<i>Tweede Kamer</i>	2	0
Polonia	<i>Sejm Rzeczypospolitej Polskiej</i>	2	0
Polonia	<i>Senat Rzeczypospolitej Polskiej</i>	2	0
Bélgica	<i>Sénat de Belgique / Belgische Senaat</i>	1	0
Bélgica	<i>Chambre des Représentants de Belgique / Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers</i>	0	0
Bulgaria	<i>Narodno Sabranie</i>	0	0
Dinamarca	<i>Folketing</i>	0	0
Alemania	<i>Bundestag</i>	0	0
Estonia	<i>Riigikogu</i>	0	0
Irlanda	<i>Cámaras del Oireachtas: Dáil y Seanad Éireann</i>	0	0
Grecia	<i>Vouli ton Ellinon</i>	0	0
Croacia	<i>Hrvatski Sabor</i>	0	0
Chipre	<i>Vouli ton Antiprosopon</i>	0	0
Letonia	<i>Saeima</i>	0	0
Luxemburgo	<i>Chambre des Députés</i>	0	0
Austria	<i>Bundesrat</i>	0	0
Austria	<i>Nationalrat</i>	0	0
Eslovenia	<i>Državni svet</i>	0	0
Eslovenia	<i>Državni zbor</i>	0	0
Finlandia	<i>Eduskunta</i>	0	0
Reino Unido	<i>Cámara de los Comunes</i>	0	0
TOTAL		159	0

Anexos del informe de la comisión, informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales.⁴³

En lo que a temáticas se refiere, cinco documentos de la Comisión han atraído la mayor atención de los parlamentos nacionales (Anexo 2). Entre cinco y nueve opiniones fueron remitidas individualmente sobre:

1. Ampliación de la votación por mayoría cualificada (9);
2. Subsidiariedad y mejor regulación (8);
3. Fortalecimiento del Estado de Derecho (6);
4. Hacia una Europa sostenible (5);
5. Lucha contra la desinformación en Internet (5). (COM (2020) 272 final, p. 13).

Anexo 2: Documentos de la Comisión que generaron el mayor número de dictámenes⁴⁴ recibidos por la misma en 2019 (diálogo político y mecanismo de control de la subsidiariedad)

Documento de la Comisión	Título	Número total de dictámenes	Número de dictámenes motivados (Protocolo No. 2)
1 COM (2018) 703	Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE"	6	0
2 COM (2019) 22	Documento de reflexión "Hacia una Europa sostenible en 2030"	5	0

⁴³ COM (2020), *cit.*, Anexos pp. 1-2.

⁴⁴ El cuadro recoge todos los documentos de la Comisión para los que se han recibido, como mínimo, cuatro dictámenes. En algunos casos, el dictamen también se refería a otros documentos de la Comisión. Cabe señalar que ninguna propuesta legislativa alcanzó este umbral de cuatro dictámenes en 2019.

Documento de la Comisión	Título	Número total de dictámenes	Número de dictámenes motivados (Protocolo No. 2)
3 COM (2018) 800	Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Programa de trabajo de la Comisión para 2019: Cumplir lo prometido y prepararnos para el futuro"	4	0
4 COM (2019) 8	Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo "Hacia una toma de decisiones más eficiente y democrática en materia de política fiscal de la UE"	4	0
5 COM (2019) 163	Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo "Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión: Situación y posibles próximas etapas"	4	0

Anexos del informe de la comisión, informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales.⁴⁵

Por iniciativa propia, las seis cámaras de los parlamentos nacionales de los países del Grupo de Visegrado (V4)⁴⁶ presentaron dos dictámenes conjuntos a la Comisión. En el primero expresaron su apoyo a la ampliación de la UE para incluir a los países de los Balcanes occidentales, mientras que el segundo recogía la posición común sobre el marco financiero en el que solicitaron se asignara la misma cantidad de fondos a la política agrícola común y la política de cohesión, en relación con el marco financiero anterior.⁴⁷

Además de los parlamentos nacionales, los parlamentos regionales, aunque no se mencionan explícitamente en el Tratado, también establecen contactos directos con la Comisión. Algunos, en particular los de Alemania, presentan

⁴⁵ COM (2020), *cit.*, Anexos p. 3.

⁴⁶ Cámara de Diputados y Senado de la República Checa, *Országgyűlés* de Hungría, *Sejm* y Senado de Polonia y Consejo Nacional de Eslovaquia.

⁴⁷ COM (2020), *cit.*, p. 18.

resoluciones directamente a la Comisión. En 2019, el *Landtag* de Baviera comentó sobre la subsidiariedad, el *Landtag* de Baden-Württemberg comentó sobre el futuro de Europa, el Parlamento Regional Flamenco envió un dictamen sobre la estrategia de la UE para el Brexit, a través del Parlamento Federal de Bélgica, y otros abordaron los aspectos políticos de varias propuestas de la Comisión. La “Greater Region” formuló recomendaciones sobre la política de cohesión, la vía fluvial del Mosela, el empleo transfronterizo, la economía circular, el transporte ferroviario, la promoción del multilingüismo y el tribunal civil digital.⁴⁸ La Comisión respondió en principio a todas estas resoluciones.

Estos ejemplos evidencian que los parlamentos nacionales están tratando de involucrarse en el proceso de integración, lo que puede propiciar una percepción positiva de la integración europea y la UE. Para que esta tendencia continúe y no muera en sus inicios, es necesario que la Comisión y el Parlamento Europeos aprendan a involucrar y tomar en cuenta esta voz en las negociaciones sobre política europea. Si se tiene en cuenta que, en última instancia, son los Estados miembros los que implementan dicha política; resulta evidente la importancia de que los parlamentos nacionales perciban que sus esfuerzos no son en vano. Los legislativos nacionales deben apreciar que el tiempo y la energía que dedican a apoyar la política europea y participar en los debates continentales, son respaldados y respondidos por las instituciones de la Unión. Sus recomendaciones deben ser evaluadas cuidadosamente y tener un valor añadido para la UE. Que el Tratado no conceda a los parlamentos nacionales la iniciativa legislativa, no impide que la Comisión Europea tenga en cuenta sus opiniones. Sin embargo, esto no significa que las instituciones de la UE deban asumir automáticamente todas las objeciones colectivas de los parlamentos nacionales. En tal sentido debe evitarse que algunos Estados miembros se sientan tentados a perseguir sus intereses particulares, usando para ello sus mayorías parlamentarias.

En igual medida, resulta fundamental la retroalimentación. La Comisión debe mantener informados a los parlamentos nacionales sobre la evolución del proceso legislativo, incluso después de la fecha límite para los controles de subsidiariedad. Los miembros del Parlamento Europeo podrían participar en este mecanismo y entablar un diálogo proactivo con los parlamentos nacionales durante todo el proceso. Los que se oponen a este diálogo, reforzado tras las negociaciones interinstitucionales entre la Comisión, el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo, argumentan que esto podría llevar a una toma

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

de decisiones interminable, demasiado lenta y agotadora. Sin embargo, la adopción de las normas de la UE toma como promedio diecisiete meses en primera lectura y treinta y nueve meses en segunda, por lo que unas pocas semanas de consultas con los parlamentos nacionales apenas ralentizarían un proceso ya de por sí dilatado.

4. CONCLUSIÓN

En la teoría de la ciencia política la democracia representativa está conectada con el público –los ciudadanos y los cuerpos políticos–. En un Estado ideal, los primeros tienen derecho a reemplazar a miembros inaceptables de la élite por el método de la libre elección. La participación constituye su única y principal actividad política. Una alta participación electoral no es indispensable para lograr decisiones de buena calidad, por lo que las elecciones se consideran herramientas para asignar poder y legitimar la autoridad y el orden. Los votantes son los únicos que tienen la oportunidad de cambiar la distribución del poder a través de elecciones y dar lugar al surgimiento de nuevas políticas y leyes. Corresponde a ellos la última palabra en la aprobación de las normas jurídicas. Asimismo, tienen derecho a prescindir de un gobierno o una norma impopular.

¿Podemos afirmar que las instituciones de la UE se crean de esta manera? ¿Son expresión de la voluntad ciudadana? Probablemente la respuesta sería negativa. En muchas áreas de competencia de la Unión, los votantes no tienen la oportunidad de modificar la legislación, las reglas o demover a funcionarios incompetentes.

Muchas normas han sido “exportadas” por la UE a los países miembros. ¿Qué poder de decisión y control tienen y tendrán, en este sistema, los parlamentos nacionales, que se encargan únicamente de velar por el “cumplimiento del principio de subsidiariedad” y contribuir “al buen funcionamiento de la Unión” (arts. 5 y 12), a pesar de que emergen de procesos electorales democráticos, a diferencia de muchas instituciones y decisiones de la UE? ¿En qué medida tienen la oportunidad de influir en la política europea, creada por un aparato burocrático en Bruselas fuera del control cívico, si se les excluye de las cuestiones de competencia exclusiva de las instituciones de la UE? Recordemos que la UE adquiere 105 nuevas competencias con el Tratado de Lisboa. ¿Pueden los parlamentos nacionales trabajar juntos con la suficiente eficacia como para ser un actor digno y relevante en el proceso de toma de decisiones de la maquinaria burocrática de la UE? El expresidente alemán Roman HERZOG señaló que

más del 84 % de la legislación alemana proviene actualmente de la UE, lo que le condujo a preguntar si Alemania todavía puede considerarse una democracia parlamentaria. Parafraseando a HERZOG, podríamos cuestionarnos si nuestros parlamentos son aún órganos legislativos responsables ante sus ciudadanos, o se han convertido en meros entes secundarios del emergente aparato burocrático autoritario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anexos del Informe de la Comisión, "Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales" [online], disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com-2020-272-annex_es.pdf [citado 10. 8. 20].
- BONDE, Jens-Peter, "¿El Tratado de Lisboa es también una Constitución de la UE?", Dinamarca, 2007.
- BRHLÍKOVÁ, Radoslava, "Pluralizmus pojmu právo a reformná zmluva EÚ", in *Čo je právo?: zborník z vedeckej konferencie*, SAP, Bratislava, 2007, s. 271-283. / "Pluralismo del concepto de derecho y del Tratado de Reforma de la UE", en *¿Qué es la ley?: actas de una conferencia científica*, SAP, Bratislava, 2007, pp. 271-283.
- BRHLÍKOVÁ, Radoslava, *Európska únia po Lisabone*, 1. vyd., UKF, Nitra, 2012, 256 s. / *La Unión Europea después de Lisboa*, 1ª ed., UKF, Nitra, 2012, 256 pp.
- BRHLÍKOVÁ, Radoslava, *Politiky Európskej únie po Lisabone*, 1. vyd., UKF, Nitra, 2014, 326 s. / *Políticas de la Unión Europea después de Lisboa*, 1ª ed., UKF, Nitra, 2014, 326 pp.
- COMISIÓN EUROPEA, Bruselas, 30.6.2020, COM (2020) 272 final, Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales [online], disponible en <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com-2020-272-es.pdf> [citado 10. 8. 20].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales, relativa a la propuesta de Directiva que modifica la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, en lo concerniente al principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo No. 2 [online], disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-505-ES-F1-1.PDF> [citado 2. 9. 20].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales sobre la revisión de la propuesta de Reglamento del Consejo, relativa a la creación de la Fiscalía Europea en relación con el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo No. 2 (COM (2013) 851) [online], disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/ES/1-2013-851-ES-F1-1.Pdf> [citado 2. 9. 20].

- ERNE, J., *The legislative procedures in the EU. / Los procedimientos legislativos en la UE* [online], disponible en https://www.tlu.ee/opmat/ri/RIO7008/legislative/g_the_role_of_national_parliaments_in_eu_decisionmaking.html [citado 24. 8. 20].
- GOSTYŇSKA-JAKUBOWSKA, Agata, "Boosting the Role of National Parliaments in EU Democracy", *Carnegie Europe*, September 24, 2019. / "Impulsar el papel de los parlamentos nacionales en la democracia de la UE", *Carnegie Europe*, septiembre 24, 2019 [online], disponible en <https://carnegieeurope.eu/2019/09/24/boosting-role-of-national-parliaments-in-eu-democracy-pub-79870> [citado 24. 8. 20].
- PIEDRAFITA, Jans T., "The Role of National Parliaments in European Decision-Making", *Eupascope*, 2009/1. / "El papel de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones europea", *Eupascope*, 2009/1 [online], disponible en http://aei.pitt.edu/12376/1/20090709111616_Art3_Eipascoop2009_01.pdf [citado 10. 8. 20].
- KACZYŃSKI, Piotr Maciej, *Paper tigers or sleeping beauties? National Parliaments in the post-Lisbon European Political System*, CEPS Special Report/February 2011 [online], available for free downloading from the CEPS website <http://www.ceps.eu> / *¿Tigres de papel o bellezas durmientes? Parlamentos nacionales en el sistema político europeo posterior a Lisboa*, Informe especial de CEPS, febrero de 2011, disponible para descarga gratuita desde el sitio web de CEPS <http://www.ceps.eu> [citado 10. 8. 20].
- Úrad pre vydávanie publikácií Európskej únie, *Konsolidované znenie zmlúv - Charta základných práv*, Luxemburg, 2010. / Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, *Tratados consolidados - Carta de los derechos fundamentales*, Luxemburgo, 2010.
- MORAVCSIK, Andrew, "Preferences and power in the European Community: A liberal intergovernmentalist approach", *Journal of Common Market Studies*, 31 (4): 473-524, doi:10.1111/j.1468-5965.1993.tb00477.x. / "Preferencias y poder en la Comunidad Europea: un enfoque intergubernamentalista liberal", *Revista de estudios de mercado común*, 31 (4): 473-524, doi: 10.1111 / j.1468-5965.1993.tb00477.x.
- PAVY, E., *El Parlamento Europeo: relaciones con los Parlamentos nacionales*, 2020 [online], disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/22/european-parliament-relations-with-the-national-parliaments> [citado 24. 8. 20].

Recibido: 2/1/2021
Aprobado: 11/3/2021

PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO MODERNO. APUNTES SOBRE SU NECESARIA APLICACIÓN EN LA JUSTICIA AGRARIA CUBANA

Principles of modern Agrarian Procedural Law. Notes on its necessary application in Cuba agrarian justice

M.Sc. Mayra Cruz Legón

Profesora Auxiliar de Derecho Agrario

Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-4020-1267>

espjuridico2@oc.minag.gob.cu

Resumen

Los principios procesales informadores del Derecho procesal agrario moderno están concebidos para lograr la concepción de un proceso agrario moderno. El desarrollo de la oralidad, la inmediatez, la concentración, la identidad física del juzgador, la publicidad, el impulso procesal, los amplios poderes del juzgador, la gratuidad, la buena fe y la lealtad procesal son, entre otros principios, el eslabón fundamental para el logro de una pronta y eficiente administración de justicia a través un proceso más humano. El estudio de estos principios es el objetivo fundamental del presente artículo, con el fin de reflexionar sobre la necesidad de revertir los efectos de la no incorporación en la normativa procesal agraria cubana de los principios procesales modernos que enarbola la teoría del proceso agrario y contribuir a diseñar una justicia agraria protectora de los mismos.

Palabras clave: proceso agrario; principios procesales agrarios modernos; solución de conflictos; justicia agraria.

Abstract

The informative procedural principles of modern Agrarian Procedural Law are conceived to achieve the conception of a modern agrarian process. The development of orality, immediacy, concentration, physical identity of the judge, publicity, procedural impulse, broad powers of the judge, gratuity, good faith and procedural loyalty, are, among other principles, the fundamental link for the achievement of a prompt and efficient administration of justice through a more humane process. The study of these principles is the fundamental

objective of this article, in order to reflect on the need to reverse the effects of the non-incorporation in the Cuban agrarian procedural regulations of the modern procedural principles that the theory of the agrarian process raises and contribute to design an agrarian justice that protects them.

Keywords: agrarian process; modern agrarian procedural principles; conflict resolution; agrarian justice.

Sumario

1. Introducción. 2. Principios del Derecho procesal agrario moderno. 3. La modernización de la justicia agraria cubana. 4. Consideraciones ad finem. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho agrario es un Derecho multifacético, con una construcción teórica propia y actualmente el desarrollo y la madurez que ha alcanzado es notable. No obstante, es un Derecho necesitado aún de perfeccionamiento, sobre todo en cuanto a su aspecto procesal, debido a la carencia de un proceso agrario autónomo en distintos ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, siendo cada vez más apremiante la modernización de todo el sistema procesal agrario, dado el fin social y humanitario que marca a dicha materia jurídica.¹

El Derecho procesal agrario está constituido por el conjunto de principios y normas que regulan los mecanismos de solución de los conflictos de carácter agrario. Comprende el estudio de los sistemas de órganos jurisdiccionales agrarios, las normas generales sobre la composición y funcionamiento de dichos órganos, su competencia en esta materia, las facultades, derechos y deberes de los jueces y las demás personas que intervienen en los procesos, así como el orden, los requisitos y los efectos de los actos integrantes de los procesos agrarios.²

¹ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "Derecho agrario contemporáneo y Derecho agrario AAA (Agricultura, Ambiente y Alimentación)", presentado en el X Congreso de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), celebrado en Rosario, Argentina, del 4 al 7 de noviembre de 2008, revista *Estudios Agrarios*, vol. 15, No. 40, enero-abril 2009, México, pp. 10-14.

² FIX ZAMUDIO, Héctor, "Estructuración del proceso agrario", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, 1961, p. 177.

Justamente, la teoría general del proceso agrario³ establece principios y características propias, de acuerdo con las necesidades de la actividad agraria, destacándose los principios de oralidad, inmediatez, concentración, el obligado acercamiento entre lo agrario y lo ambiental, concederle necesariamente amplios poderes al juzgador, garantizar la defensa técnica gratuita, la introducción de soluciones alternativas siempre que sea posible, entre otros; principios que marcan el desarrollo de los mecanismos autónomos para la solución de las reclamaciones y los conflictos agrarios.

En relación con estos modelos de solución de conflictos, en los distintos ordenamientos jurídicos podemos apreciar una concepción heterogénea de estos. La tendencia actual apunta a la institucionalización de tribunales especializados en la materia, órganos con una competencia amplia que comprendan las cuestiones agrarias y la protección de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible y lograr la modernización de los procesos y procedimientos.⁴

En el escenario patrio, con la promulgación del Decreto-Ley 125/1991⁵ quedaron frustradas las concepciones de la teoría del proceso agrario, la competencia para la solución de los conflictos agrarios recayó exclusivamente en el Ministerio de la Agricultura, y se institucionalizó el modelo administrativo, que resulta ambiguo e ineficaz, dado los intereses preservados por la materia agraria. El estudio y perfeccionamiento teórico, doctrinal y práctico de nuestro sistema procesal agrario, es necesario en aras de lograr la mayor eficacia en la tramitación de las reclamaciones de carácter rural, ya que el retraso y las equivocaciones en la solución de tales litigios, en la mayoría de los casos, conducen a improductividad o a un defectuoso aprovechamiento de la tierra, lo cual acarrea grandes afectaciones a los campesinos y a la economía del país.

Con la promulgación de la Constitución de la República de Cuba⁶ se abre un nuevo escenario para las reclamaciones agrarias, en aras de ofrecer a los

³ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "Derecho y proceso agrario", en *Teoría General e institutos del Derecho Agrario*, pp. 381-382.

⁴ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, p. 128.

⁵ Decreto-Ley No. 125 de 30 de enero de 1991, "Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios", en Maritza McCormack Bequer y Miguel Antonio Balber Pérez, *Selección legislativa de Derecho Agrario Cubano*.

⁶ Art. 94 de la Constitución de la República de Cuba, publicado en *Gaceta Oficial del República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

ciudadanos un proceso y procedimiento administrativo más garantista. Se materializa la posibilidad tan anhelada por agraristas y campesinos de acceder a la vía judicial para la solución de conflictos originados en sede administrativa agraria, mediante la interposición de procesos administrativos en sede judicial contra lo resuelto por la administración en materia agraria, de acuerdo con la Instrucción 245 de 2019, del Tribunal Supremo Popular.⁷

La experiencia acumulada en la tramitación de los procedimientos administrativos agrarios a cargo del Ministerio de la Agricultura, incluso después de haberse introducido algunos cambios en las normas procesales orientados a la actualización, simplificación y unificación de dicho procedimiento,⁸ demuestra que todavía existen deficiencias en su regulación y tramitación. De igual manera, en el ámbito procesal aún hay carencia de normas a las cuales recurrir para la solución de algunas controversias de carácter agrario, así como, en el orden sustantivo, una multiplicidad de disposiciones administrativas que producen confusión y dan por resultado insatisfacción y falta de credibilidad.

Las regulaciones de la Carta Magna en relación con la propiedad estatal y privada sobre la tierra, el debido proceso y procedimiento en sede administrativa y el reconocimiento del derecho a una alimentación sana y adecuada, así como la correspondiente incorporación de la Ley de Tierras en el Cronograma Legislativo aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular,⁹ demuestran la voluntad política de reformar la legislación agraria. Para ello es imprescindible sistematizar los presupuestos fundamentales del Derecho procesal agrario moderno, y garantizar el conocimiento y la aplicación de la teoría del proceso agrario, en función de concebir un debido proceso y procedimiento administrativo agrario, para enfrentar la problemática que se deriva del tratamiento de los conflictos relacionados con la posesión y el uso de la tierra.

El marco normativo nacional desconoce toda noción de la modernización procesal en materia agraria, incluidos los principios procesales agrarios, por lo que es de vital importancia que estos se contemplen en nuestra futura Ley de Tierras y en la jurisdicción agraria. El camino hacia el crecimiento económico

⁷ Instrucción 245 de 2019 del Tribunal Supremo Popular, publicada en *Gaceta Oficial del República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 9, de 21 de junio de 2019.

⁸ Resolución No. 170 de 2017 del Ministro de la Agricultura, "Reglamento de los Procedimientos Administrativos Agrarios", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 20, de 28 de julio de 2017.

⁹ Acuerdo IX-49 de 2019 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 2, de 13 de enero de 2020.

y el bienestar social de nuestro país tiene estrecha relación con el nivel de ordenamiento y efectividad que se logre en la agricultura, a partir de un mecanismo moderno y ágil de solución de conflictos que actúe como instrumento para la tutela efectiva del Derecho agrario.

Estos apuntes son solo para reflexionar sobre la necesidad de revertir los efectos de la no incorporación en la normativa procesal agraria cubana de los principios procesales modernos que enarbola la teoría del proceso agrario, con el fin de diseñar una justicia agraria protectora de los mismos, y superar las omisiones, ambigüedades e inexplicables restricciones del mecanismo administrativo de solución de conflictos agrarios en Cuba.

El mandato de elaboración de una Ley de Tierras que contemple en sus regulaciones la jurisdicción agraria muestra la voluntad política existente en superar las deficiencias de los procedimientos administrativos agrarios y revela la actualidad del tema, ya que la inoperancia del mecanismo administrativo de solución de conflictos agrarios está estrechamente vinculada a la ausencia en su regulación de los principios procesales modernos que esgrime la teoría del proceso agrario.

2. PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO MODERNO

Los principios del Derecho procesal agrario le dan el acabado perfecto a la teoría de este proceso. Estos difieren sustancialmente de aquellos que caracterizan otros procesos,¹⁰ por cuanto deben informar un conjunto de relaciones jurídicas y sociales muy diferentes a los de aquellos. El proceso agrario comulga con el movimiento de la oralidad y sus principios consustanciales de inmediatez y concentración, permitiendo la simplicidad y racionalidad de las formas; por otra parte, dada la naturaleza de las relaciones jurídicas agrarias, ha adoptado el principio inquisitivo como modo de concederle al juez el impulso

¹⁰ Le resulta completamente inadecuado el principio dispositivo, imperante en otras sedes procesales (civil, contenciosa administrativa, e incluso laboral), donde el impulso se encuentra reservado exclusivamente a las partes. No es conveniente en el proceso agrario que el juez actúe como espectador, con poderes limitados por el libre albedrío, indicando simplemente cuando exista alguna trasgresión, para restituir la igualdad en que deben estar las partes, y luego dictar sentencia dentro de los límites marcados por estas y con las pruebas indicadas por ellas. Por la naturaleza del contenido del Derecho agrario resulta inadecuado concebir a las partes como contendientes iguales sin tomar en cuenta sus diferencias económicas, culturales y sociales; se requiere, contrariamente, un proceso que logre reivindicar a la parte débil, como modo de satisfacer los intereses públicos y colectivos inherentes al Derecho agrario.

del proceso para la obtención de la verdad, resultando complemento esencial el principio de la justicia y asistencia jurídica gratuita al campesino, como forma de darle contenido real a la igualdad de las partes en el proceso.¹¹

Los principios procesales agrarios tienen como finalidad orientar la interpretación y aplicación de la normativa procesal agraria para suplir deficiencias normativas con el objetivo de evitar la influencia de los principios de otras ramas procesales. Es posible distinguir principios generales del Derecho aplicables al proceso agrario, principios comunes a todos los procesos, y también principios propios que caracterizan al Derecho procesal agrario como una especialidad autónoma frente a otras disciplinas del ordenamiento jurídico.¹²

Los principios generales del Derecho procesal que rigen en materia agraria son: la legalidad, que domina el enjuiciamiento moderno y significa que el proceso y los restantes datos del régimen procesal se hallan gobernados por la ley, no por la voluntad del juzgador o de las partes, salvo que la ley misma autorice la función integradora de los órganos jurisdiccionales; la igualdad de partes, referida a la igualdad de los hombres ante la ley, igualdad formal, para la que no viene al caso las características de cada sujeto (sexo, color, creencia, fortuna, trabajo, circunstancia, etc.); también la defensa material, la verdad material, economía procesal, entre otros que se aplican en el Derecho procesal agrario.

Entre los principios comunes se encuentran: la atenuación del principio dispositivo y el impulso procesal de oficio; la oralidad y la publicidad, con sus consecuencias de inmediatez, concentración, celeridad, identidad física del juzgador; los amplios poderes del juez; el principio de buena fe y lealtad procesal. Es interesante profundizar en su materialización en el proceso agrario.

En el caso del principio dispositivo y el impulso procesal de oficio, para el proceso agrario debe regir el impulso procesal de oficio. El principio dispositivo es propio del Derecho civil tradicional, donde son las partes quienes en realidad disponen del proceso, a través de sus distintas gestiones: demanda, contestación, excepciones, incidentes, recursos, etcétera. La atenuación necesaria del principio dispositivo en el proceso agrario está marcada por la necesidad del impulso procesal de oficio, que significa que el juez agrario asuma un rol más activo dentro del proceso, siendo una facultad y un deber del juez ordenar la tramitación del proceso, lo que también implica mayor responsabilidad para el

¹¹ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "Derecho y proceso agrario", *cit.*, p. 397.

¹² ULATE CHACÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal*, t. I, p. 308.

mismo, donde un punto de análisis, incluso por las Naciones Unidas, es la necesidad de controlar y adoptar medidas en los Estados para evitar la corruptela de los jueces en la impartición de la justicia agraria.¹³

En el proceso agrario, como en otros procesos, el principio de la oralidad y el principio de la escritura deben estar presentes, en perfecta armonía, solo que la modernización procesal apunta a lograr un proceso agrario donde predomine la oralidad pura, ya que esta es el mejor instrumento para facilitar la publicidad, la inmediatez y otros principios colaterales. La oralidad permite la relación inmediata entre las partes intervinientes en la litis, convirtiéndose en una garantía del cumplimiento de la legalidad en el proceso; además permite el contacto directo con las partes y la prueba, y le facilita al juez intentar formas de conciliación para encontrar una adecuada, justa y concertada solución al suscitado conflicto. En síntesis, le da al juez mayores posibilidades de acercarse a la vida real y de dictar sentencias en forma más ajustada a la equidad y al Derecho.

En el Derecho comparado, La Ley Agraria de México¹⁴ declara la ascendencia de la oralidad sobre la escritura en el proceso. El proceso agrario mexicano se desarrolla por audiencias en las que las partes pueden hacer valer sus pretensiones, y de igual forma se busca la inmediatez de la prueba para que el juez agrario tenga contacto directo con las partes y el resto de los intervinientes en el proceso.

¹³ Las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional abordan estas cuestiones esenciales, instando a los Estados a proporcionar a todos, mediante el recurso a las autoridades judiciales o a otros instrumentos, una vía eficaz y accesible para la resolución de los conflictos sobre los derechos de tenencia y a poner en ejecución las resoluciones en plazos breves y a costos asequibles. También instan a los órganos judiciales a ser imparciales y competentes y recomiendan que los recursos procesales sean eficaces y se apliquen con prontitud. Con el objetivo de garantizar la imparcialidad e independencia del sistema judicial, este debe contar con mecanismos adecuados de contratación de jueces, de determinación de ascensos y salarios, y de permanencia en el cargo, así como medidas anticorrupción. Vid. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, pp. V, 14.

¹⁴ Cfr. art. 178 de la Ley Agraria de México, que señala que en la tramitación del juicio agrario los tribunales se ajustarán al principio de oralidad, salvo cuando se requiera de constancia escrita o mayor formalidad o así lo disponga la ley. Vid. Ley Agraria de México, en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de febrero de 1992. Última reforma publicada en el DOF del 17-04-2008.

En el caso de Costa Rica, el Código procesal agrario representa la ley procesal más moderna, tanto a nivel latinoamericano como europeo. En cuanto al tema de la oralidad prevé las audiencias orales mediante un sistema bifásico en el proceso ordinario agrario, a través de una audiencia preparatoria regida por la concentración, en la cual la fase de réplica, excepciones procesales, saneamiento, conciliación y admisión de pruebas se resuelven en un solo acto.¹⁵

El Fuero Privativo Agrario del Perú¹⁶ instauró notables cambios en materia de adopción de los principios de la teoría del proceso agrario, principalmente la oralidad, intermediación, concentración, amplios poderes del juzgador, entre otros. Se materializa la oralidad a través de la audiencia de pruebas, considerada el momento más importante del proceso, máxime cuando la mayor parte de los litigantes son analfabetos.¹⁷ La audiencia de prueba oral permite al juez identificarse más con el problema que las partes presentan, y por tanto ajustarse a la verdad y a la realidad de los hechos, en aras de lograr una sentencia más apegada a la justicia. También se prevé que la audiencia se realice en una diligencia continua, limitando el tiempo para eliminar los procesos interminables controlados por las partes.¹⁸

En Venezuela se ha acogido para la jurisdicción agraria, el sistema del juicio por audiencias con predominio de la oralidad. Se señala en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario los principios característicos del proceso agrario: la oralidad, la informalidad, la brevedad, la gratuidad, la intermediación, la concentración, la publicidad, la conciliación y el carácter social del proceso.¹⁹

El principio de publicidad, muy relacionado con el de la oralidad, significa la incorporación del pueblo en el juzgamiento, como espectador calificado, conservando un testimonio crítico que contribuya a la buena marcha de la justicia. Constituye una garantía para las partes que intervienen en el proceso, pues es

¹⁵ Cfr. arts. 4, y 97 al 112 de la Ley No. 9609 de 27 de septiembre de 2018, expediente legislativo No. 21.746, Código Procesal Agrario (concordado y con índice analítico).

¹⁶ El Fuero Privativo Agrario del Perú, nombre con el que se conoció la jurisdicción especializada agraria, fue creado por la Ley de Reforma Agraria peruana, Decreto-Ley No. 17716 del 24 de junio de 1969.

¹⁷ CASTAÑEDA LA FONTAINE, Carlos, "El Fuero Agrario en el Perú", informe presentado al VIII Congreso de Mexicano de Derecho Procesal, publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1980, p. 410.

¹⁸ Cfr. art. 165 de la Ley de Reforma Agraria peruana.

¹⁹ Cfr. arts. 154, 155 y 186, Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en *Gaceta Ordinaria* No. 37.323, de 13 de noviembre de 2001, reformada en 2005.

una forma de salvaguardar el contradictorio, y por ello cada parte tiene derecho a examinar y hacerse sabedor de lo actuado dentro del proceso. Respecto de terceros, la publicidad se convierte en la mejor garantía de imparcialidad de la administración de justicia, que, en todo caso, es una función pública, por ello en las audiencias pueden participar terceros, salvo en casos muy especiales, por razones de peligro o de seguridad, que debe celebrarse el debate a puerta cerrada.²⁰

El principio de inmediación también está estrechamente ligado con el principio de oralidad. El proceso tiende a un solo fin, que el juzgador resuelva el litigio una vez escuchadas las pretensiones de las partes y valoradas las pruebas conducentes a la indagación de la verdad, que le permitan sostener una posición conforme a Derecho. Esto debe ocurrir en un ambiente de acercamiento directo del juez con las partes y las pruebas, lo que permitirá después una sentencia ajustada a la realidad de los hechos y por tanto a la justicia. Es decir, el juez debe recibir la impresión directa de las partes, de los testigos, del perito y de cualquier otro medio ofrecido en la audiencia, para formar su convencimiento.

En Perú, el impulso oficial es consecuencia de la inmediación, o sea, de la presencia del juez entre las partes, lo cual, unido a la concentración de la prueba, permite al juez tener la efectiva dirección del proceso y está facultado por ley para ordenar pruebas de oficio y rechazar las que considere.²¹ En favor del principio de inmediación, el juez agrario peruano debe realizar audiencia de pruebas, preferiblemente en el predio, para *in situ* formarse convicción del objeto del litigio e interrogar a las partes.²²

La concentración es otro principio inherente al proceso oral; se busca concentrar y recibir la totalidad del elemento probatorio en una sola audiencia y, en casos excepcionales, en pocas audiencias, siempre y cuando no diste entre ellas un tiempo muy prolongado. El fin de la concentración es que los actos procesales más importantes y el resultado probatorio estén lo más cerca posible de la apreciación y decisión del tribunal, para así no poner en manos de la memoria del juez el resultado objetivo de proceso.²³

²⁰ ULATE CHACÓN, Enrique, *Tratado...*, I, *cit.*, p. 331.

²¹ Cfr. art. 153 de la Ley de Reforma Agraria peruana.

²² CASTAÑEDA LA FONTAINE, Carlos, "El Fuero Agrario...", *cit.*, p. 411.

²³ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, ¡Salvemos la Justicia!: Humanización y oralidad para el Siglo XXI, p. 32.

El principio de celeridad se vincula al de concentración, pero no se confunde con este, y colinda con el principio de economía procesal, se refiere a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. También está relacionado con el principio de oralidad, dado que un proceso totalmente escrito, difícilmente se puede honrar a este principio, y la unión de ambos permite hacer efectiva esa aspiración de remediar los conflictos con mayor rapidez.

En cuanto a los principios de celeridad y concentración, se encuentran ampliamente refrendados en la legislación procesal agraria latinoamericana, en algunos casos, como meta para lograr procesos agrarios rápidos y sencillos, y en otros, a través de la concepción de un proceso que tenga solo dos instancias, estructurados a partir del sistema de audiencias, con pocos pasos procesales y en el que los términos sean breves. En este sentido podemos observar en el Código procesal agrario de Costa Rica²⁴ que se establece la importancia de estos principios durante la audiencia de juicio, aspecto en el que también se destaca la Ley Agraria de México.²⁵

En Colombia, los procesos agrarios se desarrollan en una sola audiencia, en la que el demandado puede interponer las excepciones previas y de fondo, y aportar las pruebas que considere, la cuales serán practicadas en este mismo momento; además, las partes ofrecen sus conclusiones y el juez intenta la conciliación del juicio agrario. El juez tiene la posibilidad de dictar su fallo en la misma audiencia, o bien la puede suspender y convocar para reanudarla dentro de los cinco días siguientes, con esto se garantiza la celeridad procesal y el respeto al principio de la identidad física del juzgador.²⁶

En cuanto a la identidad física del juzgador, esta es otro principio importantísimo, consustancial al sistema de la oralidad. El juez o tribunal encargado de dirigir la audiencia donde se ha celebrado el debate, y frente a quien se han evacuado todas las pruebas y se han emitido las conclusiones de las partes, es el único facultado para dictar la sentencia.²⁷

La oralidad implica necesariamente el otorgamiento de mayores facultades al juez agrario; teniendo en cuenta la naturaleza de orden público de las normas

²⁴ Cfr. arts. 4, 97-112.

²⁵ La Ley Agraria de México establece para dictar sentencia un término entre los 5 y los 10 días.

²⁶ Cfr. art. 69 del Estatuto de Jurisdicción Agraria colombiano, aprobado por medio del Decreto No. 2303 del 7 de octubre de 1989.

²⁷ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, ¡Salvemos la Justicia!..., cit., p. 32.

del Derecho agrario, el juez debe asumir un papel más protagónico, y separarse con ello del criterio que rige en el Derecho privado. Pero estos poderes del juez no pueden entenderse como absolutos ni arbitrarios, tienen como límite observar las reglas del ordenamiento jurídico. De tal forma, los poderes del juez agrario deben ser cumplidos con equidad, respeto a las partes intervinientes y, sobre todo, con una gran dosis de humanismo.

En general, el proceso agrario latinoamericano se caracteriza por el impulso procesal de oficio y en consecuencia, por el otorgamiento de amplios poderes al juzgador. Según lo regulado en la Ley Agraria Mexicana de 1992,²⁸ el juez agrario está revestido con amplios poderes para sanear el proceso, administrar la prueba, practicar la conciliación y la mediación, dirigir las audiencias orales y tomar medidas cautelares. En fin, como señala el destacado procesalista agrario ULATE CHACÓN, "[...] el juez debe asumir un rol social, asistencial hacia las partes más débiles en el proceso, para así garantizar un verdadero acceso a la justicia agraria".²⁹

La Ley de Reforma Agraria peruana establece que las normas legales que tutelan los derechos de los campesinos son aplicadas de oficio por los jueces de tierras y el tribunal agrario;³⁰ por lo que se aumentan los poderes del juez en la investigación de la verdad y este se convierte en rector del proceso con facultades para ordenar de oficio pruebas y para rechazar toda coyuntura dilatoria o maliciosa que tienda a alargar el proceso y lo alejen esclarecimiento de la verdad.³¹

En el Código procesal agrario de Costa Rica se aumentan a los juzgadores sus poderes de dirección del proceso, prevención del abuso procesal, manejo de las audiencias orales, respetando el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, en estricto apego al cumplimiento de los principios procesales de inmediación, concentración y celeridad, implementados a través del sistema de oralidad por audiencias, tanto en procesos sumarios como ordinarios y monitorios. También regula las facultades de los jueces agrarios en cuanto a la actividad judicial no contenciosa como

²⁸ Cfr. art. 181, inciso c); 185.4, 185 y 186, párrafo segundo, de la Ley Agraria de México de 1992.

²⁹ ULATE CHACÓN, Enrique, *Tratado...*, I, cit., p. 45.

³⁰ Cfr. art. 154 de la Ley de Reforma Agraria peruana.

³¹ FIGALLO ADRIANZEN, GUILLERMO, "El fuero privativo agrario peruano", en el volumen *Ciclo de Conferencias sobre Derecho Agrario*, p. 51.

no lo ha hecho ningún otro cuerpo procesal de la materia, en un procedimiento menos formal, célere, eficaz y concentrado.

En cuanto a los principios de buena fe y lealtad procesal, en todas las ramas del Derecho, más que principios, este binomio es un estandarte indispensable para garantizar la paz y sobre todo la plena justicia, además de ser principios fundamentales de cualquier sistema procesal moderno. El juez, las partes, sus representantes, y en general todos los llamados al proceso, deben ajustar su conducta a esos principios.

También existen los principios propios y específicos del proceso agrario, que realmente lo distinguen de los demás procesos y le dan vida propia a la disciplina, entre estos encontramos: la itinerancia del juzgador; la defensa técnica gratuita, como garantía de acceso a la justicia; la especialización de todos los jueces; la verbalidad, con sus características propias; el principio de libre valoración probatoria.³²

La itinerancia del juzgador significa que los jueces no pertenezcan solamente a los juzgados, sino que salgan de su sede a administrar la justicia, realizar actuaciones, evacuar pruebas, tener contacto directo con las partes y el lugar en que se desarrolla el conflicto. Este principio es un aspecto muy importante en el logro de la verdad real, pues el desplazamiento del juez al medio en que se desarrolla la controversia permite elevar el principio de inmediatez entre el juez, las partes y las pruebas, teniendo un acercamiento innegable a todos los elementos necesarios para el fallo.

Al decir del importante procesalista agrario ULATE CHACÓN, “[...] el juez agrario no debe ser sedentario como es el juez civil. Se ha dicho que en el proceso agrario no es el campesino el que va en busca de la justicia a la ciudad, sino que la justicia va en búsqueda del campesino. La itinerancia de los jueces agrarios ya es parte de la cultura de la justicia agraria, y es parte de la cultura campesina y también de los abogados que litigan en esta materia. Por ello es un principio que debe necesariamente mantenerse [...]”³³

Al respecto, el Código procesal agrario de Costa Rica³⁴ prevé expresamente el deber de los tribunales agrarios de ejercer su función de forma itinerante, a fin

³² ULATE CHACÓN, Enrique, *Tratado...*, I, *cit.*, p. 372.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. art. 52 del Código procesal agrario de Costa Rica.

de garantizar el acceso a la justicia, la disminución de los costos³⁵ y la búsqueda de la verdad. La itinerancia del Tribunal en Costa Rica se relaciona también con los principios de inmediación y concentración,³⁶ la necesaria práctica de pruebas y audiencia en el lugar de los hechos,³⁷ el deber de respetar el equilibrio procesal en la búsqueda de la verdad³⁸ y la actuación procesal por medios tecnológicos.

La defensa técnica gratuita, garantizada como principio general del Derecho procesal, debe incluir tanto la asistencia para ser demandado como para demandar. Al ser el proceso agrario un proceso social debe garantizarse que los campesinos de insuficientes recursos económicos no vean fracasar sus aspiraciones de justicia en el campo; para ello se orienta el principio de defensa técnica gratuita, con el fin de favorecer al elemento económicamente débil de la relación agraria.³⁹

A esos efectos existe en México la Procuraduría Agraria, encargada de brindar asistencia jurídica a las partes en el proceso, patrocinar gratuitamente a los ejidos o comunidades que lo soliciten y accionar en caso de violación de los derechos previstos en la Ley Agraria. En Venezuela, están las Defensorías Especializadas en Materia Agraria, a los fines de brindar protección a los pequeños y medianos productores, garantizándoles la defensa gratuita a todos los ciudadanos y ciudadanas que se encuentren dentro del territorio venezolano y realicen una actividad agroproductiva.⁴⁰

En Perú, con los mismos objetivos, la Ley de Reforma Agraria⁴¹ consagra el derecho de los campesinos a la asistencia jurídica gratuita, y a esos efectos creó la Oficina de Defensa Gratuita de los campesinos. Tal institución también existe en Costa Rica, con el nombre de Defensa Pública Agraria, desde el año 1984,

³⁵ Cfr. art. 49.5 del Código procesal agrario de Costa Rica.

³⁶ Cfr. arts. 4, 121 y 170 del Código procesal agrario de Costa Rica.

³⁷ Cfr. arts. 123 y 173 del Código procesal agrario de Costa Rica.

³⁸ Cfr. art. 48.8 del Código procesal agrario de Costa Rica.

³⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *La gobernanza responsable de la tenencia y el derecho. Una guía para juristas y otros proveedores de servicios jurídicos. Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia*, No. 5, 2017.

⁴⁰ ULATE CHACÓN, Enrique, "Orientaciones contemporáneas de la justicia agraria latinoamericana, fuente de paz y desarrollo", en *El nuevo Derecho Agrario*, p. 51.

⁴¹ Cfr. art. 154 de la Ley de Reforma Agraria de Perú.

que posee un cuerpo de defensores con suma experiencia y capacitación en materia agraria y ambiental. Se garantiza el ejercicio de patrocinio letrado, evitando la indefensión.

En materia procesal agraria, no basta con la titulación en Derecho, el aspecto fundamental es la especialización de los jueces en materia agraria. La especialidad en la función jurisdiccional es una forma de garantizar la eficacia de la justicia agraria. El otorgamiento de amplios poderes al juzgador en relación con el proceso agrario en general requiere que el juez ejercitador de estos poderes tenga, consecuentemente, el grado de preparación suficiente para afrontar la dirección y control de un proceso público y democrático.

Teniendo en cuenta que en el proceso agrario predomina el impulso procesal de oficio, el juez, como motor impulsor del proceso, debe tener características especiales, basadas en su desarrollo profesional. Al respecto, el ilustre profesor ZELEDÓN ZELEDÓN señala que el juez agrario “[...] debe ser un personaje extremadamente dinámico de ingenio agudo y profundo, impulsor de actividad creativa dentro del proceso, capaz de encontrar fórmulas de entendimiento en un diálogo para la paz, impulsor de soluciones, investigador acucioso de la verdad, profundamente perspicaz para ingresar en los casos y llevarles luz jurídica, comprometido con el desarrollo del Derecho y su misión en la sociedad. No puede ser un árbitro ni mucho menos un funcionario pasivo, porque esas son características incompatibles con la nueva filosofía. Tampoco puede abusar de sus poderes para ordenar su propia prueba, conducir la verdad hacia donde el cree, ni asumir posiciones inquisitivas propias de regímenes totalitarios o de fuerza.”⁴²

El principio de la verbalidad, aplicado en los procesos agrarios, se basa en el discurso oral, es decir, pretende lograr el predominio de la palabra sobre la escritura, durante todo el proceso, pero especialmente en la etapa probatoria o juicio verbal; sin embargo, es necesario documentar dichas gestiones para que consten dentro del expediente. El principio verbal es un paso de avance en la búsqueda de la verdadera meta: la oralidad pura. No es lo ideal para el proceso agrario, pero sin dudas supera al tradicional proceso civil. Los sistemas procesales que logren adoptarlo no deben conformarse, sino que deben considerarlo un estímulo hacia el ya mencionado objetivo final de la modernización procesal.

⁴² ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, ¡Salvemos la Justicia!..., *cit.*, p. 164.

En cuanto al principio de libre valoración, es un principio fundamental del proceso oral y por ende del proceso agrario. El juez debe tener amplios poderes para apreciar y valorar la prueba recibida, sin tener que sujetarse a una tarifa previamente determinada por ley.⁴³ La valoración o apreciación de la prueba en materia agraria es una operación mental que realiza el juez agrario, con el fin de conocer la realidad de los hechos que puedan colegirse del contenido de los elementos probatorios. Es una actividad procesal exclusiva del juez agrario, de la que depende el resultado del proceso. La valoración de la prueba es necesaria para la comprobación de los hechos, para descubrir la verdad real, y debe ser razonada, crítica, y basarse en la lógica, la experiencia y la sana crítica.

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en la *Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia de la tierra* establece detalladamente la importancia de la aplicación de los principios procesales agrarios modernos en la solución de conflictos relacionados con la tenencia de la tierra, partiendo de la importancia de contar con mecanismos legítimos y eficaces. Establece como obligación de los Estados velar por que las leyes y la normativa para su implementación establezcan procedimientos sencillos y sin ambigüedades, y definir con claridad los derechos y responsabilidades de todos los actores clave; además, la obligación de desechar cualquier requisito innecesario y reducir la burocracia administrativa, estableciendo procedimientos simplificados, asequibles y fáciles de realizar por todos los titulares de derechos de tenencia, incluso las personas pobres y vulnerables.⁴⁴

3. LA MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA AGRARIA CUBANA

Antes del año 1959, los conflictos y reconocimientos de derechos agrarios en Cuba eran competencia de los juzgados civiles, y la situación de los habitantes de los campos cubanos evidenciaba el insuficiente respaldo de los derechos de los campesinos. Lo anterior fue denunciado por el Comandante en Jefe Fidel CASTRO RUZ en su histórico alegato de autodefensa conocido luego como “La Historia me absolverá”, en el cual expresa: “... lo inconcebible era que la mayoría

⁴³ En este sentido compartimos el criterio del profesor CAMPOS RIVERA, que reconoce que “la libre valoración de la prueba no otorga a los jueces agrarios una libertad absoluta e irresponsable en la formación de su convencimiento. Por el contrario existe la obligación de indicar, en la motivación del fallo, los hechos y circunstancias que lo han llevado a adoptar la decisión. Es decir, debe basar su convicción en el resultado de las pruebas”. *Vid.* CAMPOS RIVERA, Domingo, *Derecho Procesal Agrario*, p. 51.

⁴⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *La gobernanza responsable de la tenencia y el derecho...*, cit.

de las familias de nuestros campos estuvieran viviendo en peores condiciones que los indios que encontró Colón al descubrir la tierra más hermosa que ojos humanos vieron”.⁴⁵

Con el triunfo de la Revolución y la promulgación de la Primera Ley de Reforma Agraria el 17 de mayo de 1959⁴⁶ se produce un cambio radical en el sector agrícola en Cuba y su normativa jurídica. Es la etapa en que comienza a tratarse todo el tema procesal de la materia agraria, teniendo en cuenta el pronunciamiento de esta ley sobre la creación de los Tribunales de Tierra, para el conocimiento y resolución de los procesos judiciales que se generaron por la aplicación de este cuerpo legal, las relaciones contractuales agrícolas y la propiedad rústica en general.

En su Disposición Transitoria Segunda⁴⁷ prohibió que continuaran los juicios de desahucio u otros procedimientos sobre desalojo que estuvieran siendo conocidos por los tribunales ordinarios; además estableció en su Disposición Transitoria Cuarta que *“En tanto no se organicen los Tribunales de Tierra a que se refiere el artículo 54 de esta Ley, continuarán conociendo de los procesos que a los mismos se asignan, los tribunales ordinarios”*. De esta manera, la aplicación de la Ley dispondría de una jurisdicción propia, que quebraría la noción de unidad jurisdiccional e implicaría la creación de un tribunal especializado agrario, es decir, un modelo de justicia agraria con muy escasos antecedentes en ese entonces en Latinoamérica, y sin ningún precedente institucional en Cuba.

El establecimiento de los Tribunales de Tierra quedó a cargo del extinguido Instituto Nacional de Reforma Agraria, el cual fue creado también por la Primera Ley de Reforma Agraria, como entidad autónoma y con personalidad jurídica propia para la aplicación y ejecución de la Ley.⁴⁸ Sin embargo, los tribunales nunca fueron creados y el Instituto Nacional de Reforma Agraria fue el competente para conocer de los procesos de expropiación forzosa de fincas rústicas y de todo lo concerniente al uso y tenencia de las tierras agropecuarias y forestales, resolviendo los tribunales civiles lo referente a las transmisiones hereditarias y la liquidación matrimonial de bienes agrarios.

⁴⁵ CASTRO RUZ, Fidel, *La Historia me Absolverá*, p. 38.

⁴⁶ Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 3 de junio de 1959.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Arts. 48-52 de la Primera Ley de Reforma Agraria.

En virtud de la Ley No. 1323 de 30 de noviembre de 1976, Ley de la Organización de la Administración Central del Estado,⁴⁹ se extingue el Instituto Nacional de Reforma Agraria, siendo su sucesor el Ministerio de la Agricultura, el cual tendría la competencia para resolver los conflictos en materia agraria. Más tarde, por el Decreto-Ley No. 67 de 19 de abril de 1983, se derogó la Ley No. 1323/76 y se ratificó la existencia del Ministerio de la Agricultura.⁵⁰

A partir de los años 90 del pasado siglo, se manifiesta una transformación en la organización estatal agrícola en Cuba, la que tiene lugar por la caída del campo socialista. Teniendo en cuenta dichas transformaciones, se hizo necesario modificar las bases principales para el uso y explotación de la tierra, promulgándose el vigente Decreto-Ley No. 125 de 1991, el cual constituye un texto legal fundamental en el Derecho agrario en las últimas décadas y demuestra la solidez alcanzada en su desarrollo y los cambios positivos que introdujo en relación con la legislación que deroga.

Con el Decreto-Ley No. 125/1991 y su Reglamento, la Resolución No. 24/1991⁵¹ del Ministro de la Agricultura, las facultades para la solución de los conflictos agrarios recaen exclusivamente sobre el Ministerio de la Agricultura, de modo que el conocimiento se agota en la vía administrativa, suprimiendo la necesidad de intervención judicial o notarial. Es decir, estableció el modelo de justicia administrativa especial agraria, limitando la competencia al Ministerio de la Agricultura, y rige el principio de oficiosidad, que los faculta a dirigir e impulsar de oficio la tramitación del proceso sin intervención de las partes.

El procedimiento administrativo agrario cubano tiene características que logran ubicarlo como una especialidad autónoma frente a otras disciplinas normativas del ordenamiento jurídico. Es un procedimiento escrito donde no

⁴⁹ Ley No. 1323 de 30 de noviembre de 1976, Ley de la Organización de la Administración Central del Estado, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, de fecha 10 de diciembre de 1976.

⁵⁰ Decreto-Ley No. 63 de 30 de diciembre de 1982, "Sobre la Herencia de la Tierra, propiedad de los agricultores pequeños", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial, de 30 de diciembre de 1982.

⁵¹ Resolución No. 24/1991 del Ministro de la Agricultura, "Reglamento del régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios", de 19 de marzo de 1991, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 10, de 8 de abril de 1991, en Maritza McCormack Bequer y Miguel Antonio Balber Pérez, *Selección legislativa...*, cit., p. 45.

están previstas las audiencias orales, por lo que no contamos con los principios derivados de la oralidad, como la inmediación, la concentración y la publicidad.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que en los últimos años, el Ministerio de la Agricultura se ha adentrado en la modificación y emisión de nuevas normas jurídicas con la finalidad de suplir la ausencia total o parcial de regulaciones procesales. En este sentido podemos citar la reciente promulgación de la Resolución No. 170 de 17 de marzo de 2017, “Reglamento de los Procedimientos Administrativos Agrarios”, dictada por el Ministro de la Agricultura, con el fin de organizar los procedimientos administrativos agrarios a cargo de la Dirección de Suelos y Control de la Tierra del Ministerio de la Agricultura, con exclusión del procedimiento de otorgamiento y extinción de los contratos de usufructo para la entrega de tierras estatales y de la transmisión de las tierras de los agricultores pequeños que emigren del territorio nacional, asuntos que cuentan con una legislación especial, así como la función registral sobre tierras y tractores, que dadas sus características no debe tratarse como procedimiento o trámite agrario en el Reglamento.

Una cuestión novedosa regulada en la Resolución No. 170/2017 es la apertura al principio de oralidad en los procedimientos agrarios, donde la autoridad administrativa competente está facultada para resolverlos, en cualquier estado del proceso, hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, u ordenar la inspección de las cuestiones que fueron objeto de este y de los documentos que tengan relación con el pleito, siempre que ello sea necesario para el conocimiento de los hechos. Lo anterior, hasta la fecha, no ha sido aplicado por la administración.

Si analizamos el comportamiento del tiempo de tramitación de los expedientes en el órgano central del Ministerio de la Agricultura, con posterioridad a la promulgación de la Resolución No. 170/17, aún podemos señalar que existen violaciones de los términos establecidos. Aunque en comparación con años anteriores podemos percatarnos de un impacto positivo en cuanto a las reducciones de los tiempos promedio de tramitación de estos expedientes, es dable señalar que el mayor problema aún radica en el cumplimiento de dichos términos en las instancias provinciales y municipales.

La concepción normativa del aparato de solución de conflictos agrarios existente en Cuba presenta una serie de deficiencias que impiden alcanzar la calidad requerida en la justicia agraria, deficiencias marcadas sus-

tancialmente por la no aplicación de los principios del Derecho procesal agrario. Entre estas se encuentran:

- La inexistencia de un procedimiento agrario común, sino todo un conjunto extenso y diverso de los mismos, que recaen en la competencia del Ministerio de la Agricultura y no permiten la plena materialización de los derechos agrarios al reducir su tramitación a la vía administrativa, privando a los ciudadanos de la necesaria imparcialidad y especialidad propia de la vía judicial, limitando el derecho a la defensa de los sujetos agrarios.
- La abundancia normativa que compone el régimen jurídico de los mecanismos y procedimientos agrarios, y al mismo tiempo la inexistencia de una regulación exhaustiva referida a la tramitación de los expedientes agrarios.
- Rige el principio de oficiosidad, que faculta al Ministerio de la Agricultura y sus delegados o directores provinciales y municipales, a dirigir e impulsar de oficio la tramitación del proceso sin intervención de las partes, y muchas veces quebrantándose el debido procedimiento.
- Existen lagunas dentro del régimen de los procedimientos, algunos presentan un mayor grado de completamiento en su regulación, como es el caso de la herencia de tierras y bienes agropecuarios del agricultor pequeño fallecido, y otros que poseen dispersión, como las desafectaciones o liberaciones de áreas agropecuarias, la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, y existen algunos no previstos en la legislación agraria ni civil, como las limitaciones de relaciones de vecindad entre fincas rústicas.
- El reiterado incumplimiento por la administración agraria de los términos establecidos en la legislación vigente, que coloca a las partes en estado de indefensión al no preverse el acceso a la vía judicial para la nulidad procesal de las actuaciones.
- Los trámites de conformación del expediente, práctica de las pruebas y demás diligencias que conforman los procedimientos agrarios no poseen una regulación idónea en cuanto a presentación, práctica y apreciación de las pruebas, observándose constantemente omisiones y devoluciones en los expedientes por la actividad probatoria, que resulta fundamental para la resolución justa del asunto.

- Se prevé la aplicación de las nulidades por parte de la administración, contrario a lo dispuesto en la legislación civil vigente.
- En cuanto a las decisiones de los recursos de apelación y procedimientos de revisión interpuestos por las partes ante el Ministro de la Agricultura, no se admiten en muchos casos, privándose de la única vía de solución de conflicto existente. Además, son bajos los niveles de acogida de las reclamaciones interpuestas.
- El mecanismo administrativo prevé el conocimiento de los asuntos agrarios en diferentes instancias, lo que provoca que, en muchos casos, sin motivo justificado, se elevan una y otra vez reclamaciones ante cualquiera de estas instancias, lo que determina innumerables investigaciones, trámites múltiples y repetidos, con total incertidumbre para la parte favorecida con el fallo de la resolución firme.

Todo lo anterior demuestra la necesidad de buscar soluciones que contribuyan a resolver de manera expedita los problemas que surgen en la aplicación de las normas agrarias. Es fácil apreciar la urgencia del reordenamiento en el plano conceptual y político de esta especialidad. Los procesos administrativos previstos para la resolución de los asuntos agrarios no son los más eficaces, porque su esencia tan sensible, propia de la materia agraria, requiere de mecanismos ágiles y efectivos, que causen el menor daño posible a los intervinientes.

La Carta Magna también establece como garantía de los derechos reconocidos que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva, y de igual manera reclamar contra las decisiones administrativas por los daños y perjuicios causados.⁵² Aun cuando no han sido publicadas las leyes especiales que desarrolla la Constitución en este sentido, existe meridianamente claridad en que las decisiones emitidas por el Ministro de la Agricultura, los delegados o directores provinciales y municipales y otros cuadros, dirigentes y funcionarios, en materia de solución de procedimientos administrativos agrarios, laborales y otros, pueden ser sometidas por los afectados a procesos judiciales, de acuerdo con la legislación procesal vigente.

La doctrina nacional no dispone de una acabada construcción teórica del proceso agrario a realizar en sede judicial, su naturaleza, caracteres y principios que lo informan, quizás motivado por la carencia de conocimiento de los con-

⁵² Arts. 92 y 98 de la Constitución de la República de Cuba.

flictos agrarios, cuya solución se reservaba exclusivamente a la administración de la agricultura en sus distintos niveles de autoridad. Para lograr la eficacia jurídica deseada en esta materia es necesario procurar la correspondencia entre el Derecho y el proceso agrario para la consecución de sus fines; a saber: la eficiencia en la producción agrícola dirigida a la satisfacción de los intereses económicos y sociales.

Las coordenadas preliminares para la necesaria reforma de la legislación agraria y el procedimiento agrario, con la configuración adecuada del derecho a la defensa en materia agraria, a tono con el nuevo texto constitucional y en función de adecuar las normas que regulan el uso y posesión de la tierra al escenario actual, parten de la regulación de los principios del Derecho procesal agrario. Estos principios contribuyen a dar sentido a las normas ante sus disfunciones y carencias, sirviendo de guía interpretativa para la aplicación del Derecho, y se reconocen como fuentes de derecho en ausencia de norma legal o consuetudinaria.

La modernización de la legislación agraria, en sus aspectos procesales, requiere la regulación de conceptos fundamentales para la tramitación de procesos y procedimientos agrarios, y la clara definición de los derechos, las obligaciones y las acciones de los campesinos, así como sus formas de reclamación. Es necesario dejar expedita la vía judicial para todos aquellos procesos que se conozcan en sede administrativa, e igualmente aperturar las salas o secciones agrarias para aquellos procesos de naturaleza judicial, instaurando así el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación y la adopción de medidas cautelares en materia agraria.

La reforma procesal en Cuba debe partir de la incorporación de un proceso judicial agrario, que permita diseñar un modelo de justicia agraria con mayor celeridad; salas o secciones agrarias donde los campesinos cubanos puedan interponer:

- a. controversias relativas a la sucesión de tierras y bienes agropecuarios;
- b. acciones reivindicatorias;
- c. acciones agrarias sobre deslindes, servidumbres y otros derechos reales sobre tierras rústicas;
- d. controversias sobre los límites de las tierras rústicas;

- e. conflictos y acciones agrarias posesorias;
- f. expropiaciones de fincas rústicas con fines de explotación agropecuaria;
- g. conflictos sobre el uso agrícola de aguas en zonas rústicas;
- h. acciones de nulidad contra resoluciones administrativas que declaren o extingan derechos sobre bienes agropecuarios;
- i. conflictos derivados de contratos de compraventa de productos agropecuarios y de contratos de prestación de servicios a la actividad agropecuaria;
- j. conflictos entre el Estado y los usufructuarios de tierras;
- k. conflictos entre los miembros de cooperativas agrarias y las direcciones de estas, por motivos económicos o con motivo de la expulsión de los mismos de dichas cooperativas;
- l. conflictos surgidos con motivo de la disolución de cooperativas agropecuarias;
- m. entre otros, teniendo en cuenta, en todos los casos, la dimensión ambiental del Derecho agrario.

Sin dudas resulta un reto para el sistema judicial resolver asuntos agrarios, cuando hace casi 30 años que su competencia recae exclusivamente en sede administrativa. Mayor oposición posee la creación de un proceso agrario de acuerdo con la modernización procesal. No obstante, una propuesta viable para la implementación de estas salas agrarias es su creación en los tribunales provinciales, habilitando para recurrir el recurso de casación ante la Sala Agraria del Tribunal Supremo, esto en aras de evitar la doble y la triple instancia que deforma el proceso, obstaculiza la celeridad y solo provoca una revisión excesiva.

Proponemos concebir un proceso ordinario general para todas las cuestiones de carácter agrario que no requieran de una tramitación especial, y varios procesos especiales, en todos los casos constituidos por audiencias que se desarrollarían en tres fases: audiencia preliminar, audiencia probatoria y audiencia para dar a conocer la sentencia, de acuerdo con la teoría del proceso agrario aplicada en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. El proceso por

audiencias busca superar completamente la técnica de la escritura, y está caracterizado por un sistema organizado que se considera más ágil, creativo, y libre ante las exigencias propias del caso, además de que permite imprimir cualquier tipo de cambio, y la dinámica impuesta por las partes o los jueces para la búsqueda de la verdad real le dan todo un sello de versatilidad.⁵³

Es importante que las salas estén integradas por jueces especializados en la materia y que estas puedan y deban conformarse, incluso, en las localidades donde se está dando el conflicto. Además, no puede olvidarse el otorgamiento de amplias facultades al juzgador, incluido el poder cautelar que permite asegurar el objeto del proceso en caso necesario.

Otro reto en la modernización del proceso agrario en Cuba pasa por alcanzar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, también en consonancia con los derechos reconocidos en la Carta Magna. La jurisdicción agraria debe ser competente para la observancia del cumplimiento de las normas ambientales en las actividades agropecuarias.⁵⁴

En cuanto al acceso a la justicia, este incluye no solo los aspectos de igualdad sustancial y los temas de la justicia cumplida y pronta, sino también el acceso universal para toda persona. En relación con este último aspecto, la forma de satisfacer dicha necesidad no es solamente contar con un aparato capaz de resolver los conflictos eficientemente, sino también contar con un servicio público que permita a todas las personas que así lo requieran gozar de asesoría técnica eficaz, cuando se encuentren sometidos a un proceso judicial,⁵⁵ lo que constituye un reto del ejercicio de la abogacía en Cuba para la defensa de los derechos de los campesinos.

El reordenamiento procesal en materia agraria sin dudas será uno de los platos fuertes de la futura Ley de Tierras, en cumplimiento del anhelado sueño de la Primera Ley de Reforma Agraria. Es todo un reto para los jueces, abogados, asesores jurídicos del sistema de la agricultura, la redacción de este cuerpo legal, que en temas procesales deberá revolucionar la administración de justicia en materia agraria.

⁵³ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "El proceso por audiencias orales en el Código Procesal General", en *La Gran Reforma Procesal*, p. 9.

⁵⁴ Al respecto, el padre del Derecho Agrario moderno, CARROZA, considera que "la reciente explosión de sensibilidad por los temas y los problemas de la ecología es la consecuencia difundida del progresivo deterioro del ambiente en todos sus valores y en todos sus componentes que llaman a participar, obviamente, también al Derecho agrario, precisamente, por su estrecha vecindad con la naturaleza". Vid. CARROZA, A., *Lexioni di Diritto Agrario*, p. 321.

⁵⁵ MONTERO MONTERO, Diana, *Democracia y Defensa Pública*, p. 89.

4. CONSIDERACIONES AD FINEM

En América Latina se ha desarrollado un sistema procesal agrario que ratifica su autonomía. Nosotros estamos obligados a trabajar en la redefinición de conceptos, naturaleza y contenido del proceso y procedimiento agrario cubano, los que deberán siempre estar vinculados a nuestra realidad social, en tanto, el carácter fundamental de la producción y comercialización agropecuaria en una economía como la nuestra, de ahí la necesidad urgente de un proceso adecuado que responda a las exigencias del Derecho material.

La tendencia actual en la doctrina agraria apunta hacia criterios de especialización, los cuales deben ser asumidos en el Derecho procesal agrario cubano para una futura modernización procesal, partiendo de la intervención judicial en esta materia mediante la modificación de la legislación vigente. Apremiar la experiencia de los países latinoamericanos en el campo del proceso agrario, ejemplificada en el capítulo anterior del presente trabajo, nos ayudará a perfeccionar nuestro Derecho procesal agrario.

El acceso a la vía judicial para los litigios agrarios impone un nuevo reto a todos los actores que intervienen en la solución de los conflictos agrarios, en beneficio final de los justiciables. Pero es también ineficiente el proceso administrativo en vía judicial para resolver litigios agrarios, se impone un reordenamiento procesal que asuma los cambios que impone el moderno enjuiciamiento, con la oralidad incidiendo directamente en las audiencias agrarias, esto nos permitiría disfrutar los beneficios que aporta el diálogo público con la intermediación y la concentración de los actos procesales para acercar la justicia al campo, y de esta forma despojarla de esquemas formales.

En mérito al desarrollo alcanzado por nuestro sistema de Derecho y en particular de la legislación agraria, resulta inoperante el mecanismo vigente para resolver las reclamaciones de derecho y solución de conflictos que se suscitan; no solo por la demora excesiva, sino por la necesaria imparcialidad y especialidad que debe poseer el que resuelve en favor de lograr los fines y objetivos de la actividad agropecuaria en beneficio de la producción y la colectividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

CAMPOS RIVERA, Domingo, *Derecho Procesal Agrario*, Santa Fé de Bogotá, Temis S.A., 1993.

CARROZA, A., *Lexioni di Diritto Agrario*, Giuffrè, 1987.

- CASTAÑEDA LA FONTAINE, Carlos, "El Fuero Agrario en el Perú", informe presentado al VIII Congreso de Mexicano de Derecho Procesal, publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1980, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>, consultado el 19 de septiembre de 2020.
- CASTRO RUZ, Fidel, *La Historia me Absolverá*, COR, La Habana, 1973.
- FIGALLO ADRIANZEN, GUILLERMO, "El fuero privativo agrario peruano", en el volumen *Ciclo de Conferencias sobre Derecho Agrario*, Corte Suprema de Justicia, San José, 1973.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, "Estructuración del Proceso Agrario", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México, 1961.
- MCCORMACK BEQUER, Maritza y Miguel Antonio BALBER PÉREZ, *Selección legislativa de Derecho Agrario Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2006.
- MONTERO MONTERO, Diana, *Democracia y Defensa Pública*, Programa formación inicial, Defensa Pública, Volumen I, 1era Edición, San José, Costa Rica, Poder Judicial, 2008.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), *La gobernanza responsable de la tenencia y el derecho. Una guía para juristas y otros proveedores de servicios jurídicos, Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia*, No. 5, Roma, 2017, disponible en <http://www.fao.org/3/b.i5449s.pdf>, consultado el 13 de septiembre de 2020.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, Roma, 2012, disponible en <http://www.fao.org/3/a-i2801s.pdf>, consultado el 13 de septiembre de 2020.
- ULATE CHACÓN, Enrique, "Orientaciones contemporáneas de la justicia agraria latinoamericana, fuente de paz y desarrollo", en *El nuevo Derecho Agrario*, publicación conjunta con la Academia Brasileña de Letras agrarias, Juruá, 2010.
- ULATE CHACÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal*, t. I, 1ª ed., Guayacán, San José, Costa Rica, 1999.
- ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "Derecho agrario contemporáneo y Derecho Agrario AAA (Agricultura, Ambiente y Alimentación)", presentado en el X Congreso de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios (UMAU), celebrado en Rosario, Argentina, del 4 al 7 de noviembre de 2008, revista *Estudios Agrarios*, vol. 15, No. 40, enero-abril 2009, México.
- ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "Derecho y proceso agrario", en *Teoría General e institutos del Derecho Agrario*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1990.
- ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1982.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, ¡Salvemos la Justicia!: Humanización y oralidad para el Siglo XXI, Ediciones Guayacán, 1era ed. Academia costarricense de derecho, San José, Costa Rica, 1998.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, "El proceso por audiencias orales en el Código Procesal General", en *La Gran Reforma Procesal*, Guayacán, 2000.

FUENTES LEGALES

Constitución de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 3 de junio de 1959.

Ley No. 1323 de 30 de noviembre de 1976, Ley de la Organización de la Administración Central del Estado, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, de 10 de diciembre de 1976.

Ley Agraria de México, publicada en *Diario Oficial de la Federación* del 26 de febrero de 1992. Última reforma publicada en el DOF del 17-04-2008, disponible en https://docs.mexico.justia.com/federales/ley_agraria.pdf, consultado el 18 de septiembre de 2020.

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de Venezuela, publicada en *Gaceta Ordinaria* No. 37.323, de 13 de noviembre de 2001, reformada en 2005.

Código procesal agrario (concordado y con índice analítico), 1ª ed., IJSA, San José, Costa Rica, diciembre de 2018.

Decreto-Ley No. 17716 del 24 de junio de 1969, disponible en www.leyes.congreso.gob.pe, consultado el 19 de septiembre de 2020.

Decreto-Ley No. 63 de 30 de diciembre de 1982, "Sobre la Herencia de la Tierra, propiedad de los agricultores pequeños", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial, de 30 de diciembre de 1982.

Decreto-Ley No. 125 de 30 de enero de 1991, "Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios", en Maritza McCormack Bequer y Miguel Antonio Balber Pérez, *Selección legislativa de Derecho Agrario Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2006.

Estatuto de Jurisdicción Agraria colombiano, aprobado por medio del Decreto No. 2303 del 7 de octubre de 1989, disponible en https://www.redjurista.com/Documents/decreto_2303_de_1989_ministerio_de_justicia.aspx#, consultado el 18 de septiembre de 2020.

Acuerdo IX-49 de 2019 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 2, de 13 de enero de 2020.

Instrucción 245 de 2019 del Tribunal Supremo Popular, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 9, de 21 de junio de 2019.

Resolución No. 170 de 2017 del Ministro de la Agricultura, "Reglamento de los Procedimientos Administrativos Agrarios", publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 20, de 28 de julio de 2017.

Recibido: 21/5/2021
Aprobado: 13/7/2021

LOS TRIBUTOS AMBIENTALES EN CUBA

Environmental tax in Cuba

Dr. Orestes J. Díaz Legón

Profesor Titular de Derecho Financiero
Universidad de La Habana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0002-2479-9641>
orestes@lex.uh.cu

Dr. Carlos A. Pérez Inclán

Profesor Auxiliar de Derecho Financiero
Universidad de La Habana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0001-9780-3827>
carlos.perez@mincex.gob.cu

Lic. Yaraí Toledo Barrios

Profesora Instructora de Derecho Ambiental
Universidad de La Habana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0002-6683-8434>
yara@lex.uh.cu

Resumen

En el marco de las nuevas proyecciones de la política ambiental cubana, que se propone lograr un desarrollo ecológicamente equilibrado, socialmente justo y económicamente sostenible, el trabajo tuvo como propósito fundamental valorar el régimen jurídico de la tributación ambiental.

Palabras claves: protección ambiental; instrumentos económicos; tributos ambientales.

Abstract

The purpose of this paper is to assess the legal regulation of environmental tax in Cuba, under a new environmental policy, aimed to achieve an environmentally balanced development, socially just and economically sustainably.

Keywords: environmental protection; economic instrument of management; environmental tax.

Sumario

1. Introducción. 2. Políticas ambientales e instrumentos económicos. 3. Los tributos y la protección del medio ambiente: cuestiones generales. 4. Los tributos ambientales en Cuba. 5. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

La protección y el mejoramiento del medio ambiente, así como el imperativo del desarrollo sostenible, imponen a la sociedad la necesidad de adoptar acciones congruentes que corrijan las conductas humanas contrarias a la conservación ecológica. Los marcos institucionales y jurídicos son la expresión formal de los compromisos que asumen los Estados de cara a la protección del más grande ecosistema: la "Tierra".

El diseño de políticas públicas, la promulgación de normas jurídicas y la implementación de diversos instrumentos de gestión ambiental constituyen acciones estatales dirigidas a la protección del medio ambiente, el uso y manejo sostenible de los recursos naturales y a garantizar un enfoque participativo en su aprovechamiento y preservación. Se procuran las herramientas necesarias para responsabilizar a las instituciones competentes de su cumplimiento y la asunción por los agentes pertinentes de sus correspondientes compromisos.

En tal sentido, junto a instrumentos políticos y de planificación (*v. gr.*, estrategias, planes, programas, ordenamiento ambiental) e instrumentos autorizatorios y de control (*v. gr.*, licencia ambiental, evaluación de impacto ambiental, inspección ambiental, régimen de responsabilidad), los Estados, para materializar la política ambiental, también acuden al diseño e implementación de instrumentos económicos, entre los que se incluyen los tributos ambientales.

En consecuencia, el presente artículo tiene como propósito fundamental: valorar el régimen jurídico de la tributación ambiental en Cuba, a partir de la revisión de diferentes fuentes bibliográficas y la valoración crítica, axiológica y sistémica del ordenamiento jurídico cubano.

2. POLÍTICAS AMBIENTALES E INSTRUMENTOS ECONÓMICOS

En la actualidad, pese al creciente reconocimiento de la visión sistémica del ambiente y la importancia de sus componentes, así como la necesidad de la sobrevivencia y sostenibilidad de la biodiversidad, en sentido general, y del

hombre, de forma particular, gravita el deterioro del medio ambiente. La degradación de los suelos, las afectaciones a la cobertura forestal, la contaminación –residuales líquidos y sólidos, atmosférica y sónica, productos químicos y desechos peligrosos–, la pérdida de la diversidad biológica y el deterioro de ecosistemas, las dificultades en el manejo de la disponibilidad y calidad del agua, el debilitamiento de la capa de ozono, destacan entre los principales problemas ambientales.

La solución a estos problemas exige una adecuada política de protección ambiental, orientada a la restauración del medio, con la finalidad de corregir los desequilibrios ambientales producidos, y a la prevención, tendente a evitar la producción de deterioros ambientales. La consideración y protección del medio ambiente ha evolucionado de sus primarias concepciones de simple política social y económica de Estado, en la cual se enmarcó el derecho a la existencia del ambiente sano, para arribar a la noción jurídica del denominado bien ambiental, entendido como un bien público, limitado y escaso.

La noción de bien ambiental “supera la clasificación tradicional de propiedad privada y propiedad pública [...] puesto que su matriz es común, exhibiendo el carácter superador del interés o derecho subjetivo singular o específico, a favor del interés indeterminado de todos a su conservación y desarrollo”.¹ Desde esta perspectiva, el bien público ambiental es objeto de protección estatal y de intervención directa ciudadana y, por tanto, su conservación dependerá, entre otros factores, de la repercusión de los respectivos costes de su mantenimiento en los ciudadanos acorde con su capacidad contributiva.

En este orden, la concepción jurídica de bien ambiental, bajo la cual se identifica la protección efectiva del medio ambiente, no solo pretende la obtención de recursos por la utilización de un bien público, sino que, a tenor del principio de solidaridad, se exige el esfuerzo común de contribuir con la defensa y conservación del ambiente, dada la existencia del derecho al ambiente sano reconocido por los órdenes constitucionales.² Por tanto, la utilización racional de los recursos naturales, preservando su conservación y aprovechamiento sostenible, implica incardinar la problemática ambiental con los medios e instrumentos de la función pública y estatal.

Las políticas ambientales se han materializado mediante el uso de diversas políticas de control ambiental; se han adoptado, entre otros, instrumentos de

¹ ROSEMBUJ, Tulio, *Los tributos y la protección del medio ambiente*, p. 259.

² Vid. art. 127, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); art. 66, numeral 27, Constitución de la República del Ecuador (2008).

naturaleza económica de tipo intervencionista. Los instrumentos económicos son “todos aquellos que inciden en los costes y beneficios imputables a los cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes; afectan por ejemplo la rentabilidad de los procesos o tecnologías alternativos, o el precio relativo de un producto o actividad, y en consecuencia las decisiones de productores y consumidores”,³ y mediante su uso se logra cumplir con dos objetivos fundamentales. El primero, que los agentes económicos paguen el valor social de los recursos naturales y servicios ambientales que utilizan. El segundo objetivo es asumir los costes que provocan los agentes económicos sobre otros al desarrollar sus actividades de producción o consumo, o bien cuando realizan la disposición de desechos de ambas funciones económicas.

El uso de instrumentos económicos en materia ambiental por parte del Estado debe tender a la utilización racional de los recursos naturales, sobre la base de una gestión eficiente de los recursos ambientales, a partir de la internalización de los costes de prevención, control y daños que derivan de la contaminación, que puede efectuarse por la reglamentación administrativa o por instrumentos basados en mecanismos de mercado.

Para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe: “la utilización de instrumentos económicos basados en las leyes de mercado –especialmente los impuestos ambientales– aparece como una de las opciones más atractivas no solo por la posibilidad cierta de incidir sobre los comportamientos y actividades que resultan perjudiciales para el medio ambiente, sino también por la capacidad potencial de generar nuevos recursos tributarios para los países que los implementan”.⁴

3. LOS TRIBUTOS Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: CUESTIONES GENERALES

Los tributos tienen su origen en la necesidad de las administraciones públicas de obtener recursos dinerarios para financiar sus actividades, pero no solo constituyen medios destinados a sufragar los crecientes gastos públicos, sino

³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Instrumentos Económicos y Política Fiscal*, resumen de la XIV Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, 2003.

⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, “Capítulo III. Tributación ambiental en América Latina: oportunidades, avances y desafíos”, en Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2017. La movilización de recursos para el financiamiento del desarrollo sostenible*, pp. 86 y 87.

también para contribuir a la consecución de otros fines constitucionalmente refrendados.⁵ El deber de contribuir al gasto público abarca en su fundamento la necesidad de satisfacer por su intermedio bienes comunes, generales, indivisibles para el conjunto social. El ambiente sano consagrado como derecho en los textos constitucionales es uno de ellos, y ante el riesgo de su degradación irreversible, su conservación y utilización convocan al ejercicio de la potestad tributaria en la guardia del equilibrio ecológico y los ecosistemas en consideración. La tributación se manifiesta como un mecanismo para incentivar la realización de conductas más respetuosas con el entorno natural.

Los tributos tienen diferentes posibilidades de intervenir en la realidad socioeconómica de un país. Pueden articularse medidas fiscales para encaminar comportamientos en una dirección, acorde con la preservación del medio ambiente, también pueden establecerse tributos que graven situaciones relacionadas con la degradación del medio ambiente, con la finalidad de obtener recursos para asumir funciones de financiación de los gastos públicos. De esta manera, es frecuente que los Estados utilicen el sistema tributario para ejecutar políticas de carácter intervencionista y, por lo tanto, encontrar tributos cuya finalidad principal exceda la mera obtención de recursos dinerarios para erigirse como mecanismos reguladores de conducta, tributos estos que conviven con aquellos que tienen una finalidad eminentemente recaudatoria.

En este orden, las técnicas tributarias de intervención ambiental se pueden realizar desde una perspectiva preventiva, a cuyo tenor las medidas fiscales tratan de anteponerse a la producción del perjuicio, incentivando comportamientos acordes con el medio o disuadiendo; o a través de la restauración del medio, donde el tributo contribuye a su preservación a través de la financiación de actividades de restauración, redistribuyendo, generalmente, los costes que ocasionan dichas medidas entre los sujetos contaminadores.

La tributación o fiscalidad ambiental hace referencia al conjunto de tributos, o de elementos tributarios, de un sistema fiscal, cuyo objeto es preservar y

⁵ El carácter instrumental del tributo se tipifica “cuando el tributo aúna o superpone al fin fiscal otro orden distinto de aspiraciones, las cuales agruparemos bajo la denominación común de finalidades extrafiscales, en la medida en que aparecen como ajenas a los objetivos estrictamente recaudatorios y se dirigen a influir en la conducta de los contribuyentes de muy diversas maneras y con un sinfín de posibles objetivos”. *Vid.* ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, “Los impuestos especiales como tributos medioambientales”, en J. Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, p. 229.

mejorar el medioambiente, es decir, la consecución de un fin extrafiscal.⁶ La tributación medioambiental está comprendida en el componente económico para la protección de los recursos naturales, y se fundamenta en los efectos jurídicos de la asimilación del bien ambiental, objeto de protección en virtud del principio de solidaridad, situando al deber solidario de contribuir para la protección del bien ambiental dentro del contexto de la obtención de metas colectivas.

La fiscalidad ambiental posibilita incentivar aquellos comportamientos respetuosos con el medio y redistribuir los costes de la política ambiental entre los sujetos provocadores de los mismos. La función incentivadora previene la degradación ambiental, mientras que la función redistributiva contribuye a la financiación de la política ambiental desarrollada por las administraciones públicas, sin perjuicio ello de que la política ambiental se materialice en actuaciones de prevención o de restauración.

Las principales razones para el uso de tributos ambientales son:⁷

- instrumentos especialmente eficaces para la internalización de las externalidades, es decir, la incorporación directa de los costes de los servicios y perjuicios ambientales –y su reparación– al precio de los bienes, servicios y actividades que los producen, y para contribuir a la aplicación del principio de pago por el contaminante y a la integración de las políticas económica y ambiental;
- pueden proporcionar incentivos para que los consumidores-productores cambien de comportamiento en la dirección de un uso de recursos más ecoeficiente, para estimular la innovación y los cambios estructurales y reforzar el cumplimiento de las diferentes disposiciones normativas;

⁶ Una caracterización de los distintos momentos de las reformas fiscales ambientales puede encontrarse en FANELLI, José María; Juan Pablo JIMÉNEZ e Isabel LÓPEZ AZCÚNAGA, "Reformas fiscales ambientales: el rol de los tributos", en Juan Carlos Gómez Sabaini, Juan Pablo Jiménez y Ricardo Martner (Eds.), *Consensos y conflictos en la política tributaria de América Latina*, pp. 422-432.

⁷ Vid. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, "El tributo ambiental. Aplicación y efectividad sobre el medio ambiente", en *Serie de Cuestiones Medioambientales*, No. 1, AEMA, p. 8. En la misma dirección, puede consultarse MAGADÁN DÍAZ, Marta y Jesús RIVAS GARCÍA, *Fiscalidad y medio ambiente en España*, p. 9.

- pueden aumentar la renta fiscal, susceptible de utilizar para mejorar el gasto en medio ambiente y/o reducir los impuestos sobre el trabajo, el capital y el ahorro; y
- pueden ser instrumentos de política especialmente eficaces para abordar las prioridades ambientales actuales a partir de fuentes de contaminación, como las emisiones del transporte, los residuos y agentes químicos utilizados en agricultura.

La protección fiscal del medio ambiente, en lo referente a los tributos, puede basarse en el principio “quien contamina, paga” como expresión de solidaridad equitativa. Asimismo, puede fundarse en el principio de capacidad económica, como expresión de solidaridad redistributiva, y que refleja el efecto externo de una actividad económica que constituye el fundamento último de la tributación ambiental. El impuesto puede considerarse como un instrumento idóneo para que el sujeto que provoca el daño medioambiental asuma los costes o perjuicios causados a terceros derivados de su propia actividad.

Lo anterior refuerza la idea de que la tributación ambiental se revela como un importante instrumento económico para la protección del medio ambiente al atribuir al sujeto que contamina el coste real de su actividad, internalizando las externalidades –idea que se encuentra plasmada en el principio ambiental de “quien contamina, paga”–, a lo que se adiciona que los tributos ambientales actúan como incentivo para la innovación tecnológica en las empresas. Igualmente, siguiendo la *teoría del doble dividendo*, los ingresos generados por los tributos ambientales permiten reducir otros tributos, de manera que el primer dividendo lo constituiría la protección y mejora del medioambiente en sí, y el segundo beneficio serían los cambios adicionales en el bienestar no relacionados con el medio ambiente y la mejora del sistema fiscal, especialmente con la disminución de la carga fiscal proveniente del trabajo y el ahorro.

Para que un tributo pueda calificarse de ambiental⁸ su finalidad primordial debe ser la preservación del medioambiente, elemento que debe estar presente en todo el régimen jurídico del tributo desde su misma concepción y en

⁸ VILLAR EZCURRA alerta: “no puede pasar desapercibido que no hay consenso conceptual sobre qué es un tributo ambiental, básicamente porque se materializa en una diversidad instrumental de amplio abanico que produce bastante confusión y porque no se fundamenta la distinción en un criterio común sobre lo que debe considerarse relevante, si los motivos que lo justifican o los efectos de su introducción”. Vid. VILLAR EZCURRA, Marta, “Cambio climático, desarrollo sostenible y fiscalidad ambiental”, *Crónica Tributaria*, No. 235, 2010, p. 238.

el que se incorporan elementos de política ambiental,⁹ utilizables en diversas medidas de protección ambiental. Los objetivos ambientales normalmente se vinculan a la idea de utilización racional de los recursos naturales, que lleva implícito un componente de ahorro y de evitación de prácticas perjudiciales, y no necesariamente recabar fondos para el fisco, o sea, una función prioritariamente recaudatoria.

Los tributos ambientales participan de la naturaleza general de cualquier tributo, en tanto constituyen ingresos públicos nacidos de prestaciones pecuniarias exigidas por el Estado en uso de su poder tributario; características a las que se adiciona ser un instrumento de protección ambiental que influye en el comportamiento de los administrados.¹⁰ Su aplicación es un medio directo para atribuir un valor económico a la utilización de los bienes ambientales, obligando al sujeto pasivo del tributo a internalizar los costes que tal uso representa. De esta manera, no solo se consigue modificar el comportamiento de los administrados, sino también, y como consecuencia inmediata de ello, obtener recursos para destinarlos a la protección del medioambiente.

El tributo ambiental se proyecta como expresión del deber de contribuir y se ordena conforme con los principios de justicia que lo informan, configurándose de acuerdo con el principio “quien contamina, paga”, como expresión de la justicia que inspira su existencia; recayendo su hecho imponible sobre hechos, actos, actividades o situaciones que manifiestan degradación del medio o potencialidad para ello y, a su vez, revelan la fuerza o potencia económica del contribuyente. Es un instrumento que busca direccionar la conducta de los administrados en beneficio del medio ambiente, sin importar el destino de sus recursos, en el caso de los impuestos y las tasas, o solventar alguna obra o actividad de carácter ecológico, en el caso de las contribuciones; de manera que su característica definitoria reside en su finalidad proambiental, que se manifiesta a través de un hecho imponible

⁹ Para PITRONE “un impuesto tiene por objeto la protección del medio ambiente siempre que la estructura del referido impuesto; esto es, el hecho gravable o la tasa impositiva, esté diseñada específicamente para alcanzar dicho objetivo”. *Vid.* PITRONE, Federica, “Definiendo los ‘Impuestos Ambientales’: Aportes desde el tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *IUS et VERITAS*, No. 49, diciembre 2014, p. 89.

¹⁰ La teoría hacendística se apoya en unos principios generales que orientan la construcción de los sistemas fiscales. Los principios que informan los tributos medioambientales no contradicen los principios tributarios generales –legalidad, igualdad y capacidad económica–, sino que, por el contrario, se complementan y potencian recíprocamente.

orientado a dirigir las conductas que pueden afectar al ambiente o a subvencionar una obra que beneficie directamente a este.

En tal sentido, los tributos más representativos¹¹ relacionados con el medio ambiente resultan ser:

- Tributos relacionados con la contaminación atmosférica, cuya estructura varía según las estimaciones o mediciones de las emisiones y depende del tipo de contaminante, el nivel de contaminación y la ubicación de la fuente emisora.
- Tributos a productos energéticos, principalmente a la gasolina, aunque también afecta la electricidad y el combustible nuclear, y productos que contienen dióxido de carbono.
- Tributos sobre los automóviles, que gravan las ventas de los automóviles, su propiedad, y su reciclaje y desguace, así como el cobro de derechos por el uso de caminos o carreteras.
- Tributos por vertimientos, que recaen sobre las actividades que liberan al ambiente gases tóxicos, aguas sucias, ruido y similares, y distinguen la imposición a los productos que tienen alta probabilidad de contaminar los ríos y a las emisiones que se identifican mediante la fuente generadora.
- Tributos por el uso del agua, que gravan la extracción o captación de agua, el uso del agua y los servicios de vertido y alcantarillado, y la contaminación producida.
- Tributos por generación de residuos, cobrables por la recolección y el tratamiento de residuos sólidos, y donde se identifican los tributos sobre los vertederos, la recogida y eliminación de basuras y sobre los residuos peligrosos.

¹¹ Para facilitar la medida de la efectividad de los tributos ambientales, estos se han clasificado en tres tipos principales, según sus principales objetivos programáticos: (i) tasas de cobertura de costes, por ejemplo, creadas para cubrir los costes de los servicios ambientales y de las medidas de control de la contaminación, como el tratamiento de aguas (tasas de usuario) y que pueden utilizarse para gastos ambientales conexos; (ii) impuestos incentivos, creados para cambiar el comportamiento de los productores y/o consumidores; (iii) impuestos ambientales de finalidad fiscal creados principalmente para aumentar la recaudación. *Vid.* AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, “El tributo ambiental...”, *cit.*, p. 8.

- Tributos por manejo de la biodiversidad y vida silvestre, relacionados con tarifas por la entrada a parques naturales, la práctica de caza y pesca de especies, la tala de árboles y gravámenes a los diferentes usos de suelo, que implican cambios en la agricultura o silvicultura a otras actividades.

4. LOS TRIBUTOS AMBIENTALES EN CUBA

Los recursos naturales en Cuba están afectados en diversa magnitud, tanto en su disponibilidad como en su calidad, y existe un significativo grado de contaminación y deterioro ambiental, con un sensible impacto en el medio ambiente, la calidad de vida de la población y la economía nacional. Por ello, la adecuada consideración y protección del medio ambiente deviene uno de los pilares del desarrollo nacional y condición necesaria para la mantención del bienestar y salud de toda la población.

El ejercicio de los derechos soberanos sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país corresponde al Estado cubano, a cuyo tenor, a partir de esta función estatal y a través de los órganos de gobierno, este proyecta la política y la gestión ambiental. A tales efectos, el Estado cuenta con un conjunto de instrumentos de política ambiental, con capacidades propias para afrontar los problemas y perseguir los objetivos ambientales de la sociedad, cuyo potencial depende de su generalidad o aplicación individual, del número de actores en los procesos objeto de regulación, del tipo de productos y actividades involucradas, de la naturaleza biofísica de los sistemas ambientales de que se trate, de las posibilidades técnicas reales de aplicación y fiscalización, del coste de administración y cumplimiento, y de condiciones socioeconómicas y regionales que rigen en cada caso.

En el entorno cubano, el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalizado, su letra contiene el principio de desarrollo sostenible, el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un ambiente sano y equilibrado, así como el deber del Estado y los ciudadanos de protegerlo, lo que brinda la posibilidad de realizar acciones para la protección de los recursos naturales como la tutela y la acción popular.¹² Ello significa la obligación de los poderes públicos de incorporar la protección ambiental en el ejercicio de sus actividades, en tanto otorga al medio ambiente un contenido omnipresente en su política de actuación.

¹² Ver arts. 75 y 90, inciso j), de la Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

Por su parte, la Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”,¹³ en sus POR CUANTO tercero y cuarto, prevé que: *“Es necesario consagrar, como un derecho elemental de la sociedad y los ciudadanos, el derecho a un medio ambiente sano y a disfrutar de una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, en tanto los seres humanos constituyen el objetivo esencial del desarrollo sostenible y La protección del medio ambiente constituye un factor relevante a los fines de la defensa nacional y una garantía para nuestra soberanía, en tanto contribuye a asegurar la disponibilidad de los recursos naturales indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la población y facilitan la existencia de hábitats temporales para grandes núcleos poblacionales, lo que puede devenir factor relevante ante situaciones excepcionales”*.

En su art. 4, la Ley No. 81 establece que las acciones ambientales para un desarrollo sostenible se asientan en los requerimientos del desarrollo económico y social del país y se fundan, entre otros, en los principios siguientes: (i) la protección del medio ambiente es un deber ciudadano; (ii) los recursos naturales deben aprovecharse de manera racional, previniendo la generación de impactos negativos sobre el medio ambiente; y (iii) la realización de actividades económicas y sociales por las personas naturales o jurídicas está condicionada por el interés social de que no se ejerza en perjuicio del medio ambiente.

De igual manera, la ley de medio ambiente cubana prevé en su art. 61 que el uso de la regulación económica como instrumento de la política y la gestión ambiental se concibe sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados, para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente, así como de medidas de control y financieras que los apoyen; previendo en su art. 63 la posibilidad de adopción, sobre la base de las políticas y disposiciones que se establezcan, de medidas consistentes, entre otras, en:

- a. reducción o exención de aranceles a la importación de tecnologías y equipos para el control y tratamiento de efluentes contaminantes;
- b. reducción o exención de aranceles a la importación de materias primas o partes necesarias para la fabricación nacional de equipos o instrumentos destinados a evitar, reducir o controlar la contaminación y degradación ambiental;

¹³ Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”, de 11 de julio de 1997, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.

- c. autorización, excepcional, de la depreciación acelerada de inversiones realizadas en el desarrollo, compra o instalación de equipos, tecnologías y procesos que favorezcan la protección del medio ambiente; y
- d. otorgamiento, excepcional, de beneficios fiscales o financieros a determinadas actividades que favorezcan el medio ambiente.

Desde la arista tributaria, al repasar el pasado más cercano, los antecedentes del actual régimen tributario de la fiscalidad ambiental en Cuba y de la utilización de los impuestos con objetivos de protección ambiental se retrotraen al Decreto-Ley No. 44,¹⁴ con el establecimiento de un impuesto forestal, exigido como una compensación parcial de los gastos del Estado en la repoblación forestal y conservación del medio ambiente.¹⁵

Aunque no es hasta la Ley No. 73, "Del Sistema Tributario"¹⁶ bajo los influjos de la Conferencia de Río de 1992 y en sintonía con el papel del Estado y los ciudadanos en la protección del medio ambiente, que se configura el impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente.

Sobre la base de un hecho imponible genérico –utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente–, la exigibilidad de dicho tributo se concretó a partir de normas reglamentarias, en función de la habilitación al Ministro de Finanzas y Precios, que la propia Ley No. 73 reconoció, para establecer las bases imponibles, tipos impositivos y procedimientos para el pago del impuesto, así como para conceder exenciones y bonificaciones pertinentes.¹⁷ En tal sentido, el impuesto sobre

¹⁴ Decreto-Ley No. 44, "De los ingresos al Presupuesto del Estado provenientes del sector estatal y de las organizaciones políticas, sociales y de masas", de 6 de julio de 1981, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria Especial No. 2, de 6 de julio de 1981.

¹⁵ Los sujetos obligados al pago de dicho tributo lo constituían las empresas estatales dedicadas a la explotación forestal, así como otras empresas estatales, unidades presupuestadas, organizaciones políticas, sociales y de masas, y las empresas subordinadas a cualquiera de dichas organizaciones, que efectuaran extracciones de productos forestales por sus propios medios. La base imponible se conformaba en función de los metros cúbicos o unidades de productos forestales extraídos, a los que se le aplica el tipo impositivo que fijase el Comité Estatal de Finanzas. *Vid.* arts. 15, 16 y 17 del Decreto-Ley No. 44.

¹⁶ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 8, de 5 de agosto de 1994.

¹⁷ *Vid.* art. 52 de la Ley No. 73.

la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente se exigió por:

- La explotación y conservación de los recursos forestales, naturales y artificiales, y la fauna silvestre, a partir de la Resolución No. 50, de 29 de agosto de 1996.¹⁸
- La ejecución de una actividad minera, a partir de la Ley No. 76, “Ley de Minas”, de 21 de diciembre de 1994,¹⁹ y la Resolución No. 51, de 29 de octubre de 1997.²⁰
- El uso o explotación de la Bahía de La Habana, con fines económicos, turísticos, recreativos u otros, a partir de la Resolución No. 36, de 21 de diciembre de 1999.²¹

Asimismo, la Ley No. 73 consagró elementos tributarios ambientales en el impuesto sobre utilidades, al prever que, de concurrir la explotación de recursos naturales, renovables o no, podía aumentarse el tipo impositivo hasta un 50 %, según el recurso natural, por decisión del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.²²

A pesar de lo positivo del establecimiento de un tributo tendente a la protección del medio ambiente, la eficiencia y eficacia de este se vieron afectadas por diversas cuestiones negativas en la implementación de la Ley No. 73.²³ Los problemas en el diseño e implementación de la ley tributaria de 1994 condujeron a que en el año 2012, en función de la experiencia obtenida con la aplicación de la Ley No. 73 y expresión de las nuevas circunstancias y objetivos

¹⁸ Del Ministro de Finanzas y Precios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 37, de 11 de noviembre de 1996.

¹⁹ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 3, de 23 de enero de 1995.

²⁰ Del Ministro de Finanzas y Precios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 39, de 5 de diciembre de 1997.

²¹ Del Ministro de Finanzas y Precios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 83, de 23 de diciembre de 1999.

²² *Vid.* Disposición Final Tercera, segundo párrafo, de la Ley No. 73.

²³ *Vid.* DÍAZ LEGÓN, Orestes J. y CARLOS A. PÉREZ INCLÁN, “Apuntes sobre la Ley No. 113, Del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba”, en Andry Matilla Correa y Alie Pérez Véliz (coords.), *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor doctor Eurípides Valdés Lobán*, pp. 431 y 432.

propuestos a alcanzar por el Estado en el proceso de actualización del modelo económico cubano,²⁴ se aprobó la Ley No. 113, "Del Sistema Tributario", de 23 de julio,²⁵ durante el IX Periodo Ordinario de Sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

La Ley No. 113 ratifica el concepto de tributo sobre los pilares tradicionales de prestación pecuniaria y coactividad, soportado en los principios de generalidad, equidad de la carga tributaria y capacidad económica. Dicha norma jurídica reconoce expresamente los fines fiscal y extrafiscal que posee el tributo,²⁶ a cuyo tenor este no solo tiene como objetivo obtener los recursos necesarios para la financiación de los gastos públicos, sino también el cumplimiento de otros fines de interés general, como lo es la protección, la conservación, el manejo, la utilización racional de los recursos naturales.

La consideración del tributo como un instrumento para la protección del medio ambiente se enfatiza en la Ley No. 113, al establecer tributos que tienen como fin la conservación y cuidado de los ecosistemas y recursos naturales que resulten dañados.²⁷ Así, en su Título VIII, "De la Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente", establece impuestos por el uso o explotación de las playas, por el vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas, por el uso y explotación de bahías,

²⁴ Vid. Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados, tras un amplio debate popular, en abril de 2011, en ocasión de la celebración del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba. De igual manera, deben consultarse la *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*; el *plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030: Propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*; y los *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el periodo 2016-2021*.

²⁵ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

²⁶ Tal consideración resulta de la letra del art. 3 de la Ley que se analiza, en ocasión de señalar: "Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos, han de constituir instrumentos de la política económica general y responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país".

²⁷ Estos tributos, además de los principios de generalidad, equidad y capacidad económica, se sustentan en una racionalidad ecológica, justificada en su relación con una problemática ambiental que se pretende afrontar a través de su aplicación y de acuerdo con los principios de suficiencia financiera, recuperación de los costes y justicia tributaria. Los principios de suficiencia financiera y recuperación de costes pretenden buscar la sostenibilidad del sistema, mientras que el principio de justicia tributaria informa su regulación al repartir la carga tributaria en función no solo de la utilización o explotación de los recursos naturales, sino también de la contaminación.

por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre, y por el derecho del uso de las aguas terrestres.

Como se puede apreciar, el legislador tributario para la configuración de los tributos ambientales se decantó únicamente por el establecimiento de impuestos; no previó ni tasas ni contribuciones ambientales, desaprovechando así la posibilidad de diseñar un repertorio más amplio de figuras tributarias con un sentido y contenido ambiental.

Con respecto al ordenamiento tributario precedente, la Ley No. 113 incorpora *ex novo* los impuestos por el uso o explotación de las playas, por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas y por el derecho de uso de las aguas terrestres. Por su parte, adquieren fisonomía propia, con respecto a lo previsto en la Ley No. 73 de 1994, los hechos impositivos de los impuestos por el uso y explotación de bahías y por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre.

La implementación de dichas figuras tributarias se realiza de forma gradual.²⁸ En esta línea, las leyes anuales presupuestarias,²⁹ en corresponden-

²⁸ Una característica de la Ley No. 113 en la aplicación del sistema tributario cubano es su gradualidad y flexibilidad, que constituyen un elemento esencial. La gradualidad cuenta con una expresión práctica en el tiempo y en los tributos, mientras que la flexibilidad permite su perfeccionamiento en una adecuada adaptabilidad a las cambiantes circunstancias y cuya cadencia la establecen las transformaciones económicas que conforman hechos económicos.

²⁹ *Vid.* art. 46 de la Ley No. 114, "Del Presupuesto del Estado para el año 2013", de 13 de diciembre de 2012, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 56, de 28 de diciembre de 2012; art. 52 de la Ley No. 117, "Del Presupuesto del Estado para el año 2014", de 20 de diciembre de 2013, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 20 de enero de 2014; art. 64 de la Ley No. 119, "Presupuesto del Estado para el año 2015", de 19 de diciembre de 2014, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 9 de enero de 2015; art. 61 de la Ley No. 120, "Del Presupuesto del Estado para el año 2016", de 29 de diciembre de 2015, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 12 de enero de 2016; art. 75 de la Ley No. 122, "Del Presupuesto del Estado para el año 2017", de 27 de diciembre de 2016, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 47, de 30 de diciembre de 2016; art. 73 de la Ley No. 125, "Del Presupuesto del Estado para el año 2018", de 21 de diciembre de 2017, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 48, de 29 de diciembre de 2017; art. 73 de la Ley No. 126, "Del Presupuesto del Estado para el año 2019", de 21 de diciembre de 2018, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 4 de enero de 2019; art. 74 de la Ley No. 130, "Del Presupuesto del Estado para el año 2020", de 20 de diciembre de 2019, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 4, de 13 de enero de 2020; art. 67 de la Ley No. 137, "Del Presupuesto del Estado para el año 2021", de 17 de diciembre de 2020, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 2, de 11 de enero de 2021.

cia con las previsiones de la Ley No. 113 y con las propias precisiones y adecuaciones que ellas recogen y resoluciones que emite el Ministro de Finanzas y Precios, establecen, respectivamente, los tributos que para los ejercicios fiscales se aplican. La situación para los tributos ambientales ha sido la siguiente:

Tabla 1

IMPUESTO	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Por el uso o explotación de las playas									
- Cayo Largo del Sur									
- Playas del Este									
- Varadero									
- Cayo Las Brujas									
- Cayo Ensenachos									
- Cayo Santa María									
- Cayo Coco		X	X	X	X	X	X	X	X
- Cayo Guillermo		X	X	X	X	X	X	X	X
- Región Turística de Holguín									
Por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas									
- cuencas hidrográficas que tributan a la Bahía de La Habana		X	X	X	X	X	X	X	X
- Tadeo				X	X	X	X	X	X
- Martín Pérez				X	X	X	X	X	X
- Luyanó				X	X	X	X	X	X
- cuencas hidrográficas que tributan a la Bahía de Matanzas									X
- cuencas hidrográficas que tributan a la Bahía de Cienfuegos									X
Por el uso y explotación de bahías									
- La Habana	X	X	X	X	X	X	X	X	X
- Mariel									
- Matanzas									X
- Cienfuegos									X
- Santiago de Cuba									
Por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Por el derecho de uso de las aguas terrestres		X	X	X	X	X	X	X	X

El impuesto por el uso o explotación de las playas grava a las personas jurídicas y naturales que usen o exploten las playas mediante la realización de actividades de hotelería, marinas y náuticas, alojamiento, servicios gastronómicos y comercialización de bienes y productos; es decir, la explotación económica del recurso desde el punto de vista del entorno y su comercialización. Como se puede apreciar en la Tabla 1, pese a concebirse la cobranza del tributo para nueve zonas de playa, hasta la fecha, efectivamente solo se ha exigido en Cayo Coco y Cayo Guillermo, lo cual, por un lado, muestra que todavía no se ha generalizado su aplicación y, por otro, genera un aumento en la carga fiscal de los sujetos obligados a su pago con respecto a aquellos que, en principio, estando sujetos efectivamente no lo pagan por la falta de general instrumentalización del tributo, situación que debe ser atendida de cara a evitar tratamientos diferenciados injustificados. En tanto la base imponible se constituye en función del ingreso bruto resultante de la actividad económica que se desarrolle, aplicándosele un tipo impositivo porcentual, puede decirse que este impuesto se orienta fundamentalmente a la recaudación de fondos para financiación de la conservación y rehabilitación de las playas, a desalentar el daño ambiental por el uso del recurso playa; calificando como un impuesto de cariz ambiental con finalidad recaudatoria.

El impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas, que internaliza el principio “quien contamina, paga”, grava los actos de vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas del país, en los límites aprobados por las autoridades medioambientalistas; y se exige sin perjuicio de las medidas administrativas por la violación de las regulaciones para la protección y conservación del medio ambiente y en adición a aquellos tributos que graven el uso o explotación de las bahías. Así, califica como un ingreso público, llamado a proteger y mejorar tanto el agua como el medio en el que se desenvuelve esta, y orientado a la financiación de aquellas medidas necesarias para restaurar el medio dañado por el vertido y a la estimulación de los comportamientos que favorecen la preservación del agua. Si bien en los dos primeros años solo se aplicó a la cuenca hidrográfica que tributa a la Bahía de La Habana, como se observa en la Tabla 1, en la actualidad se ha extendido su exigibilidad a cinco nuevas cuencas, que por la propia previsión de la Ley No. 113 de 2012 puede continuar extendiéndose a otras bahías y cuencas hidrográficas.

Llama la atención que en la configuración del ámbito subjetivo de este impuesto, solo están sujetas las personas jurídicas, quedando excluidas las personas físicas; cuestión en la que debería repensarse pues la protección y conserva-

ción de las cuencas atañe a todos.³⁰ Por otro lado, en tanto este impuesto grava solamente los vertidos autorizados, puede suceder que, aun determinando las autoridades ambientales la existencia del vertimiento contaminante, quien lo realiza no pague lo previsto, ya que carece de la correspondiente autorización.

A nuestro juicio, uno de los mayores retos de este tributo lo constituye la imprescindible cooperación y coordinación de las autoridades tributarias y ambientales. Téngase en cuenta que tanto para la determinación de la base imponible como del tipo impositivo es necesaria la determinación del nivel de agresividad del vertimiento, la certificación de los volúmenes de vertimiento y la forma directa o indirecta de verter los residuales.³¹

Por su parte, el *impuesto por el uso y explotación de bahías*, que se aplicaba al amparo de la Ley No. 73 de 1994, grava el uso del litoral y la basificación de las bahías, resultando un impuesto por el uso y explotación de ecosistemas de importancia vital para el equilibrio del desarrollo de las especies en los lugares de aplicación y, además, la potenciación de su explotación sostenible de cara al turismo. La Ley No. 113 prevé su aplicación en las bahías de La Habana, Mariel, Matanzas, Cienfuegos y Santiago de Cuba, con la perspectiva de su extensión gradual a otras del territorio nacional; aunque hasta el momento solo se aplica en las bahías de La Habana, Matanzas y Cienfuegos. De cara a lograr una cultura de preservación ambiental y de visualizar al tributo como un mecanismo regulador de conductas, es imprescindible alcanzar la generalización de este tributo. Este impuesto ha sido pagado en los últimos cinco años por un promedio de 24 contribuyentes y la recaudación recibida promedio anual es de casi dos millones de pesos.³²

Al igual que el tributo *supra* mencionado, el *impuesto por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre* se aplicaba en Cuba con anterioridad a la reforma tributaria de 2012. Este impuesto grava la utilización,

³⁰ En la misma dirección, AGUILA CARRALERO, Alisvech, "Luces y sombras de la protección ambiental mediante instrumentos económicos de gestión en la Cuba actual", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 12, No. 45, 2015, p. 136.

³¹ En palabras de especialistas de la Administración Tributaria cubana: "Hasta la fecha no se ha logrado la obtención de estas certificaciones por la Administración Tributaria, lo que prueba que no se tiene en cuenta por estos organismos el elemento regulador del Impuesto y su contribución a la protección del medio ambiente". *Vid.* VILASECA MÉNDEZ, Juan Carlos y Yoandra CRUZ DOVALES, "Los impuestos medioambientales en Cuba: Una asignatura pendiente", *Revista Cubana de Finanzas y Precios*, vol. 2, No. 2, abril-junio 2018, p. 15.

³² *Ibidem*, p. 14.

el aprovechamiento de la madera y productos no madereros –como resinas, cortezas, semillas, follajes, lianas, bejucos y otros– y la utilización de áreas para la práctica de caza, siempre que se realicen con fines económicos. A partir del análisis de los elementos de cuantificación del tributo, se puede argüir que va dirigido no solo como mecanismo de control de la tala, sino a la defensa integral de los bosques y la protección y conservación de la diversidad biológica que acogen. Entre las dificultades que se han detectado en su aplicación está la efectiva determinación de las personas obligadas a su pago, ya que desde 2015 ha existido una disminución del número de contribuyentes.³³

El impuesto por el derecho de uso de las aguas terrestres grava la utilización de las aguas terrestres, cuya captación se realice directamente desde obras o medios de conducción y distribución no administrados por terceros, bien con fines técnico-productivos o bien para la prestación de un servicio. Su configuración jurídica va encaminada a incentivar un aprovechamiento racional y adecuado del recurso agua. Como se ha señalado para otros casos, se requiere la cooperación interinstitucional para la efectiva cobranza de este tributo, ya que la base imponible se determina en función del volumen de agua utilizado a cada usuario; además de que las Empresas de Aprovechamiento Hidráulico de cada territorio fungen como perceptores de la obligación tributaria principal.

Por otro lado, también es preciso mencionar que el ordenamiento tributario ambiental cubano reconoce medidas de efectos agravatorios. Es el caso del *impuesto sobre utilidades* cuando concurre la explotación de recursos naturales, renovables o no, para lo cual el Consejo de Ministros puede aumentar el tipo impositivo del impuesto sobre utilidades a pagar hasta el cincuenta por ciento, según el recurso natural de que se trate. Esta medida contribuye a resarcir los gastos en que incurre el Estado para la protección del medio ambiente, y permite disminuir el valor de las pérdidas por la utilización y explotación de recursos naturales.³⁴

Asimismo, con el propósito de alentar determinadas conductas comprometidas con el medio ambiente, se pueden mencionar las deducciones en la base imponible al momento de determinar el impuesto sobre utilidades, del importe de las inversiones destinadas a la protección del medio ambiente, que ten-

³³ *Idem*, p. 13.

³⁴ Similar prescripción se establece en el art. 36, apartado 4, de la Ley No. 118, “Ley de la Inversión Extranjera”, de 29 de marzo de 2014, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 20, de 16 de abril de 2014.

gan por finalidad evitar o reducir la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales, evitar o reducir las cargas contaminantes vertidas a las aguas o favorecer la reducción, recuperación o tratamiento correcto, a efectos medioambientales, de los residuos industriales; y del importe de la reserva financiera para los gastos derivados de la protección del medio ambiente que están obligados a crear los concesionarios de actividad minera.

También prescribe la Ley No. 113 de 2012 que los concesionarios para la investigación, el procesamiento y la explotación mineros, para el pago del impuesto sobre utilidades pueden aplicar la depreciación acelerada de los costes de inversión en que incurran para el inicio de la extracción del mineral, su procesamiento y la comercialización de los productos de ellos derivados, incluyendo medios y equipos de transporte y carga, en los términos y condiciones que, para cada caso, establezca el Ministro de Finanzas y Precios, y que, de autorizárseles por el Consejo de Ministros, podrán destinar una parte de la utilidad antes de aplicar el impuesto sobre utilidades, para amortizar los gastos en que incurran durante la prospección y la exploración, que sean aceptados como gastos sujetos a reembolso.

Asimismo, justificado en los importantes costes que deben afrontar las actividades económicas para acoger una política de defensa del medio, y con una finalidad claramente incentivadora del ahorro y la calidad del agua, la ley tributaria vigente en Cuba también prevé la posibilidad de que los obligados al pago del impuesto por el vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas promuevan ante la Oficina Nacional de Administración Tributaria de su domicilio fiscal, la modificación del gravamen por reducción de la carga contaminante o forma de verter los residuales. A su vez, para aquellos sujetos que viertan con un nivel de agresividad inferior al reconocido por las normas ambientales, la Ley Anual del Presupuesto podrá establecer bonificaciones de los tipos impositivos.

De interesante puede calificarse lo establecido en la Disposición Especial Primera de la Ley No. 113 cuando preceptúa : *“Se faculta al Consejo de Ministros para establecer otros tributos y modificar o actualizar los hechos impositivos de los ya previstos, por el uso o explotación de recursos naturales y para la protección del medio ambiente, cuando las condiciones así lo aconsejen”*. A nuestro juicio, estos ajustes comportan dos vertientes que pueden resultar contrapuestas: una positiva, pues existe el ánimo del perfeccionamiento constante de la normativa tributaria ambiental en función de las circunstancias específicas del país; y otra negativa, ya que conculca con el respeto al principio de legalidad y la

preferencia de ley, en tanto el establecimiento de los elementos esenciales del tributo en Cuba le corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular y no al máximo órgano ejecutivo y administrativo que es el Consejo de Ministros.

A partir de todo lo anterior, el régimen tributario ambiental resultante de la reforma tributaria de 2012 queda integrado por específicas figuras tributarias de corte ambiental, medidas agravatorias e incentivadoras. Más allá de las insuficiencias que se le pueden atribuir al ordenamiento jurídico ecológico, lo cierto es que constituye un paso de avance importante en la entronización del tributo como instrumento económico de la gestión ambiental en Cuba. Claro está, su efectividad dependerá en gran medida del conocimiento y respeto de las previsiones que dicho régimen contiene, sobre la base de la cooperación interinstitucional.

5. CONCLUSIONES

El sistema tributario establecido en la Ley No. 113 de 2012 no se limita a garantizar ingresos públicos para gastos públicos. En tanto la protección del medio ambiente constituye uno de los retos actuales de la sociedad cubana, la fiscalidad ambiental se erige como un instrumento de política en apoyo al enfrentamiento a los principales problemas ecológicos y la protección y mejoramiento del medio natural. Los tributos de naturaleza ambiental establecidos en la ley tributaria cubana contribuyen a implementar la política ambiental nacional e interrelacionar economía, sociedad y ambiente.

Los tributos califican como un recurso de gran eficacia dentro de los instrumentos económicos de protección ambiental. Una efectiva implementación de los tributos medioambientales del sistema tributario cubano, y la consecución de una calidad ambiental a la que contribuyen, demanda una integración sistémica y una mejor y mayor cooperación y coordinación de las autoridades tributarias y ambientales, cuyo logro ayudaría a una protección, conservación, restauración y mejora del medio natural y a una correcta gestión ambiental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ACQUATELLA, Jean y Alicia BÁRCENA (Eds.), *Política fiscal y medio ambiente. Bases para una agenda común*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2005.

- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, "El tributo ambiental. Aplicación y efectividad sobre el medio ambiente", en *Serie de Cuestiones Medioambientales*, No. 1, AEMA, Copenhague, 1996.
- AGUILA CARRALERO, Alisvech, "Luces y sombras de la protección ambiental mediante instrumentos económicos de gestión en la Cuba actual", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 12, No. 45, 2015, disponible en <http://www.sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50559>, consultada el 3 de mayo de 2018.
- ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, "Los impuestos especiales como tributos medioambientales", en J. Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, España, 2006.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, "Capítulo III. Tributación ambiental en América Latina: oportunidades, avances y desafíos", en Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2017. La movilización de recursos para el financiamiento del desarrollo sostenible*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2017.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Apuntes de Derecho Financiero Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2005.
- DÍAZ LEGÓN, Orestes J. y Carlos A. PÉREZ INCLÁN, "Apuntes sobre la Ley No. 113, Del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba", en Andry Matilla Correa y Alie Pérez Véliz (coords.), *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor doctor Eurípides Valdés Lobán*, Ediciones Loynaz, 2016.
- FANELLI, José María, Juan Pablo JIMÉNEZ e Isabel LÓPEZ AZCÚNAGA, "Reformas fiscales ambientales: el rol de los tributos", en Juan Carlos Gómez Sabaini, Juan Pablo Jiménez y Ricardo Martner (Eds.), *Consensos y conflictos en la política tributaria de América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Chile, 2017.
- MAGADÁN DÍAZ, Marta y Jesús RIVAS GARCÍA, *Fiscalidad y medio ambiente en España*, Septem Ediciones S.L., 2004.
- MUÑOZ VILLARREAL, Alberto, "Fiscalidad y medioambiente: estado de la cuestión (I)", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, disponible en www.munoz-arribas.com/.../fiscalidad-y-medioambiente-estado-de-la-cuestion-i-anuar/pdf, consultada el 7 de septiembre de 2018.
- PITRONE, Federica, "Definiendo los 'Impuestos Ambientales': Aportes desde el tribunal de Justicia de la Unión Europea", *IUS et VERITAS*, No. 49, diciembre 2014, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13616/14239>, consultada 23 de julio de 2018.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Instrumentos Económicos y Política Fiscal*, resumen de XIV Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente

de América Latina y el Caribe, 2003, disponible en <http://www.pnuma.org/forumofministers/14-panama/pan09nfe-InstrumentosEconomicos.pdf>, consultada el 15 de febrero de 2017.

ROSEMBUJ, Tulio, *Los tributos y la protección del medio ambiente*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., España, 1995.

STIGLITZ, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Antoni Bosch Editor S.A., Barcelona, 1999.

VILASECA MÉNDEZ, Juan Carlos y Yoandra CRUZ DOVALES, "Los impuestos medioambientales en Cuba: Una asignatura pendiente", *Revista Cubana de Finanzas y Precios*, vol. 2, No. 2, abril-junio 2018, disponible en http://www.mfp.gob.cu/revista_mfp/index.php/RCFP/article/view/03_V2N22018_JCVMYCD, consultada el 6 de junio de 2018.

VILLAR EZCURRA, Marta, "Cambio climático, desarrollo sostenible y fiscalidad ambiental", en *Crónica Tributaria*, No. 235, 2010, disponible en https://www.eco-nomistas.es/contenido/REAF/gestor/135_Villar.pdf, consultada el 12 de julio de 2018.

OTROS DOCUMENTOS

PARTIDO COMUNISTA DE CUBA, *Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*, 2017.

PARTIDO COMUNISTA DE CUBA, *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución* aprobados, 2011.

PARTIDO COMUNISTA DE CUBA, *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021*, 2017.

PARTIDO COMUNISTA DE CUBA, *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: Propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*, 2017.

FUENTES LEGALES

Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

Ley No. 73, "Del Sistema Tributario", de 4 de agosto de 1994, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 8, de 5 de agosto de 1994.

Ley No. 76, "Ley de Minas", de 21 de diciembre de 1994, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 3, de 23 de enero de 1995.

- Ley No. 81, "Del Medio Ambiente", de 11 de julio de 1997, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.
- Ley No. 113, "Del Sistema Tributario", de 23 de julio de 2012 *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria No. 53, de 21 de noviembre de 2012.
- Ley No. 114, "Del Presupuesto del Estado para el año 2013", de 13 de diciembre de 2012, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 56, de 28 de diciembre de 2012.
- Ley No. 117, "Del Presupuesto del Estado para el año 2014", de 20 de diciembre de 2013, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 20 de enero de 2014.
- Ley No. 118, "Ley de la Inversión Extranjera", de 29 de marzo de 2014, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 20, de 16 de abril de 2014.
- Ley No. 119, "Presupuesto del Estado para el año 2015", de 19 de diciembre de 2014, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 9 de enero de 2015.
- Ley No. 120, "Del Presupuesto del Estado para el año 2016", de 29 de diciembre de 2015, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 12 de enero de 2016.
- Ley No. 122, "Del Presupuesto del Estado para el año 2017", de 27 de diciembre de 2016, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 47, de 30 de diciembre de 2016.
- Ley No. 125, "Del Presupuesto del Estado para el año 2018", de 21 de diciembre de 2017, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 48, de 29 de diciembre de 2017.
- Ley No. 126, "Del Presupuesto del Estado para el año 2019", de 21 de diciembre de 2018, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 4 de enero de 2019.
- Ley No. 130, "Del Presupuesto del Estado para el año 2020", de 20 de diciembre de 2019, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 4, de 13 de enero de 2020.
- Ley No. 137, "Del Presupuesto del Estado para el año 2021", de 17 de diciembre de 2020, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 2, de 11 de enero de 2021.
- Decreto-Ley No. 44, "De los ingresos al Presupuesto del Estado provenientes del sector estatal y de las organizaciones políticas, sociales y de masas", de 6 de julio de 1981, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria Especial No. 2, de 6 de julio de 1981.

Resolución No. 50, de 29 de agosto de 1996, Ministerio de Finanzas y Precios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 37, de 11 de noviembre de 1996.

Resolución No. 51, de 29 de octubre de 1997, Ministerio de Finanzas y Precios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 39, de 5 de diciembre de 1997.

Resolución No. 36, de 21 de diciembre de 1999, Ministerio de Finanzas y Precios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 83, de 23 de diciembre de 1999.

Recibido: 12/12/2020
Aprobado: 7/2/2021

FUNCIONALIDAD CORRECTIVA DEL DERECHO DE TANTEO PARA UNA MEJOR DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DE LOS TRIBUTOS ASOCIADOS A LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA ENTRE PARTICULARES*

Corrective function of the right of first refusal to better determine the taxable income on home contract of sale between natural persons

Dr. (Teodoro) Yan Guzmán Hernández

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de La Habana, Cuba
<http://orcid.org/0000-0002-7470-7100>
yan@lex.uh.cu

Lic. Dayma Domínguez Gómez

Registradora de la Propiedad, Cuba
<https://orcid.org/0000-0001-6723-6286>
daymadominguezgomez@gmail.com

Resumen

En la compraventa de vivienda entre particulares en Cuba, generalmente, el precio que pactan comprador y vendedor es varias veces superior, respecto al que acuerdan formalizar en la escritura pública y al valor referencial mínimo que determinó el Ministro de Finanzas y Precios, desde el 2017, como correctivo a la base imponible de los tributos asociados a este negocio jurídico. Esta situación no solo genera un perjuicio a los ingresos tributarios que el Estado debe captar, sino que también atenta contra los principios de capacidad económica, capacidad contributiva y equidad tributaria. El siguiente trabajo tiene como objetivo fundamentar como el derecho de tanteo a favor del Estado sería un nuevo mecanismo legal correctivo, para una mejor determinación de la base imponible de los tributos antes mencionados.

Palabras claves: compraventa de vivienda; tributo; derecho de tanteo; principio de capacidad económica; principio de equidad tributaria; determinación de la base imponible.

* Los autores agradecen la revisión, comentarios y observaciones de los profesores Dr. Carlos PÉREZ INCLÁN y Dra. Joanna PEREIRA PÉREZ, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Abstract

In the home contract of sale between natural persons in Cuba, the price agreed by the buyer and the seller is generally several times higher than the one formalized in the public deed and the minimum reference value determined by the Ministry of Finance and Prices, since 2017, as a corrective to the taxable income associated with this legal business. This situation not only affects the tax revenues to be collected by the State, but also violates the principles of economic capacity, fiscal capacity and tax equity. The following work aims to establish how the preemptive right in favor of the State would be a new corrective legal mechanism to better determine the aforementioned taxable income.

Keywords: buying and selling of houses; tax; preemptive right; principle of economic capacity; principle of tax equity; determination of the tax base.

Sumario

1. Los conceptos bases y el contexto de la propuesta. 2. Los fundamentos de la propuesta. a) El deber de tributar en la Constitución cubana. Especial referencia al principio de capacidad económica. b) La insuficiencia de los regímenes para determinar la base imponible de los tributos asociados a la compraventa de vivienda entre particulares. c) El derecho de adquisición preferente del Estado y la necesaria reconfiguración legal del derecho de tanteo en la CVEP. 3. Desenlace y retos de la propuesta. **Referencias bibliográficas.**

1. LOS CONCEPTOS BASES Y EL CONTEXTO DE LA PROPUESTA

La compraventa es un contrato “por el que una parte se obliga a transmitir una cosa o derecho a la otra, a cambio de que ésta se obligue a pagarle una suma de dinero llamada precio”.¹ Cónsone con la definición anterior, el Código civil establece que en virtud de este contrato, “el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, mediante su entrega y este a pagar por él determinado precio en dinero”.² De su carácter oneroso se deriva su relevancia económica, en la medida que comprende una ventaja patrimonial para las partes: la adquisición de un bien por el comprador y de su valor, generalmente en dinero, por el vendedor.

¹ ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, p. 231.

² Art. 334, Ley No. 59, “Código civil”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 39, 19 de julio de 1987.

Al examinarse esta figura jurídica en Cuba se constata que a partir del triunfo de la Revolución en 1959, se han previsto límites en su regulación, que han llegado hasta su prohibición respecto a determinados bienes. La tierra, las obras consideradas patrimonio, los automóviles y la vivienda han sido algunos de esos bienes sujetos a limitaciones, en particular en lo que se refiere a la facultad de disposición por su propietario.³

Respecto a la vivienda se puede afirmar que, desde antes de 1959, se convirtió en una cuestión social sobre la cual una vez la Revolución en el poder emprendería una estrategia a fin de revertir su precaria situación;⁴ de ahí la aprobación de la Ley de Reforma Urbana, el 14 de octubre de 1960, así como la política que ha emprendido la dirección política y el Estado, a fin de poder resolver el problema del déficit habitacional. La tesis de la función social de la propiedad⁵ y el principio socialista de que la vivienda no es un bien que se pueda destinar al lucro, sino a satisfacer necesidades personales⁶ han definido los derroteros

³ La Constitución de 1940 prescribió algunos límites a la propiedad privada, véanse arts. 88, 89 y 90-II§, Ley No. 1, Constitución de la República, *Gaceta Oficial*, 8 de julio de 1940.

⁴ Véase alusión al problema de la vivienda en el alegato "La historia me absolverá", que pronunciara Fidel CASTRO después del asalto a los cuarteles Moncada y Carlos Manuel de Céspedes. Véase CASTRO RUZ, Fidel, *La historia me absolverá*, pp. 52 y 53. Algunos datos al respecto se pueden encontrar también, en los POR CUANTO de la Ley de Reforma Urbana, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 23, 14 de octubre de 1960.

⁵ La Carta Magna de 1940 fue el primer texto constitucional cubano que la reconoció en ese concepto. En su art. 87 estableció que el Estado cubano reconoce la existencia de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la ley, Ley No. 1, Const. 1940. Los privatistas cubanos han reconocido la actualidad de la función social de la propiedad, incluso en figuras jurídicas contractuales que pueden encontrar límites debido a esta función. Véase PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (dir.), *Comentarios al Código civil cubano*, t. II – *Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes*, vol. III (arts. del 196-232), p. 368.

⁶ Sobre esta tesis véase, dentro de los manualistas soviéticos que la justificaron, a JÁLFINA, Raísa, *El derecho de propiedad personal en la URSS*, pp. 77-87 (dedicadas a la casa de habitación) y pp. 90-103 (dedicadas al contenido del derecho). Entre los autores cubanos que racionalizaron la tesis en cuestión sin un análisis crítico de la misma, véanse DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, "La nueva Ley General de la Vivienda", *Revista Cubana de Derecho*, No. 38, jul.-sept. 1989, p. 5; VEGA VEGA, Juan, *Comentarios a la Ley General de la Vivienda*, p. 138. La tesis ha trascendido además a la normativa relacionada con la vivienda, véanse art. 22 de la Constitución de 1976, que estableció: "Se garantiza la propiedad personal sobre [...] la vivienda que se posea con justo título de dominio [...]" (Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial No. 2, 24 de febrero de 1976); así como el último POR CUANTO de las leyes General de la Vivienda, que aludió al sentido en que ha debido entenderse la propiedad personal de la vivienda "en las condiciones concretas de construcción del socialismo en Cuba" (Ley No. 48, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 22, 27 de diciembre de 1984, y Ley No. 65, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, 8 de febrero de 1989).

de su régimen jurídico hasta la actualidad, en particular lo concerniente a los límites legales que se le han impuesto desde 1960 hasta el presente.

El historial de los límites legales al contrato de compraventa de vivienda entre particulares (CVEP en lo adelante) en Cuba pone en evidencia cierta inconstancia (véase Anexo). En nombre del derecho de tanteo y de un peculiar “derecho de prioridad”, el Estado adquirió un derecho más que preferente, a través de *sui generis* configuraciones legales del primero, que llegaron a exponer al propietario de la vivienda a un importante perjuicio económico, o a cercenar su facultad de disposición sobre este bien. El derecho de tanteo es uno de los derechos de adquisición preferente y se entenderá como el derecho que tiene una persona en relación con una cosa determinada, para que en caso de que su propietario quiera enajenarla por venta, se lo manifieste previamente, indicándole el precio y condiciones, por si aquel desea quedársela.⁷

Tanto la prohibición de la CVEP como la anómala configuración del derecho de tanteo a favor del Estado, con base en el valor legal de ese bien, fueron causa de insatisfacción popular. Parte de la población, durante varios años, se vio limitada *in extremis* para adquirirla en propiedad mediante este tipo de contrato, o en el caso de los propietarios, para disponer de su titularidad, con fines que redundaran en su bienestar personal y en el de su familia. Los límites también trajeron consigo la proliferación de ilícitos que fueron desde negocios en fraude de ley hasta compraventas ilegales, incluso matrimonios por conveniencia,⁸ que eran utilizados para sortear las cortapisas legales.

La CVEP en Cuba constituye el presupuesto material u objetivo de dos hechos imponderables conexos. Como afirmara PÉREZ ROYO:⁹ en cualquier compraventa tienen lugar dos transmisiones (o adquisiciones), cada una de las cuales es causa de la otra; de manera que el transmitente del bien es al propio tiempo adquirente del precio que satisface el comprador, tal como afirmara. Los tributos descansan en la identificación de una situación (normalmente) indicativa de

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. segundo – *Derecho de cosas*, pp. 296 y 297.

⁸ OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, “Los límites a la autonomía de la voluntad en materia contractual”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, p. 284.

⁹ PÉREZ ROYO, Fernando, “El impuesto sobre las transmisiones onerosas”, en José Juan Ferreiro Lapatza, et al., *Curso de derecho tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en especie*, p. 540.

capacidad económica,¹⁰ como es el caso de este tipo de transmisión onerosa. La CVEP tiene un impacto positivo en el patrimonio de las partes, de ahí que el impuesto de transmisión de bienes y herencias (en lo adelante ITBH) para el comprador que adquiere un inmueble, y el impuesto sobre ingresos personales (en lo adelante IIP) para el vendedor, que obtiene en dinero su correspondiente valor, son los dos tributos que se le asocian, tal como lo establecen los arts. 196 y 197-a, y 17-f y 44, respectivamente, de la Ley No. 113, Ley del sistema tributario (en lo adelante LST).¹¹

Dos elementos esenciales del tributo son su base imponible y el tipo de gravamen o tipo impositivo. Del primero se derivan la base liquidable y el método o régimen que se emplee para su correcta determinación. La base es una magnitud de expresión cuantitativa,¹² según el art. 5 de la LST (2012), a través de ella se realiza la valoración del hecho jurídico o económico,¹³ o sea, como sostiene PÉREZ INCLÁN cuantifica la capacidad económica del contribuyente para cada tributo,¹⁴ de ahí que para este autor esa función “se erige en difinitoria”.¹⁵ Para ROMALLO MASANET la base tiene una función retrospectiva, ya que mide algún elemento del hecho imponible ya realizado, y una función proyectiva, a futuro, a la vez que sirve para determinar la cuantía de la cuota tributaria.¹⁶ Sobre la base imponible, o sobre la base liquidable, recae la aplicación del tipo impositivo,¹⁷ la propia LST lo define como “la magnitud que se aplica a la base imponible para determinar el importe del tributo”.¹⁸

Mediante la operación que conjuga el tipo impositivo y la base imponible se obtiene la cuota tributaria del sujeto pasivo y, en definitiva, la porción de

¹⁰ MARTÍN QUERALT, Juan, *et. al*, *Curso de Derecho financiero y tributario*, p. 67.

¹¹ Art. 196 y art. 197-a, Ley No. 113, “Del sistema tributario”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, 21 de noviembre de 2012.

¹² PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos de Derecho tributario*, p. 152.

¹³ Art. 5-c, LST.

¹⁴ PÉREZ INCLÁN, Carlos, “Tributos fijos y variables. Base imponible y liquidable. Regímenes para la determinación de la base imponible. Cuota tributaria. Deuda tributaria”, en Colectivo de autores, *Apuntes de Derecho financiero cubano*, p. 158.

¹⁵ *Ibidem*, p. 159.

¹⁶ RAMALLO MASSANET, Juan, “Hecho imponible y cuantificación de la prestación tributaria”, *Revista Española de Derecho Financiero*, No. 20, 1978, pp. 617-618 (pp. 346-672).

¹⁷ PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 158.

¹⁸ Art. 5-w, LST.

riqueza que cada sujeto pasivo debe abonar al ente público acreedor, en consonancia con su capacidad económica.¹⁹ Si el hecho imponible es el elemento cualitativo del tributo, la base imponible y el tipo de gravamen son sus elementos cuantitativos.²⁰ Debe existir una estrecha relación entre el hecho y la base imponible; en tal sentido se debe verificar la congruencia entre ambos, de ahí la necesidad de una cuidadosa selección de la base imponible para que no se desvirtúe la selección del hecho imponible que hizo el legislador.²¹ Una incorrecta determinación de la base imponible puede lesionar al principio de capacidad contributiva, y por efecto dominó, a otros principios del Derecho tributario, como son los de igualdad y equidad, poniendo a la justicia tributaria en tela de juicio.

Desde que se autorizara en Cuba la CVEP en 2011, usualmente, el vendedor y el comprador han acordado declarar, en la escritura pública, un precio de la propiedad de la vivienda (en lo adelante precio de la transferencia) o, como también se le conoce, precio escriturado,²² por lo general, varias veces inferior al precio real de venta, que igualmente pactan con anterioridad. Esta misma situación se ha evidenciado desde 2017 hasta la fecha respecto al valor referen-

¹⁹ PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos...*, cit., p. 158.

²⁰ MARTÍN QUERALT, Juan, et al., *Curso...*, cit., pp. 260 y 265.

²¹ *Ibidem*, p. 260.

²² A lo largo de este trabajo se usarán los términos precio de la transferencia, precio real de venta, precio legal, valor referencial mínimo, valor en el tráfico inmobiliario y valor de oferta, cada uno con un significado específico. Por precio de la transferencia o precio escriturado –como también se le conoce– deberá entenderse el que declaran las partes ante el notario público, para que se consigne en la escritura de contrato de compraventa de vivienda. El precio real de venta es el que acuerdan las partes y se corresponde con el monto de dinero que el comprador transfiere al vendedor. El precio legal es el que fijó la Dirección Municipal de la Vivienda, de acuerdo con lo que estableció el Consejo de Ministros en su momento. El valor referencial mínimo se encuentra fijado legalmente, al efecto de establecer la base imponible para los tributos asociados al contrato de CVEP. El valor en el tráfico inmobiliario cubano es el valor aproximado que se le imputa a la vivienda, a partir de las ofertas que hacen los vendedores o agentes de ventas en determinados sitios web informales. Este valor tiene en cuenta un grupo de características de la vivienda que no se encuentran identificadas en el valor referencial mínimo y se corresponde en mayor medida con el valor de oferta y con el precio real de venta, antes mencionado. El término tráfico inmobiliario solo pretende denotar el comercio de viviendas existentes en Cuba desde 2011. El tráfico se hace valer de elementos y mecanismos estatales, no estatales e informales, como son las notaría, el registro de la propiedad, el facilitador de permutas y compraventa de viviendas (figura legalizada como una de las actividades permisibles dentro del trabajo por cuenta propia), los sitios web que promocionan las ofertas de viviendas y que de alguna manera estandarizan precios, entre otros.

cial mínimo, que instituyera ese año la Resolución No. 112 de 2017 del Ministra de Finanzas y Precios²³ (en lo adelante Res. No. 112/2017).

Esta especie de mecanismo corrector se amparó en el Decreto-Ley No. 343 de 2017, que modificase los arts. 44, 203 y 211 de la LST, que facultó a la Ministra de Finanzas y Precios a establecer los valores referenciales mínimos de las viviendas, para la liquidación y pago del IIP y del ITBH.²⁴ La Res. No. 112/2017 pretendió establecer un mecanismo corrector de la diferencia existente respecto al precio legal, mas no cumplió su objetivo respecto a la distancia persistente entre el precio de transferencia y el precio real de venta, teniendo en cuenta que el primero trasciende a la base imponible de los tributos recién mencionados.

Esta situación ha repercutido directamente contra los ingresos tributarios del Estado, lo que tiene un impacto económico negativo, y a su vez incide en el gasto público que este debe incurrir para cumplir sus objetivos y fines.²⁵ De ahí que el presente trabajo tiene como propósito proponer y fundamentar un mecanismo legal para lograr una mejor determinación de la base imponible de los tributos asociados a este contrato. El objetivo final de la propuesta es, tal como se lo planteó con objetividad meridiana el Decreto-Ley No. 343, *“lograr una mayor correspondencia con los valores reales de transmisión de las viviendas, contrarrestar conductas evasoras y fortalecer los mecanismos de control tributario”*,²⁶ cuestión que la Res. No. 112/2017 complementó normativamente, no con toda la suerte deseada, al establecer las bases para el cálculo de los valores referenciales mínimos, para el pago y liquidación del IIP y del ITBH.²⁷

Tres partes integran el desarrollo de este trabajo. En la primera se abordan el deber de tributar en Cuba, con especial referencia a su regulación constitucional, a partir del texto de 1976, y de manera general, algunos principios del Derecho financiero que sirven de fundamento al nuevo mecanismo correctivo, haciendo énfasis en el principio de capacidad económica. En la segunda se tratan los regímenes para la determinación de la base imponible, a partir de las

²³ Ministerio de Finanzas y Precios, Resolución No. 112/2017, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 16, 11 de abril del 2017.

²⁴ Segundo POR CUANTO, Decreto-Ley No. 343, modificativo de la Ley No. 113, de 23 de julio de 2012 “Del sistema tributario”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 16, 11 de abril del 2017.

²⁵ Art. 3, LST.

²⁶ Segundo POR CUANTO, Decreto-Ley No. 343.

²⁷ Segundo POR CUANTO, Res. No. 112/2017-MFP.

cuestiones teóricas básicas y del tratamiento que les da la LST, desde lo cual se valorará la falta de optimización de los arts. 44 y 203, respecto a los principios de capacidad contributiva y equidad tributaria, para el caso de los tributos asociados a la CVEP. Por último, en la tercera parte se realiza un análisis crítico de la regulación del derecho de adquisición preferente del Estado, en los límites de la CVEP, desde 1960 hasta 2011, año en que se eliminó la prohibición de CVEP y no se ha previsto límite alguno a este contrato hasta la actualidad. En esta última parte se propone los fundamentos para su reconfiguración legal, como mecanismo funcional para la determinación de la base imponible de los tributos asociados a este contrato.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

A) EL DEBER DE TRIBUTAR EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

La Constitución cubana de 1976 y su reforma en 1992 –que tuvo lugar un poco más de dos años antes que la Ley No. 73, “Del sistema tributario”– no reconocieron, taxativamente, el deber de contribuir a los gastos públicos.²⁸ Al margen de lo anterior, para ese entonces sobrevivían algunas disposiciones jurídicas que regulaban tributos, como MESQUIDA lo ilustrara²⁹ y, por ende, los ciudadanos y determinados grupos en particular se encontraban en una situación ju-

²⁸ PÉREZ INCLÁN, Carlos, “Principios constitucionales y legales del ordenamiento tributario cubano”, en Ana María Álvarez-Tabío Albo y Andry Matilla Correa (coords.), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, p. 189. Las soluciones que se dieron para suplir la ausencia fueron establecer una equiparación analógica desde el art. 34-IV§, que exigía a los extranjeros el deber de contribuir a los gastos públicos, o integrar jurídicamente este precepto con el 64 de la propia Constitución, que estipulaba los deberes cívicos y morales para los cubanos. La solución más aceptada por tributaristas y constitucionalistas cubanos fue la de integrar dichas normas. Esta solución tampoco era consistente por el carácter autónomo de los deberes cívicos y morales, que a diferencia de los deberes jurídicos son heterónomos (sobre esto véase GARCÍA MAYNÉZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, pp. 15-16), por lo tanto, los primeros poco tienen que ver con la bilateralidad que supone la norma tributaria, de la cual se deriva una relación jurídica con derechos y deberes para las partes. Para profundizar sobre la no constitucionalización del deber de tributar en Cuba, véanse SIMÓN OTERO, Liana, “El deber de tributar como fundamento del sistema tributario. Un reto para el constitucionalismo cubano”, en Andry Matilla Correa y Alie Pérez Veliz (coords.), *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor doctor Eurípides Valdés Lobán*, pp. 412-428; y REGUEIRO ALE, Vladimir, “Deber de contribuir. Principios materiales de justicia tributaria”, en Colectivo de autores, *Apuntes...*, cit., pp. 96-108.

²⁹ Véase MESQUIDA DEL CUETO, Raysa María, “Algunas consideraciones alrededor de los sujetos de las relaciones jurídicas tributarias y el procedimiento en materia fiscal”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 31, oct.-dic. 1987, pp. 107-164.

ridica de exigibilidad tributaria. El texto de 1976 rompió así con una tradición constitucional que databa de la Constitución de 1901.³⁰ Algunos autores, como MESQUIDA, fundamentaron la ausencia del deber de tributar en el texto de 1976 en el contexto histórico.³¹ Otros, al particularizar su omisión en la reforma constitucional de 1992 arguyeron el limitado grado de generalidad que tenían los tributos en el sistema socioeconómico para ese momento,³² y técnicamente, además, debido a los límites a la reforma que prescribía el propio texto.³³

La Constitución cubana de 2019 responde a un contexto socioeconómico diferente, consecuentemente, no solo reconoció el deber de tributar, sino que previó mayor cantidad de normas que informan y pautan la organización del sistema financiero.³⁴ A diferencia de otros textos foráneos, no las

³⁰ Véase art. 9.2 de la Constitución de la República de Cuba de 1901, en PICHARDO VIÑALS, Hortensia, *Documentos para la historia de Cuba*, t. II, p. 77

³¹ MESQUIDA DEL CUETO, Raysa María, "Caracterización de la reforma tributaria de 1994", *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, No. 3, 1997, p. 63 (pp. 57-82).

³² Para REGUEIRO ALE, la no incorporación de referencias expresas y amplias sobre la temática tributaria a la Constitución, con la reforma en 1992, se debió a que no obstante que "la situación económica social era muy distinta a la descrita en 1976, aún la tributación no tenía el grado de generalización ni el peso que hoy tiene en la base económica de la sociedad". Véase REGUEIRO ALE, Vladimir, "Deber de contribuir...", *cit.*, pp. 96 y 97.

³³ REGUEIRO ALE sostuvo además, una razón de peso: el deber de contribuir con los gastos públicos no podía reconocerse debido a que la cláusula de reforma protegía a los contenidos especialmente protegidos, entre los cuales estaban los deberes (véase art. 141-II, Const., 1976) y eso hubiera acarreado una reforma total (véase REGUEIRO ALE, Vladimir, "Deber de contribuir...", *cit.*, pp. 98 y 99), para lo que hubiese sido necesario un mecanismo diferente al utilizado, una vez que implicaba un referendo. Si bien esto es cierto, no se puede obviar que con la reforma se incluyó el deber de tributar a los extranjeros, que tomaba como base una desafortunada cláusula de equiparación para ese caso, y se reguló, por primera vez, las situaciones excepcionales que tienen como consecuencia "natural", el límite a determinados derechos. Véase GUZMÁN HERNÁNDEZ, (Teodoro) Yan, "El procedimiento de reforma, la participación popular y las reformas de la Constitución en Cuba (1959-2002)", *Estudios Constitucionales*, Año 13, No. 2, 2015, p. 260 (pp. 237-272).

³⁴ Véase arts. 21, 90-91, 108-k, 122-s, 137-f y g, Const. 2019. Otras normas constitucionales informan, de manera indirecta, al sistema financiero cubano, como son los casos de algunos de los principios-valores del art. 1; o determinados fines del Estado, previstos en el art. 12, por solo citar dos ejemplos. Cfr. Constitución de la República, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, 10 de abril de 2019.

Se emplea el símbolo "S" para hacer denotar el párrafo, contándose el precepto base. Si bien no es la nomenclatura más usada en los trabajos de los investigadores y teóricos cubanos para identificar la ubicación de los contenidos en las leyes, en el presente trabajo será usada *ad hoc* para señalar la ubicación más exacta de determinados contenidos que no se encuentran en incisos o en acápite.

sistematiza en un título o capítulo, fórmula que, en su momento, empleó la Constitución cubana de 1940.³⁵

El texto vigente reconoce el deber de los ciudadanos cubanos de “*contribuir a la financiación de los gastos públicos en la forma establecida por la ley*”,³⁶ lo mismo establece para los extranjeros, apoyándose otra vez en el principio de equiparación.³⁷ La actual formulación del deber de tributar pudo ser más ambiciosa, a tono con algunos referentes constitucionales,³⁸ que no solo lo asocian a la relación recíproca funcional entre ingreso y gasto,³⁹ sino que también establecen, a rango constitucional, desde la propia formulación de este importante deber, algunos de los principios que han sido denominados materiales del Derecho financiero,⁴⁰ o materiales justicia,⁴¹ o de justicia tributaria,⁴² y que lógicamente, le son extensivos. Entre estos principios se encuentran los de generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscación, aunque este último, para CALVO ORTEGA, más que un principio es un límite al sistema.⁴³

De la relación entre los arts. 90-d, 91-c y 13-d constitucionales, además de constatarse el principio formal de reserva de ley,⁴⁴ se pudiese leer, de mane-

³⁵ El texto de 1940 concentró la regulación del sistema tributario en el Título decimoséptimo, “Hacienda nacional”, del art. 251 al 270 (se incluyen los últimos 5 artículos dedicados al Tribunal de cuentas), Ley No. 1, Const., 1940.

³⁶ Art. 90-d, Const., 2019. La formulación es muy similar a la del art. 9-b, Const. 1940, aunque esta la concebía como una obligación y no como un deber.

³⁷ Véanse art. 90 y 91, Const. 2019.

³⁸ Véanse art. 31, Constitución española 1978, y art. 75-6, Constitución de la República Dominicana, 2010.

³⁹ GOLDSCHIED, cit. en MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, cit., p. 160 y ss.

⁴⁰ MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, cit., p. 106; COLLADO YURRITA, Miguel Ángel y Saturnina MORENO GONZÁLEZ, “Principios constitucionales de Derecho financiero: principios materiales”, en Miguel Ángel Collado Yurrita y Gracia María Luchena Mozo, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, p. 114.

⁴¹ BORRERO MORO, Cristóbal José, “Los principios materiales de justicia en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, No. 1, 1996, p. 201 (pp. 187-210).

⁴² REGUEIRO ALE, Vladimir, “Deber de contribuir...”, cit., pp. 102-108.

⁴³ CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero I. Derecho tributario (Parte general)*, p. 198.

⁴⁴ Ley en este contexto normativo, a diferencia de la comprensión ambivalente que se ha dado a este vocablo desde la Constitución de 1976, en el sentido de comprender a los decretos-leyes y a los decretos, debe entenderse como la ley en sentido formal. El principio de legalidad en su origen se encuentra vinculado al de autoimposición y constituye una limitación

ra extensiva, el de generalidad. El principio de igualdad, si bien encuentra su nicho en el art. 42, este se formuló en función de los derechos, dejándose de prever que todas las personas tienen los mismos deberes, además del resto de las prerrogativas que el precepto otorga.⁴⁵ No obstante, es un entendido que todas las personas son formalmente iguales ante la ley tanto en derechos como en deberes.

Con una marcada raigambre histórica, el principio de generalidad informa que los integrantes de una sociedad, tanto nacionales como extranjeros, deben contribuir al sostenimiento del gasto público, en dependencia de su capacidad económica.⁴⁶ La generalidad es la primera condición para realizar la igualdad en la imposición.⁴⁷ La igualdad es fundamento del ordenamiento jurídico y constitucional cubano, principio-valor superior del ordenamiento. En virtud de la igualdad, todos son iguales a la hora de contribuir a los gastos públicos del Estado, pero obviamente, la igualdad exige un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que cuanto mayor sea la riqueza obtenida, su capacidad económica, mayor ha de ser la cantidad con la que ha de contribuir al sostenimiento de las cargas públicos.⁴⁸

Una derivación de la conjugación de los principios de generalidad e igualdad es la exigencia al legislador de "tipificar como hecho imponible todo acto, hecho o negocio jurídico que sea indicativo de capacidad económica",⁴⁹ y de evitar que "se traten de forma distintas situaciones que son idénticas, y cuando tal desigualdad no encuentre una justificación objetiva y razonable, y resulte desproporcionada".⁵⁰ En estos argumentos se evidencia la conexión de la generalidad con los principios de capacidad económica

al poder del Estado, ya que los impuestos han de ser establecidos en ley, lo que constituye una garantía al poder los ciudadanos aprobar los impuestos que han de pagar. PÉREZ INCLÁN, Carlos, "Principios constitucionales...", *cit.*, p. 196. No obstante, la centralidad de este principio para el Derecho financiero no tendrá más desarrollo en este trabajo que el que se le ha dado en esta nota al pie, por no trascender a la propuesta.

⁴⁵ Véase art. 42, Const., 2019.

⁴⁶ Este principio es extensible a las personas jurídicas, cuestión que omite la formulación de la actual Constitución, pero salva el art. 2-II§ de la LST.

⁴⁷ PÉREZ INCLÁN, Carlos, "Principios constitucionales...", *cit.*, p. 192.

⁴⁸ FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho financiero español*, p. 407.

⁴⁹ MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, *cit.*, p. 107.

⁵⁰ *Ibidem*.

y equidad tributaria, entendido el último como una directa proyección del principio más general de igualdad.⁵¹

MESQUIDA DEL CUETO, a raíz de aprobarse la Ley No. 73, “Del sistema tributario”, en 1994, sostuvo la pertinencia de constitucionalizar el principio de capacidad económica a futuro.⁵² La Constitución del 2019 no lo hizo, no obstante la nueva fisonomía de la Constitución económica⁵³ y la trascendencia de este principio para la configuración de cualquier sistema tributario. Vale señalar que tanto la Ley No. 73 derogada como la LST vigente, lo reconocieron de conjunto con los principios de generalidad y equidad tributaria. El precepto base de ambas leyes para el reconocimiento de estos principios ha sido prácticamente el mismo,⁵⁴ aunque la LST estableció los contenidos mínimos de los de generalidad y equidad, así como su relación con el de capacidad económica.⁵⁵

“El principio de generalidad exige que todas las personas jurídicas y naturales, con capacidad económica, deben quedar obligadas al pago de los tributos establecidos por el Estado. El principio de equidad consiste en que las personas con similar capacidad económica, quedan sujetas a similar carga tributaria, y a las que demuestran una capacidad de pago diferente, se les determinen cargas tributarias diferenciadas, protegiendo a las de menores ingresos”.

El principio de capacidad económica debe asociarse en principio a aquella “apetitud del ciudadano para soportar el impuesto (en general sin referirse a alguno en concreto),⁵⁶ o sea, funge como fundamento de la imposición. La capacidad económica de cada sujeto es el fundamento de legitimidad, la medida y el límite máximo de su justa contribución.⁵⁷ Ha actuado en una doble dimensión, en la positiva, como presupuesto de imposición, a la vez que informa que se debe gravar toda situación indicativa de riqueza en los sujetos o de aumento

⁵¹ REGUEIRO ALE, Vladimir, “Deber de contribuir...”, *cit.*, p. 103.

⁵² MESQUIDA DEL CUETO, Raysa María, “Caracterización...”, *cit.*, p. 63 (pp. 57-82).

⁵³ Véase MORENO CRUZ, Marta Milagros, “La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano”, *Revista Universidad de La Habana*, No. 289, ene.-jun. 2020, pp. 44-70.

⁵⁴ Compárense el art. 3 de la Ley No. 73, “Ley del sistema tributario”, derogada, con el art. 2, LST vigente.

⁵⁵ Art. 2-II§, LST.

⁵⁶ PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 71.

⁵⁷ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, “Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 13, 2005, p. 236 (pp. 235-251).

del patrimonio de estos, y en la negativa, como límite, al impedir que se graven riquezas meramente virtuales o ficticias, o sea, inexpressivas de capacidad económica.⁵⁸ Si los principios de generalidad y legalidad colocan a los sujetos contribuyentes en un plano de equiparación formal frente a la norma tributaria, el principio de capacidad económica individualiza dicha posición.

Los principios de progresividad y no confiscatoriedad se relacionan directamente con la capacidad económica. El primero prescribe que en la medida que aumente la riqueza de los sujetos pasivos debe aumentar la contribución de estos, de manera proporcional al incremento de la riqueza obtenida;⁵⁹ de esta forma, progresividad y proporcionalidad van de la mano, sin que esto signifique que la progresividad sea exigible a cada una de las figuras tributarias individualmente.⁶⁰

El segundo de los principios mencionados constituye en sí un límite extremo que dimana del derecho de propiedad,⁶¹ tiene como propósito evitar patologías del tributo, con la cual se incide de una manera agresiva y negativa en la riqueza obtenida legítimamente. La no confiscatoriedad evita que se atente contra la capacidad económica y, por ende, se termine desestimulando la actividad económica que origina al hecho imponible, o en el peor de los casos, desencadenando ilícitos para sortear los efectos desmedidos de la injustificada conjugación de los elementos cuantitativos del tributo.

La virtualidad del principio de capacidad económica se pone en evidencia cuando en virtud de la equidad tributaria, se racionalizan jurídicamente –con base y meta, en la justicia tributaria, en su condición de principio global del sistema⁶²– determinadas situaciones que merecen ser consideradas como hechos imponibles. En ese sentido, la capacidad económica se ajusta a una nueva perspectiva, a la de capacidad contributiva. Tal como asevera MOSCHETTI, “capacidad contributiva no es, por tanto, toda manifestación de riqueza, sino sólo aquella potencia económica que debe juzgarse idónea para concurrir a los gastos públicos, a la luz de fundamentales exigencias económicas y sociales”.⁶³

⁵⁸ MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, *cit.*, pp. 122 y 123.

⁵⁹ MARTÍN DELGADO, *cit.* por MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, *cit.*, p. 119.

⁶⁰ MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, *cit.*, p. 119.

⁶¹ LASARTE, *cit.* por MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, *cit.*, p. 120.

⁶² CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero I...*, *cit.*, p. 76.

⁶³ MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, *cit.* por SIMÓN OTERO, Liana, “Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25, jul.-dic. 2011, p. 212 (pp. 201-266).

Lo anterior guarda estrecha relación con el principio de normalidad, acuñado por GIARDINA. A través de este principio se matizan los efectos de una lectura simplona o desmesurada del principio de capacidad económica, se evita el casuismo impositivo y se racionalizan los efectos adversos. Para ello debe entenderse que cuando el legislador configura determinadas situaciones como indicativas de capacidad económica, atiende a supuestos que normalmente lo son, pero sin pretender significar que en todos los casos lo sean, y por lo tanto, no se derivará siempre la exigencia impositiva.⁶⁴ De ahí que el legislador deberá tener en cuenta la exención del mínimo vital, al efecto de evitar que se graven determinadas cantidades que si bien integran un hecho que cumple con los estándares que exige el principio de capacidad económica, sirven para la satisfacción de las necesidades básicas o de las mínimas necesidades vitales de su titular.⁶⁵

El principio de capacidad económica alcanza mayor concreción en la capacidad contributiva. Algunos autores no han establecido una diferenciación entre el principio de capacidad económica y el de capacidad contributiva,⁶⁶ también se ha referido a la existencia de una capacidad económica absoluta y una relativa para aludir a la capacidad contributiva, a través de esta última.⁶⁷ Al margen de lo anterior, en sede de este trabajo tendrán una significación particular, y capacidad contributiva será la variable a emplearse, aunque vale aclarar que en Cuba la capacidad contributiva es de escasa aplicación y se alude a la capacidad económica atribuyéndosele igual alcance.

⁶⁴ GIARDINA, Emilio, *Le basi teoriche del principio della capacita contributiva*, cit. por MARTÍN QUERALT, Juan, et al., *Curso...*, cit., p. 123.

⁶⁵ Una manifestación de ello se encuentra en la Disposición Especial Sexta que establece: [sic.] *“El Impuesto sobre los Ingresos Personales sobre el salario y demás remuneraciones que califiquen como tal, según lo dispuesto en las normas especiales y el Impuesto sobre la Propiedad de Viviendas y Solares Yermos a personas naturales cubanas y extranjeras con residencia permanente en el territorio nacional, se exigirán cuando las condiciones económicas y sociales aconsejen su aplicación, lo que se aprobará por la Ley del Presupuesto del año que corresponda”*. Disposición Especial Sexta, LST.

⁶⁶ FERREIRO LAPATZA sostiene que “capacidad contributiva es igual a capacidad económica. Es igual a capacidad para contribuir, para soportar las cargas económicas derivadas de los tributos. Véase FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de derecho financiero español*, cit., p. 388. PÉREZ DE AYALA y PÉREZ DE AYALA BECERRIL lo trataron indistintamente. Véase PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos...*, cit., pp. 70-74.

⁶⁷ MASBERNAT MUÑOZ, Patricio, “El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España”, revista *Ius et Praxis*, Año 16, No. 1, 2010, pp. 310-313 (pp. 303-332).

A cada hecho imponible le corresponde una base imponible y un tipo impositivo, en tanto son elementos esenciales del tributo y resultan funcionales al procedimiento u operaciones de pago y liquidación del mismo. Si la identificación del hecho imponible se relaciona con el principio de capacidad económica, la correcta determinación de la base imponible y el resto de las derivaciones que se desprendan de ella, en particular su conversión en base liquidable y el régimen para su determinación, se asociarán, con mayor aptitud, a la capacidad contributiva.

A partir de la conjugación o de la correcta valoración de la funcionalidad de estos principios podría derivarse el principio de congruencia. La dimensión externa de este principio implicaría que los hechos imposables que tengan similares características socioeconómicas deben tener, en el marco de la ley tributaria, un tratamiento con las mismas lógicas impositivas, mientras que la dimensión interna implicaría que se pueda constatar, en cada tributo, la relación de proporcionalidad entre la potencia que describe la capacidad económica con la que se concreta a través de la capacidad contributiva.

B) LA INSUFICIENCIA DE LOS RÉGIMENES PARA DETERMINAR LA BASE IMPONIBLE DE LOS TRIBUTOS ASOCIADOS A LA CVEP

El precio es requisito del negocio jurídico de contrato de compraventa, de ahí que se afirme que la existencia del dinero es un elemento indispensable en este contrato.⁶⁸ El Código civil pauta que *“el precio en la compraventa es el que se establece en las regulaciones oficiales, y solamente cuando estas no existan, el que las partes acuerdan”*,⁶⁹ lo que complementa el art. 70 de la Ley General de la Vivienda (LGV en lo adelante), en su carácter de norma especial, al disponer que el precio en la compraventa de vivienda es el que *“libremente acuerdan las partes”*.⁷⁰ De la CVEP surgen dos precios: el de transferencia de la propiedad y el real de venta, ambos pueden diferir del valor de oferta que emplea el vendedor para introducir su vivienda en el tráfico inmobiliario. El precio real de venta, generalmente, queda en la esfera privada (y en ocasiones secreta) de las partes e incide principalmente en la dinámica de valores de las viviendas en el tráfico inmobiliario.

El legislador al identificar certeramente el presupuesto objetivo del cual se derivan los hechos imposables cumple con el principio de capacidad económica,

⁶⁸ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *et al.*, *Compendio de Derecho civil*.

⁶⁹ Art. 336, Ley No. 59, “Código civil”.

⁷⁰ Art. 70, Ley No. 65, “Ley General de la Vivienda”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, 8 de febrero de 1989.

en su primera dimensión, sin embargo, surgen para él nuevos retos respecto a los principios de capacidad contributiva y equidad tributaria. Por lo tanto, en la CVEP el legislador deberá pretender que la base imponible sea lo más próxima posible al precio real de venta, de manera tal que sobre este recaiga el gravamen o tipo impositivo, con mayor justeza, a tono con la capacidad contributiva que alcanzan el vendedor y el comprador.

Los métodos o regímenes para la determinación de la base imponible son aquellos que permiten su medición concreta; implican, de ser necesario, una recuantificación del elemento mensurable del hecho imponible, o sea, de la base imponible, para posteriormente aplicar el tipo impositivo. La determinación de la base es la averiguación o cálculo de las dimensiones que ella misma –y no otra entidad– tiene en cada hecho imponible concreto.⁷¹ La LST privilegia la determinación directa para el conocimiento de la base imponible⁷² y la califica como régimen general y fundamental⁷³ respecto a los regímenes de presunción directa y de presunción indirecta, catalogados como especiales.⁷⁴ Esta ley indica, además, que las legislaciones específicas establecerán los medios y métodos (idóneos) que complementen lo establecido por ella, al efecto de la determinación de la base.⁷⁵

En la determinación directa se toma aquel elemento del hecho imponible cuya magnitud o dimensión es cuantificable e idónea para denotar la capacidad contributiva adquirida. El término “directa” se acoge para significar que el conocimiento de la base se obtiene de una forma inmediata y no a través de presunciones o índices.⁷⁶ En la determinación directa el paso de la base normativa a la fáctica se logra al tomar datos de la situación real del contribuyente; de ahí que se afirme que más que un método de estimación se configura como un auténtico método de evaluación o medición.⁷⁷ Según la LST, los datos se obtendrían de las declaraciones juradas y documentos presentados por los contribuyentes, o de la información consignada en libros y registros compro-

⁷¹ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, t. VI, p. 208.

⁷² Art. 64 y 65, Decreto No. 308, “Reglamento de las normas generales y de los procedimientos tributarios”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Sobre el alcance legal de los dos últimos regímenes, véanse arts. 66 y 67, Decreto No. 308.

⁷⁵ Art. 63, Decreto No. 308.

⁷⁶ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda...*, t. VI, *cit.*, pp. 211 y 212.

⁷⁷ PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 154.

bados.⁷⁸ En el caso particular del ITBH y del IIP, asociados a la CVEP, será lo que cada una de las partes declare, de manera independiente, respecto al precio de transferencia –constatable en la escritura pública de compraventa– y a la correspondiente cuota tributaria a pagar.⁷⁹

Parte de la doctrina española ha distinguido el elemento objetivo del subjetivo del hecho imponible, o lo que es lo mismo, el presupuesto objetivo o material del presupuesto subjetivo o personal del supuesto de hecho.⁸⁰ El primero se constituye por un hecho considerado en sí mismo, objetivamente, aislado de cualquier vinculación personal, mientras que el segundo atiende al vínculo que une a una persona con el elemento objetivo y que, según lo dispuesto por el legislador en cada caso, determina en esa persona la condición de sujeto pasivo de la obligación tributaria.⁸¹

Por su parte, en los regímenes de presunción directa y de presunción indirecta, en su condición de métodos objetivos, tal como ha entendido la doctrina española a los métodos semejantes que se han regulado en las leyes tributarias de ese país, se produce una sustitución de las normas materiales definidoras de la base imponible, que integran el régimen de determinación directa, por otras que introducen elementos objetivos.⁸² De esta forma, mientras que la determinación directa tiene un carácter esencialmente subjetivo, ya que atiende a los rasgos individuales del sujeto relacionado normativamente con el hecho imponible, en los regímenes de presunción directa e indirecta se puede prescindir de estos rasgos y se atiende a unos elementos objetivos prefijados normativamente.⁸³

En relación con lo anterior, los métodos o regímenes objetivos suponen la renuncia a considerar la situación real del caso concreto individualizado, a cambio del resultado de la aplicación de unos índices, módulos o datos, que establecen valores o funciones medios, si bien están más “alejados” de la realidad o del hecho que se trata de medir, también son más fáciles de conseguir, más

⁷⁸ Art. 64, Decreto No. 308.

⁷⁹ Esta declaración se realiza a través de un modelo destinado al efecto. véase Ministerio de Finanzas y Precios, Instrucción No. 16/2002, de 16 de abril de 2002.

⁸⁰ FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Apología contracorriente de la estimación objetiva”, *Crónica tributaria*, No. 116/2005, p. 69 (pp. 63-79).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² GÉNOVA GALVÁN, Alberto, “Los regímenes de determinación de la base imponible”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, vol. 36, No. 181, Madrid, 1986, p. 48 (pp. 13-56).

⁸³ *Ibidem*.

evidentes y menos discutibles.⁸⁴ Por ello SAINZ DE BUJANDA alertó sobre la diferencia entre determinación y estimación, alegando que la primera conduce a un conocimiento cierto de la materia imponible, mientras que la segunda nos lleva a un conocimiento presuntivo.⁸⁵ La LST es consecuente al referirse a determinación solo en la directa y referirse a las modalidades de presunción, como regímenes. El art. 44 de la LST, antes de su modificación en 2017, estableció:

“Para los actos de compraventa de vivienda, la base imponible está constituida por el precio de transferencia de la vivienda que se transmite, siempre que resulte igual o superior al valor actualizado de esta; en caso contrario está constituida por este último”.

Por valor actualizado se debió entender el precio legal de la vivienda, que fijara la autoridad correspondiente.⁸⁶ El precio legal consta en los títulos de dominio, en el Dictamen técnico de descripción, tasación, medidas y linderos, emitido por las Direcciones de Planificación Física,⁸⁷ no sufre variación alguna mientras no se modifique alguno de los elementos de la descripción de la vivienda que trascienda a su tasación.

La complejidad intrínseca a los hechos imponderables derivados de la CVEP en Cuba está dada, en parte, porque existen diferentes precios de la vivienda. La displicencia del Estado frente al tráfico inmobiliario, en particular, en lo referente a valores y proyección especulativa, inciden negativamente en el sistema tributario.

Ante la primera regulación del art. 44,⁸⁸ las partes fijaron un precio de transferencia igual, o incluso muy superior al precio legal que obraba en el título de dominio, al efecto de determinar directamente la base imponible de sus respectivos tributos, la cual, incluso en los supuestos en que resultaba muy superior al precio legal, seguía siendo varias veces inferior al compararla con el precio real de venta. Esa realidad hoy ha quedado aun más distorsionada con el Ordenamiento monetario y cambiario, pues no solo ha aumentado la venta de viviendas en moneda internacional, dígame dólar o euro principalmente, quedando el peso cubano relegado en este tipo de operaciones, sino que

⁸⁴ FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Apología...”, *cit.*, p. 63.

⁸⁵ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda...*, t. VI, *cit.*, p. 207.

⁸⁶ Art. 42, LGV.

⁸⁷ Resolución No. 58 del Instituto de Planificación Física, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 81, 19 de noviembre del 2020.

⁸⁸ Véase *supra*.

en ocasiones, el precio del inmueble ha quedado fijado a partir del valor de dichas monedas en el mercado negro. Un apartamento que antes del Ordenamiento se podía vender en 60.000,00 CUC,⁸⁹ puede cotizarse actualmente en 60.000,00 USD, lo que equivaldría a 3.900.000,00 CUP y no a 1.500.000,00 CUP (1 CUP equivalía a 25 CUP), teniendo en cuenta que para agosto del 2021, 1 USD ha llegado a equivalerle 65 CUP en el mercado negro o informal.⁹⁰

Esta situación, que generaba una falta de correspondencia entre la base imponible y los valores reales de transmisión de las viviendas, significó una ruptura del principio de congruencia y una situación de subdeclaración generalizada que desencadenó en conductas evasoras,⁹¹ tal como se determinó en los fundamentos de hecho del Decreto-Ley No. 343,⁹² que materializó la modificación cualitativa del art. 44 de la LST, con consecuencias cuantitativas. La Res. No. 112/2017, que complementó al Decreto-Ley No. 343, fijó valores referenciales mínimos, en correspondencia con la ubicación de la vivienda y sus características básicas, para determinar la base imponible del ITBH y del IIP,⁹³ en sustitución del precio legal.

El valor referencial mínimo de la vivienda no constituyó un nuevo valor legal, sino que, de forma complementaria, ha servido para determinar los impuestos a pagar por el vendedor y el comprador⁹⁴ en la CVEP. Lo anterior significó una adecuación del aspecto material de la base imponible (precio) del presupuesto objetivo (compraventa de la vivienda) con trascendencia a los hechos imposables conectados (ingresos obtenidos y transmisión patrimonial). La variación del valor mínimo tolerable para fijar la base imponible significó que esta perdía "la certeza" que el precio legal le otorgaba, a cambio de un valor referencial por módulos,

⁸⁹ La cifra estimada se ha tomado de viviendas similares que se ofertan en los sitios informales, que la mayoría de los compradores utilizan para fijar un precio a su vivienda.

⁹⁰ El IIP y el ITBH se pagan en pesos cubanos (CUP), pese a que, generalmente, en la CVEP, el comprador pagaban al vendedor en pesos cubanos convertibles (CUC). Véanse arts. 47 y 211, LST y a partir del Ordenamiento la Disposición Especial Primera del Decreto-Ley No. 21 de 20 de diciembre del 2020.

⁹¹ Entrevista a Vladimir REGUEIRO ALE, en ese entonces director de Política de ingresos del Ministerio de Finanzas y Precios, en CASTRO MORALES, Yudi, "Corregir desde la norma, las brechas de evasión", diario *Granma*, de 3 de mayo de 2017.

⁹² Segundo POR CUANTO, Decreto-Ley No. 343.

⁹³ Existió un precedente con el valor referencial mínimo para la compraventa de vehículos entre particulares. Véase Decreto-Ley No. 320, "De la transmisión de la propiedad de vehículos de motor, su comercialización e importación", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 46, de 31 de diciembre de 2013.

⁹⁴ Entrevista a Vladimir REGUEIRO ALE, en Castro Morales, Yudi, "Corregir...", *cit.*

sobre la base de un coeficiente de ubicación, a partir del cual se presume el precio real de venta, sin perjuicio de que las partes declaren el real.

Con la modificación del art. 44 de la LST, el valor referencial mínimo del apartamento, en el ejemplo anteriormente utilizado, según la Res. No. 112/2017,⁹⁵ queda fijado en 325.000,00 pesos cubanos, lo que equivalió a 13.000 pesos cubanos convertibles, o sea, un poco más de 4 y media partes del precio real que supuestamente pactaron vendedor y comprador.

En ambos periodos, en el comprendido entre 2011 y 2017, antes de modificarse el art. 44, y en el actual, a partir de 2017, la determinación de la base imponible de los tributos combina la determinación directa con el régimen de presunción directa.⁹⁶ El precio legal y el valor referencial mínimo, tal como reza la presunción directa, han fungido como índices objetivos para los hechos imposables, como resultado de las propias características de estos últimos, en lo que respecta a la posibilidad de constatar una correspondencia racional entre el precio escriturado y el precio real de venta.

Sin embargo, los valores referenciales mínimos que establece la Res. No. 112/2017 no solo siguen distando de los precios reales de las viviendas, por lo que se sigue atentando contra el principio de capacidad contributiva, sino que, además, al basarse en tipologías de vivienda muy generales⁹⁷ trastocan el principio de equidad tributaria, al obligar a contribuyentes a pagar la misma cuota tributaria, al margen de haber pactado precios muy distantes.⁹⁸ Esto es lógica consecuencia de la aplicación del régimen de presunción directa, pues la capacidad económica adquirida pierde individualidad, ya que todos los sujetos que tengan los mismos índices, módulos, etc., tendrán la misma base imponible, aunque sus rendimientos reales sean distintos.

⁹⁵ Véase Anexo No. 2, Res. No. 112/2017.

⁹⁶ Se afirma que “no existe con carácter puro ya que en los tributos que lo prevén, la propia ley recorta su referencia directa a los datos reales, permitiendo que se integren con ciertas presunciones o datos estimativos o imputados”. Véase MARTÍN QUERALT, Juan, *et al.*, *Curso...*, *cit.*, p. 271.

⁹⁷ Véase Anexo No. 6, “Metodología para la determinación del valor referencial de las viviendas”, Res. No. 112/2017.

⁹⁸ Al examinarse el Anexo No. 6 de la Res. No. 112/2017, con los precios de oferta que aparecen en determinados sitios informales al servicio del tráfico inmobiliario en Cuba, a simple vista se evidencia que propietarios de viviendas con precios legales muy diferentes y, consecuentemente, con precios reales, incluso con mayor diferencia, pagarían la misma cuota tributaria, en virtud del IIP, lo mismo ocurriría con los correspondientes compradores de esas viviendas, en virtud del ITBH.

En la CVEP, el legislador podrá pretender que el precio de transferencia coincida con el precio real de venta pactado por las partes, al efecto de una mejor determinación de la base imponible, sin embargo, no podrá lograr más que un valor estimado, lo más próximo posible al valor real de venta. Este precio estimado, que se debe a las características propias en las que se configura el presupuesto de los hechos imposables, tendrá un carácter *ad hoc* para la base y el procedimiento de liquidación del IIP y del ITBH asociados a este contrato. Tal como afirmó el Tribunal Supremo español en Sentencia de 10 de octubre de 1995:

“No existe un valor real, entendido éste como un carácter o predicado ontológico de las cosas, en cuanto tal, sino que necesariamente el valor real es una consideración más de las relaciones entre los sujetos y las cosas, en este caso las relaciones de cambio que se producen en la vida económica, como expresión y cuantificación que cada una de ellas tienen para los sujetos que desean adquirirlas o transmitir las”.

Si bien esta decisión del máximo tribunal español data de hace 25 años y está asentada sobre una lógica de mercado, ofrece algunos horizontes al legislador cubano, expuesto ante una realidad económica relativamente nueva. Existe un tráfico inmobiliario desde finales de 2011 y el intercambio de valores que lo dinamiza ha distado, en una trascendente cuantía, primero, del precio legal y, en la actualidad, del valor referencial mínimo. En este sentido se debe tener en cuenta que la nueva Constitución se pronuncia respecto al rol que debe asumir el Estado frente al mercado.⁹⁹

En Cuba, el Estado no realiza una tasación y avalúo de las viviendas, que permita constatar o adecuar un supuesto nuevo valor de las mismas, respecto a los valores de oferta que se establecen en el tráfico inmobiliario. De ocurrir, podría contribuir a fijar valores más o menos *standard* de los inmuebles, en correspondencia con las características generales de la construcción y la ubicación, pues la que realiza el arquitecto de la comunidad solo trasciende al precio legal de la vivienda. La determinación del valor real de los inmuebles no es un tema simple, incluso para economías de mercado, con un ordenamiento jurídico cónsone con esa realidad; no solo desde un punto de vista técnico, sino porque la doctrina y la jurisprudencia se dividen en dos posiciones esenciales sobre lo anterior, defender su equiparación al valor de mercado o rechazarla.¹⁰⁰

⁹⁹ Véase art. 18, Const., 2019.

¹⁰⁰ LUQUE MATEO, Miguel Ángel, *La comprobación de valores de bienes inmuebles en el ISD y en el ITP y ADJ*, p. 54.

Además de lo anterior, la inexistencia de un registro de la propiedad digitalizado, la falta de homogeneidad de las descripciones legales de la vivienda, así como la omisión de datos que trascienden a su valor de mercado, por ejemplo, la dimensión de los dormitorios, la omisión de algunas superficies, entre otros aspectos, dificultan enormemente la posibilidad de complementar al régimen de presunción directa con otros medios y métodos, o apelar, subsidiariamente, al de presunción indirecta, a través de una comprobación de valores por la administración tributaria.¹⁰¹ En la CVEP, en los límites del contexto cubano, se hace necesario buscar alternativas factibles para este momento, que permitan que el precio escriturado sea el más próximo al valor real de venta, y con ello se logre fijar cuotas tributarias que se correspondan con la capacidad contributiva de las partes.

C) EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL ESTADO Y LA NECESARIA RE-CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE TANTEO EN LA CVEP

La facultad de disposición, como regla, permite que el propietario enajene el bien del cual es titular, en la forma y las condiciones que desee, constituye la esencia del derecho de propiedad.¹⁰² A tono con lo anterior, el art. 129.1 del Código civil cubano establece que la propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme con su destino socioeconómico. En el marco de las situaciones jurídicas que se derivan del derecho de propiedad se dan los derechos de adquisición preferente, los cuales otorgan a su titular la facultad de adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una determinada cosa, en caso de que su propietario decida enajenarla.¹⁰³

Según Díez-PICAZO, los derechos de adquisición preferente se integran normalmente, por imperativo legal, en el contenido de la situación jurídica en la que se halla su titular.¹⁰⁴ Para algunos autores, esta preferencia priva al propietario de la cosa, de su libertad de enajenarla a quien quiera, se debate si afecta la facultad dispositiva o incide sobre la libertad de contratación, más que la de

¹⁰¹ Art. 13-c y d, Decreto No. 308.

¹⁰² Véase LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho*, p. 265.

¹⁰³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. V – *Propiedad y derechos reales*, segunda parte, p. 221.

¹⁰⁴ Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil patrimonial*, vol. III, t. 2 – *Los derechos reales en particular*, p. 218.

disposición, al margen de que, en todo caso, se ponderan motivos de interés general o de connotación social, que terminan primando sobre uno u otro.

Los típicos derechos de adquisición preferente son el tanteo, el retracto y la opción. En determinados contextos, cuando el Estado ha sido el beneficiario de los derechos de adquisición preferente, se han asociado a la legislación civil socialista, incluso, se ha llegado a identificar como expresión de la supervivencia de situaciones derivadas del feudalismo, que fragmentan el dominio y atentan contra la libertad de los propietarios.¹⁰⁵ No obstante, se ha apelado a este instituto, en países con ordenamientos típicamente liberales, como es el caso de España.¹⁰⁶ También se ha apelado al derecho de tanteo en particular, en los términos que se presenta la propuesta de este trabajo, o sea, en su función correctiva de la base imponible de los tributos asociados a la compraventa de inmuebles.¹⁰⁷

A tono con el objetivo prefijado en este trabajo, se examinará, de manera general, solo el derecho de tanteo, a la vez que en los límites de la CVEP ha servido para configurar constructos legales, mediante los cuales el Estado ha tenido un derecho de adquisición preferente. El derecho de tanteo es la facultad de que goza una persona para adquirir preferentemente una cosa que va a ser enajenada a un tercero, abonando la misma cantidad y en las mismas condiciones pactadas entre el transmitente y el tercero.¹⁰⁸ Para RAPA ÁLVAREZ “implica la obligación de que el vendedor avise, a quien ostenta ese derecho, su intento de enajenar alguna cosa, y el precio definitivo que se le haya ofrecido para que pueda tomarla el titular [...]”¹⁰⁹

Las notas esenciales de las definiciones de LASARTE ÁLVAREZ y RAPA ÁLVAREZ concuerdan con las que el resto de la doctrina ha ofrecido,¹¹⁰ de ellas se deduce,

¹⁰⁵ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad y otros sobre bienes*, p. 180.

¹⁰⁶ Véase 20minutos.es, “Luz verde al decreto de tanteo y retracto para frenar la especulación sin limitar las herencias de vivienda”, disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4325525/0/luz-verde-al-decreto-de-tanteo-y-retracto-para-frenar-la-especulacion-sin-limitar-las-herencias-de-viviendas/> consultado el 3-9-2020.

¹⁰⁷ Véase elmundo.es, Su Vivienda, “El derecho de tanteo y retracto, una medida persuasiva y eficiente”, disponible en <https://www.elmundo.es/suplementos/suvivienda/2006/433/1141340405.html>, consultado el 11-8-2020.

¹⁰⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios...*, t. V, *cit.*, p. 225.

¹⁰⁹ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad...*, *cit.*, p. 179.

¹¹⁰ Por ejemplo, para FERNÁNDEZ ELÍAS el “derecho de tanteo es el concedido a alguna persona para comprar la cosa por el tanto, si le ofrece al tiempo de celebrarse el contrato”. Véase FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, p. 602. Además,

en primer orden, el contenido particular de ese derecho, el cual, aunque no se apunta en estas definiciones, se hace complementar con el retracto, llegándose a considerar por algunos autores, partes o fases de un mismo derecho,¹¹¹ y en segundo orden, que las condiciones de la transmisión son las que libremente hayan acordado el transmitente y un tercero, cuestión esta que trasciende a la propuesta que se pretende fundamentar, a la vez que el precio o *tantum* es elemento principal de las condiciones de transmisión de la compraventa de vivienda.

Las definiciones más aceptadas por la doctrina recalcan el uso de este derecho en los contratos de tipo oneroso,¹¹² lamentablemente, en los límites de las LGV este instituto se extendió a contratos lucrativos.¹¹³ El Código civil cubano reconoce el derecho de tanteo y el retracto en los arts. 226.1-231; por la interpretación que de ellos se puede hacer, solo son aplicables a enajenaciones onerosas, y específicamente al contrato de compraventa, lo que se deduce de la redacción de los arts. 226.1 y 227, cuando el legislador emplea términos como “precio”, “vendedor”, “venta”, “bien vendido” y “comprador”. Si bien el art. 163 del Código civil cubano reconoce el derecho de tanteo a favor de los copropietarios en los supuestos de enajenación del bien, tal como afirma PÉREZ GALLARDO, en Cuba, el Estado ha sido, y aún es, el eterno destinatario de las normas sobre derecho de tanteo y de retracto.¹¹⁴ La CVEP fue uno de los escenarios donde la afirmación anterior encontró fundamento.

Las disposiciones normativas respecto al negocio jurídico de CVEP, a partir de la Ley de Reforma Urbana, estuvieron condicionadas a la previa autorización

véanse la definición de TRIAY LEÓN, Andrés, *Derechos reales*, vol. 2, p. 235; o más actuales, las de COCA PAYERAS, Miguel, “Los derechos de adquisición preferente: tanteo y retracto (2001/9-10)”, en Martín Garrido Melero *et al.*, *Revista La notaría. 150 años 1958-2008*, vol. 2 – *Fundamentos e instituciones de Cataluña*, p. 1287 (pp. 1288-1297); Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema...*, vol. III, t. 2, *cit.*, p. 219; y LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de derecho civil III: derechos reales*, vol. II – *Derechos reales limitados: situaciones de cotitularidad*, p. 348.

¹¹¹ ROCA SASTRE, Ramón María y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, cit. por PÉREZ GALLARDO, L. B., *Comentarios...*, t. II, vol. III, pp. 349 y 350.

¹¹² Véanse, por ejemplo, la posición al respecto en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil...*, *cit.*, p. 265; las definiciones dadas por RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad...*, *cit.*, p. 179; y por Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema...*, vol. III, t. 2, *cit.*, p. 219; así como los criterios al respecto de OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, “Los límites a la autonomía...”, *cit.*, p. 289, y PÉREZ GALLARDO, L. B., *Comentarios...*, t. II, vol. III, *cit.*, pp. 329 y 330.

¹¹³ Véanse art. 70, Ley No. 48 y Ley No. 65.

¹¹⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., *Comentarios...*, t. II, vol. III, *cit.*, p. 330.

administrativa, la correspondiente formalización ante funcionario público y a la limitación a través de un derecho de adquisición preferente a favor del Estado, aunque vale advertir que alguna de estas tres notas no siempre ha estado presente. El art. 29 de la Ley de Reforma Urbana fue la génesis de la desconfiguración legal del derecho de tanteo a favor del Estado, al establecer que cuando se pretendieran enajenar los inmuebles que se transmitieron en virtud de esa propia ley, el Estado podría obtener su titularidad sobre la base de un precio legal, que esa ley concibió específicamente para los actos de compra-venta de vivienda.¹¹⁵

Desde octubre de 1960 hasta mediados de 1967, aproximadamente, pervivieron transmisiones entre particulares que estuvieron limitadas por esa modalidad de adquisición preferente del Estado, junto a otras en las que las partes tenían libertad de contratación.

La Resolución No. RU-2 de 24 de agosto de 1967, del Consejo Superior de Reforma Urbana (RU-2/67 en lo adelante), señaló esta realidad y estableció la necesidad de corregir la “diferenciación entre inmuebles similares” y “la dualidad de tratamiento en relación con los mismos”.¹¹⁶ La resolución *in commento* confirió al Estado, la función de comprador preferente de todas las viviendas, con base en el precio legal,¹¹⁷ cuando los propietarios mostrasen el propósito de transmitir el dominio sobre las mismas.¹¹⁸ Esta disposición jurídica permitió la convivencia de un ya desnaturalizado derecho de tanteo, con un *sui generis* derecho de prioridad,¹¹⁹ lo que provocó, en los límites de su enrevesada normativa, que el primero actuara como complemento del segundo, sometiendo al titular de la vivienda, en caso de que pretendiese transmitirla onerosamente, a una doble autorización administrativa y que, como resultado de tal conjugación, se reiterara el derecho de adquisición preferente a favor del Estado,¹²⁰ lo cual debía entenderse que tenía escaso margen para no ejercitarse.

¹¹⁵ Véase art. 15, Ley Reforma Urbana.

¹¹⁶ POR CUANTO cuarto y quinto, RU-2/67.

¹¹⁷ RESUELVO octavo, RU-2/67.

¹¹⁸ Véanse RESUELVO primero y segundo, RU-2/67.

¹¹⁹ RESUELVO primero, RU-2/67.

¹²⁰ HERRERA LINARES, Santiago, *La vivienda en Cuba nuevo enfoque legal*, p. 11. Véanse además, RESUELVO séptimo y decimoprimer, RU-2/67.

Las regulaciones posteriores, para hacer valer el derecho de adquisición preferente del Estado, en la CVEP, mantuvieron con diferentes intensidades las deformaciones de la RU-2/67. Esto se pone en evidencia cuando se comparan los arts. 70¹²¹ de las LGV de 1984 y 1988, que se hicieron eco de la desconfiguración legal del derecho de tanteo,¹²² con las modificaciones que sufrieron dichos artículos, en virtud del Resuelto sexto de la Resolución No. 59/87, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda y del art. 1 del Decreto-Ley No. 233 del 2003.¹²³

Estas dos últimas disposiciones jurídicas, bajo el manto de un derecho de adquisición más que preferente, terminaron por constreñir al máximo el posible interés del propietario de la vivienda en venderla, por temor a un evidente perjuicio económico. La Resolución No. 59/87, más que significar “un abuso del ejercicio del derecho de tanteo por parte del Estado”,¹²⁴ formalmente mantuvo la desconfiguración legal de la institución al negar la posibilidad de que el tanteante respetase el precio que diera el titular de la vivienda,¹²⁵ pero, materialmente, encubrió la prohibición de la CVEP al preestablecer la venta al Estado, en caso de que los particulares mostrasen la intención de vender. Por su parte, el Decreto-Ley

¹²¹ Véanse los arts. 70 de la Ley No. 48 y de la No. 65, ambas leyes General de la Vivienda.

¹²² No obstante, el art. 70 de la Ley No. 48 dio cabida al precio convenido por las partes, cuestión que trajo consigo que en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1985, fecha en que entró en vigor la Ley No. 48, LGV, y 1987, año en que se dictó la Resolución No. 59, algunos propietarios enajenasen sus viviendas, a tenor del citado precepto, por valores superiores al precio legal, incluso, algunas de esas enajenaciones onerosas fueron producto de contratos de compraventa de vivienda entre personas naturales y jurídicas. Esta situación fue corregida por la Resolución No. 59/87, que amparada en el “*principio de que en ningún caso pueda el derecho de propiedad personal de la vivienda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni explotación*”, en su RESUELVO sexto dispuso que “*en todos los casos de compraventa la dirección provincial de la vivienda ejercerá el derecho de tanteo a favor del Estado y adquirirá la propiedad de las viviendas mediante el pago de su precio legal*”.

¹²³ Algunas cuestiones a destacarse de estas regulaciones son que en el caso de la Resolución No. 59/87, la configuración del derecho preferente del Estado podía tener un carácter transitorio. A medida que aumentara el fondo habitacional y hubiese un efectivo control sobre las operaciones relativas a los inmuebles, se podía eliminar la posición preferente del Estado en la compraventa de vivienda, propiedad de un particular. Véase DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, “La nueva Ley General de la Vivienda”, *cit.*, p. 177. Este particular quedó demostrado cuando la Ley No. 65 adoptó similar redacción que la Ley No. 48, en el sentido de que previó nuevamente la posibilidad de que se pudiera realizar la CVEP. Véanse arts. 70 de ambas leyes. Al margen de lo estipulado por el nuevo art. 70, la Resolución No. 59/87 continuó vigente y, por ende, el Estado ejercitaría el derecho de tanteo para todos los casos de compraventa, previsión que terminó formalizando, a mayor rango normativo, el Decreto-Ley No. 233, que modificó el art. 70 de la Ley No. 65.

¹²⁴ OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, “Los límites a la autonomía...”, *cit.*, p. 288.

¹²⁵ PÉREZ GALLARDO, L. B., *Comentarios...*, t. II, vol. III, *cit.*, p. 330.

No. 233, que a través de su Reglamento¹²⁶ derogó la Resolución No. 59/87, terminó suprimiendo el deiforme derecho de tanteo a favor del Estado, para formalizar la prohibición que patentizaba la Resolución, en esta ocasión, a un rango normativo superior, en correspondencia con el contenido del límite al derecho.

Las figuras legales que se previeron entre 1960 y 2011, mediante las cuales el Estado adquirió una posición preferente en la CVEP, al margen de sus anomalías (véase Anexo), tuvieron como base la defensa de los principios en materia de vivienda y la problemática socioeconómica que giraba a su alrededor.¹²⁷ De ahí que valdría la pena reconfigurar legalmente el derecho de tanteo a favor del Estado, consecuente con su previsión en el Código civil, para resolver o atenuar el problema que existe en la actualidad, en relación con el pago de los impuestos asociados a la CVEP.

La actual propuesta parte de la necesidad de encontrar un mecanismo legal que permita aproximar el precio de transferencia al precio real de venta; con ello se lograría una mejor determinación de la base imponible del IIP y del ITBH a satisfacer por el vendedor y por el comprador, respectivamente, en correspondencia con la capacidad contributiva adquirida. El derecho de tanteo se reconfiguraría para la CVEP, en los términos de precio convenido, tal como lo permite el Código civil vigente:

“Art. 226.1- El derecho de tanteo faculta a una persona designada por ley a adquirir un bien, por el precio convenido o el legal, según el caso, con preferencia a otro adquirente, cuando su propietario pretenda enajenarlo”.

“Art. 226.2- Con la finalidad de que el titular del derecho pueda ejercitarlo, el vendedor tiene la obligación de darle cuenta de las condiciones de la venta que se pretende realizar”.

En los comentarios al Código civil cubano, PÉREZ GALLARDO¹²⁸ ofrece algunas claves para entender los extremos de la propuesta del presente trabajo:

“Tratase el tanteo de un derecho que se ejercita en una fase en que el contrato de compraventa se ha proyectado, pero no consumado. El tanteante o titular

¹²⁶ Véase Disposición Final Cuarta 1-b, Instituto Nacional de la Vivienda, Resolución No. 618/2003 “Reglamento complementario al Decreto Ley No. 233”, 21 de octubre de 2003.

¹²⁷ Véanse POR CUANTO primero al décimo de la Ley de Reforma Urbana; POR CUANTO tercero de la RU-2/67; todos los POR CUANTO de la Ley No. 48 y de la Ley No. 65, LGV; POR CUANTO cuarto de la Resolución No. 59/87; y POR CUANTO primero del Decreto-Ley No. 233.

¹²⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B., *Comentarios...*, t. II, vol. III, *cit.*, p. 329.

del derecho de tanteo [en la propuesta el Estado], de ejercitarlo, adquiriría el bien objeto del contrato [la vivienda] en las condiciones en las que el vendedor propone concertar la compraventa, si bien esta no se ha consumado. Así, el precio que pagará el titular del derecho de tanteo [el Estado], es el fijado por el vendedor, ya que él no participa en su fijación. Se acepta la oferta de compraventa en los términos fijados por el vendedor, o simplemente se renuncia al derecho a adquirir un bien”.

A partir de lo anterior, la propuesta se basará en la relación que se establece entre el Código civil, en su carácter de norma general, y la LGV, norma especial, por lo tanto, de la regulación del art. 226, en lo referente al precio, solo trascenderá el convenido. Dentro del mecanismo, se deberá evaluar lo pertinente de la parcialmente derogada Resolución No. 14/2006 del Instituto Nacional de la Vivienda.¹²⁹ En esencia, para la CVEP, de las regulaciones anteriores se retomaría la previa autorización administrativa para los casos en que el Estado no ejercite su derecho (véase Anexo) y se mantendría la formalización ante notario público. Los nuevos arts. 44 y 203 (segundo párrafo) de la LST pudieran modificarse de la manera siguiente:

Art. 44.- Para los actos de compraventa de vivienda, la base imponible está constituida por el precio de transferencia de la vivienda que se transmite, siempre que resulte igual o superior al valor de oferta que formalice el vendedor ante la autoridad correspondiente y quede comprendido en el margen de variación¹³⁰ que ha establecido el Ministro de Finanzas y Precios.

Art. 203.- [...] Para los actos de compraventa de viviendas entre personas naturales, la base imponible está constituida por el precio de transferencia de la vivienda que se transmite, siempre que resulte igual o superior al valor de oferta que formalice el vendedor ante la autoridad correspondiente y quede comprendido en el margen de variación que ha establecido el Ministro de Finanzas y Precios.

¹²⁹ Véase art. I y III§.

¹³⁰ El margen de variación no se desarrolla en este trabajo. Se ha pensado como una previsión normativa que permitirá tener en cuenta la dinámica del tráfico inmobiliario, de modo que en caso de que el Estado no haga valer su derecho de adquisición preferente, le permitirá al titular de la vivienda enajenarla dentro de un margen de precio, de carácter proporcional, previamente prestablecido en la norma, a partir de la oferta que realizó.

3. DESENLACE Y ALGUNOS RETOS DE LA PROPUESTA

La Constitución de 2019 atemperó la normativa fundamental a las condiciones socioeconómicas existentes. La vivienda no ha perdido su condición de bien personal para satisfacer necesidades básicas, pero la realidad y, consecuentemente, la nueva Constitución formal permiten valorarla, además, como un bien de propiedad privada e incluso mixta.¹³¹ Este contexto y determinados principios constitucionales facultan al legislador a reconsiderar la regulación tributaria que se relaciona con la CVEP, a partir de problemática que esta suscita y las consecuencias que ello tiene.

Entre los principios de generalidad, igualdad y equidad tributaria, y los de capacidad contributiva, proporcionalidad y congruencia, existe una relación lógico-funcional. A tono con estos principios y teniendo en cuenta la instrumentalización de los tributos, reconocida en el art. 3 de la LST, se deberá prever un mecanismo que contrarreste la posición ventajosa que capitalizan los obligados a pagar el IIP y el ITBH que se asocian a la CVEP, al amparo de la Res. No. 112/2017. Con ello se evitaría por un lado, la notable disociación que existe entre el precio escriturado y el precio real de venta y, por otro, que el Estado dejase de percibir los ingresos tributarios producto de este hecho imponible. Los fundamentos constitucionales y el contexto socioeconómico imperante no justifican esa “displicencia impositiva”, más allá del especial tratamiento que la propia LST les da.¹³²

La capacidad contributiva se proyecta en dos líneas opuestas. En una, bajo el influjo de los principios de normalidad y no confiscatoriedad, se debe gravar aquello que denota relevancia económica y, sin excesos y con justeza, aquella porción de la riqueza obtenida que no comprometa su esencia de plusvalía legítima. En la otra, bajo los principios de equidad tributaria, proporcionalidad y congruencia, se debe aplicar el tipo impositivo a aquel *quantum* que, sin defecto y con objetividad, se corresponda con la capacidad contributiva adquirida. Esta segunda línea obliga al legislador a prever e implementar mecanismos que garanticen la objetividad del dato cuantitativo que constituye o se utiliza para determinar la base imponible.

¹³¹ Véanse los contenidos de ambas en los arts. 22-d y e, Const., 2019.

¹³² Parte de ese trato especial que le da la ley tiene que ver con el tipo impositivo, el término para el pago de la cuota tributaria y la prohibición de deducir gastos. Véanse arts. 42, 205-a, 46, 210 y 47, LST.

En la CVEP, el legislador al prever el régimen o regímenes para la determinación de la base imponible, según el grado de aproximación que se exija alcanzar, deberá respetar determinadas directrices técnicas del Derecho financiero que optimizan sus normas. La previsión no solo deberá tener en cuenta el principio de capacidad contributiva, sino otros principios y valores que encontrarán consonancia en la Constitución, como son la igualdad, la equidad, la complementariedad de los intereses públicos y privados, y el principio de distribución socialista. Los principios del Derecho financiero, constitucionalizados o no, y los principios constitucionales antes mencionados deberán optimizar la normativa tributaria en función de la justicia tributaria, que no puede verse parcelada, o sea, aislada de la idea total y unitaria de justicia,¹³³ que en Cuba se formaliza y materializa a través de la justicia social como valor matriz.

Los vaivenes en la previsión de los derechos de adquisición preferente a favor del Estado, en la CVEP, han respondido a determinadas coyunturas, y aunque siempre han tenido fundamento en la salvaguarda de intereses sociales y constitucionales, se ha logrado apelando, principalmente, a un derecho de tanteo que se desconfiguró desde la norma. Sin embargo, en los límites de la CVEP, el Decreto-Ley No. 288, del año 2011, marcó un punto de inflexión al llevar al Estado de una posición de férreo control sobre este contrato¹³⁴ a una de “vista gorda”, sin tener en cuenta que el tráfico inmobiliario supera el desiderio de algunas normas de interés público que se derivan de él. De ahí, en parte, la repercusión negativa que en la actualidad tiene esta posición para los ingresos tributarios que el Estado debiera obtener, en virtud de los tributos asociados a este contrato.

Reconfigurar legalmente el derecho de tanteo en la norma especial, no solo permitirá al legislador corregir su previsión en los límites de la CVEP, sino que posibilitará una mejor determinación de la base imponible en los tributos asociados a ella, a partir de la función correctiva que tendrá la institución. Al margen de la finalidad que se le pretende dar, no dejará de significar un límite a la facultad de disposición del propietario-vendedor de la vivienda, pues como certeramente afirma LACRUZ BERDEJO, “son derechos limitados y limitativos en cuanto capaces de polarizar en favor de su titular la facultad dispositiva del dueño”.¹³⁵

¹³³ FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho financiero español*, cit., p. 406.

¹³⁴ Véase cuarto POR CUANTO, Ley No. 48 y Ley No. 65, LGV.

¹³⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos...III...*, vol. II, cit., p. 343.

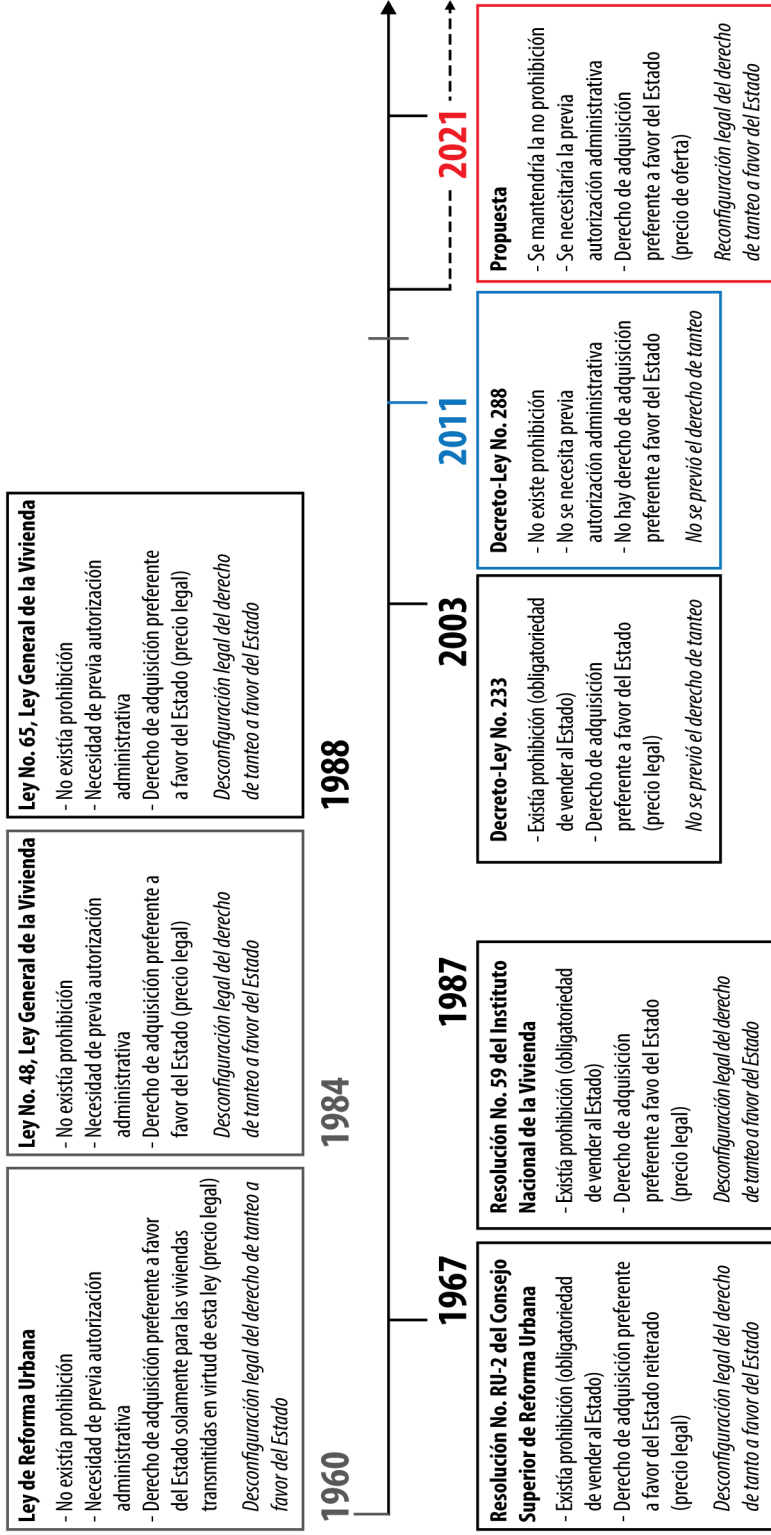
Sin embargo, en el contexto de la CVEP, como en cualquier otro contexto, los límites a los derechos se ponderan, en este caso se proponen para salvaguardar intereses legítimos que quedan vulnerables, ante una normativa particular. La valoración de si este límite queda más en un plano formal que material dependerá de si compradores y vendedores de vivienda propenden o no a declarar un precio de transferencia igual al precio real de venta, pues si bien el Estado puede no contar con un presupuesto para enfrentar la dinámica de precios que impone el tráfico inmobiliario, no podrá hacerse el de la “vista gorda” ante conductas evidentemente defraudatorias. Por otra parte, con la previsión del derecho de tanteo se depurará el régimen de determinación de la base imponible para los tributos asociados al CVEP, a la vez que, a tono con lo que establece la LST, primará la determinación directa, producto de la declaración del precio de transferencia que fijen las partes, sobre la base de lo consignado en la escritura pública.

La propia implementación de la propuesta traerá consigo retos para hacerla factible y adecuada a puntuales condiciones del tráfico inmobiliario, de ahí que sea posible prever una norma complementaria para la flexibilización de la base imponible de estos tributos, que guarda relación con el margen de variación anteriormente previsto. Como consecuencia de lo anterior, puede ocurrir que el precio de transferencia no sea exactamente el precio real de venta, no obstante, tendrá una proximidad, ostensiblemente mayor que la que se ha alcanzado con el precio legal y con el valor referencial mínimo, según se ha establecido uno u otro. No por gusto se ha afirmado que “la medición exacta e indiscutible de la capacidad económica es imposible, de modo que cuando el legislador determina la forma de calcular la base imponible lo más que puede alcanzar es una aproximación a dicha capacidad, existiendo distintos grados de aproximación.”¹³⁶

No se podrá perder de vista, además, que más allá de la función social de la vivienda, cuando esta es objeto de un CVEP, responde a la dinámica de un tráfico inmobiliario, que se ha impuesto desde 2011 y que ha provocado una constante disociación entre el precio legal y los referentes (mínimos) que ha empleado el legislador para la determinación de la base imponible. Teniendo en cuenta lo anterior, se deberá dar a los impuestos derivados de la CVEP un tratamiento diferenciado, en dependencia de si se apela a esta figura para satisfacer una necesidad habitacional, o para obtener una ganancia, directa o indirectamente. Esto último, junto a otras cuestiones relacionadas con la propuesta, igualmente constituirán nuevos retos para el legislador.

¹³⁶ FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Apología...”, *cit.*, p. 67.

ANEXO: INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA ENTRE PARTICULARES (1960-2021). PROPUESTA DE LEGE FERENDA



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, Edisofer S. L., Madrid, 2005.
- ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María y Andry MATILLA CORREA (coords.), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Editorial UH, La Habana, 2011.
- BORRERO MORO, Cristobal José, "Los principios materiales de justicia en el ordenamiento constitucional español", *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, No. 1, Unión Iberoamericana de Municipalistas, 1996.
- CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero I. Derecho tributario (Parte general)*, Civitas, Madrid, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. segundo – *Derecho de cosas*, Reus S. A., Madrid, 1983.
- CASTRO RUZ, Fidel, *La historia me absolverá*, edición anotada, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 2005.
- COCA PAYERAS, Miguel, "Los derechos de adquisición preferente: tanteo y retracto (2001/9-10)", en Martín Garrido Melero *et al.*, *Revista La notaría. 150 años 1958-2008*, vol. 2 – *Fundamentos e instituciones de Cataluña*, Bosch, Cataluña, 2008.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Apuntes de Derecho financiero cubano*, Félix Varela, La Habana, 2007.
- COLLADO YURRITA, Miguel Ángel y Gracia María LUCHENA MOZO, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Atelier, Barcelona, 2018.
- COLLADO YURRITA, Miguel Ángel y Saturnina MORENO GONZÁLEZ, "Principios constitucionales de Derecho financiero: principios materiales", en Miguel Ángel Collado Yurrita y Gracia María Luchena Mozo, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Atelier, Barcelona, 2018.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, "La nueva Ley General de la Vivienda", *Revista Cubana de Derecho*, No. 38, jul.-sept., La Habana, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, t. 2 – *Los derechos reales en particular*, Tecnos, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Librería de D. Leocadio López, Madrid, 1873.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de derecho financiero español*, Marcial Pons, (Ediciones), Madrid, 1988 y 1994.

- FERREIRO LAPATZA, José Juan, "Apología contracorriente de la estimación objetiva", *Crónica tributaria*, No. 116/2005, disponible en <https://economistas.es/Contenido/REAF/gestor/Ferreiro.pdf>
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, et al., *Curso de derecho tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en especie*, Marcial Pons (Ediciones jurídicas y sociales), Madrid-Barcelona, 2002.
- GARCÍA MAYNÉZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México D. F., 2011.
- GARRIDO MELERO, Martín, et al., *Revista La notaría. 150 años 1958-2008*, vol. 2 – *Fundamentos e instituciones de Cataluña*, editorial Bosch, Cataluña, 2008.
- GÉNOVA GALVÁN, Alberto, "Los regímenes de determinación de la base imponible", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, vol. 36, No. 181, enero-febrero, 1983.
- GUZMÁN HERNÁNDEZ, (Teodoro) Yan, "El procedimiento de reforma, la participación popular y las reformas de la Constitución en Cuba (1959-2002)", *Estudios Constitucionales*, Año 13, No. 2, 2015.
- HERRERA LINARES, Santiago, *La vivienda en Cuba nuevo enfoque legal*, Ciencias Sociales, La Habana, 2013.
- JÁLFINA, Raísa, *El derecho de propiedad personal en la URSS*, Progreso, Moscú, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II – *Derechos reales limitados: situaciones de cotitularidad*, Dykinson, Madrid, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. V – *Propiedad y derechos reales*, segunda parte, Trivium, Madrid, 1997.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995.
- LUQUE MATEO, Miguel Ángel, *La comprobación de valores de bienes inmuebles en el ISD y en el ITP y ADJ*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍN QUERALT, Juan, et al., *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2017.
- MASBERNAT MUÑOZ, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España", revista *Ius et Praxis*, Año 16, No. 1, 2010.
- MATILLA CORREA, Andry y Alie PÉREZ VELIZ (coords.), *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor doctor Eurípides Valdés Lobán*, ediciones Loynaz, Pinar del Río, 2016.
- MESQUIDA DEL CUETO, Raysa María, "Algunas consideraciones alrededor de los sujetos de las relaciones tributarias y el procedimiento fiscal", *Revista Cubana de Derecho*, Año XVI, No. 31, oct.-dic., La Habana, 1987.

- MESQUIDA DEL CUETO, Raysa María, "Caracterización de la reforma tributaria de 1994", *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, No. 3, Valencia, 1997.
- MORENO CRUZ, Marta Milagros, "La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano", *Revista Universidad de La Habana*, No. 289, ene.-jun. 2020.
- OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, "Los límites a la autonomía de la voluntad en materia contractual", en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Fundamentos de Derecho tributario*, EDESA, Madrid, 2000.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (dir.), *Comentarios al Código civil cubano*, t. II –Derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes, vol. III (artículos del 196-232), Félix Varela, La Habana, 2016.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- PÉREZ INCLÁN, Carlos, "Tributos fijos y variables. Base imponible y liquidable. Regímenes para la determinación de la base imponible. Cuota tributaria. Deuda tributaria", en Colectivo de autores, *Apuntes de Derecho financiero cubano*, Félix Varela, La Habana, 2007.
- PÉREZ ROYO, Fernando, "El impuesto sobre las transmisiones onerosas", en José Juan Ferreiro Lapatza, et al., *Curso de derecho tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en especie*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- PICHARDO VIÑALS, Hortensia, *Documentos para la historia de Cuba*, t. II, Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- RAMALLO MASSANET, Juan, "Hecho imponible y cuantificación de la prestación tributaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, No. 20, Civitas, Madrid, 1978.
- RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad y otros sobre bienes*, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1990.
- REGUEIRO ALE, Vladimir, "Deber de contribuir. Principios materiales de justicia tributaria", en Colectivo de autores, *Apuntes de Derecho financiero cubano*, Félix Varela, La Habana, 2007.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, "Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 13, 2005.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, t. VI, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.
- SIMÓN OTERO, Liana, "Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25, jul.-dic. 2011.

SIMÓN OTERO, Liana, "El deber de tributar como fundamento del sistema tributario. Un reto para el constitucionalismo cubano", en Andry Matilla Correa y Alie Pérez Veliz (coords.), *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor doctor Eurípides Valdés Lobán*, ediciones Loynaz, Pinar del Río, 2016.

TRIAY LEÓN, Andrés, *Derechos reales*, vol. 2, Librería Martí, La Habana, 1951.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, et al., *Compendio de Derecho civil*, Félix Varela, La Habana, 2005.

VEGA VEGA, Juan, *Comentarios a la Ley General de la Vivienda*, Ciencias Sociales, 1986.

ARTÍCULOS DE PRENSA DIGITAL

CASTRO MORALES, Yudi, "Corregir desde la norma, las brechas de evasión", diario *Granma*, de 3 de mayo de 2017, disponible en <http://www.granma.cu/cuba/2017-05-03/corregir-desde-la-norma-las-brechas-de-evasion-03-05-2017-20-05-36>

20minutos.es, "Luz verde al decreto de tanteo y retracto para frenar la especulación sin limitar las herencias de vivienda", disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4325525/0/luz-verde-al-decreto-de-tanteo-y-retracto-para-frenar-la-especulacion-sin-limitar-las-herencias-de-viviendas/>

Elmundo.es, Su vivienda (suplemento), "El derecho de tanteo y retracto, una medida persuasiva y eficiente", disponible en <https://www.elmundo.es/suplementos/suvivienda/2006/433/1141340405.html>

FUENTES LEGALES

República de Cuba, Ley No. 1, Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial*, 8 de julio de 1940.

Consejo de Ministros, Ley de Reforma Urbana, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria No. 23, 14 de octubre de 1960.

Consejo de Ministros, Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial No. 2, 24 de febrero de 1976.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, 1 de agosto de 1992.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, 10 de abril de 1919.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley No. 48, "Ley General de la Vivienda", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 22, 31 de diciembre de 1984.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley No. 59, "Código civil", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 39, 19 de julio de 1987.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley No. 65, "Ley General de la Vivienda", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 3, 8 de febrero de 1989.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley No. 73, "Del sistema tributario", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 8, 4 de agosto de 1994.

Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley No. 113, "Del sistema tributario", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, 21 de noviembre de 2012.

Consejo de Estado, Decreto-Ley No. 343, "Modificativo de la Ley No. 113, de 23 de julio de 2012", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 16, 11 de abril de 2017.

Consejo de Estado, Decreto-Ley No. 320, "De la transmisión de la propiedad de vehículos de motor, su comercialización e importación", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 46, de 31 de diciembre de 2013.

Consejo de Estado, Decreto-Ley No. 288, "Modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, Ley General de la Vivienda", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 35, 2 de noviembre de 2011.

Consejo de Estado, Decreto-Ley No. 233, "Que modifica artículos de la Ley No. 65, Ley general de la Vivienda", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 12, 15 de julio de 2003.

Decreto-Ley No. 21 "Modificativo de la Ley No. 113, Del sistema tributario de 23 de julio de 2012", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 68, 10 de diciembre de 2020.

Consejo de Ministros, Decreto No. 308, "Reglamento de las normas generales y de los procedimientos tributarios", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

Ministerio de Finanzas y Precios, Resolución No. 112, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 16, 11 de abril de 2017.

Ministerio de Finanzas y Precios, Instrucción No. 16, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, 6 de febrero de 2002.

Instituto Nacional de la Vivienda, Resolución No. 59/1987, *Revista Cubana de Derecho*, No. 30, jul.-sept. 1987, La Habana, pp. 86-93.

Instituto Nacional de la Vivienda, Resolución No. 14/2006, "Reglamento complementario a la Ley General de la Vivienda", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, 24 de enero del 2006.

Instituto Nacional de la Vivienda, Resolución No. 342/2011, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 35, 2 de noviembre del 2011.

Instituto Nacional de la Vivienda, Resolución No. 618/2003, "Reglamento complementario al Decreto Ley No. 233", 21 de octubre de 2003.

Instituto de Planificación Física, Resolución No. 58, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 81, 19 de noviembre del 2020.

Recibido: 28/11/2020

Aprobado: 7/1/2021

PROPUESTA DE INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO ECONÓMICO. CRITERIOS SUSTENTADOS DESDE LA CONSTITUCIÓN EN CUBA

Proposal for criminal intervention in the economic sphere. Criteria supported by the Constitution in Cuba

Dr. Mariano Rodríguez García

Profesor Auxiliar de Derecho Penal

Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-1274-4707>

marianorodriguez1@lex.uh.cu

Resumen

Ante las exigencias de la nueva Constitución de la República de Cuba, como expresión de cambios del modelo económico y reflejo de la diversificación de las relaciones de producción en la sociedad contemporánea se refuerza la necesidad de contextualizar a la economía como bien jurídico por el Derecho penal, de ahí que se haya propuesto como objetivo del presente trabajo proponer un nuevo enfoque para su tutela jurídico-penal, en consonancia con los tradicionales y nuevos actores económicos, la política económica y los desafíos de la globalización. Para ello se realizará una revisión de la bibliografía especializada, con vistas a establecer las relaciones entre la Constitución, la economía y el Derecho penal, lo que permitió formular un nuevo bien jurídico penal, el cual está conformado por las principales relaciones sociales de producción, las cuales están en correspondencia con el sistema económico cubano, sustentado en la Carta Magna y que servirá como vía de legitimación, límites y sistematización de la intervención penal.

Palabras clave: economía; Constitución; Derecho penal; orden económico; bien jurídico penal.

Abstract

Given the demands of the new Constitution of the Republic of Cuba, as an expression of changes in the economic model and a reflection of the diversification of production relations in contemporary society, the need to contextualize the Economy as a criminal legal asset is reinforced, hence that it

has been proposed as objective of the present work to propose a new approach to its criminal legal protection, in line with traditional and new economic actors, economic policy and the challenges of Globalization. For this, a review of the specialized bibliography will be carried out, with a view to establishing the relations between the Constitution, the economy and criminal law, which allowed the formulation of a new criminal legal good, which is made up of the main social relations of production, which are in correspondence with the Cuban economic system, supported by the Magna Carta and which will serve as a means of legitimation, limits and systematization of criminal intervention.

Keywords: economy; Constitution; Criminal law; economical order; criminal and juridical asset.

Sumario

1. Introducción. 2. Modelos de intervención penal. 3. Modernización del Derecho penal ante los desafíos de la globalización. 4. Aristas sociales, axiológicas y jurídicas para determinar los bienes a tutelar por el Derecho. 5. De los bienes jurídicos a la selección de bienes jurídicos penales. 6. Teorías con basamento constitucional como vía de legitimar y limitar la intervención penal. 7. Ámbito del Derecho penal protector de la economía. 8. Una propuesta de intervención penal en la economía ante los postulados de la Constitución en Cuba. 9. A manera de conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

La economía, como basamento de la sociedad, está sujeta a múltiples problemas que requieren, por parte de la sociedad, dar respuestas adecuadas que permitan su desarrollo e impidan la ocurrencia de situaciones que comprometan las bases materiales de existencia del grupo social. En el contexto de la globalización, dichos problemas aumentan su incidencia, por lo que es menester de parte de las ciencias jurídicas, en particular del Derecho penal, ofrecer presupuestos teóricos que protejan su desarrollo, cuando no puedan darse soluciones viables a los conflictos de mayor trascendencia por parte de otras ramas del Derecho.

Desde esta perspectiva corresponde, como una tarea urgente del Derecho penal, establecer criterios que permitan reformular el contenido y los límites fronterizos que debe tener su campo legítimo de actuación en cuanto a su intervención en la economía, siempre que sean inexistentes o insuficientes otras soluciones de las variadas ramas del Derecho en general, como ocurre con la

confluencia de competencias entre el Derecho administrativo sancionador, el régimen de contravenciones en los diferentes aspectos de la economía y el Derecho penal económico.

El Derecho penal ha tenido como uno de sus problemas básicos, el establecer con qué fundamentos se castiga,¹ elemento cardinal que ha originado y continúa haciéndolo, un debate inacabado que provoca disenso en la doctrina,² además de la ardua polémica entre partidarios y detractores del bien jurídico como finalidad de protección del *ius puniendi* estatal,³ que inciden directamente en los ámbitos de actuación y legitimación del poder estatal en la represión o validación de conductas deseadas desde la clase social dominante y en el ejercicio de derechos y las garantías de su disfrute para las personas, tanto en el terreno privado como público.

Por lo tanto, se impone dar una respuesta ordenada, coherente, sistémica y legitimada en el orden jurídico penal en Cuba a determinados factores de orden internacional, como el aumento creciente de la delincuencia económica, el proceso de globalización, la falta de consenso teórico sobre el ámbito de protección que desde el Derecho penal se puede ofrecer y las respuestas inadecuadas que repercuten en la proliferación de indiscriminados criterios de responsabilidad jurídico-penal; que inciden en la expansión del Derecho penal, de conjunto con la aparición y progresión de novedosos bienes jurídicos, de naturaleza colectiva y difusos, enlazados por la formación de nuevos riesgos vinculados con las actividades económicas, en el marco de los distintos sistemas socioeconómicos y condicionados por los límites de desarrollo de las relaciones de producción presentes, tomando siempre en perspectiva a la Constitución, como expresión de las relaciones sujeto-sociedad-Estado, síntesis de los valores individuales, comunitarios y oficiales.

Todo esto permitirá ordenar y fundamentar los presupuestos sobre la esfera de protección jurídico-penal sobre la economía; de forma concreta, al fundamentar una tesis sobre el bien jurídico protegido por el Derecho penal que

¹ ARRANZ CASTILLEIRO, Vicente Julio, "Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno", *Revista Cubana de Derecho*, No. 28, julio-diciembre de 2006. pp. 5-6.

² Para un examen de las diferentes concepciones sobre el bien jurídico penal *vid.* HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*, pp. 90-138.

³ HEFENDEHL, Roland, "Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico", en Roland Hefendehl *et al.*, *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, pp. 409-416.

protege a la economía, que permitirá ilustrar los medios por los cuales se pueden llevar a cabo los hechos tipificados y, por consiguiente, se pueden apoyar criterios que contribuirán certeramente a establecer propuestas valederas de tutela pertinentes.

2. MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL

Ante el fenómeno de la globalización,⁴ específicamente aquella clasificada como neoliberal,⁵ se debaten dos modelos de intervención penal, en torno a la opción de modernizar o no al Derecho penal y aportar soluciones necesarias y efectivas frente a la crisis de legitimación⁶ del *ius puniendi* estatal.⁷

Los referidos modelos corresponden respectivamente al Derecho penal de máximos, donde existen debilidades o ausencias de algunos de los límites de la intervención estatal,⁸ y el Derecho penal de mínimos,⁹ el cual aspira a mantener las garantías que permiten clarificar límites al arbitrio o error estatal fren-

⁴ Se asume que la globalización es un fenómeno inherente al desarrollo societario, que es por demás complejo, porque aborda múltiples y ramificados ámbitos de influencia, que van desde lo económico, lo político, lo social, incluso lo cultural y ético. MARX comprendía que “[...] solo este desarrollo de las fuerzas productivas lleva consigo un intercambio universal de los hombres, en virtud de lo cual, por una parte, el fenómeno de la masa –desposeída– se produce simultáneamente en todos los pueblos (competencia general), haciendo que cada uno de ellos dependa de las conmociones de los otros y, por último, instituye a individuos histórico-universales, empíricamente universales, en vez de individuos locales”. MARX, Carl y Federico ENGELS, “Oposición entre las concepciones materialistas e idealistas”, en *Obras escogidas*, t. I, p. 34.

⁵ Implica la desregulación de los mercados, la disminución de las funciones y competencias del Estado, la eliminación de las empresas públicas (privatizaciones), la desregulación financiera (Tratados de libre comercio), tiene efectos negativos dinámicos y crecientes que afectan todos los estratos de la comunidad humana. Para mayor información *vid.* WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis de Sistemas-Mundo. Una introducción*, pp. 60-61.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 14-15.

⁷ Se habla de una tercera vía, correspondiente al abolicionismo, pero como se aparta del Derecho penal, no se le tomó como un modelo de intervención penal. *Vid.* NEUMANN, Ulfrid, “Alternativas al Derecho penal”, en AA.VV., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, pp. 202-203.

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Razón – Teoría del garantismo penal*, pp. 91-116. Identificado con la corriente político-criminal neorrealista de izquierda, que pretende un eficaz control de la criminalidad con una mayor intervención, PORTAL RAMOS, Lázaro, “La expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Política criminal contemporánea y auge del Derecho penal del enemigo”, en AA.VV., *Sociedad del riesgo y globalización. Retos del expansionismo legal. Perspectivas cubana y escandinava*, pp. 246-247.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 91-116.

te al ciudadano, coexistiendo no obstante muchos sistemas intermedios que comparten criterios ora hacia el primero o hacia el segundo.¹⁰

Este primer modelo pretende salvaguardar los fines del Derecho penal para darle respuestas desde la proliferación de tipos penales de peligro abstracto, que difuminan el fundamento de punición estatal, permitiendo el adelantamiento de la potestad sancionadora sin que se verifique necesariamente la puesta en peligro de bienes jurídicos, realizando una equiparación entre la gravedad de los ataques a estos y esta técnica legislativa.¹¹

El segundo esquema, sin renunciar a los fines de castigo del *ius puniendi* estatal, que se erigen sobre bienes considerados relevantes a tutelar, es conservador en el adelantamiento del uso de este Derecho y atendiendo a las nuevas realidades, persigue sostener la protección de intereses societarios siempre que otras vías no sean pertinentes o preferibles.¹²

Estos criterios de intervención deben tomar en consideración la complejidad del escenario globalizado, donde se verifica un grado de desarrollo tecnológico y científico de los medios de producción de la humanidad, el propio crecimiento del hombre genérico en relación con los medios de comunicación y el transporte, que permiten un intercambio eficiente y efectivo de conocimientos, culturas, técnicas, modos de hacer e ideas que constantemente complejizan el entramado de relaciones sociales, que de comunitarias y nacionales se han internacionalizado y están a su vez transversalizadas por las leyes del mercado, el cual ha sido deificado para lograr los objetivos del capital: la continua acumulación de capitales,¹³ que avalan una situación de distribución desigual de las riquezas forjadas del trabajo humano, base de la marginalidad y los fenómenos consecuentes con ella: pobreza, delincuencia y exclusión.

Además, se destaca la aparición y auge de determinados riesgos,¹⁴ que no obstante ser tolerados, en cuanto ayudan al desarrollo societario, amenazan

¹⁰ Muestra de estas posiciones es el proceso de la expansión del Derecho penal como resguardo del Derecho administrativo sancionador y el mecanismo de despenalización como huida a la jurisdicción administrativa. Vid. HUEGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, p. 139.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", en AA.VV., *Crítica y justificación...*, cit., pp. 241-242.

¹² HASSEMER, Winfried, en AA.VV., *Crítica y justificación...*, cit., p. 12.

¹³ *Passim*. MARX, Carl, *El Capital - El proceso de acumulación capitalista*, t. I.

¹⁴ Para más detalles de algunas de las causas de la expansión del Derecho penal, vid. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "Globalización y concepciones del Derecho penal", *Estudios penales y criminológicos*,

al unísono la propia existencia de las comunidades humanas políticamente organizadas, lo que tiene incidencias directas en el entramado de relaciones de poder y contrapoder que se manifiestan a lo interno y externo de los grupos humanos.¹⁵

Estos factores provocan situaciones complejas para los Estados nacionales, incluso en el ámbito transnacional, que demandan de las mismas comunidades la intervención del Derecho, como son: la desregulación de los mercados, que crea márgenes imprecisos de control y funcionamiento de los Estados en la protección de los ciudadanos antes los intereses voraces del gran capital; la flexibilización de las relaciones laborales, que incide en la eliminación de garantías para que los trabajadores defiendan sus derechos con vistas a la satisfacción de sus necesidades; las tasas insostenibles de desempleo¹⁶ y pobreza,¹⁷ que crean condiciones objetivas para incentivar la impunidad y la criminalidad, incontrolables para las agencias de control estatales, que se ven desbordadas en sus cometidos y niveles de eficacia y eficiencia.

Por lo que se asume que el modelo deseable para intervenir debe ser el del Derecho penal de mínimos, el cual, desde las posiciones sustentadas, no implica el abolicionismo, sino que postula que ante nuevos intereses vitales debe intervenir el Derecho, en especial el penal, siempre que sea necesario e imprescindible; pero entonces surge la pregunta: ¿cómo debe reaccionar la potestad punitiva estatal ante las nuevas realidades?

3. MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ANTE LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN

Este axioma de necesidad de intervención, donde le corresponde al Estado mantener el entramado de relaciones deseadas desde los intereses de la clase

vol. XXIX, p. 160 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 26-28.

¹⁵ BECK fue ilustrador de esta situación cuando expuso una serie de cambios que no estaban siendo advertidos por las ciencias sociales. *Passim*. BECH, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*; "Generaciones globales en la sociedad del riesgo", *Revista CIDOB d'AFERS Internacionals* No. 82-83, 2008, pp. 19-34.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2016*, pp. 17 y 18.

¹⁷ 767 millones de personas, casi un sexto de la población mundial, está en pobreza extrema. *Vid.* ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), *Informe de los objetivos de desarrollo sostenible*, p. 3.

dominante, adopta una serie de estrategias y tácticas que signan los caracteres de los mecanismos, en respuesta a los problemas mencionados *supra*, que de criterios negativos de criminalización pasa a razones criminalizadoras ampliadas y que no están determinadas por los límites tradicionales que obedecían a un planteamiento liberal y protector de derechos.¹⁸

Dicho redimensionamiento se inserta en un proceso de modernización del Derecho penal, en el que hay una disputa en torno a los nuevos intereses a proteger, coincidente con los modelos en pugna, por lo que GRACIA MARTÍN establece dos posturas que se han formado al respecto: una en contra de la modernización y otra a su favor, girando esta contienda en el mantenimiento de los postulados y garantías liberales ante los nuevos intereses de carácter colectivo que demandan protección o en el adelantamiento de la intervención punitiva y en la flexibilización de las garantías liberales,¹⁹ que trata de responder a los nuevos intereses, de carácter colectivo,²⁰ así como a diferentes problemas sociales antaño ajenos al castigo jurídico penal.

Dentro de las corrientes que se oponen a la modernización del Derecho penal se encuentran las provenientes de la Escuela de Frankfurt, para las cuales solo deben ser protegidos bienes tradicionales de índole individual, con una marcada intención de retorno a los límites de un Derecho penal de protección de intereses con suficientes garantías para su defensa.²¹

Se entiende, en consecuencia, que estas nuevas realidades trastocan los contornos tradicionales del Derecho penal liberal, al que se suscribían antaño a bienes individuales perfectamente delimitables, y donde estos se erigían como conquistas del pacto social ante las arbitrariedades del Estado, y que, al

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 07-1 (2005), p. 3; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 04-06 (2002), p. 4 y ss.

¹⁹ GRACIA MARTÍN, Luís, "La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a Época, No. 3, 2010. p. 33 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, "De la sociedad del riesgo...", *cit.*, p. 10 y ss.

²⁰ HEFENDEHL, Roland, "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? ¿Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 04-14 (2002), p. 2.

²¹ Sobre el carácter conservador de las posiciones del Derecho penal de esta escuela, *vid.* HASSEMER, Winfried, en AA.VV., *Crítica y justificación...*, *cit.*, p. 12; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, *cit.*, p. 19.

decir de SOTO NAVARRO, el individuo no se encuentra en una posición de dominio sobre esos bienes, dado que su posibilidad de aprovechamiento se distribuye entre todos;²² por lo que se hace necesario e imprescindible modificar los enfoques en cuanto a la selección de nuevos bienes jurídicos penales.

De ahí que se tome partido por favorecer la idea de modernizar la configuración del Derecho penal, en el sentido de adaptarlo a los nuevos riesgos y realidades, pero teniendo siempre como guía la garantía de los derechos humanos, evitando caer en la justificación tautológica de su protección para la violación o limitación de otros derechos humanos.

Por eso deben apoyarse los criterios correctores y contextualizadores de la política criminal, particularmente aquellas con las características descritas por ROXIN, que en vez de ser de orientación consecuencialista, va a una perspectiva valorativa, donde se integran las garantías formales y las materiales en la determinación de cuándo debe penalizarse y cuáles circunstancias ameritan la utilización de otros medios menos invasores y limitadores;²³ de ahí que sea preciso establecer cómo se crean los bienes y cuál es su sustento, para legitimarlos en el orden jurídico, de manera tal que sean legitimados y limitados de manera precisa y dinámica.

4. ARISTAS SOCIALES, AXIOLÓGICAS Y JURÍDICAS PARA DETERMINAR LOS BIENES A TUTELAR POR EL DERECHO

Etimológicamente se enuncia al bien como un objeto o fenómeno que satisface una necesidad humana,²⁴ en tanto corresponda, en un sentido positivo, a individuos, clases sociales o a una comunidad históricamente determinada. Estos criterios pueden ser sustentados cuando se acude a diccionarios jurídicos, que manifiestan que se entenderá por bien o bienes en general, todas aquellas cosas de las cuales los hombres se sirven y con las cuales se ayudan, cuanta cosa puede ser de alguna utilidad para el hombre,²⁵ que pueden ser apropiables, individual o colectivamente, estando delimitada esta denominación en

²² SOTO NAVARRO, Susana, "Concreción y lesión de bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", *Revista ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 903.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Crisis del sistema dogmático del delito", *Cuadernos de conferencias y artículos*, No. 40, p. 8 y ss.

²⁴ ROSENAL, M. y P. IUDIN, *Diccionario filosófico*, p. 45.

²⁵ MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alonso, *Diccionario Jurídico Básico*, p. 61.

negativo con la expresión latina "*Quae plus damni quam utilitatis offerunt, inter bona non ad numerantur*".²⁶

Desde la antigüedad se venía discutiendo la problemática de si el bien viene determinado cuando pasa al mundo jurídico o llega a serlo por el valor que adquiere para la sociedad de la mano de los sofistas,²⁷ divididos entre la *Physis*: lo ontológico, natural, prejurídico, y el *Nomos*: lo convencional, lo jurídico; que rompió con la sistemática naturalista que dominó la primaria historia de la filosofía.²⁸

Si se decantara la tesis defendida por la primera opción, se vería caracterizada por un criterio determinista que estaría alejado de las condiciones históricas, políticas, económicas y sociales; por lo que se asume una concepción materialista de la historia, siguiendo a MARX, cuando explicaba que "El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual. No es la consciencia del hombre lo que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su consciencia",²⁹ idea que servirá de guía para desarrollar los criterios adoptados y que se escinden en líneas sociales, axiológicas y jurídicas para esta determinación del bien en el seno del Derecho.

DIMENSIÓN SOCIAL

Siguiendo la arista social del bien, se coincide con FRONDIZI cuando señala que es el ámbito de la relación que se establece entre sujetos, en vista con el objeto

²⁶ "No se cuentan como bienes las cosas que causan más daño que provecho". Cfr. NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, p. 243.

²⁷ Pensadores que desarrollaron su actividad en la Atenas democrática del siglo V a. n. e. Con ellos se cambia el objeto de la filosofía, del cosmos se pasó a las relaciones entre el hombre y la sociedad; de ahí la distinción que hicieron entre lo que es por naturaleza: la *Physis*, y lo que es por convención: *Nomos*. Vid. AYALA MARTÍNEZ, Jorge M., "El Derecho natural antiguo y medieval", *Revista española de Filosofía Medieval*, No. 10, 2003. p. 378; FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho. Antigüedad y Edad media*, pp. 31 y 32.

²⁸ Se parte de delimitar la influencia del Derecho natural, previo al despliegue del positivismo jurídico, cuya fecha no está exactamente fijada, sino, al decir de BOBBIO, debe entenderse en el marco de la antigüedad hasta las grandes codificaciones, particularmente la napoleónica. Vid. BOBBIO, Norberto y M. BOVERO, "El carácter del iusnaturalismo", en Norberto Bobbio y M. Bovero, *Sociedad y Estado en la Filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, p. 1.

²⁹ MARX, Carl, "Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política", en *Obras Escogidas*, I, cit., p. 518.

y sus propiedades para cumplir con las necesidades del hombre,³⁰ es donde se pueden interpretar los presupuestos a tomar en cuenta para que los objetos lleguen a ser bienes, cómo acceden al terreno del Derecho y finalmente al ámbito de la protección penal.

A partir de estos primarios supuestos se apoyan los postulados establecidos por MASLOW, quien refería cómo estas necesidades, señaladas con anterioridad, son ilimitadas en los seres humanos; mas advierte que están estructuradas jerárquicamente, desde las necesidades básicas de supervivencia, que conforme se satisfacen, de forma evolutiva se desarrollan otras necesidades más elevadas, hasta los criterios de autorrealización.³¹

Esta arista concibe a los bienes como relaciones establecidas entre sujetos dentro de la sociedad con fines de satisfacción de necesidades humanas ilimitadas, pero estructuradas jerárquicamente, relaciones que estarán en perspectiva de los objetos y sus propiedades naturales, que permitirán asegurar las condiciones materiales de existencia de la vida, de acuerdo con las capacidades por los individuos y con su libertad de actuación, acordes con el conglomerado social donde se desarrollen, que permitirá en mayor o menor medida lograr sus aspiraciones sociales generales e individuales.

Por ello se establece una primera posición que sostiene que los bienes poseen valor, sustentados por la acción práctica del hombre, teniendo expresión en las relaciones de producción, entendidas como aquellas que se crean entre los hombres respecto de las cosas, por medio de las cuales producen sus medios de subsistencia y reproducen su realidad, acordes estas con determinado nivel de desarrollo histórico de las fuerzas productivas,³² interpretadas como recursos, herramientas y métodos que se emplean en determinada relación de producción para conseguir los medios de subsistencia de las sociedades y servir de base para la reproducción de la misma.³³

³⁰ FRONDISI, Risieri, *Introducción a la axiología*, pp. 13 y 14.

³¹ La pirámide de las necesidades de MASLOW es una teoría psicológica que acredita las necesidades ilimitadas de los seres humanos, con un orden jerárquico, que se estructura a partir de necesidades básicas fisiológicas, pasando a las de seguridad, afiliación, reconocimiento y autorrealización. *Vid.* MASLOW, Abraham H., *Motivación y personalidad*, p. 21 y ss.

³² MARX, Carl, *Trabajo asalariado y Capital*, p. 30.

³³ *Passim.* ENGELS, Federico, "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", en *Obras Escogidas*, t. II, pp. 183-325.

Ambos elementos conforman las bases de un modo de producción determinado, los que permitirán, de manera temporal y espacial, establecer relaciones de significación positiva y, en consecuencia, elevar objetos a la categoría de bienes, tomando en consideración la posición que ocupe el hombre en el entramado de relaciones sociales y sus posibilidades de generalización a la sociedad a través de las relaciones de poder.

DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

En cuanto a la arista axiológica, debe verse que ese valor, entendido como realidades humanizadas que tienen una relevancia para el hombre, al decir de FABELO CORZO,³⁴ sostiene que el ser humano concreta valores en tanto tenga significaciones positivas que le permitan mejorar sus posibilidades de supervivencia, que estará en perspectiva de las relaciones de poder que se dan en la sociedad.

Se explica el plano valorativo, en cuanto esa misma relación social estará insertada dentro de las propias relaciones de producción en las cuales se desarrollen y que predominen, en interacción con el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas, que determinan las clases sociales dominantes; las cuales instituyen como oficiales determinados valores, coincidentes estos en mayor o menor grado con los valores individuales (subjetivos) y de las comunidades, culturas, pueblos (objetivos); valores legitimados que tendrán expresión social en la selección de esas interacciones sociales, que por tener significado positivo para el orden establecido serán llevadas al ámbito jurídico y de este al jurídico-penal en cuanto necesiten protegerse,³⁵ tomando en consideración que no se entiende el poder solo en el sentido de dominación, sino vinculado con la hegemonía que pueda tener una determinada concepción y el consenso que la misma puede o no adquirir en la sociedad.³⁶

³⁴ FABELO CORZO, José Ramón, "Filosofía y vida. En defensa de la Filosofía como necesidad vital", *Revista dialéctica*, nueva época, Año 33, No. 42, invierno 2009 - primavera 2010, p. 59.

³⁵ HASSEMER coincide parcialmente con estas ideas al enunciar tres criterios solventes para un bien jurídico: que debe adecuarse a la realidad, debe ser selectivo y nítido, y comprensible, presupuestos que *ab initio* se siguen, pero que se desarrollan más adelante. *Vid.* HASSEMER, Winfried, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en Roland Hefendehl et al., *La Teoría del bien jurídico...*, cit., p. 104; y "Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania", *Doxa*, no. 8, 1990, p. 181.

³⁶ Se sigue la tesis de entender a la hegemonía como la capacidad de una clase social para establecer y preservar su liderazgo intelectual y moral; criterio compartido por ACANDA. *Vid.* ACANDA, Jorge Luís, *Sociedad civil y hegemonía*, p. 244.

Esta estimación estará en dependencia de los fundamentos del sistema de valores que se adopte para delimitar qué será relevante. Por eso es que se apoya la sistemática llevada a cabo por FABELO, cuando divide en cinco ámbitos de valores los criterios de discernimiento: el naturalista, que son significaciones positivas que se entienden como lo natural, mientras que lo negativo se asocia con lo antinatural y estará mediado ese criterio del individuo por la capacidad de deleite del ser, mientras que se contrapondrá a este el sufrimiento;³⁷ el objetivista,³⁸ que parte de los postulados de KANT, de donde se extrae que el ser humano es egoísta al considerar que no puede llevar una conducta moral valiosa, estima que la moral, lo valioso, está por encima de la naturaleza, en valores trascendentes, inmutables, es por eso que ubica al hombre entre dos mundos, el del ser y el del deber ser, siempre con basamento en la libertad; el subjetivista,³⁹ que ubica la fuente de los valores en el sujeto, mediante sus aspiraciones, deseos, sentimientos y gustos; el sociologista,⁴⁰ lo que trata de superar el relativismo individualista y amplía la base del hombre pasando a la sociedad, la cual es la que determina cuáles son los valores esenciales; y el institucionalista,⁴¹ que concibe a través de la generalización y sistematización de las escalas de valores o una parte de ellos que tengan sustento en la sociedad y que encuentren apoyo desde las relaciones de poder, que las imponen al resto de la comunidad mediante su proclamación oficial, particularmente las normas jurídicas.

Por eso se apoyan los criterios de FABELO, que sopesa que los valores, con los cuales se enfocan los bienes, deben visualizarse desde tres ámbitos, que van a edificar, desde el particular a lo general, cuáles son los bienes, como manifestaciones objetivadas de los valores, que se deben proteger: la subjetivis-

³⁷ "Para todos los hombres son una y la misma cosa bueno y verdadero; que lo deleitable es diverso para diversos", BUCH SÁNCHEZ, Rita María, *Historia de la Filosofía: Filosofía Antigua*, t. I, p. 112.

³⁸ Nicolás HARTMAN y Max SCHELER explicaron que la situación no determina la forma en que este debe actuar, solo que debe hacerlo, la libertad era su propio ámbito de determinación individual. Vid. HARTMAN, Nicolás, *Introducción a la Filosofía*, pp. 108 y 109; SCHELER, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, pp. 22 y 23.

³⁹ En este sentido crea un indeterminismo, en dependencia del punto de vista individual. Seguidores de estos criterios son BRENTANO, BARTON y SARTRE, entre otros. Vid. FABELO CORZO, José Ramón, *Los valores y sus desafíos actuales*, pp. 27-28.

⁴⁰ Posturas seguidas por DURKHEIM y LÉVI-BRUHL. Vid. *Los valores...*, cit., p. 29.

⁴¹ FABELO CORZO, José Ramón, *Los valores...*, cit., p. 23 y ss.; "Los valores humanos en perspectiva evolutiva", *Revista dialéctica*, nueva época, año 34, No. 43, primavera 2011 - verano 2011, p. 39.

ta, la objetivista y la instituida, las cuales permiten interconectar lo individual, lo comunitario y lo institucional, en que la clase social en el poder oficialice como valores positivos a generalizar en las comunidades, a través de la política y el Derecho, como manifestación jurídica de las relaciones de producción existentes

DIMENSIÓN JURÍDICA

Estos criterios están alineados a la arista jurídica, la cual viene implementada desde el poder, el cual, de acuerdo con las posiciones sostenidas por FOUCAULT, debe comprenderse: "El término 'poder' designa los relacionamientos entre 'compañeros' (y con esto no estoy pensando en juego de suma-cero, sino simplemente y por el momento permaneciendo en términos generales, en un entramado de acciones que inducen a otras acciones y que se concatenan entre sí".⁴²

Estos planteamientos estipulan que ante ese poder o relaciones de poder de individuos sobre otros se le oponen relaciones de contrapoder que pretenden derribar los dictados que emanan desde las instituciones formales e informales identificadas como oficiales y deseadas; relaciones que constituyen manifestaciones legales de ellas, como interacción entre las clases sociales dominantes y las que se subordinan y luchan por conquistarlo, siguiendo de esta forma la interpretación sostenida por WEBER, MARX y ENGELS, al encontrarse en la sociedad del conflicto,⁴³ las pugnas entre elementos de la sociedad entre sí por el acceso a posiciones dominantes en las relaciones de producción societarias.

Al respecto, WEBER asume una concepción ampliada al considerar que las clases sociales tienen una complejidad no limitada por la propiedad de los medios de producción (incluye categorías como el estatus y el nivel de consumo de bienes), contrario a como sí lo hicieron MARX y ENGELS con una visión más reducida, tomando partida nuestros postulados por estos últimos criterios.⁴⁴

⁴² FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, p. 172; "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, No. 3, jul.-sep. 1988.

⁴³ La teoría del conflicto ilustra que en toda sociedad hay mutaciones perennes que forman y desintegran cíclicamente la organización social. Al respecto de las posturas liberales: GUSTAV DAHRENDORF, Ralf, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*; con precisión en las posiciones marxistas: MARX, Carl y Federico ENGELS, "El Manifiesto Comunista", en *Obras escogidas*, I, cit., p. 111.

⁴⁴ WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, pp. 244 y 245; MARX, Carl y Federico ENGELS, "El Manifiesto Comunista", cit., p. 111.

Sobre este particular son de criticar las posiciones que entienden que estas estructuras jurídicas, propias del saber del Derecho penal, no implican formas de expresión del poder político, sino que al decir de ZAFFARONI, mediante un reduccionismo tecnocrático, restringen a este a pura lógica jurídica, así como a la manifestación del sistema judicial como un elemento apolítico, que puede ser manipulado por intereses fragmentados por encima de los intereses societarios.⁴⁵

Por eso se postula que los bienes son fenómenos con relevancia para la sociedad, que pasan al mundo jurídico a través de la construcción de relaciones sociales o componentes de las mismas con relevante significación positiva, como manifestación de la síntesis de las confrontaciones entre los valores oficiales con respecto a los individuales y comunitarios, que se extrapolan en la composición de las relaciones de poder en principios y normas que implementen un orden que determine cuáles deben ser los bienes relevantes y cómo deben ser protegidos. Pero resulta insuficiente el establecer cómo llegar al orden jurídico, por lo que se hace necesario tomar partido de cómo estos acceden al orden jurídico penal.

5. DE LOS BIENES JURÍDICOS A LA SELECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS PENALES

Para delimitar cómo los bienes jurídicos ameritan la intervención penal debe asumirse que no se pueden proteger intereses meramente morales, o como expresa MIR PUIG: “[...] no impide que los bienes jurídico-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importantes, también bienes morales, pero exigen que tengan algo más que los haga merecedores de protección jurídico penal.”⁴⁶ Asimismo, se entiende que no deben ser tomados en cuenta intereses puramente formales ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social.

Luego de indicar qué no debe ser seleccionado como bien jurídico penal, se va a fundamentar qué criterios sí se deben esgrimir, empezando por determinar que la justificación de la intervención penal debe estar signada por la

⁴⁵ ZAFFARONI, Raúl E., *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, pp. 10-11.

⁴⁶ MIR PUIG es coincidente con este criterio al señalar la no aceptación de bienes jurídicos meramente morales, solo aceptando que pueden tener un componente de este tipo, pero sin ser su principal indicador de selección. Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 91.

búsqueda de un bien jurídico penal⁴⁷ y no por otro criterio de justificación.⁴⁸ Al respecto se ha delimitado este requisito inicial, insuficiente en la medida en la que no se determine qué es ese bien y cómo se justifica su contenido y límites, denominado como concepción procedimental del bien jurídico, que es la que dará inicio al proceso de fundamentación de su contenido y la delimitación de sus contornos.⁴⁹

Se apoyan al respecto los presupuestos sostenidos por FERRAJOLI,⁵⁰ quien especifica que esta decisión política debe enmarcarse en la política criminal estatal, para la cual delimita cuatro elementos necesarios con que se encuadran los requisitos que deben tenerse presentes en la selección de los bienes que caigan en la esfera del Derecho penal; a saber, relevancia del interés protegido que amerite la intervención del propio Derecho penal,⁵¹ importancia que estará en concordancia con el entramado de relaciones e intereses de la sociedad, desde la perspectiva de cómo inciden estas en la satisfacción de necesidades sociales, dichas relaciones serán jerárquicamente determinadas por los ataques externos trascendentes que afecten o pongan en peligro bienes individuales o colectivos, determinado a su vez por el nivel de lesividad de estas conductas desvaliosas.

Es necesario detallar que esta selección estará en dependencia del enlace entre el bien jurídico y el sistema económico, debiendo enriquecerse este proceso

⁴⁷ ROXIN, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea) No. 15-01, 2013, p. 3.

⁴⁸ Al respecto de otras posiciones sobre el criterio inicial de intervención penal se esgrimen la prevención general positiva, *vid.* VON HIRCH, Andrew, "El principio de bien jurídico y el 'Principio del Daño'", en Roland Hefendehl *et al.*, *La Teoría del bien jurídico...*, *cit.*, p. 37 y ss., y el *Harm Principle* angloamericano, *vid.* WRITTIG, Petra, "Teoría del bien jurídico, *Harm Principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad", en Roland Hefendehl *et al.*, *La Teoría del bien jurídico...*, *cit.*, p. 341 y ss.

⁴⁹ Al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN es coincidente al afirmar que es la primera cuestión a resolver antes de expresar otros criterios discriminatorios. *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte general*, p. 139.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 472 y 473; MEJÍAS, Carlos Alberto, "El ámbito de protección en el Derecho penal económico", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla de México*, Año IX, No. 35, enero-junio de 2015, pp. 61 y 62.

⁵¹ MEJÍAS explica que "[...] a que esa tutela jurídica sea intensamente merecedora del Derecho Penal, por así considerarla la generalidad de los componentes del grupo social [...]". *Vid.* MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Evolución, actualidad y desafíos de la teoría de la relación social sobre el bien jurídico penal", en AA.VV., *Temas de Derecho penal. Parte general*, pp. 29 y 30; MIR PUIG, Santiago, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como Límites del '*Ius Puniendi*'", *Revista Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, p. 207.

de imprescindibles datos empíricos, los cuales se deben tomar de la realidad social y económica, a la par que estén en contexto con la jerarquía axiológica que el ordenamiento jurídico establezca respecto a la necesidad de intervención del Derecho penal.

Otro elemento sería que la lesión o puesta en peligro de esos bienes esenciales debe ser proporcional a la lesión que se causa mediante la pena, de forma que su valor sea siempre superior al de los bienes limitados por la sanción, que ameriten no utilizar otras soluciones, incluyendo las aportadas por otras ramas del ordenamiento jurídico como la civil, la administrativa y otras.⁵²

Un tercer criterio de discernimiento, en sentido negativo, vendría de la mano de la exclusión de todas aquellas conductas que son permisibles e incluir, en sentido positivo, aquellas con merecimiento de sanción penal, posición con la que no se está conforme, en cuanto a si se van a seleccionar solo aquellas conductas de mayor trascendencia, contra los ataques de mayor gravedad, y se van de inicio a evitar seleccionar sentimientos, ni intereses formales, no tiene razón de ser este planteamiento al no dar criterios positivos de discriminación.

El cuarto elemento vendría de la mano del carácter de última ratio que debe insuflar al Derecho penal, que es precisamente ser la última opción a utilizar para castigar aquellas conductas de particular gravedad, que lesionen o pongan en peligro aquellas relaciones de trascendencia en el entramado social.⁵³

Al respecto, SILVA SÁNCHEZ resalta la relevancia de esas decisiones de política criminal que permiten cumplir con los fines del Derecho penal, determinar el ámbito de lo prohibido, es decir, qué bien jurídico será relevante a los efectos de intervención, y qué será lo punible, es decir, cuáles conductas serán pertinentes castigar y cuáles permitir en el entramado social.⁵⁴

⁵² Al respecto, MEDINA CUENCA amplía diciendo: “[...] pero en consecuencia con el principio de intervención mínima [...], que se hayan agotado todas las posibilidades de soluciones menos lesivas”. *Vid.* MEDINA CUENCA, Arnel, “Los principios de intervención mínima, proporcionalidad y resocialización en la era del expansionismo irracional del poder punitivo del Estado”, en AA.VV., *Temas de Derecho penal...*, cit., p. 145.

⁵³ HASSEMER es enfático cuando expresa que “[...] solo cuando el legislador observe que existe un bien jurídico y además pueda acreditar que el Derecho penal es el instrumento idóneo y necesario para protegerlo es que puede criminalizar”. *Vid.* HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, p. 35.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación...*, cit., p. 361.

Por eso se toma partido diciendo que la selección de bienes jurídicos para ser protegidos por el Derecho penal debe ser auxiliada por la política criminal que el Estado especifique, para adaptar las necesidades societarias, en concurso con los valores oficiales desde las propias instancias de la clase en el poder, para poder cumplir con los requisitos mínimos como la relevancia del interés, determinado por la jerarquía axiológica de la comunidad de relaciones sociales; que el valor del bien sea inferior al de la pena que debe serle impuesta por su lesión o peligro y que se empleen otros medios menos ofensivos de los bienes del que atenta contra el interés societal. Por eso, con independencia de qué entender por bien jurídico, debe ventilarse un elemento que le permita legitimar y sistematizar esta selección de la política criminal con un sentido profundo, el que será el tomar el auxilio de la Constitución para imprimirle un mayor nivel de legitimidad, de límites y sobre todo coherencia de sistema, por lo que se realizará un abordaje de las teorías que se han enarbolado con referencia a la Constitución.

6. TEORÍAS CON BASAMENTO CONSTITUCIONAL COMO VÍA DE LEGITIMAR Y LIMITAR LA INTERVENCIÓN PENAL

Con la preocupación de la comunidad internacional ante los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los crímenes cometidos al amparo de ella es que empieza a propugnarse el reconocimiento de nuevos derechos en las constituciones nacionales, tratando de evitar que volviese a ocurrir semejante hecatombe.⁵⁵ Por ello se buscó en la magna carta un referente que fuera guía de la intervención penal, que permita cumplir con las funciones de sustento y limitadoras del *ius puniendi*,⁵⁶ lo cual influyó en la aparición de teorías constitucionalistas sobre el bien jurídico, de ahí que se elaboraran en algunas de ellas la concepción del delito como una ofensa a un interés protegido.⁵⁷

La vinculación entre el Derecho penal y la Constitución viene de la mano de establecer que las disposiciones erigidas en la ley de leyes positivizan valores

⁵⁵ Estas posturas determinaron la aprobación de textos constitucionales con una formación intensa de catálogos contentivos de principios y garantías, dirigidos esencialmente, entre otros, a la protección de derechos fundamentales y de los derechos y garantías relativos a la justicia. Cfr. ARRANZ CASTILLEIRO, Vicente Julio, "Minimalismo y maximalismo penal...", *cit.*, p. 14 y ss.; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Constitución y sanción penal", *Revista de la Fundación internacional de Ciencias Penales*, No. 1, 2013, p. 59.

⁵⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", *Reforma Penal*, No. 1, 1997, p. 1.

⁵⁷ Para mayor información: TIEDEMANN, Klaus, "Constitución y Derecho penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, No. 33, septiembre-diciembre de 1991, pp. 145-146.

que los elementos axiológicos, con influencia en el orden jurídico, legitiman y sustentan en el orden político que se impone coactivamente en la legislación penal, con trascendencia a la denominada Constitución material, en la que los derechos y el ser humano se erigen como el fundamento de la realidad política del Estado, con vínculos a todo el ordenamiento.

Al decir de PERALTA: “[...] son estos valores substanciales, concretizados histórico-positivamente en la norma fundamental de un Estado, la fuente última de la que nace la legitimidad esencial del poder jurídico-político de un Estado, valores para cuya realización está este estéticamente determinado [...]”,⁵⁸ criterios compartidos por DONINI, el cual plantea que, más que establecer límites por medio de las cartas magnas, debe entenderse a los textos constitucionales como el fundamentos de punición y persecución de conductas que atenten contra bienes jurídicos;⁵⁹ y siguiendo a ROXIN, quien estableció que esta debía ser la única restricción previa establecida para el legislador a la hora de tomar decisiones como base del castigo y del propio Derecho penal en general.⁶⁰

Sobre este asunto se puede identificar una división en torno al papel de la Constitución con respecto al sistema penal, siendo ambas, al decir de DURÁN MIGLIARDI, la orientación sistemática lógico-formal, entendida sobre la base de ponderar los límites del poder punitivo del Estado para garantizar los derechos establecidos en las cartas magnas y la orientación material o teleológica, en la que se remite a la propia Constitución para establecer los fundamentos, funciones y dirección del poder punitivo estatal.⁶¹

Las citadas posiciones se orientan, las primeras en estrictas y las segundas en amplias, de acuerdo con su esfera de influencia sobre la amplitud del bien jurídico a proteger; las tesis estrictas se enfocan en definir al delito como una

⁵⁸ PERALTA, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, pp. 128-129.

⁵⁹ DONINI, Massimo, “Un Derecho penal fundando en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista Penal*, No. 8, 2001, pp. 24-25.

⁶⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 55.

⁶¹ DURÁN MIGLIARDI, Mario, “El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 20, No. 2, 2013, pp. 305-306; DONINI, MASSIMO, “Un Derecho penal...”, *cit.*, p. 223 y ss.

conducta taxativamente dispuesta en la ley que está en condiciones para violar un valor que está dispuesto en la Constitución, con méritos para ser sancionado este comportamiento siempre que se afecte un valor con trascendencia constitucional, tratando de circunscribir en los bienes jurídicos reconocidos un límite claro del castigo estatal.

En favor de esta opción, se destaca que acudir a la ley de leyes tiene mejores oportunidades de establecer metas claras al legislador a la hora de legitimar la prohibición de conductas contra el orden penal, por ser un límite externo, con posibilidades de ser recurrido y porque obliga al legislador a crear mecanismos de implementación, admitiendo la posibilidad no solo de reconocer los bienes expresamente identificados en sus normas, sino los que se puedan comprender de su espíritu; de ahí que sea erigido como un marco de referencia.

No obstante, se le critica que más que otorgarle un contenido real, se ocupan preferentemente de tratar de establecer límites al concepto, lo que orienta a una normativización de este, reduciendo su amplitud y ubicando su influencia desde la Constitución, lo que dificulta, de acuerdo con las complejidades cambiantes de los fenómenos societarios, que la misma realidad social esté reflejada en todos sus aspectos en sus postulados; en resumen, la misión del legislador en materia penal sería la integrar a las normas penales la prohibición de realizar comportamientos que atenten contra los valores de mayor relevancia en las cartas magnas.

Por otro lado, las posturas amplias tienen la validez de legitimar los principales intereses en la supremacía de la Constitución, pero pecan de ambigüedad, pues no establecen criterios determinados que permitan concretar estos y solamente se rigen por una adaptación genérica de los bienes jurídicos a los valores constitucionales, que no es definida íntegramente;⁶² criticando al respecto GALLEGO SOLER que no obstante buscar los referentes en el texto

⁶² Amplía QUIRÓS PÍREZ cuando establece que estas teorías, independientemente del hecho de no precisar el contenido de estos bienes jurídicos, solo disponen reacciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que prevé la Constitución, criticando el hecho de que no todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal requieren necesariamente formar parte de los textos constitucionales. Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho penal*, t. I, p. 187.

constitucional, no puede confundirse la legitimación de intervención penal con el anclaje de bienes jurídicos en las cartas magnas.⁶³

Incluso, dentro de las amplias se aprecia una flexibilidad en los criterios asumidos para insertar los bienes jurídicos a proteger desde los textos constitucionales, al establecer posturas en las cuales, al menos, de forma negativa, los bienes no sean incompatibles con su esencia.

Al respecto se le ha objetado que es muy amplio en sus criterios, que no establece cuáles son los bienes que permitan extraer de la realidad, sino que, en concordancia con el texto, sería una manera de exclusión de aquellos comportamientos que sean incompatibles con sus líneas generales, creando incertidumbre y falta de claridad.

Ahora bien, de las vías para limitar estos criterios, siguiendo a PRIETO SANCHÍS, dos pueden ser las formas: un control previo de la producción legislativa o una revisión posterior.⁶⁴ No obstante, ambas vías no dejan claro todavía si necesariamente los bienes objeto de protección deben estar amparados constitucionalmente e incluso pueden aceptarse otros no expresamente descritos; lo que sí es necesario afirmar es que, con independencia de si se asumen estos criterios u otros con respecto a qué es el bien jurídico penal, siempre será pertinente apoyarse en sus postulados como guía general de criminalización, cuestión que necesariamente debe responderse en el sentido de utilizar la Constitución como vía legitimadora, al menos desde su contenido, y sistematizadora desde la jerarquía axiológica de sus enunciados, pero nunca como *numerus clausus*, en perspectiva a sus postulados fundantes. ¿Pero qué sucede cuando se trata de un bien complejo como la economía?

7. ÁMBITO DEL DERECHO PENAL PROTECTOR DE LA ECONOMÍA

Con incidencia en la noción de bien jurídico penal como basamento de la intervención penal, entendido este como las relaciones sociales de relevancia que fundan y dan vida a las sociedades políticamente organizadas, se pretende adaptar estas consideraciones precedentes al modelo económico cubano sustentado constitucionalmente. Dicha contextualización obedece a la necesidad de solucionar el distanciamiento entre los postulados

⁶³ GALLEGO SOLER, José Ignacio, "Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores", *RCSP*, 13/2003, p. 93.

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, p. 63 y ss.

del Código penal y la configuración del sistema económico, representado por el programa económico de la nueva Constitución de la República⁶⁵ y las estrategias formuladas en los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución.⁶⁶

Cuando se evalúan los antecedentes investigativos que se tomaron en consideración, se apreciaron dos niveles: uno en el orden internacional y otro a nivel nacional. En el primero se aprecia que el tema ha sido investigado, pero no agotado, en tanto, además de la diversidad de posiciones teóricas sobre el ámbito de protección del Derecho penal, hay que añadir que están basadas sobre criterios pertinentes para economías liberales de manera exclusiva.⁶⁷ En el segundo se considera que el objeto de la investigación ha sido poco tratado, aunque de manera cercana se aprecia una proliferación de publicaciones científicas que tratan tópicos circunscritos a temas específicos del Derecho penal económico o de la delincuencia económica,⁶⁸ con muy pocas incidencias en el

⁶⁵ Sobre todo, lo atinente a la aceptación de la propiedad privada y cooperativa, así como al reconocimiento del papel del mercado, entre otros elementos. *Constitución de la República de Cuba*, aprobada en el segundo periodo ordinario de Sesiones de la IX legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 22 de diciembre de 2018, aprobada en referéndum convocado al efecto el 24 de febrero de 2019 y proclamada en la segunda sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de abril de 2019, pp. 18-19.

⁶⁶ *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución*, VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, aprobado el 18 de abril de 2011.

⁶⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Bien jurídico y Estado social...", *cit.*, pp. 90-138; *Passim*, HEFENDEHL, Roland, *et al.*, *La Teoría del bien jurídico...*, *cit.*, pp. 37-476.

⁶⁸ Desde la criminología se aprecia el tratamiento de la criminalidad económica en VIERA HERNÁNDEZ, Margarita, *Temas fundamentales sobre criminología*, pp. 177 y 188; y la reacción política penal ante la criminalidad económica en ALDANA FONG, Alejandro, "La eficacia de la reacción penal contra la delincuencia profesional", *Tesis de Maestría en Criminología*, La Habana, 2007. Por otro lado, desde la dogmática del Derecho penal económico o relacionado con ella se aprecian los delitos contra la economía nacional en GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "El delito económico ante los problemas de la globalización y la seguridad ciudadana", *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, Año IX, No. 35, enero-junio de 2015; DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Crimen Organizado, tráfico de drogas, lavado de dinero y terrorismo*; "Delitos contra la economía nacional", en Mayda Goite Pierre, *et al.*, *Una visión de la dogmática a figuras del Código penal cubano*; y MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Delitos asociados a la contratación económica*. También se aborda la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas y naturales por GOITE PIERRE, Mayda, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Cubana de Derecho*, No. 17, 1999; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*; "La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad", en *Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*; MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "La Responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas", *Revista Jurídica del Perú*, Edición Especial No. 34, 2012.

ámbito de protección,⁶⁹ sobre todo en perspectiva a los criterios orientadores de la renovada Carta Magna.

Existe, en relación con estos estudios, una coincidencia en que el Derecho penal busca la protección de bienes jurídicos, hay un reconocimiento de su relevancia en las funciones de límite, sistematización y legitimación de la intervención penal, así como la existencia de discordancias entre el interés que protege el Código penal cubano vigente, en torno a la economía, acorde con la realidad de 1987, cuando fue promulgado, y las actuales circunstancias, en las que se precisa de nuevas propuestas que permitan contextualizar el bien jurídico penal a tono con las demandas de la realidad nacional, orientado desde las instancias reguladoras y programáticas: los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución y la nueva Constitución de la República.

Siguiendo esta línea, ROMERA y CESANO plantean que se estará hablando de bien jurídico en materia penal económica en dependencia del conjunto de relaciones que formen parte del sistema económico al que se haga referencia y que además cumplan con la exigencia de tener relevancia, para que entonces influya sobre la protección dada por el bien jurídico penal, que incidirá a su vez en que tenga una mayor o menor delimitación conceptual.⁷⁰

De esta forma se han establecido diferentes criterios sobre el ámbito de protección, coincidiendo de manera general en que el Derecho penal económico se encarga de la protección del orden económico; asimismo, este orden económico ha tenido diferentes concepciones.

⁶⁹ Sobre el bien jurídico penal en sentido estricto, LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto, LARISBEL LUGO ARTEAGA, "El bien jurídico y las funciones del Derecho penal", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 36, No. 100, enero-junio de 2015. Sobre el bien jurídico económico en Derecho penal, *vid.* MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba", *Revista Justicia y Derecho*, No. 20, año 11, junio, 2013; "El ámbito de protección en el Derecho penal económico", *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, Año IX, No. 35, enero-junio 2015; BARROSO GONZÁLEZ, Jorge Luís, "La protección de la economía a tres décadas de vigencia del Código penal", en AA.VV., *Estudios sobre el Código penal cubano en el XXX aniversario de la vigencia del Código penal cubano*.

⁷⁰ ROMERA, Oscar E., "Los cometidos del Derecho penal económico y sus núcleos problemáticos", *Revista de Derecho penal y procesal Penal*, Lexis Nexis, No. 1, septiembre, 2004, pp. 191-192; CESANO, José Daniel, "El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: Una contribución para su determinación", p. 6.

Por un lado se entiende como el conjunto de normas que regula el orden económico reglado directamente por el Estado, o entendido mejor como la regulación del intervencionismo estatal en la Economía, apoyado este decir, entre otros, por BAJO FERNÁNDEZ, quien establece que este deberá entenderse como “[...] interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía, tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales, y entendido como interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y lucro”.⁷¹

Estos criterios, al decir de BACIGALUPO, RIGHI y MUÑOZ CONDE, reducen ostensiblemente los límites y forman un paralelo con las formas de intervención estatales de la economía; abarcando solamente dentro de este, aquellos tipos penales que son directamente regulados por el aparato estatal de poder, como son: las regulaciones fiscales, de formación de precios, monetarias, las infracciones de contrabando, el lavado de activos, entre otros.⁷² Se le ha criticado al ser una noción restricta, que deja fuera de protección todas aquellas conductas que el Estado ha decidido por políticas públicas dejar de atender, siendo endeble a nuestra consideración esta posición al variar los criterios e impedir criterios integradores del Derecho penal económico; también, y de acuerdo con los criterios criminológicos de actuación en los ilícitos contra la economía, estarían fuera de esta clasificación, muchos delincuentes que atentan directa o indirectamente a la economía, y se dejaría fuera a su vez a los consumidores, como categoría necesitada de protección, ante su creciente papel.

Este criterio tendrá en cuenta si la intervención del Estado en la economía será directiva: cuando el ente estatal dirige su política económica a través de mecanismos directos como la política de empresas públicas, monetaria, fiscal, entre otros; o si esta intervención es directa, que es cuando el Estado participa como sujeto económico, donde este ente político, que actúa y dirige actividades económicas como función administrativa, aparece, las más de las veces, a través de las denominadas empresas públicas.

⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho Positivo español”, p. 96.

⁷² BACIGALUPO, Enrique, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho penal económico*, p. 60; RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, p. 320; y MUÑOZ CONDE, Francisco, “Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994”, *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, No. 11, pp. 11 y 12.

Por otro lado, ha habido un desarrollo de otra tendencia, influenciada por el aumento exponencial de la criminalidad económica, el desarrollo de la globalización neoliberal y la economía de mercado, en donde se ha entendido el orden económico como la regulación jurídica de la producción, distribución, comercialización y el consumo de bienes y servicios. Este criterio, contrario a la tesis anterior, tiene una noción amplia de los límites de este Derecho penal económico, intentando establecer particularidades específicas para esta especialización, con vistas a detener este fenómeno criminal, que el Derecho penal tradicional se ha mostrado ineficaz para hacer frente; rompiendo, con inclinación extensiva, la sistemática que lleva el sistema penal y los principios que lo sustentan.⁷³ Se le ha criticado que amplía demasiado las fronteras de su ámbito de actuación, provocando que aparezca el bien jurídico orden económico como un bien jurídico de segundo grado, detrás de los intereses patrimoniales individuales.

Incluso, se habla de una tercera forma de entender este orden económico: como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico constitucional, asunción que es más bien una variante del sistema de intervención del Estado en la economía, que finalmente define cuál es el sistema socioeconómico al cual se afilian los Estados.

Todo ello incide, sin descartar otros factores adicionales, en una expansión del Derecho penal, en particular la parte de aquel relacionada con las características particulares de este Derecho penal económico, a saber: la aparición y desarrollo de novedosos bienes jurídicos, de naturaleza colectiva, provocados por la formación de nuevos riesgos, vinculados particularmente a las actividades económicas, en el marco de los distintos sistemas y niveles de desarrollo de los Estados. Expansión que ha obedecido, ya circunscribiéndonos a la realidad de las sociedades, a dar respuestas a situaciones de emergencia, que han colisionado muchas veces con las garantías establecidas por los Estados de Derecho, acostumbrados a lidiar con bienes jurídicos concretos y perfectamente identificables, situación contradictoria cuando aterrizamos en el ámbito económico, donde no se llega siquiera a una definición aproximada de que entender por tales.

Por supuesto, y siguiendo las divisiones precedentes establecidas por el Derecho económico, de acuerdo con los propios conocimientos de las ciencias

⁷³ CERVINI, Raúl, "Derecho Penal Económico - Perspectiva integrada", Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho penal económico, No. 3, 2008, p. 2.

económicas, hay que establecer los campos sobre los que puede ser necesario el Derecho penal, entendidos estos como el ámbito macroeconómico y el microeconómico.⁷⁴

Se puede entender, en consecuencia, que se ha sistematizado las posiciones de intervención del Derecho penal en la economía desde tres perspectivas, una amplia, una estricta y otra de similar índole, pero asociada a los postulados constitucionales, que siempre deben tomar en perspectiva el modelo económico sobre el que vayan a interactuar y que estarán en dependencia de los impactos de la globalización sobre las relaciones de producción imperantes, por lo que es necesario proponer soluciones contextualizadas a la realidad nacional cubana, que permitan tutelar a la economía en correspondencia con la realidad económica, social y política contemporánea.

8. UNA PROPUESTA DE INTERVENCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA ANTE LOS POSTULADOS DE LA CONSTITUCIÓN EN CUBA

Para poder concretar a la economía como bien jurídico-penal en Cuba es pertinente el auxilio de la ciencia económica, al aportar elementos relevantes que permitan dilucidar qué es lo necesario proteger en este sentido, pues si se está conteste con que esta se encarga de la satisfacción de necesidades societarias, sobre la base de la asignación de los bienes necesarios y limitados para ese efectivo cumplimiento, es necesario determinar qué componentes ameritan la tutela penal, sobre todo atendiendo a la posición del mercado y el Estado en la asignación de bienes y servicios.

Al respecto, STIGLITZ, SAMUELSON y NORDHAUS identifican a la mayoría de los sistemas económicos como economías de carácter mixto, es decir, aquellas que conjugan el libre desempeño de sujetos económicos en el mercado con la intervención del Estado en este propio ámbito, con diferentes niveles, en

⁷⁴ La macroeconomía es la parte de la teoría económica que se encarga del estudio global de la economía en términos del monto total de bienes y servicios producidos, el total de los ingresos, el nivel de empleo, de recursos productivos, y el comportamiento general de los precios. Vid. SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS, *Economía*, p. 5; KRUGMAN, Paul y Robin WELLS, *Macroeconomics*, pp. 138-139; mientras que la microeconomía es una parte de la economía que estudia la conducta económica de agentes económicos individuales, como son los consumidores, las empresas, los trabajadores y los inversores; así como los mercados. Considera las decisiones que toma cada uno para cumplir ciertos objetivos propios. SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS, *Economía*, cit., p. 5; y PARKIN, Michael, y Eduardo LORÍA, *Microeconomía*, p. 2.

dependencia de si se está en presencia de un Estado orientado al capitalismo o si este vendrá dirigido hacia el socialismo.⁷⁵

Con respecto a las nociones extensas y estrictas de orden económico como bien jurídico existe una idea de identificar la noción amplia con el modelo liberal de Estado clásico, donde hay un predominio de las relaciones de producción entre sujetos económicos particulares, en apariencia autorregulados por el mercado, de acuerdo con SMITH.⁷⁶

Es de apreciar que de la literatura consultada, existe referencia al Estado social y democrático de Derecho o también conocido como Estado de bienestar social, donde se pretende una confluencia del liberalismo con un enfoque a lo social, mediando una mayor intervención estatal para evitar las desigualdades que el mercado puede generar y que en esencia, desde las posturas sustentadas, sigue siendo una variante del liberalismo.⁷⁷

Por otro lado, se aprecia un acercamiento de la noción estricta con los modelos socialistas de dirección centralizada, enfatizando el intervencionismo estatal en la economía, criterio que no se asume, en tanto, con independencia de un modelo u otro, en ambos subsiste el mercado, con diferentes niveles de regulación, y los dos tienen un nivel de intrusión del Estado, con mayor o menor amplitud.

Ahora bien, estos ámbitos de actuación deben estructurarse desde la noción amplia con correctivos estricto constitucionales, conformando al Derecho penal, protector de la economía por un bien mediato orden económico, que nos permitirá enunciar la *ratio legis* y el fundamento general de incriminación, vinculado con un conjunto de bienes inmediatos, que estarán ligados indisolublemente a las diferentes y variadas relaciones sociales de producción, distribución, cambio y consumo de bienes y servicios.

⁷⁵ Cuando se hace referencia a economías de carácter mixto, se debe entender como aquellas en las que confluyen tanto la apropiación privada de medios de producción como la intervención del Estado como agente económico y a su vez como regulador del desempeño del mercado, clasificación que no necesariamente determina la orientación a economías de libre mercado o hacia el socialismo. *Vid.* SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS, *Macroeconomía con aplicaciones en Latinoamérica*, p. 25.

⁷⁶ SMITH, Adam, *An inquiry into the nature and the wealth of nations*, p. 125.

⁷⁷ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico...*, cit., p. 102.

Esta visión debe estar en perspectiva con el marco de incentivos y penalizaciones que las instituciones de una sociedad deben establecer, que dan forma y regularidad a la interacción social, y que al decir de ROMERO GÓMEZ deben tener requisitos de calidad indispensable: 1. capacidad de la institución para promover equilibrios que agoten las posibilidades que brinda la frontera tecnológica; 2. capacidad de la institución para trazar contratos intertemporales creíbles; 3. capacidad de reducir la incertidumbre asociada a la interacción humana; y 4. capacidad de las instituciones para anticiparse a los cambios de la realidad social.⁷⁸

Si bien queda claro el bien mediato, es necesario especificar cuáles bienes inmediatos pueden servirnos de guía para establecer criterios basados en los postulados constitucionales, atendiendo a que, no obstante subsistir un predominio del Estado como regulador e interventor en la vida económica nacional, existe una expansión a otros actores no estatales, así como una diversidad de relaciones entre sujetos económicos de diferentes índoles, que demandan espacios de tutela penal.

Por eso una propuesta sustentada de estos bienes debe tomar en cuenta los ámbitos en los cuales puede dividirse el campo de la economía, como son: en la producción, los derechos de propiedad y gestión de la propiedad; en la distribución, los beneficios y la comercialización; en el cambio, los precios y la redistribución, y finalmente, en el consumo, el mercado, los derechos de los consumidores y la responsabilidad social; elementos que marcarán la guía criminalizadora que la nueva Carta Magna, complementada por los Lineamientos de la política económica y social y que permitirán contextualizar, legitimar, limitar y sistematizar la intervención penal en la economía cubana.

9. A MANERA DE CONCLUSIONES

A razón de los criterios propuestos, se puede entender que se opta por un modelo de Derecho penal de mínimos, abocado a la protección de bienes jurídicos relevantes, frente a los ataques de mayor lesividad social y en perspectiva de los derechos y garantías del ser humano, una política criminal de corte valorativo y el sistema económico y social.

⁷⁸ ROMERO GÓMEZ, Antonio F., "Transformaciones económicas y cambios institucionales en Cuba", en AA.VV., *El cambio económico de Cuba en perspectiva comparada*, p. 32 y ss.

Estos bienes jurídicos, de naturaleza compleja y multidimensional, deben entenderse acordes con los postulados de la relación social, como vínculo entre individuos o colectivos, que constituyen un sumario normativo de las sociedades y que permiten la satisfacción de necesidades sociales, bajo los requisitos de importancia, necesidad de tutela y el influjo del contexto económico y social.

Los postulados constitucionales, sean desde las perspectivas amplias o estrictas, legitiman estos bienes jurídicos penales, aportando el fundamento de justificación en contexto con el modo de producción, el cual se encuentra amparado en los respectivos programas económicos y sirviendo como referente axiológico de aplicación directa, lo que sustenta una visión amplia con correctivos estricto constitucionales del Derecho penal económico, que, como ordenación jurídica de la producción, distribución, cambio y consumo de bienes y servicios, integran el conjunto de relaciones humanas que se desarrollan en el marco de las comunidades humanas.

Por lo tanto, se propone como criterio de intervención penal el de seleccionar un bien jurídico orden económico que, en correspondencia con los postulados constitucionales y la política económica seguida en los Lineamientos de la política económica y social, deberá ser especificado por distintos intereses concretos, pertinentes a las diferentes áreas en las que está dividida la economía y que pueden ser aplicables al contexto cubano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- ACANDA, Jorge Luís, *Sociedad civil y hegemonía*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2002.
- ALDANA FONG, Alejandro, "La eficacia de la reacción penal contra la delincuencia profesional", *Tesis de Maestría en Criminología*, La Habana, 2007.
- ARRANZ CASTILLEIRO, Vicente Julio, "Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno", *Revista Cubana de Derecho*, No. 28, julio-diciembre de 2006.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", *Reforma Penal*, No. 1, 1997.
- AYALA MARTÍNEZ, Jorge M., "El Derecho natural antiguo y medieval", *Revista española de Filosofía Medieval*, No. 10, 2003.

- BACIGALUPO, Enrique, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho penal económico*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho Positivo español," *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973.
- BARROSO GONZÁLEZ, Jorge Luís, "La protección de la economía a tres décadas de vigencia del Código Penal", en AA. VV., *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX aniversario de la vigencia del Código penal cubano*, serie Ciencias Penales y Criminológica No. 12, abril de 2018.
- BECH, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Ibérica, S.A., 1998.
- BECH, Ulrich, "Generaciones globales en la sociedad del riesgo", *Revista CIDOB d'AFERS Internacionals*, Nos. 82-83, 2008.
- BOBBIO, Norberto y M. BOVERO, "El carácter del iusnaturalismo", en Norberto Bobbio, y M. Bovero, *Sociedad y Estado en la Filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "Globalización y concepciones del Derecho penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009.
- BUCH SÁNCHEZ, Rita María, *Historia de la Filosofía: Filosofía Antigua*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2012.
- CERVINI, Raúl, "Derecho penal económico – Perspectiva integrada", *Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho penal económico*, No. 3, 2008.
- CESANO, José Daniel, "El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: Una contribución para su determinación", *Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho penal económico*, 2011.
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *Crimen organizado, tráfico de drogas, lavado de dinero y terrorismo*, Ciencias Sociales, La Habana, 2004.
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, "Delitos contra la economía nacional", en Mayda Goite Pierre, et al., *Una visión de la dogmática a figuras del Código penal cubano*, editado por la colaboración del Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo, Noruega, 2005.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Constitución y sanción penal", *Revista de la Fundación internacional de Ciencias Penales*, No. 1, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* 07-1 (2005).
- DONINI, Massimo, "Un Derecho penal fundando en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", *Revista Penal*, No. 8, 2001.

- DURÁN MIGLIARDI, Mario, "El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 20, No. 2, 2013.
- ENGELS, Federico, "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", *Obras Escogidas*, t. II, Progreso, Moscú, 1973.
- FABELO CORZO, José Ramón, *Los valores y sus desafíos actuales*, 2ª ed., José Martí, La Habana, 2003.
- FABELO CORZO, José Ramón, "Filosofía y vida. En defensa de la Filosofía como necesidad vital", *Revista dialéctica*, nueva época, Año 33, No. 42, invierno 2009 - primavera 2010.
- FABELO CORZO, José Ramón, "Los valores humanos en perspectiva evolutiva", *Revista dialéctica*, nueva época, año 34, No. 43, primavera 2011 - verano 2011.
- FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho. Antigüedad y Edad media*, ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Razón – Teoría del garantismo penal*, Trotta S.A., 1995.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo veintiuno editores, Argentina, 2002.
- FOUCAULT, Michel, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, No. 3, jul. - sep. 1988.
- FRONDIZI, Risieri, *Introducción a la axiología*, Fondo de Cultura económica (Breviarios 135), México, 1995.
- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "El delito económico ante los problemas de la globalización y la seguridad ciudadana", *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, Año IX, No. 35, enero-junio de 2015.
- GALLEGOS SOLER, José Ignacio, "Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores", *RCSP*, 13/2003.
- GOITE PIERRE, Mayda, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Cubana de Derecho*, No. 17, 1999.
- GOITE PIERRE, Mayda, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ediciones, Universitarias, Imprenta Minerva, Cochabamba, Bolivia, junio de 2001.
- GOITE PIERRE, Mayda, "La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad", en *Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Guatemala, abril de 2011.
- GRACIA MARTÍN, Luís, "La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, No. 3, 2010.

- GUSTAV DAHRENDORF, Ralf, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, ediciones Rialp, Madrid, 1979.
- HARTMAN, Nicolás, *Introducción a la Filosofía*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.
- HASSEMER, Winfried, "Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania", *Doxa*, no. 8, 1990.
- HASSEMER, Winfried, AA. VV, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo - El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, edición del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.
- HASSEMER, Winfried, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en Roland Hefendehl et al., *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, ediciones jurídicas y sociales S.A, editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HEFENDEHL, Roland, "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? ¿Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* 04-14 (2002).
- HEFENDEHL, Roland, "Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico", en Roland Hefendehl et al., *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, ediciones jurídicas y sociales S.A, editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HEFENDEHL, Roland, et al., *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*, 2ª ed., Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1992.
- HUEGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2007.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), *Informe de los objetivos de desarrollo sostenible*, Nueva York, 2017, consultado el 12 de febrero de 2018, 10:02 a.m.
- KRUGMAN, Paul y Robin WELLS, *Macroeconomics*, Worth Publishers, 2006.
- LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y Larisbel LUGO ARTEAGA, "El bien jurídico y las funciones del Derecho penal", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 36, No. 100, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, enero-junio de 2015.
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, aprobado el 18 de abril de 2011, disponible en <http://www.pcc.cu>, consultado el 23 de abril de 2019, 9:40 a.m.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte general*, 3ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alonso, *Diccionario Jurídico Básico*, Heliasta S.R.L., 1995.
- MARX, Carl, *El Capital - El proceso de acumulación capitalista-* t. I, Siglo Veintiuno de España editores s.a., junio de 2010.
- MARX, Carl, "Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política", *Obras Escogidas*, t. I, Progreso, Moscú, 1973.
- MARX, Carl, *Trabajo asalariado y Capital*, ediciones eléctricas Iskra, 1999, disponible en <http://www.geocities.com>, consultado el 19 de diciembre de 2017, 10:15 a.m.
- MARX, Carl y Federico ENGELS, "Oposición entre las concepciones materialistas e idealistas", *Obras escogidas*, t. I, Progreso, Moscú, 1973.
- MARX, Carl y Federico ENGELS, "El Manifiesto Comunista", *Obras escogidas*, t. I, Progreso, Moscú, 1973.
- MASLOW, Abraham H., *Motivación y personalidad*, ediciones Díaz de Santos, S.A., 1991.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas", *Revista Jurídica del Perú*, edición Especial No. 34, Normas Legales, El Búho, Lima, Perú, 2012.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba", *Revista Justicia y Derecho*, No. 20, año 11, Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, junio, 2013.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Delitos asociados a la contratación económica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Evolución, actualidad y desafíos de la teoría de la relación social sobre el bien jurídico penal", AA.VV., *Temas de Derecho penal. Parte general*, Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, La Habana, 2015.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "El ámbito de protección en el Derecho penal económico", *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, México, Año IX, No. 35, enero-junio 2015;
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Derecho penal económico*, Félix Varela, 2016.
- MIR PUIG, Santiago, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como Límites del 'Ius Puniendi'", *Revista Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., REPERTOR, S.L., Barcelona, 1996.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-06 (2002), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>, consultado el 7 de enero de 2018, 10:27 a.m.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994", *Revista Brasileira de Ciencias Crimináis*, No. 11, RT, San Pablo, Brasil, 1995.
- NEUMANN, Ulfrid, "Alternativas al Derecho penal", en AA.VV., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo - El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, IB de f, Montevideo, Uruguay, 2004.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2016*, Ginebra, 2017, consultado el 12 de febrero de 2018, 9:45 a.m.
- PARKIN, Michael y Eduardo LORÍA, *Microeconomía*, versión para Latinoamérica, 9ª ed., Pearson Educación, México, 2010.
- PERALTA, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- PORTAL RAMOS, Lázaro, "La expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Política criminal contemporánea y auge del Derecho penal del enemigo", en AA.VV., *Sociedad del riesgo y globalización. Retos del expansionismo legal. Perspectivas cubana y escandinava*, Novus Press, 2019.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, España, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", AA.VV., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo - El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho penal*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2006.
- RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Edersa, Madrid, 1991.
- ROMERA, Oscar E., "Los cometidos del Derecho penal económico y sus núcleos problemáticos", *Revista de Derecho penal y procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, No.1, septiembre, 2004.
- ROMERO GÓMEZ, Antonio F., "Transformaciones económicas y cambios institucionales en Cuba", en AA.VV., *El cambio económico de Cuba en perspectiva comparada*, editado por Richard E. Feinberg y Ted Piccone, Centro de Investigaciones de Economía internacional, noviembre de 2014.
- ROSENTAL, M. y P. IUDIN, *Diccionario filosófico*, Ediciones Universo, Argentina, 1973.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1ª edición, Civitas, 1997.

- ROXIN, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", traducción de Manuel Cancio Meliá, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea) No. 15-01, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor S.A., 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. ampliada y revisada, Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Crisis del sistema dogmático del delito", *Cuadernos de conferencias y artículos*, No. 40, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SCHELER, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, Librodot.com [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com), consultado el 10 de febrero de 2018, 10:23 a.m.
- SOTO NAVARRO, Susana, "Concreción y lesión de bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", *Revista ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- TIEDEMANN, Klaus, "Constitución y Derecho penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, No. 33, septiembre-diciembre de 1991.
- SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS, *Economía*, 18ª ed., McGraw Hill, 2006.
- SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS, *Macroeconomía con aplicaciones en Latinoamérica*, 19ª ed., McGraw Hill Interamericana editores, S.A., de CV, México, 2010.
- SMITH, Adam, *An inquiry into the nature and the wealth of nations*, edited by S. M. Soares, Meta Libri, Digital Library, 29th May, 2007.
- VIERA HERNÁNDEZ, Margarita, *Temas fundamentales sobre criminología*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- VON HIRCH, Andrew, "El principio de bien jurídico y el 'principio del daño'", en Roland Hefendehl et al., *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, ediciones jurídicas y sociales S.A, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis de Sistemas-Mundo. Una introducción*, Siglo veintiuno editores, 2005.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica-España, 2002.
- WRITTIG, Petra, "Teoría del bien jurídico, Harm Principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad", en Roland Hefendehl et al., *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, ediciones jurídicas y sociales S.A., Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ZAFFARONI, Raúl E., *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, Nicaragua, 2016.

FUENTES LEGALES

Constitución de la República de Cuba, aprobada en el segundo periodo ordinario de Sesiones de la IX legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 22 de diciembre de 2018, aprobada en referéndum convocado al efecto el 24 de febrero de 2019 y proclamada en la segunda sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de abril de 2019, Editora Política, La Habana, 2019.

Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial No. 3, de 30 de diciembre de 1987.

Ley No. 87 de febrero de 1999, modificativa del Código penal, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 15 de marzo de 1999.

Ley No. 88 de febrero de 1999, de protección de la independencia nacional y la economía de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 15 de marzo de 1999.

Recibido: 1/6/2021
Aprobado: 10/7/2021

COMENTARIOS _____

DECRETO-LEY NO. 11/2020, "DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LOS CONDUCTORES PROFESIONALES DE VEHÍCULOS DE MOTOR"^{*}

Decree Law no. 11/2020, "On Civil Liability Insurance for Professional Drivers of Motor Vehicles"

Dr. Alejandro Vigil Iduate

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0003-3427-1178>

vigil@lex.uh.cu

Resumen

El reciente Decreto-Ley que establece la obligatoriedad de suscribir contrato de seguro de responsabilidad civil por parte de los conductores profesionales de vehículos de motor muestra el interés del legislador por el desarrollo de la protección financiera, aunque subyacen aspectos que atentan contra el mejor resultado, y que ameritan su análisis en aras de seguir construyendo instituciones de apoyo y protección financiera a la víctima de accidentes.

Palabras claves: contrato; seguro; responsabilidad civil; conductores profesionales; vehículos de motor.

Abstract

The recent Decree-Law making it mandatory for professional drivers of motor vehicles to subscribe a civil liability insurance contract shows the legislator's interest in the development of financial protection, although there are underlying aspects that go against the best result, and which deserve to be analyzed in order to continue building institutions for the support and financial protection of accident victims.

Keywords: contract; insurance; civil liability; professional drivers; motor vehicles.

^{*} Artículo integrado al Proyecto de Investigación Departamental "El contrato de seguro en Cuba. Actualización legislativa y protección jurídica", Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

Sumario

1. El nuevo seguro. 2. Los seguros obligatorios y la obligación de asegurarse. 3. Lo dispuesto en la ley cubana. 4. Radiografía del Decreto-Ley no. 11/2020. 5. Necesidad de reformular el seguro de responsabilidad civil obligatorio en aras de cumplir con la función social reclamada. 6. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. EL NUEVO SEGURO

El Consejo de Estado, en sesión realizada el 18 de junio, aprobó el Decreto-Ley no. 11, “Del seguro de responsabilidad civil para los conductores profesionales de vehículos de motor”, que fuera publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, en su edición ordinaria no. 70, el 9 de octubre de 2020.

Se fundamenta en posibilitar que los conductores profesionales de vehículos de motor, ante la ocurrencia de hechos que puedan ocasionar daños a terceras personas en sus bienes o integridad personal y de cuyas consecuencias sean civilmente responsables, tengan la posibilidad de contar con los recursos necesarios para su indemnización.

En dos artículos dispone la exigencia del mentado seguro a los referidos conductores, incluidos los del sector no estatal, y se excluye aquellos conductores profesionales que prestan su servicio en los sistemas de los ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior, disponiendo que se suscriban con aseguradoras cubanas.

En su disposición final primera otorga un plazo de ciento ochenta días para que los conductores profesionales de vehículos de motor compren la póliza de seguro.

Tan escueto y con aparente sencillez amerita ser comentado.

2. LOS SEGUROS OBLIGATORIOS Y LA OBLIGACIÓN DE ASEGURARSE

En los seguros obligatorios se impone la voluntad estatal, en un ataque a la libertad contractual, una especie de contrato forzoso, pues no existe consentimiento y sí acatamiento. Esto motiva el debate sobre la existencia o no de un contrato, al no existir voluntad de obligarse. Aunque para su nacimiento la cobertura se otorga por el legislador, “la relación jurídica entre el asegurador y el

asegurado requiere, para su nacimiento, de algún hecho que permita justificar su existencia",¹ lo que materializa con la póliza.

Por su carácter impuesto ha merecido ser definido como un "sistema jurídico asegurativo, tendiente a satisfacer las políticas sociales de protección de las víctimas",² donde se aprecia que el interés supremo resulta la víctima, al ofrecer un marco financiero que permita a esta enfrentar los daños de reciba por parte de un asegurado.

Aparece otra institución muy cercana y en múltiples ocasiones confundida con los seguros obligatorios, que son los seguros de suscripción obligatoria, aquellos donde el imperio estatal obliga a contratar el seguro, pero sin definir los criterios rígidos de los obligatorios, dejando un espacio para que se contraten los seguros ya existentes. Se trata de exigencias administrativas que demandan la previa contratación de una póliza para poder desempeñar una actividad específica.³ La conjunción de ambos ha sido definida como regímenes asegurativos obligatorios.⁴

Por sus características, los seguros obligatorios presentan bien definidos los términos y su alcance, lo que permite a RAPA ÁLVAREZ valorar que "en los seguros obligatorios no caben discusiones en lo que respecta a la amplitud de la cobertura o a las condiciones del seguro, porque las relaciones entre las partes se rigen por la ley, y no existe lugar para riesgos selectivos, ni la posibilidad de aumentar o restringir por contrato el tiempo durante el cual se extenderá el seguro. Este, por otro lado, no puede extinguirse por falta de pago de las primas, como sucede con los seguros voluntarios".⁵ De tal manera aparecen bien

¹ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Manual de obligaciones y contratos*, t. II, p. 229.

² Cfr. R. SOBRINO, Waldo, *El "Contrato" de Seguro, ¿es un "Contrato"?*

³ Cfr. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *El seguro de responsabilidad*, p. 471, quien analiza el tema y refiere a PERÁN ORTEGA, Juan, *La responsabilidad civil y su seguro*, p. 252. Al respecto, señalan ambos autores como diferencias entre los seguros obligatorios y los seguros de suscripción obligatorios, que los primeros, además de ser de suscripción mandataria, son altamente regulados en sus características, suma asegurada y primas, mientras en los segundos la intervención del Estado tiene menor intensidad, pues solo se establece el aseguramiento obligatorio, y eventualmente el valor asegurado, dejando el resto a la relación contractual.

⁴ Genérico que incluye los seguros obligatorios y los seguros de suscripción obligatoria. Cfr. LONDOÑO GONZÁLEZ, J. Ernesto, "Sociedad, conductores y vehículos. Riesgo social y responsabilidad", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, no. 29, año 17, julio-diciembre 2008, p. 44.

⁵ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Manual...*, II, cit., p. 229.

definidos los aspectos que lo conforman, y se restringen las posibilidades de rechazar la indemnización por inacción del asegurado.

La incidencia a favor del perjudicado ante incumplimiento de suscripción del seguro o incumplimiento de pago de la prima por parte del asegurado, no impide que el afectado reciba la correspondiente indemnización, pues resulta esencial el cometido de la función social a que va dirigido el seguro. En el supuesto de incumplimiento de suscripción o pago de prima, bien puede actuar la aseguradora con carácter retroactivo, incluso con penalidad, si la ley creadora del seguro obligatorio así se configura.

Por lo general, los seguros obligatorios son seguros de responsabilidad civil, aunque no todos tienen esta connotación. Los seguros de responsabilidad proveen los fondos necesarios para indemnizar a los perjudicados, salvando el dilema que se presentaría en caso de que el responsable del daño no tuviera los fondos necesarios. El seguro obligatorio, como variante de los seguros de responsabilidad, no se dirige a proteger a potenciales causantes que no dispongan de los recursos, lo que, al entendido de DÍAZ-GRANADOS, "es económica y socialmente útil, puesto que en caso de realización del riesgo previsto en el contrato, la carga, frecuentemente muy onerosa, será soportada por el asegurador en contrapartida de la prima pagada por el tomador. En otros términos, la previsión del Estado suple la eventual imprevisión de aquellos que se encuentran sometidos a la realización del riesgo".⁶

Hoy se habla de la crisis de la responsabilidad civil al revisar los postulados clásicos de la tendencia a la supresión de los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que el cuestionamiento acerca del valor de la culpa como criterio de responsabilidad en la sociedad moderna. Aparecen cuestionamientos a ciertos principios que se tenían como incuestionables, pues prácticamente todos los ingredientes o elementos de la responsabilidad civil experimentan alguna novedad, empezando por la determinación del sujeto pasivo del daño, hasta llegar a la forma de su reparación, pasando por la valoración del elemento *relación de causalidad*. Esta crisis ha motivado un cambio en la función del seguro de responsabilidad civil, donde en un principio se consideraba que lo importante era indemnizar al asegurado, pasándose luego a la posición de reparar los daños del perjudicado. En la actualidad se sostiene como criterio la protección del perjudicado, y sostén de ello resulta la función social.

⁶ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *El seguro...*, cit., p. 471.

Para el caso de los seguros obligatorios que no son de responsabilidad, actúa el Estado en el interés de que el causante o beneficiario contribuya a los fondos para la indemnización o el servicio que el mismo podría recibir.

Lo dispuesto en artículo siguiente, en cuanto establece que serán suscritos contratos de seguro de responsabilidad civil, comercializados por las entidades de seguros cubanas, establece una delimitación territorial que se encuentra dispuesta por norma anterior, Decreto-Ley no. 177, "Sobre el ordenamiento del seguro y sus entidades".⁷

3. LO DISPUESTO EN LA LEY CUBANA

El Decreto-Ley no. 263, "Del contrato de seguro",⁸ dispone que los seguros obligatorios se crean mediante Ley, y que resultan de aplicación la norma que los crea y lo dispuesto en el propio Decreto-Ley no. 263. Anteriormente fueron regulados en el Código civil de 1989 en su art. 449.2, derogado por el Decreto-Ley en cuestión, y no aparecen consignados en el Código de comercio de 1885, lo cual es comprensible atendiendo a la época de su promulgación. El cambio entre lo antes preceptuado en la norma civil y lo ahora dispuesto por el Decreto-Ley, es solo una letra inicial, "ley" por "Ley", con implicaciones en franca discusión en cuanto al carácter formal y material de la norma.

Hoy existe la obligación de suscribir un contrato de seguro como requisito para la realización de determinada actividad, entiéndase ser porteador privado; para obtener una matrícula (chapa) diplomática, consular o exenta, en razón de ocupar tal rango en el país; para la realización de los servicios marítimo-portuarios; así como requisito para la entrada al país por parte de residentes en el extranjero de contar con seguros de gastos médicos. En materia ambiental se anuncia una obligatoriedad que no ha resultado definida. Así mismo, en materia de inversión extranjera se encuentran obligados a asegurar los bienes y responsabilidad las personas y contratos de asociación internacional que se constituyan.

⁷ Decreto-Ley no. 177, "Sobre el ordenamiento del seguro y sus entidades", de 2 de septiembre de 1997, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria no. 30, de 5 de septiembre de 1997.

⁸ Decreto-Ley no. 263, "Del contrato de seguro", de 23 de diciembre de 2008, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 5, de 26 de enero de 2009.

4. RADIOGRAFÍA DEL DECRETO-LEY NO. 11/2020

Un primer POR CUANTO enlaza el sustento legal de creación de seguro obligatorio mediante Ley. Aquí la interrogante sería si en realidad nos encontramos en presencia de un seguro obligatorio, o de un seguro de suscripción obligatoria, aspecto este último por el que nos decantamos.

En su segundo POR CUANTO sustenta la necesidad del Seguro de Responsabilidad Civil a los conductores profesionales de vehículos de motor, para que ante la ocurrencia de hechos que puedan ocasionar daños a terceras personas en sus bienes o integridad personal, de cuyas consecuencias sean civilmente responsables, tengan la posibilidad de contar con los recursos necesarios para su indemnización.

Conductor profesional es aquel que percibe una remuneración por la actividad que realiza mediante el pago de un salario o cobro de una tarifa.⁹ Por ello se debe considerar que son aquellos conductores cuya actividad habitual es la de conducir un vehículo, y por la labor que realizan obtienen un ingreso los que resultan de tal consideración. Entran en tal categoría los conductores de ómnibus, camiones, taxis, choferes permanentes de autos pertenecientes a instituciones diversas. Por tanto, no existe distinción en cuanto a la persona que ostenta la propiedad del auto, ya sea natural o jurídica. Lo determinante resulta la labor habitual y remunerada que realiza el conductor.

Al sustentar el seguro en la posibilidad de contar con los recursos necesarios para la indemnización por parte del conductor profesional, mantiene de esta manera la antigua concepción de defensa del patrimonio del asegurado que causa un daño, y no se ajusta a la actual tendencia de defensa de la víctima que lo recibe, lo que constituye en definitiva la principal preocupación del Estado. El Derecho de daños hoy se orienta a la protección del perjudicado, en recibir el justo reparo.

La construcción aprobada deja escapar la oportunidad de pasar a proteger a quien recibe el daño y no a quien lo provoca.

⁹ *Glosario de términos y definiciones*, no. 38. Ley no. 109, Código de seguridad vial, de 1º de agosto de 2010, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria no. 40, de 17 de septiembre de 2010.

En la sección dispositiva de la norma, artículo 1.1 exige a los conductores profesionales de vehículos de motor, incluidos los del sector no estatal, el Seguro de Responsabilidad Civil por daños o pérdidas materiales, muerte, lesiones o perjuicios que puedan ocasionar a terceras personas en sus bienes o integridad personal, de los que se derive responsabilidad civil.

De tal manera, la expresa inclusión de los choferes del sector no estatal puede originar confusión, pues ya existe el requisito de contar con seguro de responsabilidad civil para poder realizar la actividad de porteador privado. No obstante, se entiende que ahora se extiende a todos los choferes profesionales, por ejemplo, socios o trabajadores de cooperativas.

Aunque en el primer POR CUANTO sustenta lo normado sobre la base de los seguros obligatorios, pasa a convertir el acto en una exigencia y no una obligación, lo que entraña desconcierto acerca de si estamos en presencia de seguro obligatorio o un seguro de suscripción obligatoria. De su análisis se valora que no resulta un seguro obligatorio.

El numeral siguiente del propio artículo exceptúa de esta obligación aquellos conductores profesionales que prestan su servicio en los sistemas de los ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior. Lo anterior encuentra sustento en el similar trato que le brinda el art. 302 de la Ley no. 109, Código de seguridad vial. Representa esta excepción un elemento conflictual, ya que quedan sin protección financiera aquellos conductores de estos sistemas que habitualmente se encuentran en la vía pública y causan accidentes con los daños a personas y bienes. La solución a estos casos se muestra en el entorno constitucional,¹⁰ pues queda abierta la posibilidad para que toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.

Este sustento muestra entonces que tal proceder no es excluyente y resulta extensible a todo conductor profesional de una institución estatal, y en tal sentido, y considerando que el seguro en cuestión tiene como limitante el valor asegurado, que no se encuentra definido por ley, que puede ser inferior al daño real causado, pues podría un afectado invocar esta protección constitucional aun si el conductor profesional cuenta con seguro de responsabilidad civil.

¹⁰ Art. 98 de la Constitución de la República.

La variante escogida por el legislador apunta a la dispersión legislativa en lugar de la unificación o integración, pues al dictar una norma independiente obliga al operador a remitirse a la diversidad actual. Diferente sería si se hubiera incorporado el seguro como un requisito que ha de ser considerado para ser aprobado como conductor profesional, tal y como hoy regula el art. 297 de la Ley no. 109, que exige al conductor de transporte de carga y público de pasajeros cumplir el requisito de tres años de experiencia mínima como conductor de vehículos de motor. Una modificación al Código de seguridad vial incorporando este seguro como requisito hubiera integrado el sistema legislativo.

Favorable resulta el plazo otorgado de ciento ochenta días para que los conductores profesionales de vehículos de motor compren la póliza de seguro, considerando las características del mercado de seguro cubano, con una escasa percepción de riesgo existente y baja cultura de seguros. No obstante, al no aplicarse una sanción ante la no contratación, este término puede dilatarse en el tiempo, e incluso incumplirse. Una alternativa habría sido que se configurara como un requisito del cargo, tal como se analizó previamente.

5. NECESIDAD DE REFORMULAR EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBLIGATORIO EN ARAS DE CUMPLIR CON LA FUNCIÓN SOCIAL RECLAMADA

El reto es reorientar los seguros a una función social, pues se mantiene en nuestra legislación el seguro centrado en la responsabilidad civil, y no en el daño, ya que por lo general se ampara a los que provocan el daño, mediando declaración de culpabilidad, y no se extiende a quienes reciben el perjuicio.

La esencia consiste en lograr interrelacionar los principios legales y éticos, que permitan el logro de un objetivo común, dirigido a que el que causa un daño pague a quien lo recibe, de manera rápida, equivalente al daño y controlada para evitar excesivos desvíos en la gradualidad.

Para ello se requiere no solo un cambio de legislación, sino también un cambio en el tratamiento de los procesos, en el análisis de las variables de solución, en los modelos matemáticos y de laboratorio que se utilizan para valorar la magnitud del daño. No es posible mantener la simplicidad de sacar cuentas y alcanzar acuerdos sin medir los efectos que para la sociedad en su conjunto presentan los daños ocasionados, con destaque en los efectos psíquicos y mentales asociados.

Para obtener la respuesta a cuál es el sentido y alcance del actuar que provoca el daño se debate la ciencia, que se extiende a las ciencias sociales, por ser este el campo de actuación del daño: la sociedad, el hombre. Se requiere vertebrar todos los elementos, cumplir con "el principio de la unidad de la lógica, la dialéctica y la teoría del conocimiento, cuya esencia está dada en que la dinámica del saber siendo un proceso que se constituye en el sujeto del conocimiento, significa un reflejo del mundo material que se va resumiendo en formas lógicas, conceptos, juicios, hipótesis, teorías, etc., las cuales se transforman dialécticamente en el curso de las interacciones entre el sujeto y el objeto del conocimiento y tiene como fin el conocimiento de la verdad".¹¹

La siniestralidad, la incertidumbre, la magnitud, son elementos de permanente conflicto cuando se trata de cuantificar un daño. El frágil entorno que nos rodea se vulnera cotidianamente, y se afectan las relaciones humanas, el máspreciado entorno, la sociedad. Y tanto se producen por efectos sorpresivos como por la concentración y acumulación previas.

Se afecta el prestigio de las organizaciones, se resquebraja la confianza en ellas, pues se ha demostrado con mucha elocuencia que lo principal es la ganancia, no el hombre y su entorno, lo importante es el dinero, no la sociedad.

6. CONCLUSIONES

La incidencia actual de los seguros de responsabilidad civil en Cuba, en particular de los obligatorios, se mueve en una tenue línea que muestra lo escueto de su regulación jurídica, lo reducido de su percepción como elemento catalizador de las relaciones sociales y económicas, y el limitado efecto que producen por lo complejo del entramado legal y el escaso reconocimiento social.

Se requiere un análisis social de los factores principales que inciden en la pobre percepción de los seguros en nuestro país, los que durante años fueron relegados por concepciones tecno-economistas, y hoy se retoma su utilización en espacios obligatorios, un instrumento y no un fin en sí mismo, cuando resulta una excelente oportunidad para alcanzar la satisfacción y resarcir los daños extracontractuales causados a terceros.

¹¹ LÓPEZ BALBOA, Lutgarda, y otros, "maestro investigador. Un reto en la formación del profesorado de ciencias", *Revista Pedagogía Universitaria*, vol. 9, no. 3, 2004, p. 108.

Se impone reorientar los seguros existentes, los cuales en la actualidad se dirigen a proteger al causante de la afectación que tendrá su patrimonio por la reclamación presentada, para encaminarlos en la dirección de indemnizar a quien recibe los daños, como motivo y dirección principal para alcanzar un mayor reconocimiento social de la figura.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *El seguro de responsabilidad*, Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- LONDOÑO GONZÁLEZ, J. Ernesto, "Sociedad, conductores y vehículos. Riesgo social y responsabilidad", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, no. 29, año 17, julio-diciembre 2008.
- LÓPEZ BALBOA, Lutgarda, y otros, "Maestro investigador. Un reto en la formación del profesorado de ciencias", *Revista Pedagogía Universitaria*, vol. 9, no. 3, 2004.
- PERÁN ORTEGA, Juan, *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998.
- R. SOBRINO, Waldo, *El Contrato de Seguro, ¿es un Contrato?*, disponible en <http://www.estudio-sobrino.com>
- RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Manual de obligaciones y contratos*, t. II, 2ª ed., Félix Varela, La Habana, 2003.

FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 5, de 10 de abril de 2019.
- Ley no. 109, Código de seguridad vial, de 1º de agosto de 2010, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria no. 40, de 17 de septiembre de 2010.
- Decreto-Ley no. 177, "Sobre el ordenamiento del seguro y sus entidades", de 2 de septiembre de 1997, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria no. 30, de 5 de septiembre de 1997.
- Decreto-Ley no. 263, "Del contrato de seguro", de 23 de diciembre de 2008, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 5, de 26 de enero de 2009.

Recibido: 20/2/2021
Aprobado: 27/3/2021

INSTRUCCIÓN NO. 246 DE 2019, DEL CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR. UN ANÁLISIS CRÍTICO

Instruction no. 246 of 2019 of the Governing Council of the People's Supreme Court. A critical analysis

Dra. Iracema Gálvez Puebla

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0003-0022-6942>
iracema@lex.uh.cu

Dra. Elia Esther Rega Ferrán

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana, Cuba
<https://orcid.org/0000-0003-3395-1905>
elia@lex.uh.cu

Resumen

La institución de la responsabilidad civil derivada del delito, cuando la persona jurídica resulta perjudicada, es un tema que por su complejidad y por el tratamiento que recibe actualmente en nuestra legislación requiere de un arduo estudio, en aras de proveer a nuestro ordenamiento jurídico mejores herramientas que resulten más eficaces en la práctica judicial cubana; en consecuencia, el reto metodológico y práctico parte de desarrollar las sugerencias a tal reclamo, el cual parte de un análisis crítico de la Instrucción 246 del año 2019, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, valoraciones que se erigen sobre la base de los aspectos siguientes: la interpretación del juez para desentrañar el sentido y alcance de las normas penales y procesales, así como la tutela judicial efectiva como garante de protección a los sujetos de derecho, en especial a la persona jurídica por el estado de indefensión por el cual atraviesa con respecto a su posibilidad de cobrar lo que se le adeude en concepto de obligación civil derivada del delito, aspecto que constituye un balance entre la justicia y la seguridad, siempre que se logren ejecutar los fallos emitidos por los tribunales competentes.

Palabras claves: persona jurídica perjudicada; resarcimiento; obligación civil; Instrucción 246/2019.

Abstract

The Institution of the civil responsibility deriving from the crime, when the legal person is affected, is a subject that due to its complexity and the treatment it currently receives in our legislation, requires an arduous study in order to provide our legal system with better tools that are more effective for the Cuban judicial practice; consequently the methodological and practical challenge starts from developing the suggestions to such claim, which starts from a critical analysis of Instruction 246 of 2019 of the Governing Council of the People's Supreme Court, appreciations that are built on the basis of the following aspects: the interpretation of the judge to unravel the meaning and scope of the criminal and procedural rules, as well as the effective judicial protection as a guarantor of protection to the subjects of law, especially to the legal entity due to the state of defenselessness through which it goes through with respect to its possibility of collecting what is owed to it as a civil obligation derived from the crime, an aspect that constitutes a balance between justice and security, provided that the judgments issued by the competent courts are successfully enforced.

Keywords: affected legal person; resarsiveness; civil obligation; Instruction 246/2019.

Sumario

1. Introducción. 2. Antecedentes teóricos y jurídicos del tratamiento de la obligación civil derivada del delito. La persona jurídica perjudicada. 3. El daño como requisito sine qua non para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito. 4. El papel del juez de ejecución en el control y materialización de la obligación civil derivada del delito. 5. Una solución práctica para sostener la ejecución de la obligación civil derivada del delito. 6. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

La materialización de la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito, especialmente en caso de ser perjudicada la persona jurídica, necesita de un reanálisis en nuestro arsenal jurídico adjetivo para garantizar su indemnización, a lo que se suma, en sentido general, la interpretación de las distintas cláusulas que deben responder estrictamente a las pautas de la hermenéutica jurídica, entre las que ocupan lugar relevante, los elementos del concepto de garantía que responden a la existencia de un interés asegurado, vale decir, ante una relación de utilidad entre el sujeto y un bien.

En la noción de garantía está implícita la existencia de un instrumento idóneo para proporcionar al sujeto la seguridad respecto del interés amenazado, aplicando estos presupuestos a la órbita de los principios de la ejecución penal que trazan las pautas para interpretar y aplicar la ley.

Las garantías son, en definitiva, el soporte de la seguridad jurídica como valor protegido, en caso de ser vulneradas. BIDART CAMPOS las define como las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho.¹

Así, como parte de esa garantía que el Estado debe ofrecer al perjudicado se habla de la tutela jurídica efectiva. Esta institución toma como punto de partida el concepto de jurisdicción, por constituir una función-potestad reservada únicamente al Estado, que la ejerce de forma pública a través de órganos pre-determinados e independientes, con carácter definitivo y con posibilidad de ejecutar la sentencia emitida en un proceso judicial.

La institución de la responsabilidad civil derivada del delito adquiere fuerza en el Derecho penal, originado esencialmente por la importancia que ha ido tomando el perjudicado del hecho punible en el sistema penal y la imperiosa necesidad político-criminal de resarcirle el daño que dicho acto ha ocasionado, cuestión que se fundamenta a partir de que el juez dicte una sentencia conforme con lo estipulado por el ordenamiento jurídico, garantizando su efectiva ejecución.

Al centrarse la atención en la individualización de la pena² la doctrina enfatiza en problemas que tradicionalmente conllevan a las contradicciones existentes entre los fines de prevención general y prevención especial; sin embargo, la reparación del daño ocasionado a las víctimas del delito ha sido un tema preterido por el Derecho penal y han sido limitados los análisis doctrinales, que se centran en asegurar el interés y la función de la pena, no tanto en resolver un

¹ Vid. BIDART CAMPOS, J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, p. 175.

² El *iter* de la pena está conformado por tres etapas sucesivas para lograr su individualización, la concreción legal, formulación en abstracto sin precisar el sujeto que incurre en la violación del precepto legal. La jurisdiccional es la determinación de la pena por el juez concretamente en una sentencia, y el tercer momento es el de la ejecución de la sentencia. Vid. GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "La protección jurídica del recluso en el sistema penitenciario cubano. Realidades y perspectivas", *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho* (inédito), p. 42; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina, "La individualización de la pena", en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas entre Cuba y Brasil*, pp. 56 y 57.

conflicto entre autor y víctima,³ sino en evitar futuras transgresiones penales y la protección de otras posibles víctimas.

Sin embargo, más allá de la sanción en sí misma, es preciso valorar las soluciones que logren materializar la responsabilidad civil derivada del delito a favor de los sujetos de derechos perjudicados en sentido general, a pesar de que para el objeto de esta investigación se centran los cuestionamientos en la ejecución de la obligación civil derivada del delito en el caso específico de la persona jurídica, a pesar de lo establecido en la Instrucción 246 del año 2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

La pena es concebida esencialmente a partir del interés público que expresa, partiendo de su propia naturaleza, con su imposición, no se cubre el resarcimiento de los daños y perjuicios que refleja un interés privado. La doctrina sostiene como discusión clásica, la dicotomía entre represión-retribución-control, por una parte, y tratamiento-rehabilitación-integración social por la otra, y le ha abierto paso en la actualidad con fuertes argumentos a temas como la indemnización de perjuicios y la reparación de daños.

La recuperación de la ubicación e importancia de la víctima en el sistema penal, desde las incuestionables denuncias de la criminología crítica,⁴ hacen de la reparación del daño causado por el delito, un aspecto central. De esta manera cobra fuerza el interés político-criminal en potenciar la reparación del daño a los perjudicados. Además de ser una consecuencia jurídica del delito,⁵ su sa-

³ Como mecanismos insertos en el proceso jurisdiccional para la reparación e indemnización de los daños y perjuicios se centran fundamentalmente en la conciliación, su desarrollo puede conducir a la solución extrajudicial del problema. Lo más importante es el trabajo con las personas, para que sean ellas mismas las que puedan llegar a encontrar una solución, pero cuando estas no intenten o no logren resolver espontáneamente sus divergencias jurídicas en dependencia del tipo penal infringido, se debe acudir entonces a la administración de justicia. *Vid. GELSI BIDART, A., "Sentido de mediación", ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, pp. 3 y 4.*

⁴ El movimiento conocido dentro del desarrollo criminológico como Criminología crítica, Nueva criminología, Criminología radical, o de la Liberación, reorienta el discurso criminológico afianzando el rechazo al modelo positivista, se amplía el objeto de estudio de esta ciencia desde una perspectiva transdisciplinaria, incluyendo cuestiones tales como la víctima, la reacción social, los mecanismos del control social, la política criminal, entre otras. *Vid. VIERA HERNÁNDEZ, Margarita, Temas fundamentales sobre criminología, p. 67; DE ARMAS FONTICوبا, Tania, "El desarrollo del pensamiento criminológico", pp. 105-110.*

⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, en principio, cabría sostener tres hipótesis en cuanto a la relación que debe existir entre el daño indemnizable y el hecho penalmente típico para que pueda hablarse de responsabilidad civil derivada del delito. La primera consideraría que la responsabilidad civil derivada del delito solo se refiere a los daños como resultado típico del delito; la segunda, que dicha responsabilidad alcanza a daños trascendentes al resultado típico, pero, en todo caso,

tisfacción puede condicionar una serie de circunstancias que agravan o disminuyen la responsabilidad penal o la ejecución de la pena, de ser estimada como atenuante, así como para la concesión de beneficios penitenciarios, lo cual constituye un requisito para la concesión de la libertad condicional. La responsabilidad civil se erige así no solo como una obligación de carácter civil, sino que además influye en la forma de producirse la consecuencia punitiva del delito, la determinación y la ejecución de la pena.

Ante las dificultades institucionales y normativas en relación con la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito⁶ a favor de las personas jurídicas, al ser excluidas del radio de acción de la caja de resarcimiento como órgano encargado de efectuar el pago a las víctimas de delitos, aun cuando esté dispuesta jurídicamente la responsabilidad del juez de velar por el cumplimiento y ejecución de lo dictado en la sentencia penal, lo que sin duda incluye el resarcimiento que corresponde al perjudicado en el contenido de aquella resolución judicial, se dictó la Instrucción 246 del año 2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, sin solucionar aun la cuestión planteada.

2. ANTECEDENTES TEÓRICOS Y JURÍDICOS DEL TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO. LA PERSONA JURÍDICA PERJUDICADA

La doctrina penal contemporánea insiste cada vez más en relacionar el carácter público del delito con determinados rasgos privados que puedan desprenderse

imputables a la conducta típica según las reglas de imputación objetiva y subjetiva que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; y la tercera, que entendería que la responsabilidad civil va incluso más allá de la reparación de los daños objetiva y subjetivamente imputables a la conducta típica en los términos del Derecho civil de daños. En efecto, para que surja un título de responsabilidad civil derivada del delito no se requiere que el daño causado por el delito sea un daño penalmente típico. En otras palabras, no es necesario que el resultado dañoso constituya un elemento del delito por el que se condena. *Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ¿"Ex delicto"? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*, p. 3.

⁶ Dentro del cuerpo de la tesis, nos encontraremos terminologías que van a determinar el proceso de indemnizaciones de daños y perjuicios cuando se derive de un delito, así valoraremos términos como responsabilidad civil derivada del delito o responsabilidad civil *ex delicto*. Existen autores que se refieren a la responsabilidad civil derivada del delito, como QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 670; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte general*, p. 273. Sin embargo, existen autores que se refieren a la responsabilidad *ex delicto*, como GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 306; CAVANILLAS MUGICA, Santiago, Emilio DE LLERA SUÁREZ- BÀRCENA y Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil ex delicto*, p. 19, y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén, *La reparación del daño ex delicto entre la pena privada y la mera compensación*, pp. 16, 109, 157.

de la comisión de un hecho delictivo, esto ha conllevado a una extensión y aplicación en la interpretación tanto de la norma como de los fallos emitidos por los tribunales competentes, con miras a lograr la ejecución de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

Se analizan los diferentes cuestionamientos, que giran en torno a determinados elementos de la obligación *ex delicto*, y su influencia dentro del cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, utilizando como marco previo la Constitución, el Código penal, la Ley de Procedimiento Penal, Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y Resoluciones emitidas por el Ministerio de Justicia, que valoran el tema en cuestión y que van a permitir un mejor desarrollo y comprensión de este tópico.

El Decreto-Ley no. 175 del año 1997, que modificó parcialmente al Código penal cubano vigente, excluyó de la Caja de Resarcimientos a la persona jurídica como sujeto pasivo, y se creó una inestabilidad jurídico-legal que agudizó la situación de la persona jurídica como víctima del hecho delictivo para cobrar la indemnización de los daños y perjuicios.

Esta cuestión provocó grandes inconvenientes a los efectos de materializar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito siempre que el sujeto pasivo fuese una persona jurídica, quedando en estado de inseguridad por la ausencia de mecanismos que le permitieran llevar a cabo una verdadera tutela judicial efectiva.

Los argumentos esgrimidos para tal exclusión partieron de la insolvencia e incapacidad de la Caja de Resarcimientos por las altas cuantías que debería pagar para lograr hacer efectiva la indemnización a la persona jurídica como sujeto pasivo; ya que los montos a los cuales ascendían los resarcimientos rebasaban con creces el presupuesto que el Estado asignaba a la Caja.

Al eliminarse la exposición de motivos que fundamenta la inclusión o no de determinadas figuras en la normativa del Código penal, solo es posible analizar los fundamentos que aparecen en los POR CUANTOS del Decreto-Ley no. 175 del año 1997, lo que no nos permite apreciar las causas del vacío. Los vacíos de la ley se conocen mediante la interpretación de la norma, por lo tanto, en virtud del art. 148, tercer párrafo de la Constitución de la República,⁷ en relación

⁷ Disponible en <http://juriscuba.com/constitucion-de-la-republica-de-cuba-2019/> consulta realizada el 28 de abril de 2021.

con el art. 15, apartado 2, de la Ley no. 82 del año 1997, Ley de los Tribunales Populares,⁸ se le confiere al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la posibilidad de emitir acuerdos, dictámenes e instrucciones para aportar una interpretación que deba asegurar la efectividad de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la persona jurídica como sujeto pasivo, en tanto no se dicte disposición legal que solucione esta problemática.⁹

La situación antes descrita afectó también a la persona natural, que como sujeto pasivo de la obligación de reparar, no podía cancelar sus antecedentes penales hasta tanto no cumpliera tal obligación.

En un intento de esclarecer la situación creada, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo emitió el Dictamen no. 390, de 28 de diciembre de 1999, donde establecía que los tribunales que conocieran de los procesos en los que se declaraba la responsabilidad civil derivada del delito a favor de personas jurídicas, como entes perjudicados, deberían atender cualquier reclamación de cancelación de antecedentes penales de aquellas personas naturales que no hayan concluido el pago de sus obligaciones civiles derivadas de delitos a personas jurídicas; sin embargo, en la práctica no procedió tal cancelación porque la ley¹⁰ exigía la condición *sine qua non* de haber cumplido las obligaciones civiles imputadas por el órgano judicial penal, por lo que la persona natural responsable civilmente de satisfacer a la persona jurídica se encontró con el impedimento de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento que le permitía efectuar el pago.

⁸ Disponible en <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-los-tribunales-populares-2/>; consulta realizada el 28 de abril de 2021.

⁹ Vid. Acuerdo no. 37 de 27 de enero de 1981, que indica el deber en que están los Presidentes de los Tribunales Provinciales de velar por la ejecución sobre la responsabilidad civil derivada del delito y de las demás medidas que deben adoptarse con los incumplidores; Acuerdo no. 126, Dictamen no. 198 de 2 de agosto de 1984, sobre las certificaciones para la identificación de las personas a los efectos del pago de las indemnizaciones por la caja de resarcimientos; Circular no. 11 de 18 de marzo de 1982, la cual dispone que se debe notificar personalmente y no por correo la indemnización decretada por concepto de la responsabilidad civil decretada en sentencia firme; Acuerdo no. 335 de 11 de mayo de 1964, Acuerdo no. 415 de 1ro de junio de 1964, Acuerdo no. 363 de 18 de septiembre de 1967, que modifica el acuerdo no. 355 de 1964; Instrucción no. 109 de 27 de abril de 1983, Acuerdo no. 390 de 28 de diciembre de 1999; Dictamen no. 246 de 1986, que establece que los hechos cometidos que no sean constitutivos de delitos que concurren los requisitos de la escasa entidad y buenas condiciones personales del autor; la persona perjudicada por los daños ocasionados por el sujeto al cual se le aplicó el beneficio, podrá reclamar los mismos contra él, por la vía civil.

¹⁰ Vid. art. 67.1.4, inciso b), del Código penal cubano.

En torno a los cuestionamientos ante la precaria situación se manejó¹¹ como posibles soluciones las siguientes:

- Establecer un contrato de seguro obligatorio entre el obligado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito y el perjudicado; lo cual posibilitaría que las entidades aseguradoras materializaran el pago en concepto de resarcimiento a las personas jurídicas, y posteriormente demandar al sujeto comisor del hecho delictivo ante el tribunal civil para obligarlo de esta manera al pago a la entidad aseguradora del importe de los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, esta vía sigue siendo un mecanismo viable siempre que las personas jurídicas están aptas económicamente para concertar un contrato de seguro. Así se dispone en el apartado TERCERO de la Instrucción no. 246 del año 2019 del CGTSP: *“Si la entidad se encuentra asegurada, el tribunal cumplirá lo dispuesto en los apartados primero, segundo y tercero de la Instrucción no. 195, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular”*.
- Utilización de la fórmula del art. cuatrocientos setenta y tres y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en este particular se establece como requisito que la ejecución debe cumplirse en el mismo proceso en que fue dictada la sentencia. En este punto, en el caso de asimilarse que dichas acciones fueran tramitadas –no en la vía penal, sino en la civil– habría que adecuarse a las reglas de competencia de esta, que no hallan correspondencia con las de otro tipo de proceso, provocando además un tráfico documental de una a otra jurisdicción que harían extremadamente engorroso el trámite que se interesa.¹²
- Que los tribunales penales se hagan cargo de la ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito, un análisis exhaustivo de la norma sustantiva, sobre la declaración y la ejecución de la obligación civil, reserva al tribunal de primera instancia ejecutar la obligación de restituir y reparar

¹¹ Cfr. Acuerdo no. 330 de 1999, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, el cual trata de esclarecer los debates que se suscitaron en el Tribunal Provincial Popular de Granma, con la modificación que se introdujo al art. 70.1, apartado 1, del Código penal, al excluir de la Caja de Resarcimientos a la persona jurídica como perjudicada; no obstante, se incorporaron en esta tesis otras cuestiones que se debatieron como inconvenientes que resultaron no de los tribunales populares, sino de otras instituciones que se relacionan con la temática en estudio, como los criterios emitidos por la Entidad de Seguro, y de la Caja de Resarcimientos.

¹² Cfr. Acuerdo no. 330 de 28 de diciembre del año 1999; Dictamen no. 390 de 28 de diciembre del año 1999, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

el daño moral, así como la aplicación de desocupar en los casos previstos en la parte especial del Código cuando se haya dispuesto de algún inmueble de manera ilícita, en relación con lo regulado en los arts. 231, 232, 233. En cuanto a la reparación de los daños materiales y la indemnización de los perjuicios, el art. 71 de la norma penal excluye a la persona jurídica como perjudicada del radio de acción de la Caja de Resarcimiento como órgano encargado de hacer efectiva las obligaciones civiles comprendidas en la sentencia, lo que provoca que estos sujetos de derecho se encuentren en estado de indefensión.

- Entregar nuevamente, a la Caja de Resarcimientos, la función de hacerse cargo de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito cuando esta tenga como sujeto pasivo a una persona jurídica; teniendo en cuenta que en la sentencia penal, el juez debe pronunciarse de existir daños o perjuicios al resarcimiento de la obligación civil derivada del delito.

Sobre este particular ha sido valorado por la Instrucción no. 246 del año 2019 del CGTSP, que expresa en uno de sus POR CUANTO: *“El ministro de Justicia dictó la Resolución no. 236, de 28 de diciembre de 2018, que puso en vigor el procedimiento que autoriza a la Caja de Resarcimientos a efectuar el cobro a los sancionados con responsabilidad civil dispuesta a favor de personas jurídicas, al considerarse que la desregulación en el Código penal sobre el pago por la Caja de Resarcimientos, a las personas jurídicas, de las cantidades dispuestas en la sentencia a favor de estas, no impide el cobro a los sancionados de las cuantías acordadas y que esos fondos se destinen al pago a las víctimas de delitos cometidos contra personas naturales en correspondencia con los procedimientos establecidos por esta institución”*.

Sin embargo, ello no resulta una alternativa de solución para la persona jurídica perjudicada, sino que ofrece un mecanismo para solventar los fondos de la Caja de Resarcimiento cuando la persona jurídica dentro de los 30 días contados a partir de la notificación de la sentencia no ha podido establecer una vía efectiva de cobro entre deudor y acreedor, lo cual se manifiesta en el apartado TERCERO de la citada Instrucción.

Poder ejercitar el derecho a acceder al órgano jurisdiccional competente, no solo se manifiesta en la posibilidad brindada a formular una concreta pretensión punitiva, sino en poder instar a la acción de la justicia en defensa de determinados derechos e intereses legítimos de las personas, que han sido vulnerados.

Las sentencias firmes, no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se materialice y satisfaga lo obligatoriamente dictado, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella, que con la Instrucción no. 246 de 2019 se regula en su apartado PRIMERO: *“La Instrucción no. 208 de 2011, dictada por este órgano, que puso en vigor la Metodología para la redacción de las sentencias penales en el procedimiento ordinario, en el apartado II.1.9, indica que cuando la responsabilidad civil se disponga a favor de personas jurídicas, en la parte dispositiva de la sentencia se consignará nombre de la entidad o entidades, domicilio legal, cuantía fijada, nombres y apellidos del o los obligados, forma en que será exigida, la obligación y la cuota a pagar por cada uno de los sancionados. A partir de la presente disposición deberá señalarse, además, el número de identidad permanente y la dirección particular de los sancionados”*.

Lo trascendental de lo anteriormente expresado en nuestra consideración se refiere a la situación de indefensión que persiste en la persona jurídica, ante la inexistencia de un órgano ejecutor y de control para la realización de la obligación civil derivada del delito, ya que los aspectos señalados en la Instrucción son cuestiones formales que deben incluirse en la resolución judicial, pero deja en manos de la persona jurídica, que es la perjudicada, las gestiones y acciones con el sancionado para lograr satisfacer la pretensión, que de no ser fructíferas no recibe el resarcimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico se han dictado otras Instrucciones relacionadas con la temática, que han dejado sin efecto el Dictamen no. 390, de 28 de diciembre de 1999, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en el DÉCIMO TERCERO apartado de la Instrucción no. 246 del año 219, del propio CGTSP.

3. EL DAÑO COMO REQUISITO *SINE QUA NON* PARA LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Para valorar el daño y su repercusión dentro de la legislación actual en materia penal, cuando de un mismo hecho se derive una obligación civil, es preciso partir de los aspectos que logren descifrar su repercusión dentro del Código penal cubano.

El daño que hace nacer la obligación civil derivada del delito quebranta bienes tutelados, y en la medida en que se satisfaga se soluciona un conflicto de in-

tereses, y se reintegra el derecho, sin embargo, para restaurar el orden jurídico perturbado se logra mediante la reparación¹³ o la indemnización;¹⁴ a partir de la finalidad que determina el contenido de la obligación civil, se parte de la categoría genérica de resarcimiento, que incluye las diversas formas que ajustan su cumplimiento, vista desde su función práctico-social, evaluando el interés como *causa finalis* del resarcimiento en dependencia del interés que gire en torno a la satisfacción plena de los daños.

La función de satisfacción debe procurar, mediante el cumplimiento de la prestación, igualar o al menos lograr de manera proporcional equiparar el estado del perjudicado, afectado por la lesión producida; el sancionado debe tratar de reintegrar los mismos medios, o proporcionarle al perjudicado el soporte económico que le permita restablecer las cosas al estado anterior de los hechos. Por eso no son excluyentes los tipos de resarcimiento que se reconocen dentro de la legislación cubana, puede ocurrir que de un determinado hecho resulten ocupados los bienes objeto del delito, y al restituirse se necesite además un importe del costo mediante la reparación material por el deterioro del bien.

El *quantum* indemnizatorio deberá incorporar determinadas cantidades que soporten tanto los daños cuantificables como los perjuicios originados por la comisión de los hechos; sin embargo, deben extenderse a los daños incuantificables que distinguen los daños personales o morales, así como cualquier otro que se derive de manera indirecta del delito.

¹³ La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima y, de ese modo facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues solo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada, a menudo, incluso independiente de un castigo, la perturbación social originada por el delito. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 109.

¹⁴ La distinción se afronta bajo diversas perspectivas, que van desde los que consideran al daño como eje central de la responsabilidad civil, y de sus formas de manifestarse se derivan las formas de resarcirlo, hasta los que califican al daño como especie del perjuicio. Valorar las posiciones de los siguientes autores: ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, pp. 660-663; COBO DEL ROSABAL, M. y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, p. 648; MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, p. 168.

En relación con la valoración objetiva y subjetiva de los daños, es preciso destacar que el Dictamen no. 353, Acuerdo no. 28 de 21 de septiembre de 1994, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, determinó que las afectaciones causadas a los perjudicados con el hecho ilícito penal no deben estar cuantificadas por el precio comercial del bien, sino por el valor de su uso, acorde con las nuevas circunstancias económicas del país, y posibilitó que el perjudicado precisara un monto indemnizatorio atendiendo al valor de los objetos los cuales fueron parte de los daños materiales ocasionados por la comisión de los hechos delictivos. La posición que sostenemos es la necesidad de apreciación del valor de los bienes desde su aspecto objetivo; no obstante, es preciso que el juez tenga presente también la valoración subjetiva del perjudicado en cuanto a la repercusión dentro de su patrimonio del bien objeto de debate; siempre y cuando no se rompa con la práctica coherente de la aplicación de justicia. El Dictamen no. 394, Acuerdo no. 299 de 24 de noviembre de 2000, complementa el Dictamen 353 y ha dejado en manos del juez el análisis del monto indemnizatorio, realizando estas valoraciones de carácter objetivo y subjetivo, y se ha dejado a un lado las extralimitaciones en que pudiera haber incurrido la víctima.

Sobre el análisis de los daños objetivos y subjetivos, se comparte el criterio que se ha emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular al restringir el *quantum* indemnizatorio por el juez, teniendo en cuenta el valor de los bienes objeto de la exigencia de la obligación civil dentro del mercado a la hora de producirse los hechos, sin dejar de admitir las valoraciones subjetivas en lo que respecta a la dependencia del perjudicado con la cosa, sin caer en crasos errores, sobre suposiciones o circunstancias indemostrables; sin embargo, se deben establecer baremos o parámetros que, sin restringir en demasía la adecuación del juez ante los hechos acontecidos, sí logren una uniformidad en materia de justicia penal.

Estos aspectos sobre la valoración objetiva y subjetiva de los daños se sostienen en el apartado DÉCIMO TERCERO de la Instrucción no. 246 de 2019 del CGTSP, al establecer “[...] que se ratifica lo dispuesto en las disposiciones emitidas por este Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en cuanto a la obligación de los tribunales de apreciar con objetividad y racionalidad las pruebas practicadas para determinar el monto de la afectación a exigir en concepto de responsabilidad civil, regulados en el Acuerdo no. 37 de 1989, los dictámenes no. 394 del 2000 y 353 de 1994 y las Circulares no. 98 de 2000, apartado séptimo, y 223 de 2007, del Presidente del Tribunal Supremo Popular”.

4. EL PAPEL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN EN EL CONTROL Y MATERIALIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO

En Cuba se materializa una ruptura en la fase de ejecución, los tribunales, después de emitir el fallo, no controlan en gran medida el cumplimiento de la sanción de privación de libertad, dejando en manos de la administración penitenciaria el control de la sanción.¹⁵ Debemos superar estos problemas que aducen en gran medida al incumplimiento de una parte de la sentencia firme en cuanto a la satisfacción del resarcimiento de la obligación civil; a pesar que dentro de las funciones de los jueces, mediante la Ley no. 82 del año 1997, se establece en su art. 7, apartado f, *“la obligación de los tribunales de ejecutar efectivamente los fallos firmes que se dicten y de vigilar el cumplimiento de estos [...]”*.

Esta cuestión se manifiesta en la Instrucción no. 246 del año 2019, que establece en el apartado QUINTO: *“Las salas o secciones penales que resuelven la solicitud de libertad condicional, cuando el sancionado, en la sentencia, tenga fijada responsabilidad civil, en la resolución que concede el beneficio, dispondrán la obligación del sancionado de cumplir con la cuantía que corresponda, si no la ha abonado su importe durante el tiempo que estuvo recluso en el establecimiento penitenciario, con el apercibimiento de que su incumplimiento puede dar lugar a la revocación de la libertad condicional”*.

El juez de ejecución ha sido una figura que se introdujo en Cuba tardíamente, y se redujo su actuación al control de las sanciones subsidiarias de las penas privativas de libertad, la remisión condicional, las medidas de seguridad predictivas y los beneficios de excarcelación condicionados. Al respecto consideramos que es muy limitada la función que ejercen los jueces de ejecución, su actuación debe extenderse al control de las penas privativas de libertad, de esta forma se lograría una mejor interacción entre la administración penitenciaria y los jueces de ejecución, que repercutiría en los beneficios que adquieren los internos dentro del régimen penitenciario. Se debe considerar esta figura como el controlador asiduo de las sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales, y se evitaría, como ocurre en ocasiones, que se otorgue la

¹⁵ En Cuba, además de la función que debe cumplir el juez en el control de la sanción impuesta, la fiscalía, mediante el departamento del CLEP, controla la legalidad en los establecimientos penitenciarios. *Vid.* GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, “Sistema penitenciario en Cuba. Realidades y perspectivas desde una visión criminológica”, en Tania de Armas Fonticoba (coordinadora), *Criminología*, pp. 355 y 356.

libertad condicional a un interno que aún no ha satisfecho la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Esta problemática se agudiza en cuanto al ejercicio de labores útiles por parte de los sancionados, al establecerse en el art. 30.12 del Código penal que *“durante el cumplimiento de la sanción, los sancionados aptos para el trabajo efectúan labores útiles si acceden a ello”*; sin embargo, en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, “Reglas Mandela”, se establece que *“el trabajo penitenciario no puede tener carácter aflictivo y que todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y síquica, según la determine el médico”*.¹⁶ Este análisis nos conduce a respetar la progresividad de nuestra legislación en relación con el principio de la no obligatoriedad del trabajo en las prisiones; además, es sabido que es uno de los requisitos, al igual que el buen comportamiento, los que le permiten al interno progresar en regímenes hasta obtener el beneficio de la libertad condicional. No obstante, alguna alternativa se debe crear sobre este particular, en relación con los sancionados que deben responder civilmente por los daños y perjuicios derivados del delito, pues nos hemos preguntado, ¿qué sucede si un recluso no accede a trabajar y debe responder por las obligaciones civiles derivadas del hecho?, lo cual puede vulnerar la tutela judicial efectiva y el respaldo a la satisfacción de la víctima.

El trabajo es el eje de la pena privativa de libertad y tiene un sentido correccional y educador, resalta su importancia, si pensamos en el tiempo que el interno transcurre en los establecimientos de reclusión y principalmente si tenemos en cuenta que mediante este se satisface la reparación material del daño y la indemnización de los perjuicios; con estas dos razones no es difícil llegar a darle un papel de primerísimo orden.

Dentro de las categorías relacionadas con la intervención judicial¹⁷ en el control de la ejecución de la sanción encontramos tanto a los jueces de la causa, que como apéndice de sus funciones se encuentra velar por lo ejecutado, como al juez de ejecución, con determinadas funciones de supervisión, en la

¹⁶ Regla 96. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf, consulta realizada el 28 de abril de 2021.

¹⁷ La vigilancia de la ejecución de las penas vino atribuida al juez, hasta la Revolución francesa, en que, sin fundamento doctrinal, se produce un abandono de funciones en la Administración Penitenciaria. Vid. LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal...*, cit., p. 298.

ejecución de las obligaciones civiles derivadas del hecho delictivo, aspecto que es valorado en varios apartados de la Instrucción que se analiza:

“SEXTO: Los jueces encargados del control de las sanciones que se extinguen en libertad, y de los beneficios de excarcelación anticipada, comunicarán a los funcionarios de la Caja de Resarcimientos, a la administración tributaria o a la persona jurídica afectada, según el caso, la labor que realiza el sancionado, centro de trabajo y salario. Los jueces exigirán a los sancionados bajo su control que acrediten el pago de la responsabilidad civil dispuesta y, de forma sistemática comprobarán su cumplimiento por parte de aquellos que las están abonando mediante plazos. En los casos de los sancionados que, al momento de la entrada en vigor de la presente instrucción no se encuentren abonando la responsabilidad civil fijada a favor de una persona jurídica, se procederá conforme a los apartados tercero y cuarto, según el caso.

“SÉPTIMO: Cuando el sancionado que cumple sanción en libertad, o beneficio de excarcelación anticipada de manera injustificada, no esté cumpliendo con el pago de la responsabilidad civil dispuesta, y realizados los requerimientos correspondientes por el tribunal, no comience su cumplimiento, el juez de ejecución podrá solicitar, a la sala o sección de incidente, la revocación del beneficio o de la sanción.

“OCTAVO: Los jueces encargados de la atención, control y seguimiento de las personas que cumplen sanciones en libertad, o disfrutan de beneficios de excarcelación anticipada, conciliarán periódicamente el cumplimiento de esta obligación con los funcionarios de la Caja de Resarcimientos, la administración tributaria y entidades que se encuentran ejerciendo el cobro de la responsabilidad civil”.

El juez de ejecución es la figura central en el control de la ejecución de la pena; es el funcionario judicial que estará encargado de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la pena;¹⁸ debe trazar lo que de manera general se aplicará en la materialización de la reparación del daño civil derivado del delito, de no encontrarse totalmente reparada la víctima, tal beneficio se subordinará al cumplimiento, de manera satisfactoria, del programa de reparación, lo que conlleva en caso de incumplimiento a

¹⁸ Se trata en definitiva de que se pueda subsanar la discordancia que se ha observado entre la condena nominal fruto de la individualización judicial y la condena real fruto de la individualización penitenciaria; se introducen como puente entre la jurisdicción y la administración penitenciaria. Vid. GARCÍA ALBERO, Ramón y Josep María TAMARIT SUMILLA, *La reforma de la ejecución penal*, p. 43.

la revocación del beneficio otorgado, que se le solicita a las salas de incidencias, las cuales fueron creadas en octubre del año 2013, se instrumentaron en el Tribunal Provincial de la Habana y se han extendido a todas las provincias del país, para tramitar y resolver los incidentes que surjan en la etapa de ejecución de la pena.

La puesta en vigor del Decreto-Ley no. 310 de 2013, modificativo de la Ley Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, ha regulado en su art. 7, apartado 3 de esta última, la posibilidad de que los Tribunales Provinciales Populares del territorio donde se encuentre cumpliendo el sancionado valoren las solicitudes de beneficios de excarcelación anticipada que surjan durante el cumplimiento de una sanción de privación de libertad temporal, o su anulación.

Sobre el beneficio de la Remisión condicional debe destacarse que de no ser cumplidas las obligaciones a las cuales queda obligado el sancionado, el Tribunal puede revocar por causal de incumplimiento la sustitución de la pena al cumplimiento de la pena privativa de libertad originaria.

5. UNA SOLUCIÓN PRÁCTICA PARA SOSTENER LA EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Estudios realizados comprobaron que el 40 % de las cuentas por cobrar hasta el año 2013 se apreciaron incobrables, por las causas de fallecimientos y emigrados del país. Sumado a ello, faltaba la necesaria conexión con la Dirección de Migración y Extranjería, con el fin de evitar que los deudores eludieran la obligación civil declarada en sentencia penal.

Esta cuestión fue solucionada con la Instrucción no. 219 de 5 de febrero del año 2013, que permite que el juez ponente especifique en la sentencia aplicar lo dispuesto en dicha Instrucción del CGTSP, en correspondencia con las regulaciones migratorias establecidas en el Decreto-Ley no. 302, "Ley de Migración", y su Reglamento, recogido en el Decreto no. 305, ambos de fecha 11 de octubre de 2012, en virtud de que una vez que obtenga su libertad, aunque sea condicional, el encausado no puede abandonar el país sin haber terminado de cumplir la pena impuesta. Es menester, en consecuencia, imponerle la prohibición legal de que se expida pasaporte a su favor y la prohibición de que salga del territorio nacional hasta tanto no haya extinguido la responsabilidad penal y civil declarada.

Este es uno de los aspectos positivos que aborda la Instrucción no. 246 del año 2019, del CGTSP, en su apartado DÉCIMO PRIMERO: *“El tribunal cumplirá con lo dispuesto en la Instrucción no. 219, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, y cuando disponga que la responsabilidad civil es condicional para la salida del país o la adquisición del pasaporte del obligado, los órganos judiciales, según corresponda, velarán porque, de esta forma, quede registrado en el sistema automatizado de la Oficina de Trámites”*, que ha permitido que los sancionados cancelen sus antecedentes penales, cumpliendo no solo la parte de la sanción penal que se encuentra reflejada en la parte dispositiva de la sentencia, sino la obligación civil derivada del delito, siempre que proceda; y se cumpla con la satisfacción a la víctima por concepto de resarcimiento, toda vez que hayan mediado los acuerdos previos entre el deudor y el acreedor o cualquier otro mecanismo de pago cuando resulta perjudicada una persona jurídica.

6. CONCLUSIONES

La exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito se basa en la existencia del daño o perjuicio, siempre y cuando guarde relación o sea consecuencia del delito.

El juez debe controlar la ejecución de los fallos emitidos y favorecer la unificación de la fase ejecutiva, en lo referido al trabajo conjunto de los órganos jurisdiccionales con la administración penitenciaria.

Se valora el cumplimiento de los requisitos para otorgar la libertad condicional, apreciándose como uno de los elementos fundamentales, la aptitud del interno en cuanto a la materialización de la satisfacción de la obligación civil a la víctima.

La exclusión de la persona jurídica del radio de acción de la Caja de Resarcimiento ha conllevado a que la ejecución de la responsabilidad civil derivada del hecho punible cuando esta es perjudicada, se base en los acuerdos entre acreedor y deudor y de no concretarse pierde la posibilidad de resarcimiento.

En ocasiones se otorga el beneficio de la libertad condicional, en los establecimientos penitenciarios sin tomar en cuenta el cumplimiento de la obligación civil.

La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito debe llevarse a vías de hecho después que la sentencia sea firme, brindándole al fenómeno una respuesta efectiva y rápida.

Persiste en la actualidad una indefensión de la persona jurídica como perjudicada del hecho punible cuando de este se derive un resarcimiento por concepto de responsabilidad civil.

La persona jurídica obtiene tutela judicial efectiva al ejecutarse a su favor la obligación civil derivada del delito que se encuentra declarada en la sentencia penal como resolución judicial por excelencia, aspecto que permite un equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ, L y R. GOTA LOSADA, "Las formalidades procesales y el derecho a la tutela jurisdiccional", en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, 1983.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal parte general*, s.e., Madrid, 1949.

BIDART CAMPOS, J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, nueva edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2000.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F., *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, DR© 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, disponible en, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>, consultado el 28 de abril de 2021.

CAVANILLAS MUGICA, Santiago, Emilio de LLERA SUÁREZ-BÁRCENA y Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, S.A., Pamplona, 2002.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, no. 8, 2004.

CESANO José D., *Estudios de derecho penitenciario*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.

COBO DEL ROSABAL, M., y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, edición completa, adaptada a la Reforma de 25 de junio de 1983, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, con especial atención a la reparación del daño*, Civitas, Madrid, 1995.

- DE ARMAS FONTICOPA, Tania, "El desarrollo del pensamiento criminológico", en Tania de Armas Fonticoba y A. Gómez Pérez (coordinadoras), *Criminología*, Félix Varela, La Habana, 2015.
- DÍAZ ALABART, Silvia, "La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terrorismo", *ADC*, abril-junio, 1990.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Los límites al principio de reparación integral*, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200001, consultado el 28 de abril de 2021.
- ESPINOSA RAMOS, José Ángel, "La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, no. 11, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Manual de derecho penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.
- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "Sistema penitenciario en Cuba. Realidades y perspectivas desde una visión criminológica", en Tania de Armas Fonticoba (coordinadora), *Criminología*, Félix Varela, La Habana, 2016.
- GÁLVEZ PUEBLA, Iracema, "La protección jurídica del recluso en el sistema penitenciario cubano. Realidades y perspectivas", *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho* (inédito), La Habana, 2001.
- GARCÍA ALBERO, Ramón y Josep María TAMARIT SUMILLA, *La reforma de la ejecución penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA BASALO, Juan Carlos, *El régimen penitenciario argentino*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975.
- GELSI BIDART, A., "Sentido de mediación", ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, mayo 1997, Graficentro, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, España, 2001.
- GONZÁLEZ PÉREZ, S., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1989.
- GONZALO RODRÍGUEZ, Rosa María, "Legislación aplicada a la práctica: Análisis del Código Penal tras la Ley Orgánica 7 del 2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, no. 9, 2004.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina, "La individualización de la pena", en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas entre Cuba y Brasil*, Reforma Penal Internacional, Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Ciudad de La Habana, julio 2006.
- KAUFMANN, Hilde, *La ejecución penal y terapia social*, trad. de Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1979.

- LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte general*", Dykinson, S.L., 1997, Madrid.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "El cumplimiento íntegro de las penas", *Actualidad Penal*, no. 1, 2003.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Jaime Alfonso CUBIDES CÁRDENAS y Wisman Johan DÍAZ CASTILLO, "Los mecanismos de reparación integral (RIT) como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del *Ius Commune Interamericano*", *Iustitia*, no. 13, enero-diciembre de 2015, disponible en <file:///C:/Users/DEP~1/PEN/AppData/Local/Temp/Dialnet-LosMecanismosDeReparacionIntegralRITComoElementosU-5979035.pdf>, consultado el 28 de abril de 2021.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Euros editores, Buenos Aires, 2004.
- MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal parte general*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- PRIETO VALDÉS, Marta y Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ, *Selección legislativa de derecho constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal parte general*, Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A. Madrid, 1992.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. IV, Félix Varela, La Habana, 2015.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI-SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Pueblo, Buenos Aires, 1999.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Civitas, S.A., 1997.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén, *La reparación del daño ex delicto entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997.
- SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina, "Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, Madrid, 2003.
- SANDOVAL GARRIDO, Diego Alejandro, "Reparación Integral y Responsabilidad Civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado*, no. 25, julio-diciembre 2013, disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a10.pdf>, consultado el 28 de abril de 2021.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ¿"Ex delicto"? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal, disponible en www.indret.com, Barcelona, julio de 2001, consulta realizada el 24 de diciembre del año 2020.

VIERA HERNÁNDEZ, Margarita, *Temas fundamentales sobre criminología*, Félix Varela, La Habana, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

FUENTES LEGALES

Constitución de la República, disponible en <http://juriscuba.com/constitucion-de-la-republica-de-cuba-2019/>, consulta realizada el 28 de abril de 2021.

Ley no. 82 del año 1997, Ley de los Tribunales Populares, disponible en <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-los-tribunales-populares-2/>, consulta realizada el 28 de abril de 2021.

Acuerdo no. 330 de 1999, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Dictamen no. 390 de 28 de diciembre del año 1999, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Instrucción no. 246 del año 2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Decreto-Ley no. 175 de 17 de junio de 1997, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria no. 6, de 26 de junio de 1997.

Decreto-Ley no. 302, "Ley de Migración", y en su Reglamento, recogido en el Decreto no. 305, ambos de fecha 11 de octubre de 2012.

Decreto-Ley no. 310 de 2013, modificativo de la Ley Penal y de la Ley de Procedimiento Penal.

Dictámenes nos. 394 de 2000 y 353 de 1994, del Consejo de Gobierno del Tribunal supremo Popular.

Código Civil y Leyes Civiles Cubanas, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.

Ley no. 62 del año 1987, Código Penal de la República de Cuba, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial no. 3, de 30 de diciembre de 1987.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf, consulta realizada el 28 de abril de 2021.

Recibido: 2/5/2021
Aprobado: 17/6/2021

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1384 AL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: ESPECIAL REFERENCIA EN MATERIA DE DERECHO DE LAS PERSONAS, NEGOCIO JURÍDICO, DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE SUCESIONES

Modifications introduced by Legislative Decree 1384 of the Peruvian Civil Code of 1984: special reference in matters of People's Right, Legal Business, Family Law and Successions Law

Dr. Arturo Saúl Grau Castillo

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Profesor Adjunto de Cátedra
Pontificia Universidad Católica, Perú
<https://orcid.org/0000-0001-5854-9088>
arturograu7@hotmail.com

Resumen

En el presente texto, el autor analiza el Decreto Legislativo N° 1384 del año 2018 y los cambios que ha introducido en el Código civil peruano de 1984 y otras leyes, con la finalidad de adaptación de la normativa interna peruana al modelo social garantizado y regulado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al reconocerles capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Para ello se pone especial referencia a los preceptos de Derecho de las personas, Negocio jurídico, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Del mismo modo, el autor subraya que –sin perjuicio de poder afinar los cambios introducidos– ha sido muy importante la reforma a través de este Decreto-Ley, ya que con ella se promueve la inclusión de las personas con discapacidad en todas las esferas de la sociedad.

Palabras clave: capacidad jurídica; capacidad de ejercicio plena; apoyos y salvaguardas; manifestación de voluntad; capacidad de testar y suceder.

Abstract

In this text, the author analyzes Legislative Decree No. 1384 of 2018 and the changes it has introduced in the Peruvian Civil Code of 1984 and other laws,

with the purpose of adapting the peruvian internal regulations to the social model guaranteed and regulated in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, by recognizing them legal capacity under equal conditions. For this, a special reference is made to the precepts of People's Right, Legal Business, Family Law and Succession Law. In the same way, the author emphasizes that –without prejudice to being able to refine the changes introduced– the reform through this decree-law has been very important, since it promotes the inclusion of people with disabilities in all spheres of education society.

Keywords: legal capacity; full exercise capacity; supports and safeguards, manifestation of will; ability to test and succeed.

Sumario

1. Introducción 2. Modificaciones realizadas en materia de Derecho de las personas. 3. Modificaciones al Libro de Negocio jurídico. 4. Modificaciones realizadas en Derecho de familia. 5. Derecho de sucesiones y las modificaciones introducidas. 6. Otros textos modificados.

Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad han enfrentado históricamente problemas como la marginación, estigmatización y exclusión por parte de la sociedad. Han sido denominados minusválidos, discapacitados, locos, enfermos u otras expresiones peyorativas, lo que únicamente refleja que estamos ante una sociedad prejuiciosa y no inclusiva, que aún tiene una mirada paternalista sobre las personas con discapacidad.

En vista a ello, un cambio de gran relevancia ha sido el modelo social¹ introducido a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y, con ello, lo referente al reconocimiento de la capacidad jurídica² de estas personas. Al ser una revolución en el tratamien-

¹ El modelo social no solo busca cambiar la visión tradicional sobre la discapacidad en la que se la concibe como una carencia de la persona, sino que ahora pasa a ver las deficiencias como un constructo social, como resultado de la interacción entre el individuo y el entorno no adecuado. *Vid.* VELARDE LIZAMA, Valentina, "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Empresa y Humanismo*, vol. XV, No. 1, 2012, p. 128 (pp. 115-136).

² El reconocimiento de la capacidad jurídica es una condición esencial para que las personas con discapacidad puedan ser titulares y ejercer derechos y obligaciones en todos los aspectos de sus vidas y, por tanto, es la puerta de acceso a todos los demás derechos. *Vid.* BARRANCO,

to de la persona con discapacidad, los países que han ratificado la CDPD debieron adecuar sus normas internas, dado que una obligación de este tratado consiste en que, en virtud del artículo 4 literal A, los Estados Partes debían adoptar toda clases de medidas legislativas que coadyuven al respeto de los derechos reconocidos en la presente CDPD.

En el Perú, pese a haberse ratificado la CDPD el 30 de noviembre de 2007, ha sido recién hasta el año 2018 que mediante el Decreto Legislativo 1384 (en adelante DL 1384) se ha generado un cambio oportuno e importante con el fin de incluir a las personas con discapacidad y reconocer sus derechos en igualdad de condiciones. Cabe acotar que antes de la promulgación de este Decreto-Ley, en el año 2012 se emitió la Ley General de las Personas con Discapacidad (Ley No. 29973), que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su art. 9.1³ y que derogó a la antigua Ley No. 27050 del año 1999, la cual no reconocía la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Sin embargo, si bien en 2012 se ha emitido la Ley No. 29973, esta no generó mayor revolución en el ordenamiento interno peruano, porque el Código Civil vigente de 1984 (en adelante CC) no había contemplado modificación alguna en lo que respecta a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y otros derechos concatenados. Por tal motivo, es que recién mediante el DL 1384 se genera la mayor reforma al CC en los últimos tiempos –por no decir en su historia–, pues al regular y reconocer la capacidad de las personas con discapacidad se genera un revuelo en los demás preceptos del CC.

En vista de ello resulta significativo poder estudiar los libros del CC con mayores cambios, como lo han sido el de Derecho de las personas, lo relativo a Negocio jurídico, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Pero esta revolución no solo ha abarcado al CC, sino también otras normas como el Código Procesal Civil (en adelante CPC) y la Ley de Notariado, sobre las cuales también se hará una referencia en el presente trabajo.

P., et al., "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V, p. 57 (pp. 53-80).

³ El art. 9.1 de la Ley No. 29973 expresa lo siguiente: "9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones".

2. MODIFICACIONES REALIZADAS EN MATERIA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS

Comenzando a analizar el régimen del Libro I del CC, relativo a Derechos de las personas, es dable señalar que existe actualmente una variación contundente respecto a la normativa referente a la capacidad de las personas. Ello en vista de que se trató de acoplar la normativa interna con los tratados ratificados por el Perú, siendo este primer precepto un eje fundamental debido a su repercusión en las posteriores categorías a desarrollar en los capítulos siguientes de este trabajo.

La CDPD, como ya lo habíamos expresado, en su art. 12.2 reconoce la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sobre lo cual debe subrayarse que es un concepto que presupone tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como la capacidad de ejercer dichos derechos y el contraer obligaciones por sí mismos.⁴ Por ello, es que no debemos entender a la capacidad jurídica solo como un concepto estático, como es el de tener derechos, sino que también debe comprender a la aptitud de adoptar decisiones jurídicas válidas, poder relacionarse y celebrar contratos, es decir, poder ejercer esos derechos y poder contraer obligaciones a través de su actuar.

Ahora bien, con respecto a la capacidad jurídica, el CC antes de ser modificado por el DL 1384 expresaba en su art. 42 que *“Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43º y 44º”*; resultando que el art. 43 señalaba que:

“Son absolutamente incapaces:

5. *Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.*

6. ***Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento*** [las negritas son nuestras].”

Y el art. 44 expresa que son relativamente incapaces:

“1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2. Los retardados mentales [las negritas son nuestras].

⁴ PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 442.

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad [las negritas son nuestras].

4. Los pródigos.

5. Los que incurren en mala gestión.

6. Los ebrios habituales.

7. Los toxicómanos.

8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

La incapacidad en Perú se ha dividido en incapacidad absoluta e incapacidad relativa y sobre ello se ha manifestado que la primera conlleva a una incapacidad total, que priva a los sujetos de la posibilidad de ejercer actos por sí mismos, debido a que carecen de edad o de discernimiento, proveniente de la imposibilidad de manifestar su voluntad y tiene como característica el ser permanente cuando versa sobre personas sin discernimiento, y temporal cuando se refiere a menores de 16 años. Diferente es la incapacidad relativa, la cual se relaciona a personas que no tienen una carencia total de juicio, pero que sí necesitan de una buena administración.⁵

Es así que en estos artículos mencionados del CC se presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, contradiciendo de este modo el primer párrafo del art. 9 de la Ley No. 29973⁶ y el art. 12.2 de la CDPD. Sobre este punto se ha expresado que el CC tutela a los sujetos débiles y, por ende, lo que debería presumirse del art. 42 es que las personas naturales tienen plena capacidad de ejercicio y solo como excepción se da la incapacidad.⁷ Lo que se busca expresar es que “estos sujetos débiles” son incapaces y excepción a la regla general, pues carecen de capacidad de ejercicio.

⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, pp. 849- 855.

⁶ Art. 9 de la Ley No. 29973: “9. Igual reconocimiento como persona ante la ley. 9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones”.

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Comentarios al artículo 42 del CC”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, p. 223.

Se ha sostenido que la capacidad genérica o de goce se adquiere desde el momento de la concepción y se extingue cuando la persona fallece; en cambio, la capacidad de ejercicio –diferente– consiste en la idoneidad del sujeto para desplegar su libre elección o autonomía negocial; razón por la cual solo esta última puede ser limitada o restringida por ley.⁸ Desde esta perspectiva, dado que la capacidad de goce es inherente al ser humano no puede restringirse, pero en caso de capacidad de ejercicio, sí cabría restringir a aquellas personas denominadas como “incapaces”. Esta forma de entender la capacidad va muy acorde con lo regulado en el art. 3 del CC, previo a su modificación, pues el texto antiguo decía expresamente: *“Toda persona tiene goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”*.

Con respecto al art. 43.2 referente a los “incapaces absolutos por encontrarse privados de discernimiento”, se ha manifestado que la voluntad se encuentra conformada por dos elementos: el primero es el del discernimiento –posibilidad de hacer distinción entre lo que se quiere o no y entre lo bueno y malo– y el segundo elemento se conforma de la volición y su materialización. En vista de ello, resulta relevante el discernimiento en los sujetos de derechos, pero las enfermedades mentales no coinciden necesariamente con falta de discernimiento, dado que puede encontrarse personas con disturbio psíquico que pueden y saben cuidar de sus intereses.⁹

Ante lo expresado, es dable mencionar que si bien se detallaba que la “enfermedad mental” no conllevaba necesariamente a una incapacidad de entender y querer, se concluía en que solo mediante análisis médico podía resolverse esta incógnita. Se observa pues que se tenía una mirada paternalista sobre las personas con discapacidad, al permitir que se pueda restringir su capacidad si es que, mediante diagnóstico médico, se presencian alteraciones o disturbios psíquicos. Corresponde destacar además que, en la práctica, a las personas que tuviesen alguna deficiencia mental o intelectual se los consideraba *ex ante* como incapaces.

Por su lado, se ha manifestado que en lo referente los “incapaces relativos por ser retardados mentales o por padecer de deterioro mental que les impida manifestar su voluntad”, recogidos respectivamente en los arts. 44.2 y 44.3 del CC, se ha dicho que el primer numeral se refiere a aquellos que sufren una perturbación

⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?”, *Cátedra, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Año III, No. 5, 1999, p. 21.

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Comentarios al artículo 43 del CC”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, *cit.*, pp. 225-226.

psicológica o lesión a células cerebrales y que por ello se halla perturbada su capacidad de juicio o formación de voluntad; y en el caso segundo de deterioro mental, este conlleva a un daño progresivo, como de personas que llegan a la vejez o aquellos que tuvieron trastornos patológicos, tales como parálisis general, arterioesclerosis, enfermedades de larga duración.¹⁰

Antes de detallar el cambio introducido por el DL 1384, es necesario destacar que han existido intentos de modificación total del CC y el último ha sido el establecido en el Anteproyecto de Reforma del CC del año 2016 (en adelante el Anteproyecto), mediante el cual se intentó introducir –sin resultado favorable– los artículos siguientes:

“Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1. *Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por ley.*
2. *Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen”.*

Del mismo modo, se intentó modificar el artículo 44 bajo la directriz siguiente:

“Artículo 44.- Régimen de asistencia

Corresponderá un régimen de asistencia para:

1. Las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidos en el numeral 2 del artículo 43.
2. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio.
3. *Los condenados con pena que incluye la inhabilitación”.*

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Comentarios al artículo 44 del CC”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 228-229.

En la Exposición de Motivos de este Anteproyecto se ha manifestado que se buscó eliminar la expresión “incapacidad jurídica”, pues se consideró que era una terminología transgresora de la CDPD y reconoce que la capacidad jurídica se refiere tanto a capacidad de goce como de ejercicio. Además, se detalla que el nuevo art. 43 se refiere a personas que son menores de 18 años y a aquellas mayores de edad, pero que sufren de un trastorno mental o que no pueden manifestar su voluntad indubitablemente. Por su parte, en los motivos del Anteproyecto sobre el art. 44, se ha comentado que se han suprimido las clasificaciones discriminatorias y la figura del representante.¹¹

Sobre este Anteproyecto puede destacarse su intención de acercarse a lo reafirmado en la CDPD; sin embargo, aún se utilizan términos peyorativos como “discapacitados” o “personas con trastornos mentales”, donde debe decir personas con discapacidad mental e intelectual. A ello hay que sumar que se deja abierta una posibilidad de restricción de la capacidad jurídica al considerar que las personas con discapacidad mental e intelectual carecen de discernimiento ya que, pese a que se haya cambiado la terminología, se mantiene la causal para restringir la capacidad.

Posteriormente, el 4 de septiembre de 2018 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el DL 1384, el cual –consideramos– sí es un gran avance en cuanto a regulación sobre las personas con discapacidad, dado el reconocimiento de la capacidad jurídica y que, por ende, tuvo como consecuencia una consustancial modificación del CC vigente.

En materia de Derecho de las personas, hay que resaltar que el DL 1384 marca claramente un antes y después de la regulación sobre la capacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, y este cambio comienza con la modificación del antiguo art. 3 del CC y la introducción del texto siguiente: *“Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”*.

Pese a que existen autores que consideran que resulta más recomendable realzar una traducción literal de la versión inglesa de la CDPD, por medio de la cual se habla de capacidad legal y no de capacidad jurídica, a fin de evitarse los

¹¹ Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil de 1984, creado mediante Resolución Ministerial No. 0300-2016-JUS.

problemas de traducción o terminología;¹² consideramos que esta forma de abordar la capacidad jurídica bajo una concepción dual –embarcante de capacidad de goce y ejercicio– resulta ser muy novedosa y un importante avance al no ser ya un término restringido, pues ahora se encuentra regulado de forma expresa no solo la capacidad de goce, sino también la capacidad de ejercicio plena de las personas con discapacidad.

Pero el reconocimiento de la capacidad jurídica en el art. 3 del CC no fue el único cambio significativo, hay que sumarle lo planteado en el nuevo texto del art. 42 bajo la tendencia siguiente:

“Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

“Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad”.

Este nuevo texto del art. 42 del CC ratifica la idea base de la CDPD, en la cual se busca equiparar de forma expresa a las personas con discapacidad con las demás personas que no tengan discapacidad; sin embargo, hay autores que consideran que este cambio es perjudicial porque –afirman– se intentaría cambiar la realidad al declarar capaz a un “discapacitado” que tenga poco o nada de discernimiento.¹³

Esto último resulta ser un error, pues el aporte sustancial de esta nueva versión del art. 42 es la plenitud del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y una horizontalidad en el tratamiento de la capacidad, debido a que la discriminación no colaboraba con su desarrollo ni inclusión a la sociedad.¹⁴ Debe sumarse además que discapacidad no es sinónimo de incapacidad ni

¹² DE SALAS MURILLO, Sofía, “Significado jurídico de ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 5, 2018, p. 4.

¹³ CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, “La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018, p. 49.

¹⁴ BALAREZO REYES, Emilio José, “La nueva redimensión de la capacidad jurídica con motivo del Decreto Legislativo No. 1384”, *Actualidad Civil*, No. 52, 2018, pp. 88-89.

falta de discernimiento; este es el mayor error en la percepción que condujo a una regulación más convencional e inclusiva. En esta línea se encuentra la nueva exégesis del art. 43 del CC:

"Son absolutamente incapaces:

- 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.*
- 2. Derogado.*
- 3. Derogado".*

Del mismo modo, debe de resaltarse las modificaciones al art. 44:

"Tienen capacidad de ejercicio restringida.

- 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*
- 2. Derogado.*
- 3. Derogado.*
- 4. Los pródigos.*
- 5. Los que incurren en mala gestión.*
- 6. Los ebrios habituales.*
- 7. Los toxicómanos.*
- 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.*
- 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad".*

Apreciamos que se han derogado supuestos de incapacidad que fueron relacionados en la historia con la discapacidad mental e intelectual, tales como "sujetos que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento" (art. 43.2, derogado), "retardados mentales" (art. 44.2, derogado) y "los que

adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (art. 44.3, derogado); se ha añadido, por su parte, a las personas en estado de coma como un supuesto de capacidad restringida. Pareciese así que ya no existe incapacidad absoluta y que el CC es estricto en cuanto a capacidad, pero ello no es cierto pues el CC adopta un régimen mixto al no eliminar la incapacidad, sino solo reducirla, y ello se observa al mantener la incapacidad absoluta para menores de 16 años.¹⁵

El DL 1384 no solo modificó y derogó, sino que también incorporó nuevas normas en el CC. De este modo, se estableció en el nuevo art. 45 vigente del CC que *“Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección”*. A diferencia de ello, el antiguo texto normativo del art. 45 del CC detallaba que eran los representantes legales de los “incapaces” quienes ejercían los derechos de estos, de acuerdo con las normas de patria potestad, tutela y curatela.

Este cambio resulta muy novedoso. Cabe destacar además la incorporación de los artículos siguientes:

“Artículo 45- A.- Representantes Legales

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.”

“Artículo 45-B.- Designación de apoyos y salvaguardias

Pueden designar apoyos y salvaguardias:

- 1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.*
- 2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.*
- 3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.*

¹⁵ VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique y Marco Andrei TORRES MALDONADO, “El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano”, *Acta Bioethica* 2019; 25 (2), pp. 207-208.

4. *Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código*”.

En este nuevo art. 45 del CC podemos apreciar una concordancia con la CDPD, que en su art. 12.3 señala: *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. Ello es la directriz que toman las posteriores incorporaciones como la del art. 45-A, dado que no se regula más la figura del representante legal en casos de discapacidad, sino solamente para los demás supuestos del art. 44 del CC, tales como los mayores de 16 pero menores de 18 años, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Así, la figura del apoyo solo resulta para personas con discapacidad y para personas que antes de caer en coma decidan designarlas.

En concreto, ya sobre la figura del apoyo, el art. 45-B del CC clasifica las formas de designar al apoyo dependiendo de la posibilidad de expresión de voluntad. Para ello, se ha regulado que es la misma persona con discapacidad la que puede designar a su apoyo vía notarial o judicial cuando pueda manifestar su voluntad, y en los casos de excepción en los que no pueda expresar su voluntad, el apoyo será designado por un juez. Es válido destacar que, a fin de poder expresar voluntad, resultan ser oportunos los ajustes razonables¹⁶ ya mencionados en el art. 45.

Existen aún autores con posturas contrarias a esta regulación, quienes afirman que la no incapacidad resulta adecuada para personas con discapacidad sensorial o física, pero que en casos de personas con discapacidad mental e intelectual no sería acertada, pues no existiría regulación para personas con una discapacidad en grado alto.¹⁷ Esta afirmación no resulta correcta, porque es el mismo CC el que introduce –pese a no centrarse en el diagnóstico– que cuando una persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad, el apoyo

¹⁶ La CDPD, en su art. 2, ha recalcado que: *“Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

¹⁷ SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, “Comentarios al artículo 45-B del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 286-287.

será designado de forma judicial, con el único fin de ayudarla en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Puede concluirse que con las nuevas coordenadas existen 4 situaciones respecto a la regulación de la capacidad en el Perú:

- a. Las personas menores de 16 años son consideradas como absolutamente incapaces y sus representantes legales serán aquellos que ejerzan patria potestad o su tutela;
- b. las personas mayores de 16 pero menores de 18 años se encuentran bajo el régimen de capacidad restringida, por ende, sus representantes legales son quienes ejercerán su patria potestad o tutela;
- c. aquellas personas mayores de 18 años, pero que incurran en alguno de los supuestos contemplados del numerales 4 al 8 del art. 44 del CC, se encuentran bajo un régimen de capacidad restringida y sus representantes legales serán los curadores; y
- d. las personas mayores de 18 años pero que tengan alguna discapacidad mental o intelectual y aquellas que se encuentren en estado de coma (art. 44.9 del CC) no se encuentran sujetas al normbramiento de un representante legal, sino de un apoyo voluntario o excepcional, según corresponda el caso.

Por último, esta nueva regulación llega a ser oportuna y muy novedosa en el tratamiento de la persona con discapacidad, siempre respetando su capacidad jurídica y en la búsqueda de una inclusión en todas las esferas de la sociedad, lo que ha conllevado que no solo refleje variaciones en este Libro I sobre Derecho de las personas, sino que haya también un cambio en los demás libros que serán tratados a continuación.

3. MODIFICACIONES AL LIBRO DE NEGOCIO JURÍDICO

En lo que respecta a este segundo libro debemos partir de la antigua regulación a la vigente post modificación introducida por el DL 1384. En vista a ello, el primer artículo del Libro II referente a negocio jurídico es el siguiente:

“Artículo 140.- *El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

1.- *Agente capaz.*

2.- *Objeto física y jurídicamente posible.*

3.- *Fin lícito.*

4.- *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.*

Se aprecia que el requisito de validez sobre el que se ha generado mayor crítica es el referente al agente capaz, entendido como una obligación de que los sujetos que intervengan sean personas que gocen de lucidez, que les permita discernir sobre todos aquellos alcances de los actos que realicen.¹⁸ En este primer requisito de validez se observa que en la jurisprudencia peruana ha sido abordado como la no falta de discernimiento y de lucidez, lo cual suele ser relacionado con las personas con discapacidad mental e intelectual, tal como ya se detalló en el capítulo anterior.

En doctrina peruana se ha considerado que, en este primer requisito, la manifestación de voluntad provenga de agente capaz, es decir, de sujeto tanto persona natural como persona jurídica con la capacidad necesaria. Al tratarse de persona natural, la capacidad de goce le es inherente desde su concepción, pero en casos de realización de negocios jurídicos se requiere de capacidad de ejercicio, y en caso de tratarse de menores o interdictos –incapaces–, la capacidad puede ser suplida por su representante legal (padre, tutor o curador).¹⁹

De este modo, en la regulación anterior puede concluirse que no resultaban válidos los negocios jurídicos celebrados por las personas incapaces, dentro de las cuales se encontraban las personas con discapacidad, en tanto no podían celebrar negocios jurídicos si es que no contaban con la participación de sus representantes legales. Por esta razón, una persona que recaiga dentro de la incapacidad absoluta (ex art. 43 del CC) o incapacidad relativa (ex art. 44) celebraría un negocio inválido si es que su representante no ha actuado en su lugar y a nombre de él.

Se ha concluido así que según esta antigua regulación, son necesarias tanto la capacidad de goce, que ha sido considerada como propia del ser humano al

¹⁸ Vid. Expediente No. 2352-92-Lima.

¹⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Comentarios al artículo 140 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., p. 465.

ser apto para ser titular de situaciones jurídicas subjetivas (no solo limitándola a derechos y obligaciones), como la capacidad de ejercicio, entendida esta como aptitud para ejercitar esas situaciones jurídicas y, por tanto, en caso de incapacidad relativa o absoluta, estas conllevarían a que el negocio sufra de ineficacia funcional y, con ello, la invalidez del negocio.²⁰

Un tema relevante en esta antigua regulación es sin duda el aspecto de la manifestación de voluntad, la cual fue regulada en el art. 141 del CC con el texto siguiente:

“La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

Este artículo no se basa en cómo se forma la voluntad, sino en la exteriorización de esta, la cual puede ser expresa, mediante medios directos como el lenguaje escrito, oral, a través de mímicas o incluso utilizando medios que representen y de los cuales se pueda visualizar una voluntad. Por su parte, cuando hace referencia a manifestación tácita, se remite al uso de medios indirectos como los comportamientos concluyentes y sobre los cuales puede inferirse voluntad, siempre que la ley no solicite que se realice mediante una forma expresa.

Dirigiéndonos a los artículos más significativos de esta antigua regulación del Libro II, los que también fueron objeto de modificación, puede destacarse el artículo referente a la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos, con los textos siguientes:

“Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.

²⁰ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto y Héctor Augusto CAMPOS GARCÍA, “Breves apuntes sobre los presupuestos y elementos del Negocio Jurídico”, *Revista de la Asociación Civil Derecho & Sociedad*, No. 32, 2009, pp. 201-202.

- 3.- *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4.- *Cuando su fin sea ilícito.*
- 5.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6.- *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7.- *Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8.- *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.*

“Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:

- 1.- *Por incapacidad relativa del agente.*
- 2.- *Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.*
- 3.- *Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*
- 4.- *Cuando la ley lo declara anulable”.*

Con respecto al art. 219 del CC, previa modificación, hay que resaltar que la nulidad ha sido considerada como la forma más grave de invalidez, pues esta determina que el negocio no produzca los efectos negociales esperados por una o ambas de las partes que lo celebran.²¹ En vista a ello, y considerando lo dispuesto en este art. 219.3, el negocio jurídico sería nulo cuando sea practicado por persona “absolutamente incapaz”, entre los que se podía encontrar a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (ex art. 43.2, derogado), salvo lo que dispone el art. 1358 del CC, consistente en que si hubiera “incapaces no privados de discernimiento”, estos podrían celebrar contratos relacionados con las necesidades básicas de su vida diaria.

De forma similar, el antiguo art. 221.1 del CC declara como actos anulables los que sean realizados por personas “relativamente incapaces”. La anulabilidad se consideró como una forma menos grave de invalidez, porque no determina

²¹ ESCOBAR ROSA, Freddy, “Comentarios al artículo 219 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 676-677.

que el negocio no produzca los efectos a los cuales está dirigido, sino que dichas consecuencias puedan ser, en un lapso, destruidas.²² Es pues que sobre la base del numeral 1 del art. 221, el acto celebrado por los relativamente incapaces, entre ellos los “retardados mentales” y los “que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” pueden verse anulados.

Ahora bien, como ya habíamos desarrollado, se intentó modificar al CC, y uno de estos intentos fue el Anteproyecto del año 2016, el cual en esta materia de negocio jurídico pretendió regular –sin resultado positivo– un art. 140 muy similar al que se procuró modificar, manteniendo como requisito de su validez al agente capaz. Por otro lado, un cambio que se trató de implementar y que sí nos parece muy significativo es la forma introducida para poder manifestar la voluntad regulada en el sugerido art. 141:

“1. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, incluyendo el uso de los apoyos requeridos por la persona de acuerdo a sus necesidades.

2. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

Lo relevante de esta propuesta de modificación del Anteproyecto sobre el art. 141 del CC es, sin duda alguna, la idea de incluir como una forma de manifestar voluntad de forma expresa, el uso de ajustes razonables o mediante los apoyos requeridos por las personas con discapacidad. Sobre este punto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se ha denotado que conforme a la CDPD, una forma de expresar voluntad es la que realizan las personas con discapacidad utilizando ajustes razonables o apoyos para los actos que se requieran.²³

En relación con la propuesta sobre el art. 219 del CC, se han formulado como causales de nulidad del acto jurídico las siguientes: “1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto que celebró el acto. 2. Cuando se haya practicado por personas menores de dieciocho años o por personas mayores de dieciocho

²² *Ibidem*, pp. 693-694.

²³ *Idem*, pp. 53-54.

años que no cuenten con un régimen de asistencia, salvo disposición legal diversa. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su causa sea ilícita. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita de forma imperativa o bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa". Con respecto a las causales de anulabilidad del art. 221, el Anteproyecto de CC planteó: *"El acto jurídico es anulable: 1. Por vicio resultante de error, dolo o intimidación. 2. Cuando la ley lo declara anulable".*

Respecto de este régimen, en la Exposición de Motivos se concluyó que para intentar instaurar esta nueva propuesta sobre los arts. 219 y 221 del CC, se ha tomado en cuenta la regulación sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.²⁴ Apreciamos una clara intención de eliminar cualquier tipo de invalidez del negocio jurídico por causales de agentes que tengan discapacidad.

Actualmente, el DL 1384 ha introducido diversas modificaciones realizadas al CC y en lo consignado sobre el Libro II se ha incoado con un art. 140 que regula una variación casi total al requisito primero para la validez del negocio jurídico:

"El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.*
- 2. Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3. Fin lícito*
- 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".*

El DL 1384 ha implementado el requisito de validez consistente en la "plena capacidad de ejercicio", en vez de lo regulado anteriormente en el CC como "agente capaz". Sobre este cambio se ha expresado –creemos que de forma errada– que esta variación afecta una codificación ya arraigada y proveniente del CC de 1936, aplicada tanto a personas naturales como jurídicas, refiriendo que "agente capaz" consiste en la capacidad de goce más la de ejercicio.

²⁴ *Idem*, p. 72.

Por ello se ha dicho, que esta modificación ha soslayado la capacidad de goce al solo tomar en cuenta a la capacidad de ejercicio.²⁵

Consideramos que ello resulta ser un error, dado que el requisito “plena capacidad de ejercicio” hace referencia a que pueden celebrar actos jurídicos por cuenta propia, aquellas personas que no sean consideradas como “incapaces absolutos” ni personas con “capacidad restringida”, salvo los casos en que sea la propia ley la que lo permita. Tal y como ocurre con el nuevo art. 1358, el cual permite que personas con capacidad restringida puedan celebrar contratos relacionados con necesidades básicas de su vida.

En vista de ello, y considerando que la capacidad de goce al ser inherente al ser humano se adquiere desde la concepción, es necesaria entonces la capacidad de ejercicio para poder celebrar negocios jurídicos, pues personas con capacidad de ejercicio restringida e incapaces absolutos necesitarán de sus representantes para poder actuar. De este modo, por ejemplo, un toxicómano o ebrio habitual tiene capacidad de goce al ser persona, pero no capacidad de ejercicio para realizar actos por cuenta propia, por lo que es necesario que el acto se celebre con y a través de su representante legal.

Por tanto, solicitar solo capacidad de ejercicio no soslaya a la capacidad de goce, ni es un retroceso en la regulación; al contrario, se detalla una nueva forma de entender la capacidad en el Perú, en la cual las personas con discapacidad puedan ejercer y celebrar negocios jurídicos al poseer no solo capacidad de goce, sino también de ejercicio. Por otro lado, hay que agregar un punto muy significativo regulado en el nuevo art. 141 del CC, que expone lo siguiente:

“La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

“Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revela su existencia.

“No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”

²⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Comentarios al artículo 140 del Código Civil”, *cit.*, pp. 557-558.

En el art. 141 del actual CC, modificado por el DL 1384, se ha podido vislumbrar una forma muy novedosa pero acorde con los artículos antes planteados en torno a la forma de manifestar voluntad. Se ha agregado que en el caso de personas con discapacidad, estas pueden manifestar su voluntad por medio de los ajustes razonables o a través de sus apoyos. Sobre este nuevo texto se ha expresado, de forma muy superficial y errónea, que resulta innecesario y hasta redundante, porque lo agregado ya se encontraría inmerso en la manifestación de voluntad expresa.²⁶ A nuestro parecer, creemos que citar en este primer párrafo del art. 141 del CC lo referente a la forma de expresión de voluntad de las personas con discapacidad mental e intelectual utilizando para ello los ajustes razonables o la figura del apoyo, hace que se visibilice el problema y conlleva a que el texto se encuentre más acorde con la CDPD, dado que a veces lo que se considera como obvio no resulta serlo para la sociedad y peor aún, respecto de personas que han sido marginadas a lo largo de la historia.

Por otro lado, el DL 1384 también ha conllevado a que se deroguen diversos aspectos que resultaban ser discriminatorios, siendo el primero de ellos lo regulado en el art. 219 del CC: El acto jurídico es nulo:

- “1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2. Derogado.*
- 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4. Cuando su fin sea ilícito.*
- 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7. Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.*

²⁶ CÁRDENAS KRENZ, Ronald y Alessandra DELLA ROSA LECIÑANA, “Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018, p. 110.

En esa misma idea, el art. 221 del CC, modificado por el DL 1384, expresa: El acto jurídico es anulable:

- “1. Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.*
- 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.*
- 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*
- 4. Cuando la ley lo declara anulable”.*

Acerca de esta modificación realizada al art. 219 del CC, se ha dicho que ha generado una problemática, pues derogar el numeral 2 de este artículo, donde se preceptuaba que era nulo el negocio celebrado por persona “absolutamente incapaz”, conlleva a que actualmente exista un vacío sobre los negocios celebrados por “incapaces absolutos menores de 16 años”.²⁷ Sobre la misma, es cierto que no ha quedado claro qué sucede con los negocios celebrados por “incapaces absolutos”. Respecto de esta modificación en doctrina se expresa, en la misma línea, que no se debería considerar a los negocios jurídicos celebrados por menores de 16 años –incapaces absolutos– como válidos, porque ello sería contravenir la intención del legislador de seguir considerándolos como “absolutamente incapaces”, y ante esta derogación de nulidad, deberá aplicarse en su solución el numeral 8 del art. 2019 del CC, referente a vulneración de norma de orden público, porque se contravendría la necesidad de plena capacidad de ejercicio (art. 140.1 del CC).²⁸

Sin embargo, en nuestra opinión, se debió mantener la nulidad de los negocios jurídicos celebrados por “incapaces absolutos” y la regulación ex art. 1358 del CC, pero con una terminología distinta, pues antes de la modificación de este artículo se permitía que tanto los “incapaces absolutos” e “incapaces relativos” pudieran celebrar negocios sobre las necesidades básicas. Para ello, es oportuno que se haya eliminado la terminología “privados de discernimiento”, pero creemos que en este nuevo art. 1358 no solo debe permitirse a las personas

²⁷ NINAMANCCO CORDOVA, Fort, “Comentarios al artículo 219 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 808-809.

²⁸ CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto, “Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano”, *Actualidad Civil*, No. 2, 2018, pp. 75-76.

“con capacidad restringida” celebrar negocios sobre necesidades ordinarias de su vida, sino también a las personas menores de 16 años, considerados como “incapaces absolutos”.

En relación con la nueva versión del art. 221 del CC, si bien parece ser claro que serán anulables los negocios jurídicos celebrados por personas con “capacidad restringida”, salvo disposición legal distinta, como es lo consignado en el art. 1358 –ya detallado– referente a necesidades básicas; existen opiniones que consideran que esta regulación no es favorable para las personas con discapacidad, ya que la anulabilidad no era un desdén, sino un mecanismo para protegerlas. Se suele poner como ejemplo los casos de personas con discapacidad sin apoyos y que otras personas se pueden “aprovechar de su condición” por encontrarse solos.²⁹

La opinión antes citada demuestra una visión claramente paternalista sobre las personas con discapacidad mental e intelectual, dado que estas poseen capacidad jurídica (goce y ejercicio), donde los apoyos son las figuras que podrían ayudarlas a manifestar su voluntad y conocer a fondo los actos que quieran celebrar, pero debe dejarse en claro que los apoyos son elegidos solo por voluntad de la persona con discapacidad, salvo en casos graves donde no se pueda expresar siquiera voluntad (art. 659-E del CC).³⁰ En vista de ello, es que las personas con discapacidad deben actuar según su voluntad, pero es necesario destacar que pueden aplicarse, como en cualquier otro caso, los vicios de voluntad, si es que se ha recaído en error o se ha sufrido dolo e intimidación para expresar su voluntad.

Por otro lado, no queremos dejar de mencionar en este capítulo que compartimos la idea de que resulta innecesaria y nociva la derogatoria de otras disposiciones relacionadas con la validez del negocio jurídico, pues si se sigue manteniendo en el art. 44 del CC la “capacidad de ejercicio restringida”, ¿por qué se han derogado artículos que aún serían aplicables? Los ex artículos derogados 228³¹ y 229³² del CC no contravienen automáticamente la CDPD, ya que no

²⁹ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “Comentarios al artículo 221 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 836-837.

³⁰ El art. 659-E del CC peruano, denominado “Excepción a la designación de los apoyos por juez”, regula la situación de apoyo intenso y como excepción, solo cuando la persona con discapacidad no ha podido expresar su voluntad.

³¹ Art. 228, derogado, del CC peruano: “Pago a incapaz: Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho”.

³² Art. 229, derogado, del CC peruano: “Mala fe: Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos ni cesionarios, pueden alegar la nulidad”.

solo eran aplicables a las personas con discapacidad mental e intelectual, sino a todos los incapaces absolutos y relativos (bajo el orden premodificación), y siguen siendo relevantes actualmente, pues lo que se debió modificar en todo caso es la terminología utilizada.³³

4. MODIFICACIONES REALIZADAS EN DERECHO DE FAMILIA

El Libro III del CC no ha sido ajeno a las modificaciones realizadas por el DL 1384, pero detallaremos primero la principal regulación antes de la modificación. Para ello comenzaremos a analizar el antiguo art. 241 del CC, el cual versaba sobre los impedimentos absolutos para contraer matrimonio: *“1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse. 2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. 3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos. 4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable. 5.- Los casados”*.

En relación con la regulación plasmada en el CC, previa a la modificación, se ha entendido que los impedimentos absolutos son aquellos que imposibilitan el matrimonio de una persona sobre la que se conoce su incapacidad personal. Sobre una de estas incapacidades fue considerada la “enfermedad mental”, la cual, pese a que en otros ordenamientos como el francés se haya pormenorizado que si la persona se casó durante su intervalo lúcido, debe respetarse su decisión; en la doctrina nacional se ha considerado que esta prohibición deberá persistir no obstante la persona tenga intervalos lúcidos, dado que los hijos pueden sufrir de alguna “tara hereditaria” y esta persona no podrá asumir sus obligaciones.³⁴

En la regulación previa a la modificación se refleja una clara discriminación sobre la persona con discapacidad mental e intelectual, pues se considera que son personas que no deben casarse debido a que en caso tuvieran hijos, estos saldrían con los mismos “defectos o taras”. Se ha considerado además que se impide el matrimonio de un “enfermo mental” porque es reputado como per-

³³ *Idem*, pp. 77-78.

³⁴ MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, “Comentarios al artículo 241 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. II, pp. 43-45.

sona privada de la razón y porque, pese a intervalos lúcidos o que el “incapaz mental” haya manifestado su voluntad consciente, al estar enfermo no podría cumplir luego con las obligaciones propias del matrimonio.³⁵

Vemos pues que la concepción utilizada resultaba ser una clara discriminación sobre las personas con discapacidad, que debía ser reformada al considerarlos como carentes de voluntad y, en tanto, de asumir obligaciones, siendo todo ello modificado posteriormente con el DL 1384. Sin embargo, esta discriminación previa modificación también puede ser visualizada en el numeral 1 del art. 274: *“Es nulo el matrimonio: 1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad”*.

Sobre el fundamento del art. 274 del CC, previa modificación, se ha manifestado que este busca, en primer lugar, proteger al “enfermo mental” que ha celebrado un negocio jurídico como el matrimonio, al no poseer discernimiento, y en segundo lugar, se basa en la protección de la persona “sana”, porque esta no debe de tener la “carga” de una unión perpetua con un “enfermo”; razón por la cual incluso se admite la vigencia de esta causal de invalidez, aun cuando la “enfermedad mental se manifieste después de celebrado el matrimonio.”³⁶

En este numeral del art. 274 del CC, previa modificación, se puede visualizar una clara marginación contra las personas que tienen alguna discapacidad mental e intelectual, pues en todos los casos dables se da la posibilidad de que el matrimonio sea declarado nulo, si es que uno de los casados tiene discapacidad. En este numeral se regulaba la situación de la persona con discapacidad mental e intelectual, incluso cuando esta discapacidad hubiera ocurrido luego de celebrado el matrimonio. Esta norma no protege a ninguno de los cónyuges, sino –al contrario– margina, llegando a prohibir en la práctica que las personas con discapacidad puedan casarse, dado que su validez podría ser impugnada.

Cabe destacar que en el art. 326 del CC, referente a las uniones de hecho, se expone que esta se da por personas sin impedimento para contraer matri-

³⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Tratado de Derecho de Familia*, p. 85.

³⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, “Comentarios al artículo 274 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. II, cit., pp. 123- 124.

monio; sin embargo, como se destacó, la discapacidad mental e intelectual era considerada como un impedimento absoluto, en vista de ello tampoco podría haber uniones de hecho cuando uno de ellos “padezca de enfermedad mental”.

Por otro lado, con respecto al reconocimiento de hijos extramatrimoniales, el antiguo art. 389 del CC –hoy reformado– nos expresaba que los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio podían ser reconocidos por los abuelos o abuelas cuando los padres hubieran fallecido o si –entre otras opciones– el padre o la madre se encontraran sin discernimiento, si sufrieran de retardo mental o deterioro mental. En ese sentido, en esta etapa antes de la reforma, los padres debían reconocer a sus hijos concebidos de forma extramatrimonial; sin embargo, cuando uno o ambos padecieran de discapacidad mental e intelectual o hubieran fallecido, el reconocimiento podía darse por los abuelos. Es decir, que los padres al tener discapacidad mental o intelectual no podían reconocer a sus hijos ni expresar su voluntad, en tanto son considerados como “incapaces”.

Un tema sumamente relevante en este Libro III de Derecho de familia, es el referente a la curatela. El ex art. 564 del CC –previa a la modificación– expresa: *“Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 al 8”*. En el Perú, antes de la modificación, existían tres figuras que tenían como finalidad, amparar al “incapaz”: 1) la patria potestad, dirigida al cuidado de la persona y patrimonio de un menor de edad y a cargo de sus padres; 2) la tutela, referida al cuidado del menor y recayente en otras personas diferentes a los padres cuando estos no ejercían la patria potestad; y 3) el curador, dirigida al cuidado del mayor de edad incapaz.

Se ha señalado que esta figura de la curatela aparece por primera vez en la Ley de las Doce Tablas y en un principio se instituía solo para personas consideradas como “dementes extremos o furiosos”; pero luego fue ampliada a casos pacíficos, como de “locos, imbéiles, incapacitados retrasados, sordos, mudos”, siendo una figura de protección de bienes y de vigilancia.³⁷ En atención a lo dispuesto en el art. 564, previa modificación del CC, esta figura es aplicada a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”, a “los retardados mentales” y a los que tienen “deterioro mental que impide expresar su voluntad”, y en todos estos casos es un tercero curador quien tome las decisiones por ellos.

³⁷ *Ibidem*, pp. 658-659.

Hay que precisar sobre esta figura, según el art. 588-A del CC, previa reforma, que la misma persona mayor con “capacidad plena de ejercicio” podría nombrar a su curador o curadores mediante escritura pública; sin embargo, las personas con alguna discapacidad mental e intelectual no podrían, porque no se las consideraba como personas con “capacidad plena de ejercicio”. Por su lado, el ex art. 569 del CC disponía una prelación dado que, a falta de designación voluntaria, será dispuesto vía judicial en este orden al cónyuge, los padres, descendientes, abuelos, hermanos e incluso directores de asilos (ex art. 570 del CC).

Incluso se puede señalar que en virtud del art. 576 del CC, las atribuciones del curador eran proteger al “incapaz”, ayudarlo a un posible reestablecimiento, la posibilidad de colocarlo en un centro de establecimiento o cuidado y representarlo. Respecto a su internamiento, el art. 578 del CC establecía que para poder internar a un “incapaz” se requiere de autorización judicial, previo dictamen de perito. De este modo, pues –con respecto a las personas con discapacidad mental e intelectual–, en el mismo CC se permitía la intervención el curador como un sustituto de voluntad, porque se consideraba que la discapacidad era una enfermedad, por este motivo, existían internamientos involuntarios y no apropiados.

Por último, esta regulación previa a la modificación preceptuaba en su art. 582 del CC que los actos anteriores a la interdicción realizados por los “incapaces” podían ser anulados si la incapacidad existía de forma notoria en la época en que se llevaron a cabo. Sobre este punto se ha enunciado que los actos realizados antes de la interdicción deben ser considerados nulos y anulables, dependiendo de la situación concreta. Además, se manifiesta que esta norma no se pone en el lugar de cuando el acto fue realizado por dos “incapaces”, allí no podría ser nulo ni anulable, porque “ninguno se aprovecharía o abusaría del otro”, dado que la incapacidad estaría presente en ambos.³⁸

Ahora bien, frente a esta regulación no concordante con las normas internacionales se intentó modificar el CC mediante el Anteproyecto, el cual también abarca temas de este Libro III. Sobre ello, este Anteproyecto no intenta modificar ni deroga los arts. 241 ni 274 del CC, sobre impedimentos absolutos e invalidez de matrimonio por padecer de “enfermedad mental”, manteniendo así pues la visión tradicionalista al situar a la discapacidad como enfermedad.

³⁸ GODENZI MONTAÑEZ, Silvia, “Comentarios al artículo 582 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. III, pp. 382-383.

Sin embargo, la figura que se intenta introducir fue la de la asistencia en reemplazo del curador, tal como se puede visualizar:

“Artículo 564.- Personas sujeta a asistencia

Cuando una persona, debido a una disminución física, psíquica o sensorial, se encuentre en la imposibilidad, incluso temporal, de proveer al cuidado de los propios intereses o de administrar el propio patrimonio, el juez especializado en lo civil de familia de su domicilio, en proceso sumarísimo, procede al nombramiento de un asistente”.

En este apartado se intentó formular una figura de la asistencia mediante la protección sobre las personas con deficiencias, la cual reemplazaría al curador. Sin embargo, se menciona que esta figura se aplicará cuando la persona asistida se encuentre en la “imposibilidad” –incluso temporal– de cuidar sus intereses y su patrimonio. En la misma Exposición de Motivos de este Anteproyecto se expresó que esta figura daría más libertad a la persona que tenga imposibilidad, considerando que es adecuada a la CDPD. No obstante, consideramos que no resulta tan acorde con la normativa internacional porque no primaría la voluntad del asistido, pues parecería ser una figura muy similar al curador.

Sobre este punto, es dable destacar que en este Anteproyecto, la propuesta del art. 565 del CC regula los fines de la figura del asistente, siendo el juez quien debe detallar cuáles vendrían a ser las facultades de este. Por ello, consideramos que no se estaría respetando la voluntad del asistido o beneficiario, lo cual refleja solo un cambio terminológico con buena intención, pero no suficiente para incluir y respetar la voluntad de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Ahora bien, el DL 1384 ha tenido una gran influencia en el Libro III al buscar adecuar la normativa nacional peruana, como lo es el CC, a la regulación de la CDPD. Como un primer punto significativo de las variaciones vigentes se encuentra la derogación del numeral 3 del art. 241 del CC, referente a la “enfermedad mental” como causal de impedimento absoluto para contraer matrimonio. Siendo pues una plausible derogación, como ya lo habíamos detallado, resultaba sumamente vejatorio que las personas que tengan alguna discapacidad mental e intelectual no puedan casarse, pudiendo a partir de esta derogación casarse sin mayor inconveniente.

En esa misma línea, el DL 1384 ha derogado el numeral 1 del art. 274 del CC, pues gracias a la promulgación de esta ley es que ya no existe causal de nu-

lidad del matrimonio cuando la persona tenga alguna discapacidad mental e intelectual. En vista de ello, la persona con discapacidad es libre de decidir si casarse o no y una vez que se haya llevado a cabo la unión, esta debe respetarse y no declarar su invalidez, incluso si la incapacidad se ha generado luego del matrimonio.

Si bien el art. 326 del CC –ya mencionado– no se ha modificado ni derogado, este debe ser entendido según los artículos modificados por el DL 1384. Por tal razón, la unión de hecho puede realizarse con una persona que tenga discapacidad mental e intelectual si se mantuvieron al menos por 2 años consecutivos, dado que esta ya no es considerada como causal de impedimento para poder celebrar el matrimonio.

Una modificación significativa es también la introducida sobre el art. 564, el cual expresa: *“Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8”*. Según este nuevo texto, las personas con discapacidad ya no se encuentran inmersas o sujetas al régimen de la curatela, porque –como habíamos resaltado– no se busca sustituirlas sino ayudarlas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Al resultar ahora la curatela solo aplicable a las personas con capacidad de ejercicio restringida, cabe señalar que para esta figura, en virtud del nuevo art. 565, se necesita necesariamente declaración judicial de interdicción para los casos de los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos (numerales 4 al 7 del art. 565 del CC, respectivamente).

Sumado a ello, el DL 1384 ha derogado también diversos artículos del CC, entre ellos el ya mencionado art. 569, referente a la prelación de las personas que podrían ser designadas como curadores; el art. 570, relativo a que los asilos pueden ser curadores legítimos; el art. 571, consistente en la forma de apreciar a los “incapaces” como personas que no pueden dirigir sus negocios y que necesitan cuidados, y el art. 578, referente al internamiento de los denominados incapaces.

Sobre estas derogaciones, quizá no resultaron apropiadas del todo ya que podrían haber sido aplicadas a otras situaciones, como las de ebrios habituales, toxicómanos, malos gestores, etc., pero no por discapacidad mental ni intelectual. Un artículo que también fue derogado y que debió mantenerse para las otras situaciones es el 580, referente a que “el curador del incapaz que tiene hijos menores también será tutor de estos”. Este artículo debió mantenerse, pero no ser aplicado a las personas con discapacidad mental e intelectual, sino a los

otros casos regulados de personas con capacidad restringida, con la finalidad de que los hijos de estas personas puedan ser protegidos hasta que sus padres se rehabiliten, ya sea en casos de ebrios habituales, toxicómanos, etcétera.

Por otro lado, el DL 1384 introdujo a este Libro III dedicado al Derecho de Familia un capítulo relativo a los apoyos y salvaguardias, nuevas figuras introducidas para las personas con discapacidad mayores de edad. El primer artículo en regular esta figura es el art. 659-A: *“La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio”*. Esta norma implementa una figura regulada en la CDPD, la cual, en su art. 12, numeral 3, obliga a que los Estados Partes adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad, al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La figura del apoyo ha sido definida en el art. 659-B introducido por el DL 1384, el cual ha establecido lo siguiente:

“Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

“El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

“Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”.

En un primer análisis de esta figura puede resaltarse que los apoyos poseen las funciones siguientes: a) facilitar el ejercicio de derechos; b) ayuda en la comprensión de los actos y de sus consecuencias; y c) ayuda en la manifestación e interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad. De este modo, el sistema de apoyos se constituye como una garantía para que las personas con discapacidad puedan, en igualdad de condiciones, ejercer su capacidad jurídica.

ca, en contraposición al sistema de sustitución basado en regímenes donde se regula la interdicción y curatela.

Respecto a la determinación de los apoyos, el art. 659-C detalla: *“La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas”*. Los apoyos serán entonces personas o instituciones que asistan a las personas con discapacidad en la toma de sus decisiones, pues estas personas son autónomas e independientes.

Ahora bien, en relación con la forma de designación de apoyos, el art. 659-D expone que la persona con discapacidad mayor de edad que requiera un apoyo puede designarlo de forma notarial o judicial. Sin embargo, cabe destacar el caso especial regulado en el art. 659-E:

“El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

“El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

“El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica”.

Sobre este artículo se ha manifestado que el apoyo designado judicialmente de forma excepcional no es, en ningún sentido, similar al del curador, porque el apoyo excepcional o intenso solo es aplicable en casos de discapacidad mental e intelectual severa, es decir, en casos donde la persona no pueda

manifestar su voluntad. Este será el único caso donde se realice una restricción a la voluntad al elegir un apoyo sin permiso voluntario, pero no se sustituye sino, al contrario, se debe buscar e interpretar cuál sería la voluntad al apoyado;³⁹ además, no existe una prelación como sucedía en la designación de curadores (ex art. 559 del CC), sino que ahora esta nueva figura del apoyo deberá ser designada tomando en cuenta factores de convivencia, confianza, cuidado, amistad, etcétera.

Por último, los apoyos pueden ser elegidos también por personas mayores de edad a futuro, según lo refrendado en el art. 659-F, en caso consideren que a *posteriori* puedan tener una discapacidad o en caso de que ya tengan discapacidad, pero consideran que en cierto momento será adecuado tener un apoyo en la toma de decisiones. Es menester mencionar que los derechos de la persona con discapacidad mental e intelectual que cuente con apoyos serán protegidos y garantizados por medio de las salvaguardias establecidas en el art. 559-G del CC, como bien se detalla:

“Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

“La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos.

“El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona”.

Las salvaguardias fueron reconocidas en el art. 12, numeral 4,⁴⁰ de la CDPD, este obliga a los Estados Partes a adoptar las salvaguardias a fin de evitar abu-

³⁹ BREGAGLIO, Renata y Renato CONSTANTINO, “Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4 (1), 2020, pp. 52-53.

⁴⁰ El art. 12, numeral 4, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ha expuesto sobre las salvaguardias lo siguiente: “4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona,

sos en el ejercicio de las facultades otorgadas a los apoyos. De este modo, las salvaguardias se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, dado que buscan evitar que se configuren abusos. Por lo tanto, de manera general, puede decirse que estas salvaguardias apuntan a: a) que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad apoyadas; b) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en el apoyo; c) que los apoyos sean proporcionales y adaptados a las circunstancias particulares; d) que las salvaguardias sean aplicadas en el plazo más corto; e) que los apoyos estén sujetos a exámenes continuos por parte de un órgano competente; y f) que los apoyos sean proporcionales a las necesidades de la persona con discapacidad.

5. DERECHO DE SUCESIONES Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

El DL 1384 ha traído una modificación también influyente en el Libro IV, relativo al Derecho de sucesiones, para lo cual comenzaremos por detallar cómo era la regulación antes de la promulgación de este Decreto-Ley. El primer tema a abordar es el referente a la capacidad para otorgar testamento, regulado en el art. 687 del CC:

“Son incapaces de otorgar testamento:

1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.

2.- Los comprendidos en los artículos 43, inciso 2 y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.

3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto”.

Al respecto se ha considerado que para testar se necesita tener cordura y por ello es que el legislador ha detallado a quienes no tienen tal idoneidad. Por tal razón, “los privados de discernimiento” no tienen capacidad de entender ni querer e incluye todo caso de falta de capacidad de razonamiento disminuída; los “retardados mentales” son numerosos y en varios grados; y los que adolecen de “deterioro mental”, a quienes se les llama mentecatos o con alteraciones

que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

mentales. Sumado a ello están los que por cualquier causa se encuentren al momento de testar “sin lucidez mental”, entendido como un razonamiento defectuoso que les impida tener conciencia (personas sin discernimiento, embriaguez, hipnotismo, depresión, etc.), además de personas recayentes en vicios de voluntad como por violencia, error e intimidación. Se ha declarado que lo referente en este artículo a la libertad es repetitivo, dado que se encuentra inmerso en los vicios de voluntad.⁴¹

En el texto del art. 687 del CC, anterior a la reforma, se consideraba que las personas con discapacidad mental e intelectual no podían discernir, entender ni decidir libremente y, en tanto, no podían otorgar testamento. Adicionalmente, las personas menores de 18 años, los ebrios habituales y los toxicómanos tampoco podían otorgar testamento. En esta normativa veíamos una clara vulneración al derecho a otorgar testamento y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues al considerarlas como incapaces ya se vulneraba su capacidad de decidir, tomar decisiones y manifestar su voluntad.

En el Perú existen diversas clases de testamentos: el otorgado por escritura pública, el cerrado y el ológrafo, además de los testamentos especiales como el marítimo y militar. Con respecto al testamento por escritura pública, en el art. 696 del CC se regulaba en el numeral 6 que si la persona que testa tiene discapacidad auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones a través de un intérprete. En este punto lo que se busca es que se verifique si el contenido del testamento es acorde con lo expresado por la persona con discapacidad auditiva o de lenguaje y ello se podía realizar con ayuda de un intérprete para tomar conocimiento de lo escrito y de su lectura; además, con el fin de poder expresar su asentimiento o no sobre lo expuesto por el notario.⁴²

Se puede destacar que el artículo comentado en líneas anteriores se refiere a cómo se puede ayudar a que las personas con discapacidad auditiva y de lenguaje puedan conocer de la lectura realizada por el notario y brindar su asentimiento a lo plasmado en el testamento por el notario; sin embargo, ello no se aplica a las personas con discapacidad mental e intelectual, que no podían testar, justamente por tener tal discapacidad y verse imposibilitados.

⁴¹ LOBMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Comentarios al artículo 687 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, pp. 96-98.

⁴² CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, “Comentarios al artículo 696”, en *El Código Civil a través de sus modificaciones: Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación*, p. 196.

Por su parte, el art. 705 del CC estipulaba quiénes son las personas impedidas para ser testigos testamentarios: *"1.- Los que son incapaces de otorgar testamento. 2.- Derogado. 3.- Los analfabetos. 4.- Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. 5.- Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior. 6.- Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria. 7.- El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios. 8.- Los cónyuges en un mismo testamento"*.

Sobre este artículo se expone que los testigos son obligatorios para otorgar testamento y estos tienen una doble función, la de ser testigos de conocimiento al identificar al testador y la de testigo instrumental, los cuales son un medio de prueba de la celebración del testamento. Por este motivo, es que se resaltan una serie de impedimentos, entre los que se encuentran los incapaces de otorgar testamento, como son las personas con discapacidad mental e intelectual, además de otros.⁴³ Por ello, las personas con discapacidad mental e intelectual estaban impedidas de ser testigos, debido a la creencia de su falta de capacidad para poder conocer y decidir y, con ello, celebrar negocios jurídicos.

Un artículo relevante en el Libro IV es el art. 808 del CC, el cual disponía: *"Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada. Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687"*. El testamento es un negocio jurídico y como tal deben contemplarse requisitos para su validez, siendo uno de ellos la capacidad de quien la otorgue. Se ha considerado que hay contradicción entre la primera parte del art. 808, al expresar que es nulo el testamento cuando es otorgado por menor de edad y por mayores "enfermos mentales" con interdicción, y lo dispuesto en la idea que sigue, referente a posibilidad de declararlo anulable si otorgan testamento las demás personas comprendidas en el art. 687 del CC, el cual engloba a los mismos menores de edad, a los "privados de discernimiento", a los "enfermos mentales", a las "personas con deterioro mental", etcétera.⁴⁴

⁴³ ALVIS INJOQUE, Sharon, "Comentarios al artículo 705 del Código Civil", en *Código Civil Comentado...*, t. IV, cit., pp. 182-183.

⁴⁴ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, "Comentarios al artículo 808 del Código Civil", en *Código Civil Comentado...*, t. IV, cit., pp. 392-393.

Sobre este particular consideramos que sí existe una contradicción en lo re-frendado en el art. 808 del CC, pues lo que debió ser implementado es la consideración de los arts. 219 y 221 del CC –referentes a nulidad y anulabilidad–, pero solamente sin considerar que la discapacidad mental e intelectual sea una causal para declarar la invalidez del negocio jurídico, como es el testamento.

Por otro lado, mediante el Anteproyecto de 2016 también se intentó modificar el Libro IV, destinado al Derecho de sucesiones. Este Anteproyecto no tuvo entre sus planes el de modificar el art. 687 del CC, el cual versa sobre la incapacidad para otorgar testamentos a los menores de 18 años, a las personas que por cualquier causa “se encuentren privados de discernimiento”, “los retardados mentales”, “los que adolecen de deterioro mental”, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que no poseen “lucidez mental” y libertad al otorgar testamento. Nos resulta extraño que una norma que busca adecuar el derecho interno a la CDPD no haya derogado los numerales correspondientes y vulnerantes de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

En ese sentido, tampoco se ha declarado ni la modificación ni la derogación del art. 705 del CC, que establecía como impedimento, en el primer numeral, que los incapaces de otorgar testamento no pueden ser testigos. No obstante, se procuró modificar el art. 808 del CC, alusivo a la nulidad y anulabilidad del testamento por incapacidad, con el texto normativo siguiente:

“Es nulo el testamento otorgado por persona que, al momento de testar, incurre en la causal prevista en el artículo 219 numeral 2”.

En correspondencia con este artículo, en la Exposición de Motivos se manifestó que en el CC se regulaba la nulidad y anulabilidad según el Libro II, pero que esta propuesta dispone que el testamento sea nulo cuando sea ejercitado por persona sin capacidad de discernir, como lo son las personas menores de 18 años y personas mayores sin asistencia cuando así corresponda, salvo disposición legal, que es la realización de contratos sobre necesidades ordinarias de la vida.

Pese a lo planteado, consideramos que se debió mantener ese esquema de la nulidad y anulabilidad, pero con una interpretación adecuada de las causales reguladas en el Libro II sobre Negocio jurídico, eliminando solamente la causal que contravenga la CDPD, referente al reconocimiento de la capacidad jurídica y, por ende, la capacidad de testar de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Prosiguiendo en nuestro análisis y en consideración a las modificaciones introducidas por el DL 1384 en la materia de sucesiones, es necesario comenzar con la innovación realizada en el art. 687 del CC:

“Artículo 687.- Imposibilitados para otorgar testamento

No pueden otorgar testamento:

- 1. Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.*
- 2. Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9.*
- 3. Derogado”.*

Si bien en el numeral 2 del art. 687 –previa modificación– se aludía a los denominados “incapaces absolutos” recogidos en el artículo 43 del CC, abarcando a los que “se encuentren privados de discernimiento”, estos han sido suprimidos. A ello debe agregarse también la derogación de lo establecido en el numeral 3 de este artículo, que alude a los que carecían de “lucidez mental” y de la libertad para otorgar testamento. Sumado a ello, se suprimieron los numerales 2 y 3 del art. 44 del CC, antes con las denominaciones “retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental”, al ser denominaciones no solo obsoletas por no ser atribuibles a las personas con discapacidad mental e intelectual, sino también transgresoras del derecho a la capacidad jurídica.

Como es posible cercionarnos, se ha agregado en el numeral 2 de este nuevo artículo 687 del CC a los que se encuentran en estado de coma, ello por evidentes razones, pues al ser el otorgamiento de testamento un negocio personalísimo e indelegable, en virtud del art. 690 del CC, se encontrará imposibilitada de testar una persona en estado de coma ya que el apoyo no podrá reemplazarla.⁴⁵ Ello vendría a ser cierto, pero debe subrayarse que si bien el otorgar un testamento es un acto personalísimo y ha sido entendido como una facultad indelegable, pues no se puede dejar su formación en todo o en parte al arbitrio de un tercero, al no poderse otorgar mediante representante o tercero, no debe confundirse que un tercero pueda asistir u orientar al testador. Por este motivo, los apoyos sí podrían coadyuvar a que la persona con discapacidad mental o intelectual pueda comprender, interpretar lo que se realizará, porque su función siempre será la de apoyar, mas no la de sustituir en voluntad.⁴⁶

⁴⁵ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, “El acto jurídico y el derecho sucesorio: sus cambios a partir del Decreto Legislativo No. 1384”, *Actualidad Civil*, No. 52, 2018, p. 40.

⁴⁶ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?”, *Revista de Derecho Privado*, No. 117, 2020, pp. 1269-1270.

Por su parte, el art. 696, numeral 6, referente a las formalidades para otorgar testamento por vía de escritura pública, también fue modificado por este DL 1384: *“6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera”*.

El agregado nos resulta sumamente pertinente y acorde con la CDPD, dado que se ha sustituido al “intérprete” por los ajustes razonables y apoyos, en caso de requerirlos, sobre la persona con discapacidad auditiva, de lenguaje, mental e intelectual, ya que, en virtud de estos cambios, todas las personas con discapacidad pueden otorgar testamentos y –dentro de las formalidades– estos pueden manifestar su asentimiento u observaciones sobre el testamento realizado por el notario, utilizando los ajustes razonables empleados o mediante los apoyos designados para su ayuda.

Cabe añadir que, si bien no ha habido un cambio en el art. 705 del CC, referente a los impedidos para ser testigos, estas restricciones ya no resultan aplicables a las personas con discapacidad mental e intelectual, porque desde esta modificación ya no se encuentran impedidos para testar ni para desenvolverse como testigos. Aunado a ello, se ha visto modificado el art. 808 del CC, en el siguiente tenor:

“Artículo 808.- Nulidad y anulabilidad de testamento

Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687”

Este nuevo art. 808 del CC resulta ser más conciso sobre las situaciones que conlleven a la nulidad y a la anulabilidad, porque, por un lado, refiere que es nulo el testamento otorgado por menores de edad y, por otro, que será anulable en caso de que personas con capacidad restringida, como lo son los ebrios habituales, los toxicómanos y las personas en estado de coma, hayan decidido testar antes de caer en este estado. Sin embargo, quizá solo en caso de las personas que hayan testado antes de caer en coma debería respetarse su voluntad, pero siempre que, de forma previa, se haya ratificado que lo expresado es su voluntad.

Se ha manifestado que este texto debió incluir entre los impedidos a los pródigos, en tanto que dilapidan sus bienes, pueden conducir la lesión de derechos de legitimarios, pues se les obligaría a impugnar el testamento en defen-

sa de sus derechos.⁴⁷ De este modo, resulta adecuado que ya no se lleguen a invalidar los testamentos realizados por personas con discapacidad mental e intelectual, ya que el reconocer su capacidad jurídica conlleva a que tengan capacidad de testar, lo cual no quiere decir que puedan necesitar del apoyo para el ejercicio de esta intención de testar y ello será llevado a cabo tomando siempre en cuenta su voluntad.

Por último, queremos dejar en claro que la persona con discapacidad mental e intelectual siempre pudo heredar en la regulación primigenia del CC y en su modificación por este DL 1384, tanto como heredero forzoso o legatario. Sin embargo, con la regulación anterior a esta modificación introducida por el DL 1384, la persona con discapacidad mental e intelectual era sustituida por su curador, tanto en la administración de sus bienes como en su persona, pero hoy con el apoyo, no como reemplazo de voluntad, sino como ayudante en la formación o manifestación de esta, es posible que sea la misma persona con discapacidad mental e intelectual la que administre sus bienes y tome sus decisiones en todos los aspectos de su vida.

6. OTROS TEXTOS MODIFICADOS

Para culminar este recuento de las normas, antes y luego de la modificación introducida por el DL 1384, es necesario subrayar que esta reforma muy acentuada en el CC ha ido acompañada, asimismo, de variaciones en otros cuerpos normativos, cabalgadas por la nueva concepción sobre la discapacidad y el reconocimiento de su capacidad jurídica, refrendada en la CDPD.

Estas modificaciones han tenido una gran influencia en el CPC con la finalidad principal de modificar el proceso antes instaurado de interdicción recayente sobre los denominados “incapaces” y, en tanto, sobre las personas con discapacidad mental e intelectual. El primer artículo modificado es el 21, que en su versión original expresaba, en su primer párrafo, que en las materias correspondientes a la patria potestad, tutela y curatela, sean o no asuntos contenciosos, el competente era el juez del lugar donde se encuentre el incapaz.

Actualmente, luego de la modificación, el art. 21 del CPC tiene la directriz de eliminar no solo la terminología utilizada hacia la persona con discapacidad al considerarla como “incapaz”, sino también de agregar el proceso

⁴⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, No. 52, 2018, pp. 27-28.

de designación de apoyos como una materia no contenciosa que debe ser regulada, con el texto siguiente:

“Artículo 21.- Regulación de la capacidad jurídica

En materia de patria potestad, tutela, curatela y designación de apoyos, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra las personas con discapacidad y aquellas contempladas en los artículos 43 y 44 del código civil. [...]”

Antes de hablar de la interdicción, debemos mencionar que el art. 58 del CPC –previa modificación– señalaba que tienen capacidad para comparecer por sí mismos en un proceso solo las personas que pueden disponer de los derechos que en el proceso se harán valer o a los que la ley lo permite. Las otras personas, como las personas con discapacidad mental e intelectual, podrán solo ser parte de un proceso y actuar a través de su representante legal.

La capacidad procesal se encuentra estrechamente vinculada a la capacidad de ejercicio, por tanto, solamente pueden disponer de un derecho los que tienen capacidad de ejercicio, y su ausencia determina la invalidez de la relación procesal mientras no sea subsanada.⁴⁸ De este modo, el artículo del CPC –en concordancia con el CC– no permitía que los incapaces relativos ni absolutos pudieran comparecer al proceso sino a través de su representante legal designado.

Resulta muy oportuno precisar que este art. 58 del CPC no fue derogado ni modificado expresamente, pero sí en su forma de desarrollarse. Ello porque el texto de esta norma no fue variado; sin perjuicio de ello, dado que los arts. 43 y 44 del CC sí vieron una modificación, es que actualmente las personas con discapacidad mental e intelectual pueden comparecer por sí mismas en un proceso, salvo que hayan designado apoyos para tal función o, en caso excepcional, que la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad debido a una discapacidad severa, con lo cual el apoyo será designado judicialmente y con facultad de representación.

Por otro lado, el DL 1384 ha modificado los numerales 2 y 3 del artículo 61 del CPC referente al curador procesal, el cual es un abogado designado por el juez a pedido de parte y que podrá intervenir ahora, entre otras situaciones:

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 66.

“... 2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por restricción de la capacidad de ejercicio de la parte o de su representante legal; 3. Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, según lo dispuesto por el artículo 66; o [...]”.

De este modo, debe resaltarse que a diferencia de la regulación anterior del art. 61 del CPC, donde solamente se hablaba de “incapacidad”, haciendo alusión a la posible designación judicial de curador procesal a los antes mal denominados “incapaces relativos y absolutos”, hoy solo se refiere a los menores de 16 años (incapaces absolutos) y a las personas con capacidad restringida, sin considerar entre ellos a las personas con discapacidad. Por lo tanto, el curador procesal no debería ser aplicable a una persona con discapacidad mental e intelectual, pues poseen capacidad jurídica.

El art. 207 del CPC también fue modificado en el tenor de que ahora quien se encuentre en estado de coma y siempre que no haya designado un apoyo con anterioridad, no podrá ser convocado a la audiencia. Sin embargo, consideramos que esta modificación no es del todo apropiada, porque no sería conveniente que a una audiencia se presenten personas con capacidad de ejercicio restringida, como lo son los ebrios habituales y los toxicómanos (numerales 6 y 7 del art. 44 del CC), y no solo los que se encuentren en estado de coma. Por ello, creemos que solo se debió eliminar los supuestos de personas con discapacidad yaquellos donde no haya una alteración de conducta.

Por su parte, el DL 1384 ha adicionado al numeral 1 del art. 408 del CPC una materia para ser elevada a consulta,⁴⁹ referente a la designación de la figura del apoyo. Antes de la modificación, solo se podía elevar consulta contra las resoluciones de primera instancia que no fueran apeladas, tales como: *“1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador; 2. La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal; 3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y, 4. Las demás que la ley señala [...]”.* Esta modificación resulta evidente pues antes de la promulgación del DL 1384, la figura del apoyo no

⁴⁹ Consulta entedida como procedimiento obligatorio por el que que debe transitar un proceso, a fin de llegar a su conclusión, solo en los casos expresamente establecidos por ley. Este es aplicable tanto para autos y sentencias, en casos donde se requiere una revisión de cualquiera de estas resoluciones y siempre que no produzcan agravio. *Vid. IBARRA DELGADO, David, “Comentarios al artículo 408 del Código Procesal Civil, en Renzo Cavani (coord.), Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas, t. III, pp. 424-425.*

existía ni en el CC ni en el CPC; en vista de ello, hoy en día puede elevarse a consulta esta designación, a fin de que se revise la resolución solicitada.

Otro tema fundamental en este CPC son los medios de defensas como las reguladas en el art. 446 del CPC, referente a las excepciones, a través de las cuales se denuncia un defecto en la conformación de la relación jurídica procesal. En la regulación previa a la modificación se planteaban las excepciones siguientes: *“1. Incompetencia; 2. Incapacidad del demandante o de su representante; 3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado; 4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; 5. Falta de agotamiento de la vía administrativa; 6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; 7. Litispendencia; 8. Cosa Juzgada; 9. Desistimiento de la pretensión; 10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción; 11. Caducidad; 12. Prescripción extintiva y 13. Convenio arbitral”*.

Ante ello, el DL 1384 ha modificado el numeral 2 e introducido un numeral 14 en el art. 446 del CPC, al siguiente tenor:

“Artículo 446.- Excepciones proponibles

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

[...]

2.- Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil.

[...]

14.- Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil”.

Este texto resulta ser más preciso en cuanto a los alcances de las excepciones permitidas, por ello es que –por el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su eliminación a situarse dentro de los supuestos de incapacidad– se ha detallado que ahora deben plantearse las excepciones tomando en consideración los matices insertados en los arts. 43 y 44 del CC. Por esta razón, el nuevo numeral 2 del artículo 446 se refiere a los menores de 16 años y el numeral 14 aumentado se refiere a todos los supuestos de personas con capacidad de ejercicio restringida.

Prosiguiendo con los temas abordados, respecto de la interdicción, el CPC en su art. 581 dispuso:

“La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del Artículo 43 y 2 al 7 del Artículo 44 del Código Civil.

“La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho”.

El proceso de interdicción, al que suele llamarse también de inhabilitación o de incapacitación, en legislaciones comparadas, es uno contencioso que se tramita en vía sumarísima y en el que se ventila la incapacidad absoluta o relativa sobre la que se firma que adolece un sujeto; este último puede ser uno mayor de edad, pero sujeto al régimen de incapacidad, o uno mayor de 16 años de edad, pero que no haya adquirido la capacidad por matrimonio o título. Por medio de este proceso se buscaba que se declare judicialmente el estado de “incapacidad” y que se adopten ciertas medidas pertinentes que tiendan a proteger a la persona y sus bienes.⁵⁰

De este modo, la interdicción debe ser entendida, a simples rasgos, como una búsqueda de declaración de incapacidad respecto de otra persona, que se realiza a través del planteamiento de una demanda cuestionando su “capacidad”. Solo después de la declaración de incapacidad es que se puede nombrar a su curador, salvo para los que sufren pena que lleva anexa su interdicción civil.

Para ello se requiere, según el art. 582, numeral 2, del CPC, previa a su modificación, de algunos documentos que deben acompañar a la demanda que busque el reconocimiento de la incapacidad; de este modo es que en el caso de las personas que tengan alguna discapacidad mental e intelectual, el CPC exigía que se anexe a la demanda un certificado médico sobre el estado de la persona de la cual se pide su interdicción. Otro punto que es abordado en el CPC es el referente a quiénes pueden demandar excepcionalmente o mejor dicho a quiénes, en la situación concreta planteada, se les da la legitimidad para solicitar la interdicción. Si bien ya habíamos mencionado al comentar lo expuesto en el CC que son los familiares, por regla general, los que pueden pedir la interdicción, el CPC en su art. 583 plantea un caso especial en que, si un “incapaz” constituye un peligro para la tranquilidad pública, la demanda

⁵⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Luis, “Comentario al artículo 581 del Código Procesal Civil”, en *Comentarios al Código Procesal Civil*, p. 140.

puede presentarla el Ministerio Público o cualquier otra persona y no necesariamente su cónyuge o familiar.

Por último, ¿se podía solicitar el cese de la incapacidad declarada y, por tanto, de la curatela? El artículo que se refería, en estos términos, a esta situación es el 584 del CPC, pues nos señala que a través de la declaración de rehabilitación pedida por el “interdicto”, su curador o cualquier persona con interés y legitimidad es el que cesaría la interdicción y, a raíz de esto, ya no tendría más curador. Este término de “rehabilitar” es otro claro ejemplo de que se tenía la percepción de que las personas con discapacidad están enfermas y que para que puedan ser incluidas en la sociedad primero habría que “rehabilitarlas”. Además, son los jueces los que levantan la interdicción, si es que se comprueba que el motivo que lo generó ha desaparecido; sin embargo, esto resulta ser arduo en la práctica si es que el declarado interdicto desea cuestionar, pues es una evaluación estrictamente médica.

Ahora bien, estos artículos de interdicción y siguientes del CPC también fueron modificados por el DL 1384. En vista de ello, el actual art. 581 del CPC detalla: *“Procedencia La demanda de interdicción procede en los casos previstos en el artículo 44 numerales del 4 al 7 del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho”*. Debe recalcarse que el nuevo art. 583 ha expresado que en caso de que las personas con capacidad de ejercicio restringida situadas dentro de los numerales del 4 al 7 del CC constituyan un grave peligro para la tranquilidad pública, pueden ser demandados por el Ministerio Público o por cualquier persona.

Sobre esta nueva regulación de la interdicción en el CPC se debe primero enfatizar que ahora solo puede solicitarse respecto de los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos; además, que solo en los casos de ebrios habituales y toxicómanos se solicita, de acuerdo con el art. 582 del CPC, una documentación médica, a fin de corroborar su incapacidad, es decir, ya no es aplicable para las personas con discapacidad mental e intelectual.

Por otro lado, en virtud de texto actual del art. 583 del CPC, las personas con discapacidad ya no son consideradas un grave peligro para la tranquilidad pública, esto es así solo en casos de pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos. A su vez, si bien el texto del art. 584 del CPC no fue modificado, este sí debe ser entendido conforme con la nueva regulación, por ende, ya

no es posible referirnos a una rehabilitación de las personas con discapacidad mental e intelectual al no estar enfermas.

Por último, en lo referente a las modificaciones instauradas en el CPC, se incorporó al art. 119-A, la implementación de ajustes razonables en el proceso, a fin de que cada acto que deba realizar las personas con discapacidad mental e intelectual en el proceso pueda verse accesible, pues recordemos que la discapacidad se ocasiona al interactuar una deficiencia con barreras estructurales, legales, actitudinales, etc. Más relevante aún consideramos que resulta la incorporación del trámite correspondiente a la designación de los apoyos y salvaguardias:

“Artículo 841.- Trámite

Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se tramitan ante el juez competente o notario.

Artículo 842.- Solicitudes de apoyos y salvaguardias

Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se inician por petición de la propia persona según el artículo 659-A del Código Civil.

Artículo 843.- Solicitud por cualquier persona

En los casos de las personas a que se refiere el artículo 44 numeral 9 y el artículo 45 B numeral 2 del Código Civil la solicitud puede ser realizada por cualquier persona según el artículo 659-E del Código Civil”.

De estos artículos puede concluirse que primero la solicitud de apoyo y salvaguardias se establecen vía notarial o mediante proceso judicial, pero a solicitud de la propia persona con discapacidad o de persona que desee designarlos antes de caer en estado de coma, lo cual es la regla general. En los casos en que la persona con discapacidad mental e intelectual no pueda siquiera expresar su voluntad al tener discapacidad grave o en caso de personas en estado de coma que no hayan designado antes apoyo alguno, el juez, a solicitud de cualquier persona y en virtud del art. 843 del CPC, designará a los apoyos y salvaguardias de forma excepcional.

Es dable acotar que las solicitudes de apoyos y salvaguardias deben contener, en correspondencia con el art. 846 del CPC, las indicaciones sobre en quién o en quiénes recaerán las funciones que deberán otorgarse y el tiempo. Con todo ello, como expresa el art. 847 del CPC, el juez, mediante resolución

final, abarcará todo lo solicitado respecto a las funciones, tiempo y personas que serán denominadas como apoyos y las salvaguardias en caso de que sean necesarias.

Dejando de lado al CPC, este DL 1384 también ha modificado –de forma más concisa– el Decreto Legislativo No. 1049 o Decreto Legislativo del Notariado (en adelante DL 1049) en los términos siguientes:

“Artículo 54.- Contenido de la Introducción

La introducción expresa:

[...]

g) La indicación de intervenir de una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos. [...]

i) La indicación de intervenir de apoyos, a las personas que sean apoyos no les alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

j) La indicación de los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.

k) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella”

Además, se incorpora el artículo siguiente:

“Artículo 16.- Obligaciones del Notario

[...]

q) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera.

[...]”

Estas modificaciones no requieren mayor comentario, salvo que al ser la introducción la primera parte de la escritura pública es posible que ahora intervengan los apoyos y estos pueden ser parientes de la persona con discapacidad, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los testigos, que no pueden ser

cónyuge, ascendiente, descendiente ni hermanos. Además, debemos destacar que lo que se busca con esta modificación e incorporación es que el DL 1049 se adecue a lo defendido por la CDPD, en cuanto al reconocimiento de la capacidad jurídica y la regulación de los apoyos y salvaguardias para el ejercicio y la garantía de sus derechos.

Por tal motivo, ahora la persona con discapacidad mental e intelectual y quienes deseen designar apoyo antes de caer en coma pueden hacerlo de forma notarial y no ir a la vía judicial. Con todo ello, el notario tiene la obligación de permitir y designar a los apoyos y salvaguardias, sumado a la obligación de emplear ajustes razonables- de forma previa- para que las personas con discapacidad puedan desenvolverse en igualdad de condiciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Tratado de Derecho de Familia*, Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016.
- ALVIS INJOQUE, Sharon, "Comentarios al artículo 705 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- BALAREZO REYES, Emilio José, "La nueva redimensión de la capacidad jurídica con motivo del Decreto Legislativo No. 1384", *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- BARRANCO, P., et al., "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto y Héctor Augusto CAMPOS GARCÍA, "Breves Apuntes sobre los Presupuestos y Elementos del Negocio Jurídico", *Revista de la Asociación Civil Derecho & Sociedad*, No. 32, 2009.
- BREGAGLIO, Renata y Renato CONSTANTINO, "Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4 (1), 2020.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, "Comentarios al artículo 808 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

- CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto, "Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano", *Actualidad Civil*, No. 2, 2018.
- CÁRDENAS KRENZ, Ronald y Alessandra DELLA ROSA LECIÑANA, "Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, "Comentarios al artículo 696", en *El Código Civil a través de sus modificaciones: Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, "La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018.
- DE SALAS MURILLO, Sofía, "Significado jurídico de 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 5, 2018.
- ESCOBAR ROSA, Freddy, "Comentarios al artículo 219 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Comentarios al artículo 42 del CC", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Comentarios al artículo 43 del CC", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Comentarios al artículo 44 del CC", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?", *Cátedra, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Año III, No. 5, Palestra Editores, Lima, 1999.
- GODENZI MONTAÑEZ, Silvia, "Comentarios al artículo 582 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Luis, "Comentario al artículo 581 del Código Procesal Civil", en *Comentarios al Código Procesal Civil*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- IBARRA DELGADO, David, "Comentarios al artículo 408 del Código Procesal Civil", en Renzo Cavani (coord.), *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1980.

- LOBMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Comentarios al artículo 687 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, "Comentarios al artículo 241 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, "Comentarios al artículo 219 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, "Comentarios al artículo 221 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo editorial CINCA, Madrid, 2008.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista de Derecho Privado*, No. 117, 2020.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, "Comentarios al artículo 274 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, "Comentarios al artículo 45-B del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, "El acto jurídico y el derecho sucesorio: sus cambios a partir del Decreto Legislativo No. 1384", *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco Andrei TORRES MALDONADO, "El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano", *Acta Bioethica* 2019, 25 (2).
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- VELARDE, Valentina, "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Empresa y Humanismo*, vol. XV, No. 1, 2012, disponible en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/29153/1/REYH%2015-1-12Velarde%20Lizama.pdf>
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, "Comentarios al artículo 140 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan los 209 especialistas en las diversas ramas del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

Recibido: 12/3/2021
Aprobado: 22/5/2021

LEY DE CAMBIO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS EN EL DERECHO CHILENO

Statute to change the order of surnames in Chilean law

M.Sc. Mauricio Tapia Rodríguez

Profesor Asociado de Derecho Civil

Universidad de Chile

<https://orcid.org/0000-0002-7589-4075>

mtapia@derecho.uchile.cl

Resumen

Este artículo analiza la reciente reforma del derecho chileno que, conforme con el principio de igualdad constitucional, permitirá que los padres puedan determinar un orden de los apellidos diverso al tradicional para sus hijos comunes, pudiendo desde ahora anteponer el apellido materno al paterno. Al mismo tiempo, esta legislación establece la posibilidad de que en la adultez se pueda invertir el orden de los apellidos atribuido en la partida de nacimiento. Para este fin se examinan las principales reglas aplicables a la determinación y cambio del orden de los apellidos, sus efectos en las familias y respecto de terceros, los resguardos incorporados para evitar su mal utilización y, finalmente, algunos aspectos regulados insuficientemente.

Palabras clave: nombre; apellidos; atributo de la personalidad; orden de apellidos.

Abstract

This article analyzes the recent reform of Chilean law that, in accordance with the principle of constitutional equality, will allow parents to determine a different order of surnames from the traditional one for their common children, being able from now on to put the maternal surname before the paternal. At the same time, this legislation establishes the possibility that in adulthood the order of surnames attributed in the birth certificate can be reversed. To this end, are examined the main rules applicable to the determination and change of the order of surnames, their effects on families and with respect to third parties, the safeguards incorporated to prevent their misuse and, finally, some insufficiently regulated aspects.

Keywords: name; surname; personality attributes; order of surnames.

Sumario

1. Introducción. 2. Determinación del orden de los apellidos. 3. Cambio del orden de los apellidos. 4. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de mayo de 2021 fue publicada en Chile la Ley No. 21.334, sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres.¹ Se trata de una reforma relevante, que modifica, en particular, el Código civil, la Ley del Registro Civil y la Ley No. 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos.²

Sin duda, la novedad más significativa es la facultad de asignar a los hijos, de común acuerdo, un orden de apellidos que revierta la tradicional prioridad del apellido paterno, en respeto del principio de igualdad constitucional: los hijos podrán llevar primero el apellido materno y así perpetuarlo.

Pero la reforma envuelve otros importantes avances, pues define el “nombre” de las personas naturales (noción que no existía en el Código civil), y regula también la forma de solicitar en la adultez la alteración del orden de los apellidos.

Para revisar su alcance, me referiré, en primer lugar, a la forma de determinación del orden de los apellidos; y, en segundo lugar, a la manera de solicitar el cambio del orden de los apellidos.

2. DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS

El nombre es la forma de identificación social y legal de toda persona, lo acompaña toda su vida (aunque ya veremos que es posible, excepcionalmente, cambiarlo) y, por esto, es un atributo de la personalidad. En el derecho civil, los atributos de la personalidad son condiciones inherentes a todo individuo y, por ello, permanentes e inalienables, tal como lo son también la capacidad y el estado civil.

¹ Consultar en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1159523&idParte=10226640&id-Version=2222-02-02>.

² La reforma comenzará a regir el día siguiente a la publicación en el *Diario Oficial* del Reglamento que deberá dictar el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuestión que deberá efectuarse dentro de un plazo de 4 meses, contado desde la publicación de la ley.

El nombre –compuesto por el nombre propio y los apellidos– es el elemento determinante de la individualización de la persona, tanto en la vida privada como en la pública. Junto con la imagen, es la única forma de singularización de connotación “social” de la persona, pues existen otros sistemas de individualización, incluso más precisos aunque imperceptibles, que los avances científicos han permitido implementar con el correr de los años, tales como la identidad dactilar (huella digital), biométrica (rostro, voz, etc.), genética (genoma humano) o neuronal (que ha dado lugar a la discusión sobre los “neuroderechos”).

Pero el nombre no es solo una institución del derecho de las personas, sino que también es parte y está sujeto al derecho familiar, directamente determinado por la filiación, y afecto a un control estatal que deja espacios de libertad crecientes, como lo demuestra esta ley, pero siempre estrictamente delimitados.³ El nombre es, por ello, un atributo de la persona, una consecuencia de la filiación y una forma de identificación que permite la supervigilancia de la autoridad pública, para el cumplimiento de los deberes y la asunción de las responsabilidades.

De ahí que históricamente la doctrina civil le haya atribuido diversas naturalezas jurídicas: una extensión del derecho propiedad (AUBRY y RAU), un efecto de la filiación (COLIN y CAPITANT), una institución de policía civil o de derecho administrativo (PLANIOL) o un atributo de la personalidad (SALEILLES y JOSSEAND), entre otras.⁴ Según lo expuesto, todas esas aproximaciones tienen en parte razón.

De esta constatación surge la conclusión de que para la persona llevar el nombre que le ha sido atribuido al nacimiento, o que elige en la adultez, es un derecho, pero al mismo tiempo es una obligación, tal como lo demuestra esta nueva legislación, según se expondrá.⁵

Como se adelantó, el nombre de las personas está constituido por dos conjuntos de palabras: el o los nombres propios, que individualizan al sujeto al inte-

³ CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, p. 423.

⁴ Respecto de estas teorías: ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *Curso de derecho civil*, p. 192 y ss.; y LYON, Alberto, *Personas naturales*, p. 170 y ss.

⁵ En este sentido, en cuanto al nombre como derecho y como obligación: CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, cit., p. 434.

rior de su grupo familiar; y los apellidos, que sitúan al individuo en un grupo familiar determinado. Su conjunción singulariza a la persona en la sociedad.

Sin embargo, el Código civil no reguló el nombre de las personas naturales,⁶ y la Ley del Registro Civil establecía solamente, hasta antes de esta ley, que las partidas de nacimiento debían contener el nombre propio y los apellidos del nacido, indicados por quien requiere la inscripción.⁷

La reforma incorpora una definición de nombre en el Código civil, en un nuevo párrafo denominado “Nombre de las personas”, en el sentido siguiente: “Nombre es el conjunto de palabras que sirve legalmente para identificar a una persona. Está formado por el o los nombres propios, y por el o los apellidos con que se encuentre individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento”.⁸

¿Cómo entonces se determina el nombre? El nombre propio de un hijo se determina libremente por los padres (o el padre o madre que lo reconozca), salvo en cuanto se trate de un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.⁹

Por su parte, los apellidos se determinan legalmente por aquellos de sus padres, de acuerdo con las reglas de la filiación. Si se trata de una filiación matrimonial, el hijo tendrá por apellidos el primero de cada cónyuge.¹⁰ Si, en cambio, se trata de una filiación no matrimonial, se asigna el apellido del padre o de la madre que lo reconozca, o ambos si es el caso.

⁶ No así respecto de la definición de nombre de la “persona jurídica”, pues la modificación del Código civil del año 2011 (Ley No. 20.500) incorporó la siguiente: “El nombre de las personas jurídicas a que se refiere este Título deberá hacer referencia a su naturaleza, objeto o finalidad. El nombre no podrá coincidir o tener similitud susceptible de provocar confusión con ninguna otra persona jurídica u organización vigente, sea pública o privada, ni con personas naturales, salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, o hubieren transcurrido veinte años desde su muerte” (art. 548-3).

⁷ Art. 31, No. 3, de la Ley del Registro Civil. Además de otras menciones inorgánicas o meramente referenciales, al interior del Código o en otras leyes. Al respecto, *vid.* Ducci, Carlos, *Derecho civil. Parte general*, p. 119 y ss.

⁸ Art. 58 *bis* del Código civil.

⁹ Art. 31, No. 5, de la Ley del Registro Civil.

¹⁰ En Chile, desde 1998, solo existen dos tipos de filiación: matrimonial y no matrimonial (Ley No. 19.585). La adopción, por su parte, confiere al adoptado la calidad de hijo, que puede asignarse respecto de personas con o sin vínculo matrimonial vigente (Ley No. 19.620).

En todas las hipótesis, y hasta el presente, el orden de los apellidos era siempre primero el del padre y luego el de la madre, con lo que inexorablemente el apellido de la madre se perdía en la segunda generación.¹¹

El orden “patronímico” de los apellidos, primero el del padre y luego el de la madre, es una regla que siguen muchos países, pero no todos. En algunos existe la regla inversa, en otros se asigna un solo apellido (usualmente paterno), e incluso en ciertos países la mujer adopta el apellido del marido, entre otras variantes.¹²

La facultad de elegir un orden distinto para los apellidos se encuentra sin duda promovida por la exigencia de la igualdad entre hombres y mujeres, pues la regla anterior envolvía una discriminación por género y, por tanto, injustificada y arbitraria. De esta forma, se funda en el principio constitucional de igualdad,¹³ pero también de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por Chile en 1989), que dispone que los Estados partes deben otorgar *“los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido”*.¹⁴

¹¹ Es necesario destacar que la Ley del Registro Civil solo establecía la necesidad de indicar el “apellido” del hijo en la inscripción de nacimiento –aunque en Chile siempre la costumbre ha sido asignar dos apellidos– (art. 31, No. 3). En efecto, es el Reglamento Orgánico del Registro Civil (norma de inferior jerarquía a la legal) el que señalaba que los apellidos eran dos, y que el apellido del padre antecedería al de la madre (art. 126 del Decreto No. 2.128, Ministerio de Justicia). Ese artículo señala lo siguiente: *“Al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción. Si el nacido es hijo legítimo, se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre. Si se tratare de hijo ilegítimo, se le inscribirá con el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, se procederá como en el caso del hijo legítimo”*. A pesar de ser esta la regla que se ha aplicado invariablemente en Chile, resulta peculiar que tal artículo debería entenderse tácitamente derogado desde 1998, pues la reforma de la filiación, operada ese año por la Ley No. 19.585, suprimió la distinción entre hijos legítimos o ilegítimos. Con todo, como se prescribe en la ley *in comento*, el Ministerio de Justicia deberá dictar un nuevo reglamento especial que, entre otros aspectos, adecuará tal disposición.

¹² En el caso de Cuba, por ejemplo, se reconoce un orden similar al que existía en Chile: *“Corresponderá a los hijos, como primer apellido, el primero del padre; como segundo, el primero de la madre. Si existiera matrimonio formalizado o reconocido judicialmente, la inscripción del nacimiento del hijo efectuada por uno solo de los padres surtirá efectos legales con respecto a ambos, excepto en los casos en que se impugne de conformidad con lo establecido en la ley”* (art. 45 de la Ley de Registro del Estado Civil). *Vid.* al respecto, DÍAZ MAGRANS, María, “La persona individual”, en Caridad Valdés Díaz (coord.), *Derecho Civil*, p. 138 y ss.

¹³ Art. 19, No. 2, de la Constitución.

¹⁴ Art. 16, inc. 1 g), de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Al mismo tiempo, la facultad de elección envuelve una extensión de la libertad en este ámbito, laxitud que también es consistente con el reconocimiento progresivo de espacios de autonomía privada en el derecho familiar.¹⁵ Las profundas transformaciones sociales y culturales en materia familiar en Chile, que han incorporado progresivamente mayores espacios de autonomía e igualdad, resultan evidentes en la materia si se tiene en cuenta que a mediados del siglo xx se discutía acerca del derecho de la mujer casada a llevar el apellido del marido antecedido por la preposición “de”, incluso después de la separación, cuestión que prácticamente hoy nadie menciona.¹⁶

La elección del orden de los apellidos de los hijos no es, por lo demás, una idea nueva, como lo prueba la reforma española de 1999,¹⁷ y francesa de 2002,¹⁸ en cuyas disposiciones se inspiró el proyecto nacional (especialmente en la primera, pues en ese país también se asignan tradicionalmente dos apellidos a los hijos).

Cabe mencionar que una justificación adicional se esgrimió en el caso francés para fundar esa reforma. Según algunos estudios, la transmisión exclusivamente del apellido paterno provocaría en 100 años una reducción a menos de la mitad de los apellidos en uso, esto es, ciertos apellidos se volverían cada vez más raros de encontrar o simplemente se extinguirían y, por el contrario, otros serían cada vez más frecuentes o masivos, con el evidente perjuicio que ello envuelve para su función de identificación en la sociedad.¹⁹

La reforma chilena establece los siguientes principios para la elección de los apellidos:²⁰

En primer lugar, y tal como ocurre en el presente, solo es posible transmitir el primer apellido de la madre y el primero del padre.

¹⁵ Vid. en ese sentido, MALAURIE, Philippe y Laurent AYNÈS, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, p. 67.

¹⁶ Al respecto, vid. PINTO, Humberto, *Curso básico de derecho civil. El derecho de las personas*, p. 80 y ss.

¹⁷ Ley No. 40/1999.

¹⁸ Ley No. 2002-304. Una referencia a esta reforma comparada en TAPIA, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, p. 79 y ss.

¹⁹ CARBONNIER, Jean, *Droit civil, cit.*, p. 443.

²⁰ Art. 58 ter, del Código civil.

En segundo lugar, si al momento de la inscripción del hijo se determina la filiación tanto materna como paterna (matrimonial o no), ellos deber elegir de común acuerdo el orden de transmisión de sus respectivos apellidos. Como ocurre en otros sistemas comparados, esta ley no efectúa distinciones entre la filiación matrimonial y no matrimonial, y se aplica a ambas por igual.²¹

La elección debe hacerse al nacer el primer hijo común de esa pareja, y valdrá para todos los hijos comunes que nazcan con posterioridad, pues se trata de resguardar con ello lo que se denomina los “apellidos de la familia”, esto es, una identidad familiar entre los hermanos.

La forma de materializar este acuerdo será regulada por un Reglamento, que deberá elaborarse dentro de 4 meses después de publicada esta ley, pero es altamente probable que se trate de una declaración jurada simple (sin intervención de notario) y conjunta, que deberán firmar los padres antes o al momento de la inscripción.²²

En tercer lugar, y esta es tal vez la disposición más polémica de esta reforma, se establece que en caso de “no manifestarse acuerdo”, se entiende supletoriamente que la “voluntad” de los padres es que el primer apellido paterno anteceda al primer apellido materno, y así registrá para todos los hijos comunes.

Esta regla resulta criticable por dos razones. Ante todo, porque la falta de manifestación de acuerdo no solo puede provenir de que por cualquier razón inscribieron al hijo sin haber firmado previamente la declaración de elección, sino también porque existe derechamente un “desacuerdo” entre ellos sobre el orden a elegir (lo que puede no ser tan excepcional) y, como es obvio, es totalmente artificial e impropio presumir en tal caso una “voluntad” común de priorizar el apellido paterno. Luego, porque la regla supletoria aludida no hace más que perpetuar el actual estado de cosas, esto es, mantiene una regla de discriminación de género.

En efecto, la regla envuelve un doble incentivo negativo. Por una parte, algunas mujeres podrían verse en cierta medida “compelidas” a mantener la tradición, familiar y social, de dar prioridad al apellido paterno, pues su oposición será completamente estéril. Esto es, la divergencia sobre el orden de los apelli-

²¹ Vid. en ese sentido, MALAURIE, Philippe y Laurent AYNÈS, *Droit des personnes...*, cit., p. 68.

²² La exigencia de una declaración conjunta es también la regla en el derecho comparado. Vid. al respecto, TEYSSIE, Bernard, *Droit des personnes*, p. 252.

dos de los hijos viene resuelta en la ley privilegiando el apellido paterno. De esta forma, es un incentivo para seguir con la inercia de costumbres sexistas. Por otra parte, esta regla no establece ningún estímulo para que el padre se abra a consensuar un orden de apellidos distinto, pues él sabe que le bastará abstenerse de firmar la declaración para que su apellido prime.

Más allá, esta regla supletoria será también absolutamente inaplicable si se llega a aprobar el proyecto de matrimonio igualitario²³ y, por su intermedio, la homoparentalidad. Frente a un hijo con dos madres o con dos padres, evidentemente, no es viable este criterio de selección supletorio.

Esta encrucijada se ha planteado en otros países. Lo cierto es que usualmente en materia familiar cuando los padres no logran acuerdo, existe el recurso al juez para que este decida sobre la base de los principios y reglas legales. Pero este caso es precisamente uno en que ni los principios ni las reglas legales permitirían a un tribunal adoptar una decisión fundada y racional respecto de qué orden apellidos establecer. ¿Qué permitiría inclinar la balanza por uno u otro? ¿La notoriedad de un apellido? ¿La tradición de priorizar el del padre? Es, como se entiende, imposible de definir racionalmente. Por lo demás, recurrir a la justicia haría postergar la inscripción de nacimiento del hijo, lo que sin duda va contra su interés superior.

Sería extenso de explicar en detalle, pero en situaciones como estas, donde no existen criterios para discernir una elección racional, parece aconsejable resolver conforme al azar. Por ejemplo, asignarlo conforme al orden alfabético de los apellidos de los padres, tal como se hizo en el caso francés, por una reforma de 2013,²⁴ que fue la misma que introdujo el matrimonio igualitario. Podría objetarse en tal caso que existirá una ventaja preestablecida para aquel de los padres cuyo apellido anteceda alfabéticamente al del otro, pues tendrá pocos

²³ Actualmente, este proyecto de ley sobre “matrimonio igualitario”, presentado en 2017, se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado. No obstante, durante el mes de junio de 2021, el Gobierno decidió otorgarle “suma urgencia”, lo que impone al Congreso un plazo total de 45 días para su total despacho. Existe una mayoría parlamentaria favorable a este proyecto, por lo que es previsible que pronto se convertirá en ley. En las discusiones en el Senado, en las que el suscrito ha sido invitado como experto, se ha debatido precisamente sobre la necesidad de ajustar la ley en comento para el caso que se apruebe el matrimonio igualitario, a través de una regla supletoria por orden alfabético o por simple sorteo. Este proyecto de ley se encuentra disponible en el sitio internet del Senado chileno (<https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>), y su número de boletín es el 11.422-07.

²⁴ Ley No. 2013-404.

incentivos para abrirse a consensuar un orden diferente. Si se quiere escapar de tal reproche, no quedaría más que una elección por simple sorteo ante el oficial civil, tal como lo establece el derecho argentino.²⁵

En cuarto lugar, en el caso de que la filiación solo se determine al momento de la inscripción respecto de la madre o del padre, el hijo se inscribirá con el primer apellido de ese progenitor. Si con posterioridad opera la determinación de la filiación faltante, el hijo asume el orden de los apellidos de los hijos comunes si los hubiere. Si no los hay, se mantiene como primer apellido el del padre o madre a cuyo respecto se determinó antes la filiación, salvo acuerdo entre ellos sobre un orden distinto.

3. CAMBIO DEL ORDEN DE LOS APELLIDOS

La reforma también contempla la posibilidad de solicitar al Registro Civil, por vía administrativa y sin necesidad de un juicio, por una sola vez y siendo mayor de edad (más de 18 años), el cambio del orden de los apellidos.²⁶ Tal facultad también se abre a los extranjeros residentes, para los efectos de la emisión y rectificación de sus documentos de identidad chilenos.

La ley prescribe que el cambio del orden de los apellidos no afecta a los ascendientes o descendientes.²⁷ Esto es, el cambio en el orden de los apellidos de los padres no se transmite, en principio, a los hijos, quienes continúan siendo individualizados con el apellido del padre y de la madre señalado en la inscripción de nacimiento.²⁸

No obstante, esta regla también contempla excepciones. Respecto de los hijos menores de 18 años, provocará el mismo cambio en el respectivo apellido de transmisión, debiendo aplicarse a todos ellos por igual.

²⁵ El art. 64 del nuevo Código Civil y Comercial argentino dispone: *“El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”*.

²⁶ Para este efecto, la reforma *in commento* introduce los nuevos arts. 17 *bis*, 17 *ter* y 17 *quater* en la Ley del Registro Civil.

²⁷ Art. 17 *ter* de la Ley del Registro Civil.

²⁸ Una regla similar existe en la Ley de Identidad de Género (Ley No. 21.120 de 2018), que permite a toda persona, cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, solicitar la rectificación de estos, pero que prescribe que ello no afectará a los descendientes (art. 22). No obstante, existe al menos una sentencia que ha ordenado recientemente efectuar la adecuación de la partida de nacimiento del hijo de una persona que varió su identidad de género (Corte de Apelaciones de Iquique, 31 de agosto de 2020, rol No. 117-2020).

Ahora bien, si los hijos tienen entre 14 y 18 años,²⁹ deberán manifestar además su consentimiento para tal cambio, conforme al derecho de los niños a ser oídos,³⁰ debiendo aplicarse el mismo orden para todos los hijos comunes. Esta es nuevamente una disposición que puede ser objeto de críticas, desde tres perspectivas.

Ante todo, la reforma niega la posibilidad de que los menores de edad –sobre todos los púberes– puedan solicitar autónomamente el cambio del orden de sus apellidos, pues la única alternativa prevista es que tal cambio provenga de la inversión del orden de los apellidos de uno de sus padres. La hipótesis tiene relevancia, en atención a que en la adolescencia, época formativa de la personalidad, puede legítimamente surgir en un menor el interés de invertir el orden de sus apellidos, sobre todo cuando es la madre la que se ha encargado de su crianza frente a un padre ausente que, no obstante, ha determinado su primer apellido.³¹

Luego, esta regla no resuelve la hipótesis en que exista disparidad de criterio entre los hijos, esto es, que algunos consientan en el cambio y otros se nieguen a él. Debe suponerse que en tal caso no será posible hacer extensivo el cambio del orden de apellidos a todos los menores, pues el espíritu de la ley es cautelar siempre un mismo orden de apellidos para los hijos comunes. La situación no deja de tener cierta complejidad, considerando que esos hijos llevarán un apellido que ya no es el primero de transmisión de su madre o padre, afectando, al menos simbólicamente, el derecho a la identidad.

²⁹ La fijación de los 14 años como la edad desde la que se requerirá el consentimiento, tiene relación con la determinación legal de la impubertad, la que en el presente discrimina entre hombres y mujeres: los menores de 14, para los primeros, y las menores de 12, para las segundas (art. 26 del Código civil). Los mayores de esa edad, y menores de 18 años, son denominados en el derecho chileno como “menores adultos”. Desde esta perspectiva, la nueva legislación se presenta como relativamente incoherente con el derecho común, cuestión que también fue hecha presente en la discusión parlamentaria de esta reforma (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley No. 21.334*, pp. 85 y 86). Aunque es parte de un debate más amplio, lo cierto es que la discriminación entre la edad legal de la pubertad entre hombres y mujeres es difícilmente conciliable con el principio de igualdad constitucional. Cabe mencionar que en el derecho francés se estableció que el consentimiento se requiere respecto de los hijos e hijas mayores de 13 años (art. 311-23 del Código civil francés).

³⁰ Consagrado, en particular, en la Convención internacional de los derechos del niño (art. 12), y en la Ley de Tribunales de Familia (art. 16).

³¹ Esta situación fue expuesta, sin embargo, en la discusión parlamentaria de esta reforma, evocando una idea planteada por el recordado profesor Gonzalo FIGUEROA, en orden a abrir la posibilidad del cambio del orden de los apellidos al hijo “abandonado por su padre”. Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley No. 21.334*, p. 32.

Por último, esta regla envuelve otra situación eventualmente injusta. Si existen hijos menores y mayores de 14 años, son estos últimos los que definirán la suerte de los apellidos de la familia, cuestión que puede ser contraria al derecho de los primeros a ser oídos conforme al criterio de autonomía progresiva.³² Con esa normativa, solo en la adultez estos podrían revertir ese orden.³³

Por otra parte, cabe tener presente que si quien cambia el orden de sus apellidos tiene hijos mayores de edad, estos pueden también solicitar al Registro Civil el cambio en el respectivo apellido de transmisión.³⁴ Es necesario mencionar que en esta hipótesis, el principio de mantención de la unidad de los apellidos de los hijos comunes puede, efectivamente, no respetarse. Los hijos mayores de edad pueden no seguir el nuevo orden de los apellidos de sus hermanos menores de edad o, a la inversa, los hermanos mayores pueden decidir seguir el nuevo orden de apellidos que sus hermanos menores desecharon por falta de acuerdo.

La reforma también se encarga de introducir algunas prohibiciones, trámites esenciales y sanciones, consistentes con la función de policía civil del nombre a la que se ha hecho referencia, que persiguen, en general, evitar que un cambio del orden de los apellidos se efectúe con el fin de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o la acción de la justicia.³⁵ Entre ellas, destaco las siguientes:

- a. Se prohíbe efectuar este cambio a los chilenos o extranjeros que se encuentren procesados o formalizados, tengan órdenes de arresto o detención pendientes, o hubieren sido condenados por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva o delitos sexuales.
- b. Se reconocen nuevos deberes para el Registro Civil, consistentes en la información que deberá enviar acerca de estos cambios a diversas reparticiones públicas e instituciones, como la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Servicio Electoral, Servicio de Impuestos Internos, Ministerio de Educación, Superintendencias de Salud y Pensiones, Asociación de Notarios, entre otros. Para efectos de publicidad, también se prevé la publicación del

³² Principio contemplado en el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño.

³³ Conforme con el mismo procedimiento establecido en el art. 17 *bis* de la Ley de Registro Civil.

³⁴ Art. 17 *ter* de la Ley del Registro Civil.

³⁵ Arts. 17 *ter* y 17 *quater* de la Ley del Registro Civil.

cambio en el Diario Oficial, indicando la individualización del solicitante y los apellidos que usará.

- c. Se dispone que el cambio del orden de los apellidos es oponible a terceros desde que se extienda la respectiva inscripción de nacimiento rectificada en el Registro Civil, gravándole desde ese momento al solicitante la “obligación” de usar en el futuro solo ese orden de sus apellidos.
- d. Asimismo, se prescribe expresamente que el cambio del orden de los apellidos no afecta los derechos y obligaciones patrimoniales que le correspondían al solicitante con anterioridad, ni aquellas provenientes del derecho familiar, como tampoco las relativas a las garantías, derechos y prestaciones de salud.
- e. Por último, la reforma penaliza con presidio menor en su grado mínimo el utilizar el antiguo o el nuevo orden de los apellidos para eludir o dificultar el cumplimiento de cualquier obligación.

Por otra parte, esta reforma también introduce modificaciones en la Ley No. 17.344, *que autoriza el cambio de nombres y apellidos*. Esa ley establece un procedimiento judicial para solicitar tal cambio, que ahora podrá utilizarse también para la alteración del orden de los apellidos. No obstante, dando cuenta de la prioridad que se da al procedimiento administrativo (por su simplicidad y rapidez), la reforma establece el deber del juez de informar al interesado la existencia de una vía administrativa, más expedita, para tal cambio.

Una particularidad en este ámbito es que se permitirá, mediante este procedimiento judicial, la posibilidad de usar uno u otro apellido de alguno de los abuelos del solicitante.³⁶

Evidentemente, se establecen también similares prohibiciones a las previstas para el procedimiento administrativo (no estar formalizado, no tener órdenes de arresto, etc.), salvo en cuanto que es posible mediante este procedimiento judicial solicitar el cambio del orden de los apellidos cuando han transcurrido más de 10 años desde cumplida una pena por crimen o simple delito (con exclusión de los delitos sexuales).

³⁶ Nueva letra b) del inciso 2º del art. 1 de la Ley No. 17.344.

Por su parte, la extensión del cambio de los apellidos hacia los hijos se regula también de forma similar a lo ya expuesto para el proceso administrativo ante el Registro Civil.

Dos disposiciones transitorias cierran esta importante reforma.

La primera permite por una vez, dentro de 1 año desde la entrada en vigencia de la ley, que los padres que tuvieran en común uno o más hijos menores de edad puedan solicitar la inversión del orden de los apellidos de todos ellos ante el Registro Civil, siendo indispensable que los hijos mayores de 14 años y menores de 18 años manifiesten su consentimiento, conforme a lo expuesto. En caso de que esos padres tengan hijos comunes mayores de edad, junto con otros menores de edad, para proceder a este cambio deben manifestar su consentimiento los primeros, también con el objeto de resguardar la identidad familiar. Nótese que en este caso se exige la concurrencia de todos los hijos, mayores y menores, para mantener la uniformidad de apellidos entre ellos, pero no así en el procedimiento administrativo ordinario ya descrito.

La segunda faculta a que, en el mismo plazo, el padre o madre de un hijo menor de edad, cuya filiación solo se encuentra determinada respecto de sí, invertir por una sola vez el orden de sus apellidos, debiendo concurrir el consentimiento de los hijos mayores de 14 años y menores de 18 años, según lo expuesto. A diferencia de la anterior disposición, no exige en este caso la concurrencia de los hijos mayores.

4. CONCLUSIONES

En síntesis, se trata de una reforma positiva, que avanza en la igualdad de derechos, no discriminación en razón de género y elimina un privilegio masculino, esto es, que el apellido del padre anteceda siempre al apellido de la madre. Luego de esta reforma, los padres pueden elegir un orden diverso de apellidos para sus hijos, y todos, en la adultez, pueden invertir el que les fue asignado al nacer. Al mismo tiempo, se incorporan normas que permiten cautelar un orden uniforme de apellidos para todos los hijos comunes, y otras que establecen resguardos para que el cambio del orden de los apellidos no se utilice para eludir el cumplimiento de obligaciones legales y la asunción de responsabilidades. No obstante, la nueva regulación amerita algunas críticas, tal como la mantención, como regla supletoria y en caso de desacuerdo de los padres, del orden de apellidos tradicional (primero el apellido paterno), y la ausencia de normas que resuelvan diferencias entre los hijos respecto de la transmisión

de un cambio del orden de los apellidos de uno de sus padres, y que cautelen el pleno respeto del derecho de todos a ser oídos conforme a la autonomía progresiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *Curso de derecho civil*, Nascimento, Santiago de Chile, 1962.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, Quadrigue/PUF, París, 2004.
- DÍAZ MAGRANS, María, "La persona individual", en Caridad Valdés Díaz (coord.), *Derecho Civil*, Félix Varela, La Habana, 2006.
- DUCCI, Carlos, *Derecho civil. Parte general*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2007.
- LYON, Alberto, *Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
- MALAUURIE, Philippe y Laurent AYNÈS, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, París, 2018.
- PINTO, Humberto, *Curso básico de derecho civil. El derecho de las personas*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972.
- TAPIA, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- TEYSSIÉ, Bernard, *Droit des personnes*, LexisNexis, París, 2018.

Recibido: 13/6/2021
Aprobado: 25/6/2021

RESEÑAS

Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba,
dirigido por Javier PLAZA PENADÉS y coordinado por Raquel GUILLÉN
CATALÁN y Raúl José VEGA CARDONA, Thomson Reuters Aranzadi,
Pamplona, 2016*

Ha resultado muy placentera para mí la lectura de este libro. Primero, porque ha sido dirigido y coordinado por talentosos profesores de la Universidad de Valencia, España, y de la Universidad de Oriente, Cuba, que han sabido fusionar con maestría muy buenas contribuciones intelectuales de sus autores, foráneos y nacionales, teniendo como centro de atención la categoría empresa familiar. Segundo, porque hoy muchos estudiosos, al menos en el Derecho patrio, no se deciden a escribir sobre esta o han abandonado sus indagaciones, concentrándose tan solo en determinados campos que pueden estar en armonía doctrinal y normativa con lo que en el mundo se instrumenta, jurídicamente, de la empresa familiar; todo lo cual me entusiasma y compromete doblemente, al ser parte de ese grupo que no ha desistido de su empeño en zanjar saberes sobre el tema en el país.

La esencia dogmática por la que se realiza un derroche de tinta colectiva de excelencia se circunscribe en un tema de interés común para todos los ordenamientos jurídicos, pero con marcadas peculiaridades de reconocimiento, regulación jurídica y, sobre todo, de desarrollo en el ámbito económico. En este caso, se trabaja desde la contrastación normativa entre España y Cuba, así que sostiene su director, desde el mismo prólogo: "como base de una economía productiva y empresarial de ambos países". La obra se publica y sale a la luz en 2016, un año de significativos y determinantes cambios socioeconómicos en nuestro país, que sirvieron de acicate para la concertación de contratos que estuvieron proscritos o inexistentes desde el ojo del legislador. Tal es el caso de las compraventas, con modalidades más singulares en el centro de la órbita del trabajo por cuenta propia; transformaciones que desde la propia política social y económica de la nación para el perfeccionamiento del modelo económico hasta el año 2030 expresaran la voluntad política de reconocer formal y de facto, a los emprendimientos familiares, lo que sin dudas conmina a su estudio e investigación desde las ciencias económicas, sociales y jurídicas, hablando en términos de Empresa familiar, cuando se trate de negocios en los que propiedades, familias y relaciones contractuales y laborales se funden al propósito de una iniciativa emprendedora, que lleva ya las de ganar en el incremento de las ganancias nacionales.

* Por la Dra. Maidolis LABAÑINO BARRERA. Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente.

Los hilos conductores de los catorce capítulos que comprenden esta obra se encauzan a las principales cuestiones jurídicas, con aproximaciones de calidad desde un enfoque de Derecho privado y público, de España y Cuba, al estudio de la familia y la empresa como elementos claves para conformar un único concepto de empresa familiar. Según su estructura, en el orden general, giran en torno a: el análisis de la influencia del régimen económico del matrimonio en esta institución, el valor jurídico del protocolo familiar, la fuerza jurídica de sus pactos para la contratación laboral de familiares y externos, la gestión de sus conflictos, con un énfasis aparte en la mediación; y en lo particular: a la sustentabilidad jurídica de la figura, los puntos de convergencia entre el trabajo por cuenta propia y las PYMES, la configuración jurídica de la Empresa agrícola familiar, la gestión de los derechos de propiedad intelectual en el emprendimiento familiar y la protección de sus signos distintivos, así como la perspectiva jurídica de las relaciones laborales en su seno, y la política fiscal en torno a la actividad que realiza, todo esto en el escenario del ordenamiento jurídico cubano. El último de los capítulos ofrece una actualización de las principales disposiciones normativas sobre la actividad del trabajo por cuenta propia vigentes en Cuba hasta la fecha de publicación del libro.

Amén de las vicisitudes que la actividad del trabajo por cuenta propia conlleva, los negocios familiares cubanos se han desarrollado gracias al trabajo, esfuerzo y dedicación de los miembros de la familia. Muchos emprendimientos perduran en el tiempo, ofrecen una oportunidad de desarrollarse individualmente, constituyen un complemento de la actividad estatal en la producción de bienes y prestación de servicios útiles a la población, satisfaciendo las demandas colectivas del consumo; son una alternativa más de empleo, generan capital y se configuran como un aporte al presupuesto estatal a través del cobro de los correspondientes tributos, y para los que lo ejercen representan una vía de incremento de los ingresos personales, sirviendo de estímulo a los miembros de la familia, los trabajadores y la sociedad en general. Por tales razones, se trata de un tema que despierta interés investigativo, de hecho, ya se están desarrollando investigaciones de formación científica posgraduada desde las ciencias sociales y jurídicas en el país, que tienen por objeto los negocios familiares con los matices propios que el medio le imprime.

Sin dudas, entonces, las ideas que aportan los autores en sus contribuciones tienen un valor añadido, al constituir, al menos para el ordenamien-

to jurídico cubano, uno de los primeros textos jurídicos defensores de la existencia material y fáctica de la empresa familiar, de su configuración y virtualidad jurídica, sea en el ámbito civil como en el mercantil. Los desafíos del tema son aún mayores, cuando se trata de uno de los fenómenos más actuales en la doctrina moderna y en la economía mundial, esto es, la *contractualización de los negocios familiares*, y ello obliga a su desarrollo dogmático y abordaje investigativo inter y transdisciplinar, no solo desde el Derecho empresarial, mercantil y laboral, sino también a partir de la contratación civil, el Derecho de las familias, la propiedad, la sucesión y su tutela efectiva a través de las vías de acceso a la justicia para la solución de sus conflictos. La visión transdisciplinaria se logra en la concepción orgánica de esta obra colectiva.

En este libro el lector encontrará, además, la entereza necesaria para transformar modos de pensar, límites de formas y maneras de interpretar fenómenos que no son propios ni excluyentes de la Cuba de hoy, sino de todo el orbe. Tal es el caso de los argumentos relativos al empresario individual, trabajo autónomo colectivo, las PYMES y en consonancia, la misma empresa familiar. De esta manera, son varios los beneficios de su lectura, que mejoran nuestra perspectiva personal y profesional del fenómeno sociojurídico en cuestión, y que se proyecta más allá, quizás, incluso, a designios y metas individuales de realización social y económica. El engarce adecuadamente concebido de sus capítulos genera una lógica de análisis de fácil aprehensión y, por ende, motiva a dar continuidad en otros estudios en el Derecho cubano.

Cualquier ser humano puede hacer realidad sus sueños si tiene fe en su capacidad innata para enfrentar los retos que ofrece la vida. Ese es el certero logro de GUILLÉN CATALÁN y VEGA CARDONA, los coordinadores de este texto, y de los autores que le acompañaron el camino al éxito, quienes comprenden que sin perseverancia, entrega y madurez científica, no existe ningún compromiso editorial que valga la pena, aunque no sea el primero de tus logros. Le damos gracias también al Dr. PLAZA PENADÉS, su director, por lo útil del monográfico que, desde ya, se ha de convertir en una fuente doctrinal de obligada consulta para juristas, estudiantes, académicos del Derecho y cualesquiera lectores que pretendan *a posteriori* un análisis profundo de la institución, pues este libro marca un antes y un después sobre la empresa familiar en Cuba. Me congratulo, a la sazón, de la nota crítica que se me encomendara.

Attachments, injuctions y otras medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: doctrina, derecho comparado y praxis internacional, de Johannes SAN MIGUEL GIRALT, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2017*

En los últimos años ha existido en la realidad jurídica cubana un interés creciente en el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales. Así lo evidencia la nueva Constitución de la República, que en su artículo 93 establece que “El Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos”, y donde el arbitraje resulta el medio alternativo de solución de conflictos por excelencia internacionalmente.

En este escenario, una nueva obra se incorpora al concierto de los trabajos en materia arbitral. *Attachments, injuctions y otras medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: doctrina, derecho comparado y praxis internacional*, de la autoría de Johannes SAN MIGUEL GIRALT, antiguo profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, hoy profesor de la Universidad Estatal de Guayaquil (Ecuador), que además de ampliar los estudios desarrollados sobre el arbitraje y las medidas cautelares, aporta contenidos y criterios actualizados sobre la temática en cuestión; obra que desde su propio título invita a todos aquellos interesados en las novedosas tendencias del procedimiento arbitral a su necesaria consulta.

Las medidas cautelares son mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera obtenerse en la sentencia estimatoria que se dictare o en el laudo arbitral que pusiera fin a la controversia. Así, dada su perspectiva dual, las medidas cautelares desempeñan un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias, en tanto pretenden dos objetivos esenciales, a saber, garantizar el eficiente desarrollo del proceso, preservando las posiciones de las partes en tanto se soluciona el litigio y, adicionalmente, garantizar el cumplimiento del laudo conservando los bienes o efectos necesarios para poder proceder, en su caso, a la ejecución de este.

* Por el Dr. Carlos A. PÉREZ INCLÁN. Profesor de Derecho Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

Como se expresa en la obra que se recensiona, "la tutela cautelar ha adquirido tal importancia en nuestros días que forma parte del catálogo de derechos fundamentales del ciudadano moderno", reconociéndosele como expresión del debido proceso. Asimismo, también en palabras de su autor, la enorme importancia de otorgar tutela cautelar al arbitraje comercial internacional deriva de varias circunstancias, "en primer lugar, el arbitraje comercial internacional constituye con mucho la primera opción de los empresarios internacionales para la solución de sus controversias; en segundo lugar, el éxito del arbitraje depende de la ejecución eficaz del laudo resultante y esto último de la existencia de un dispositivo de normas jurídicas que impidan el desenvolvimiento de los factores [...] como el tiempo y la posibilidad de ejecutar maniobras dilatorias y en fraude a la ejecución del laudo". Por ello, el fenómeno de la protección cautelar al arbitraje tiene enorme vigencia y constituye una de las cuestiones que suscita mayor interés doctrinal, en tanto "existe para salvaguardar la legítima expectativa procesal de efectiva ejecución futura del pronunciamiento final en el proceso".

Precedido por una esclarecedora introducción que sitúa al lector en algunas de las principales instituciones de la materia, y siguiendo estrictos criterios de organización lógica, la obra que se presenta es estructurada por su autor en tres capítulos de meritoria distinción: "Arbitraje en sentido amplio y arbitraje comercial internacional"; "Elementos del régimen cautelar de aplicación automática al arbitraje comercial internacional"; y "Nuevas cuestiones a considerar en el régimen cautelar en apoyo al arbitraje comercial internacional". Esos capítulos son contentivos de una gran variedad temática y de un crítico análisis teórico, expuesto en un lenguaje claro y ameno, que en sumatoria perfecta complacen con su lectura y con los cuales su autor transita en el estudio de la institución a través de los distintos elementos que la identifican y caracterizan. Completan la obra, como anexos y desde una perspectiva universal, diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de arbitraje comercial internacional que, en apoyo al arbitraje, prevén la adopción judicial de medidas cautelares.

En conclusión, encontrará el lector una oportuna obra jurídica, que reúne un adecuado tratamiento técnico y metódica narrativa, lo que unido al valor práctico y actual del tema expuesto, le convierte en instrumento de trabajo para abogados, árbitros, asesores jurídicos, estudiantes y operadores del comercio internacional y la inversión extranjera.

Agradecemos al autor por entregarnos una obra de valor científico y de aportación a los debates jurídicos actuales; y la invitación a quienes deseen indagar

en sus páginas para acercarse a un importante segmento del procedimiento arbitral, a uno de los tópicos más complejos de la doctrina y la práctica arbitral.

Arbitraje Comercial Internacional en Cuba (Comentarios a las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional), de Juan MENDOZA DÍAZ, Ediciones ONBC, La Habana, 2019*

El libro objeto de esta reseña consta de un prólogo a cargo de Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ, Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional y Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, con importantes acotaciones sobre la arbitrabilidad, el principio *kompetenz-kompetenz* y la condición de terceros; la presentación que realiza el propio autor con aclaraciones puntuales, entre otras, sobre la naturaleza del arbitraje, la valía del soporte constitucional y el objetivo práctico de la obra; el desarrollo muestra el texto normativo, conformado por las 87 reglas, acompañado de concordancias -fundamentalmente con el Decreto-Ley No. 250, *De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional*, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) y la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Ginebra)- y comentarios personales con apoyatura doctrinal; un anexo consistente en el Modelo de Declaración de aceptación, disposición e independencia para actuar como árbitro en la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional; y, la bibliografía, con más de 60 fuentes consultadas. He dejado para el final una alusión a la dedicatoria, aunque por el orden en que aparece en el libro sea lo primero, y es que le pone un sello afectivo a la obra con lo que marca la valía del autor, no solo como académico y árbitro, sino como el ser humano que es.

Muchos son los aportes que nos entrega con sus consideraciones acerca de: los principios informadores de la actuación de los árbitros, con distinciones entre independencia e imparcialidad, confidencialidad y privacidad; las medidas cautelares y sus peculiaridades en sede arbitral; el espinoso tema de las excepciones por la extrapolación que se hace de su uso en el proceso civil; la especificación de las posibles actitudes a asumir por el demandado; las pruebas, en cuanto a la carga, posibilidades probatorias de oficio solo para alertar a las partes sobre la suficiencia de acreditación, trámite de admisión y apoyo

* Por la Dra. Ivonne PÉREZ GUTIERREZ. Profesora de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

judicial; las resoluciones arbitrales, donde establece un paralelismo con los actos de similar naturaleza que se dictan en la jurisdicción ordinaria; las impugnaciones y la presunción de conformidad que “cierra el camino para un intento impugnativo posterior”; la necesaria argumentación -por las partes- del derecho aplicable al caso, ante la no sujeción al aforismo *iura novit curia*, propio de la sede judicial; la constitución del tribunal arbitral, con presentación de los listados que sirven de guía para la revelación de causas/abstención/recusación; la estructura por audiencias que sigue el procedimiento, con precisiones sobre el cometido de la audiencia preliminar y de la vista; y, las pautas a seguir para la elaboración del laudo. Sin embargo, coincidiendo con el prologuista, las contribuciones fundamentales -en razón de lo complicado de las temáticas- pueden encontrarse en lo atinente a la arbitrabilidad y la competencia.

Sobre la arbitrabilidad, el autor establece dos caminos de análisis: sumisión a la Corte por voluntad de las partes (remisión al convenio o pacto compromisorio) y naturaleza del conflicto. En cuanto al pacto compromisorio, examina la forma y validez del acuerdo, en cuya virtud destaca lo habitual de que adopte la forma escrita y como acto previo al proceso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria contenida en el contrato o instrumento separado firmado por las partes; pero, aclara que -carente de expresión normativa- se infiere la sumisión tácita de las partes ante la presentación de demanda, personamiento y contestación sin impugnación de la competencia, en cuyo caso no se requiere de compromiso escrito previo. En lo atinente a la validez, explica la autonomía del convenio arbitral en relación con el contrato que habitualmente le contiene, pues la razón de ser del pacto compromisorio resulta la fijación de la vía de solución del conflicto, por lo que ese vínculo cierto no implica dependencia absoluta y, así, puede producirse la nulidad del contrato principal y ello no incidir en la vigencia de la cláusula.

Sobre la naturaleza comercial internacional del conflicto, precisa que la arbitrabilidad resulta tema cardinal por ser cuestión de orden público, no susceptible de acuerdo interpartes y corresponde a la legislación establecer -por precisión o exclusión- los asuntos que pueden ser sometidos a este cauce jurisdiccional. Puntualiza que determinados conflictos se someten al arbitraje sin ser propiamente “internacionales”, se trata de las controversias entre empresas mixtas y personas naturales o jurídicas cubanas; excepción impuesta por la realidad del país en la búsqueda de protección a los inversionistas extranjeros que ostentan la cualidad de parte de las empresas mixtas, dada su consideración de entidades cubanas. Asimismo, comenta sobre la polémica existente en la interpretación de los arts. 61 de la Ley de Inversión Extranjera y 45 del Decreto-Ley

No. 313, *De la Zona Especial de Desarrollo Mariel*, en razón del erróneo imperativo legal relativo al foro para la solución de conflictos.

Sobre la competencia, formula aclaraciones en torno a las categorías jurisdicción y competencia, y se detiene en el principio de autocontrol de la competencia, *kompetenz-kompetenz*, en el sentido de que “el juez de la jurisdicción del árbitro sea el árbitro mismo, de tal suerte que cualquier cuestionamiento jurisdiccional debe ser dirigido al árbitro y no al juez ordinario”, por lo que la evaluación judicial sobre la validez del convenio arbitral es siempre posterior al proceso, en sede de nulidad del laudo y sin que ello signifique una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el entendido de denegación de acceso. Para este análisis correlaciona los preceptos constitucionales 92 y 93 y valora que la sumisión al arbitraje tiene efectos excluyentes del acceso a los tribunales ordinarios, sin agotar la posibilidad que tienen las partes de interesar la nulidad del laudo en los casos expresamente previstos en la ley.

En cuanto a la excepción de incompetencia fundada en la inexistencia de convenio arbitral, nulidad o ineficacia del convenio y que la materia no sea arbitrable, enfatiza en la *patología de las cláusulas arbitrales* que obliga a hacer valoraciones sobre la real voluntad de sumisión y ello resulta clave en tanto implica una renuncia al foro estatal, por ello sentencia que “las cláusulas patológicas no son necesariamente cláusulas nulas, sino aquellas que contienen vicios, errores o ambigüedades que dificultan su interpretación, pues no delimitan con la claridad debida su alcance y provocan problemas a la hora de definir la competencia de la Corte”. Ilustra sus afirmaciones con razonamiento de tribunal arbitral: “... estamos en presencia de una cláusula irregular que padece de incongruencias; pero los deslices narrativos no impiden comprender la real voluntad de las partes contratantes a la hora de decidir la fórmula de solución de conflictos”. También, recrea otra posibilidad para el demandado cuando acota que si se declarase sin lugar la excepción, procede nueva alegación en fase jurisdiccional ante el tribunal arbitral una vez constituido; perspectiva que se materializa en el acto de la audiencia preliminar, pues aunque no tiene específica previsión se encuentra dentro del abanico de los “aspectos alegados en sus escritos polémicos”. Estas opciones del demandado constituyen una especie de preparación de futura reclamación por nulidad de laudo, pero solo procederá previa invocación de la incompetencia, así precisa.

Cierran esta línea de comentarios los referidos al control de oficio de la incompetencia cuando se trate de materia no susceptible de arbitraje, pues ello quebrantaría el orden público, y puede hacerlo “en cualquier momento desde la

presentación de la demanda, incluso ante el silencio del demandado, porque este no puede enmendar el vicio con su silencio sobre este extremo”.

El libro *Arbitraje Comercial Internacional en Cuba (Comentarios a las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional)* es una obra en toda la dimensión del término en razón de la concreción, altura académica (con doctrina mínima, como para no agobiar) y vivacidad de sus anotaciones. Sus útiles y precisos comentarios realzan la importancia del arbitraje como opción para la solución de controversias, pues su reconocimiento constitucional como derecho y dentro del sistema de garantías, le coloca al mismo nivel que los órganos judiciales en el entendido de que ambos cauces son válidos, depende de las partes escoger una u otra vía y siempre en virtud de la arbitrabilidad de la materia, pero este reflejo normativo ya abre el diapasón hacia una futura implementación en sede distinta al conflicto comercial internacional. De manera que invito a los amantes del Derecho a estudiarlo, y a quienes practican el arbitraje a convertirlo en texto de obligada consulta ante cada caso, con la seguridad de que no les resultará tedioso sino que les parecerá estar conversando con el autor o escuchando una de sus magistrales conferencias. Por ello, en la voz del prologuista, recalco: “La comunidad jurídica cubana, abogados, árbitros, jueces, estudiantes de Derecho, y los operadores del comercio internacional y la inversión extranjera, quedarán agradecidos al ya querido y respetado árbitro y profesor MENDOZA (y en mi caso también amigo) por esta magnífica obra que pone en nuestras manos”.

Educación cívica y juventud en Cuba. Análisis desde el Derecho, coordinado por Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2019*

Desde edades tempranas, los niños y adolescentes cubanos nos familiarizamos con la Educación cívica, asignatura que recibimos desde la enseñanza primaria como parte de una formación ética complementaria a la recibida en el hogar; Educación cívica que nos muestra diferentes perspectivas del entorno comunitario y nacional, fortaleciendo el sistema de valores en pos de una adecuada interacción con el resto de la sociedad. La obra *Educación cívica y juventud en Cuba. Análisis desde el Derecho* constituye un aporte de alto valor al perfeccionamiento de la enseñanza de la educación cívica en el contexto cubano contemporáneo.

* Por el M.Sc. Marcos Antonio FRAGA ACOSTA. Profesor de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

Las reflexiones y conclusiones brindadas en este texto constituyen los resultados científicos de un proyecto investigativo denominado *Ismaelillo: Una vía para fortalecer la educación cívica en jóvenes cubanos en pos de la participación proactiva, la inclusión social, el desarrollo de los derechos socioculturales y el diálogo intercultural*, en clara alusión al conjunto de poemas que José MARTÍ dedicara a su hijo, aún niño para entonces.

Desde la presentación de la obra, realizada por su coordinadora, se expone el objetivo del proyecto, al que tributarán los artículos que componen la compilación, a saber, el fortalecimiento de la educación cívica de los jóvenes cubanos, principalmente en sus contenidos jurídicos, desde una perspectiva docente y comunitaria. Así mismo, se explica la diversidad de la composición de los actores involucrados: jóvenes provenientes de diversos grupos sociales y entornos urbanos, integrados de conjunto con diecinueve profesores universitarios.

A continuación, el cuerpo de la obra, dividido en tres partes, cada una representativa de las dimensiones de estudio del proyecto: la cultura y la axiología jurídica constitucional en la formación ciudadana de los jóvenes cubanos; la formación cívica de los jóvenes cubanos desde contenidos jurídicos; y el proceso de enseñanza-aprendizaje y la investigación científica en aras de fortalecer la educación cívica en Cuba.

En la primera parte, cuatro artículos abordan los cimientos constitucionales en los que debe fundarse una educación cívica consecuente con los principios jurídicos fundamentales para la sociedad. De esta manera, es analizada la relación entre la conciencia jurídica y la educación cívica desde una mirada integradora y deontológica, se expone la importancia de la Constitución para el ejercicio de la ciudadanía y se explica la necesaria articulación axiológica entre la legalidad y la legitimidad para una sociedad democrática. Como cierre de esta parte, es propuesta una fundamentación para una cartilla cívica con vocación martiana.

Seguidamente, en la segunda parte de la obra –la más voluminosa, con nueve artículos– se argumentan proposiciones desde diversas dimensiones jurídicas a partir de las cuales puede imbricarse la formación cívica de los jóvenes cubanos. En este sentido, son abordados temas como el sistema electoral cubano como eslabón esencial para la formación ciudadana, la educación en bioética, los derechos humanos de la niñez y la adolescencia en la construcción de una nueva ciudadanía, los valores éticos en contra del consumismo en la juventud, la participación de la comunidad en la prevención de la delincuencia, la educa-

ción cívica desde una perspectiva criminológica del control social, la inclusión de adolescentes y jóvenes que presentan comportamientos indeseables en la comunidad y la educación ambiental.

En tres artículos, que en su conjunto constituyen la tercera parte, se argumentan aspectos metodológicos a tener en cuenta en la investigación científica para consolidar la educación cívica en el país. La investigación con enfoque pedagógico, la educación y desarrollo de la personalidad del joven y la relación entre la disciplina Educación para la vida ciudadana y la formación de una cultura jurídica y de derechos en el Sistema Nacional de Educación, son los aspectos abordados para finalizar la obra. Como colofón, un testimonio gráfico ilustra el trabajo realizado en el marco del proyecto.

Al terminar la lectura del conjunto de textos que se reseñan resulta difícil no recordar aquellas conferencias que en mi formación de pregrado recibiera por la coordinadora de la obra, la profesora PÉREZ HERNÁNDEZ, cuando exponía a sus estudiantes la trascendencia de aprehender una visión integral del fenómeno jurídico, tanto desde su dimensión ontológica en cuanto sistema de valores y principios, como desde su proyección educativa, a partir de su función orientadora de conductas. De esta manera, la iniciativa de abordar la formación de los jóvenes mediante la propuesta de ubicar al Derecho como elemento esencial de la educación cívica no solo resulta estratégica, sino muy oportuna, en la permanente construcción de una ciudadanía consecuente con nuestro principal proyecto ético como cubanos: nuestra República con todos y para el bien de todos. Sirva este texto como un aporte significativo a dicho proyecto patrio.

Gestión de conflictos jurídicos. Congreso Internacional Abogacía 2019, dirigido por Ariel MANTECÓN RAMOS y coordinado por Elizabeth MOYA LINARES, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2019*

Este libro, *Gestión de conflictos jurídicos. Congreso Internacional Abogacía 2019*, que se nos presenta dirigido por el Dr. Ariel MANTECÓN RAMOS y coordinado por Elizabeth MOYA LINARES, bajo el sello editorial Ediciones ONBC, de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, resume la octava edición del Congreso Internacional *Abogacía*, cita anual que reúne investigaciones sobre el ejercicio de la profesión en múltiples espacios. Como en las ediciones anteriores, dicho

* Por la M.Sc. Sonia ZALDÍVAR MARRÓN. Profesora de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

evento representa una oportunidad para el intercambio entre profesionales, así como para la exposición de tópicos que marcan el rumbo de la abogacía en Cuba y en el mundo.

Profesionales del Derecho nacionales y foráneos se unen en esta cita anual, con el propósito de disertar sobre los derroteros del ejercicio del Derecho en calve de actualidad. Este evento tiene el mérito excepcional de ser un espacio en el que confluyen prestigiosos exponentes del pensamiento jurídico y la práctica del Derecho.

Gestión de conflictos jurídicos. Congreso Internacional Abogacía 2019 constituye una valiosísima obra, que pone en manos del lector un compendio de lo más representativo de los trabajos presentados en la edición del congreso correspondiente al año 2019. La principal valía de este texto radica en la diversidad de temas tratados y la agudeza de los análisis, que abarcan un gran abanico de instituciones y problemáticas jurídicas.

Inicia el libro con un grupo de ponencias dedicadas al análisis del papel de la ética como referente conductual obligatorio en el ejercicio del Derecho, asunto que de igual manera transversaliza el resto de las ponencias.

La obra en cuestión recorre las materias administrativa, agraria, ambiental, laboral, civil, familiar y mercantil, finalizando con una selección de ponencias que giran alrededor del proceso penal. Esta composición la convierte en un producto complejo, diverso, plural, pero no por ello menos interesante.

En el texto se abordan tanto asuntos tradicionales, que no pierden vigencia, como los conflictos que se relacionan con los controles de constitucionalidad, la protección de los derechos humanos o el ejercicio de la guarda y cuidado y la patria potestad, respectivamente. A la vez, se integran conflictos de más reciente aparición en el panorama jurídico, como las consecuencias del cambio climático o el impacto de la inteligencia artificial. Asimismo, llaman la atención los análisis sobre los retos que continúa imponiendo al Derecho cubano la aparición de la figura del trabajador por cuenta propia en el tráfico jurídico interno.

El núcleo duro de las ponencias, que versa sobre los litigios penales, se centra en el mejoramiento del proceso penal y las garantías que en el marco del perfeccionamiento del procedimiento puedan brindarse para quienes atraviesan estas situaciones. Así, se abordan el derecho a la defensa y la valoración de la prueba, además de reparar en las particularidades del sistema penitenciario.

Gestión de conflictos jurídicos. Congreso Internacional Abogacía 2019 está permeada de la impronta del proceso constitucional que ha vivido Cuba en el año 2019. El ánimo de reforma transversaliza las propuestas de los autores nacionales que, a partir del contraste entre la doctrina y la experiencia práctica, exponen criterios muy acertados sobre el futuro jurídico del país.

Gestión de conflictos jurídicos. Congreso Internacional Abogacía 2019, en resumen, expone puntos meridionales del ejercicio jurídico actual y cuenta con el *bonus* que imprime la mirada de profesionales de distintas esferas del Derecho. Los análisis realizados, con un buen nivel de especialización, permiten navegar sobre una excelente selección de temas nuevos y acostumbrados; abordados con una óptica siempre interesante y que tributa a la oxigenación constante y necesaria del Derecho.

Solo esperamos, así como ha sido hasta hoy desde que comenzaron estos congresos, que sigan aportando al debate jurídico nacional, y que cada año veamos materializado su libro de ponencias con la utilidad que se desgaja de un texto de esta naturaleza.

Los derechos de propiedad intelectual en el ámbito empresarial. Importancia y protección, de Yeney ACEA VALDÉS, UniAcademia, Leyer Editores, Bogotá, D.C., 2019*

El libro *Los derechos de propiedad intelectual en el ámbito empresarial. Importancia y protección*, publicado por la Editorial colombiana UniAcademia y Leyer Editores, como resultado del segundo premio del Cuarto Concurso Iberoamericano de Escritos Jurídicos, en el año 2019, es el fruto de la pasión desbordante por el tema que lo ocupa.

Su autora, Yeney ACEA VALDÉS, es Doctora en Ciencias Jurídicas desde el año 2016 (Universidad de La Habana) y cuenta con una trayectoria investigativa sólida y seria en el terreno de la protección de los bienes intangibles; quien como docente universitaria y agente de la propiedad industrial ha encaminado sus resultados, especialmente, hacia el terreno de la propiedad industrial.

El Derecho de propiedad intelectual es una de las áreas más controvertidas en el campo de las Ciencias Jurídicas, y esto responde a su naturaleza diversa y de constante enriquecimiento, de manera que escribir un texto que gire en torno a ella no deja de ser una tarea osada.

* Por la Dra. Nancy de la Caridad OJEDA RODRÍGUEZ. Profesora de Derecho de Contratos, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

Esta obra constituye un estudio apretado de las principales instituciones que conforman el Derecho de propiedad intelectual, en su sentido más amplio y desde el punto de vista práctico (sin dejar de referir las cuestiones doctrinales esenciales), haciendo especial referencia a los bienes intangibles que se generan en el ámbito de la propiedad industrial. En tal sentido, se incluyen instituciones como las invenciones, los modelos de utilidad, los secretos empresariales, las marcas, los nombres comerciales, los rótulos de establecimiento, los lemas comerciales y los conocimientos tradicionales. Igualmente, se incluye lo referente a los mecanismos existentes para la transferencia de tecnología, así como las cláusulas que no deben estar presentes en los contratos que impliquen tal actividad.

“En un mundo tan fascinante como el de las creaciones intelectuales, el sector empresarial requiere ser más creativo, estar incesantemente pendiente de sus creaciones, su capacidad tecnológica y estrategias de protección, porque en prever está el arte de salvar”.

Tal afirmación resume en su esencia la importancia de este texto, dirigido esencialmente al empresario y su lucha constante por sobrevivir en un mercado cada día más competitivo y desleal.

Se trata de un libro cuya lectura invita al lector a adentrarse en el apasionante universo de las creaciones intelectuales, ameno, por demás, para cualquier profesional del Derecho y para los que trabajan fuera de este ámbito, lo cual trae causa en el lenguaje diáfano y coherente empleado, sin perder de vista el matiz académico.

Prohibición de empeorar la situación del recurrente. La prohibición de la reformatio in peius en el juicio de reenvío*, de Marily Rafaela FUENTES ÁGUILA, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2019

Cierto es que la interdicción de la reforma en perjuicio del recurrente (*non reformatio in peius*) es una garantía vinculada al esquema propio de los recursos, pero son innegables sus puntos de contacto con el universo de los derechos individuales. Ello se manifiesta sobre todo en la materia penal, orden procesal

* Por el Dr. Ariel MANTECÓN RAMOS. Presidente de la ONBC, Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. El texto que aquí se publica como reseña de esta obra está constituido por fragmentos del prólogo escrito por el profesor MANTECÓN RAMOS a dicho libro.

en que se ubica la obra que presentamos, uno de cuyos principales méritos es mostrarnos claramente la capilaridad y la transversalidad de esta institución, que es mucho más que un episodio concreto del proceso criminal, aquel en que el sancionado inconforme recurre la sentencia ante un tribunal superior.

Este libro constituye una versión específica de la tesis doctoral que, con resultados de excelencia, defendiera Marily FUENTES ÁGUILA en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, y es un privilegio que podamos llevarlo hoy al lector interesado en las problemáticas del proceso penal.

El texto dedica un primer capítulo al análisis de las líneas doctrinales y normativas que contribuyeron, en una dimensión evolutiva, a crear el perfil de una categoría de proyección eminentemente negativa, en tanto se erige en límite de la actuación del tribunal del recurso al constreñirlo a respetar el estado de cosas de la sentencia original, siempre que modificarlo implique agravar la situación del recurrente en solitario. Esta es una restricción que se extiende por igual al tribunal de impulso en aquellos supuestos en que el órgano superior no resuelve por sí mismo el fondo de la inconformidad, sino que, operando mediante reenvío, le devuelve a aquel, las actuaciones para que enmiende el proceso y, eventualmente, la decisión originaria.

En un segundo bloque se contextualiza la institución en la práctica de Cuba. Es un acápite utilísimo, que lleva al lector a conocer los entresijos de una institución que, en la práctica procesal cubana, ha tenido que ir bordándose cuidadosamente, sobre todo en las decisiones del Tribunal Supremo Popular. Es que la *reformatio in peius* deviene garantía de espectro polémico, por su proclividad a poner en colisión valores cardinales del proceso penal, como la eficacia y el descubrimiento de la verdad material, por un lado, y el garantismo, centrado en la protección de la persona humana como sujeto del proceso penal, por otro. Piénsese sino en la difícil disyuntiva a que se enfrenta el juez de reenvío cuando se aportan nuevos elementos de incriminación que deberá repeler o desdeñar, aun si estos condujeran a una mejor aproximación a la verdad, por el solo hecho de que impliquen agravación de la respuesta penal al recurrente que ejerció en exclusiva la acción de impugnación.

Por último, en lo que es sin dudas la parte más conceptual de la obra, se despliegan postulados esenciales que permiten sustentar la *non reformatio in peius* en el juicio de reenvío, un capítulo de extraordinario valor teórico, en tanto demarca, a nuestro modo de ver de manera contundente, la institución en el esquema de garantías del procesado penal.

Este libro, en definitiva, rezuma y transpira garantismo. Al lector avezado le asaltarán seguramente evocaciones, quizá intuitivas o subliminales, del pensamiento de Luigi FERRAJOLI, que regeneró las bases estructurales del garantismo penal y habló de las garantías negativas o de prohibición, vistas como obligación de omisión, en una dialéctica que, quíerese o no, remite a los dilemas del ejercicio del poder –¿qué si no es la jurisdicción?– y sus limitaciones.

Y es que la vocación garantista tiene mucho que ver con el pensamiento mismo de la autora, quien fuera por un tiempo una destacada jueza penal del Tribunal Supremo Popular de Cuba. Asumió allí la ponencia de casos complejos y utilizó en sus fallos casacionales formulaciones como la del *favor rei* en aras de equilibrar el proceso: “no debe un tribunal acometer contra el inculcado todas esas faltas que corresponden a la ineficiencia de la fase preparatoria y que obligan a aplicar un principio general que domina toda la doctrina penal conocido como *favor rei*, el principio de favorabilidad en caso de dudas”; o enarboló el derecho a la defensa como valor superior para rectificar decisiones de tribunales de instancia: “Cuando el tribunal ha omitido la citación al acto del juicio oral del defensor de confianza del acusado y lo ha reemplazado por uno de oficio el día de señalamiento del juicio, ha afectado el derecho fundamental de defensa”.

Pueden encontrarse en las sentencias de Marily FUENTES ÁGUILA soluciones valientes que pusieron en primer lugar los derechos fundamentales –como el derecho a ser juzgado en un plazo razonable–, aun a costa del mejor esclarecimiento en el proceso: “Sería absolutamente injusto que a estas alturas del proceso el Estado anulara lo actuado para retrotraer nuevamente a la fase preparatoria, aumentando los perjuicios causados a una persona contra la que diversos sujetos procesales tuvieron la oportunidad de investigar, acusar y juzgar conforme a la ley, con todas las oportunidades procesales que se conceden a cada uno. El ser humano tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas [...] y si durante todo este tiempo no se ha comprobado su responsabilidad en los hechos [...] resulta de justicia declarar la absolución del acusado para evitar otros males innecesarios”.

Comprobará el lector que este es un texto escrito con corrección y elegancia, hilvanado en una narrativa que no deja nada por decir y en la que ninguna expresión o idea sobra. Es un libro técnico, pero al mismo tiempo cercano. Y no albergo la menor duda de que será excelentemente acogido por la comunidad jurídica, así como tampoco en cuanto a que sus enseñanzas contribuirán al mejoramiento de la teoría y la práctica de nuestro proceso penal.

El juez y el Derecho. El Derecho por principios y la ponderación judicial*, de Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN, UniAcademia, Leyer Editores, Bogotá, D.C., 2020

Es para mí un gran honor poder reseñar el excelente trabajo del profesor Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN, *El juez y el Derecho. El Derecho por principios y la ponderación judicial*.

En este meduloso estudio científico, GONZÁLEZ MONZÓN examina el redescubrimiento de los principios jurídicos, realizado por diversos iusfilósofos y teóricos del Derecho en la segunda parte del siglo XX y la creciente proyección que ello ha tenido en la reflexión jurídica y jurisprudencial de nuestros días.

En la realización de este trascendente análisis para entender la actual práctica jurídica, el autor pasa revista a los principales autores, obras y debates que se han ido sucediendo en Occidente a lo largo de las últimas siete décadas sobre la temática de los principios jurídicos. De la inicial postura kel seniana, que considera que ellos no forman parte del objeto propio de la ciencia jurídica, se pasa a la concepción tópica de Josep ESSER, que sí les da plena acogida en el mundo del derecho. Luego, la obra examina con profundidad el histórico debate entre Herbert HART y Ronald DWORKIN, acerca de si el Derecho es solo normas o está configurado también por principios. Más adelante, el autor da cuenta del trascendental aporte de Robert ALEXI, quien considera a los principios como mandatos de optimización que exigen a los operadores jurídicos el empleo de la novedosa metodología de la ponderación y de la argumentación jurídica, un elemento central de la tarea jurídica, al decir de ATIENZA.

Como puede verse, en el desarrollo del libro GONZÁLEZ MONZÓN recorre los más destacados autores de la filosofía del Derecho germana, anglosajona y latina, dando muestras de un vasto conocimiento y erudición sobre la disciplina iusfilosófica de nuestros días. No se trata de un recorrido caótico y sin rumbo, sino centrado en el debate y los aportes que cada autor realiza en torno al tema de los principios jurídicos.

* Por el Dr. Alfonso SANTIAGO. Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Austral. El texto que aquí se publica como reseña de esta obra está constituido por fragmentos del prólogo escrito por el profesor Alfonso SANTIAGO a dicho libro.

El tema elegido por el autor no puede ser más actual y atractivo. De la exclusión de los principios del mundo jurídico, planteada por el iuspositivismo kelseniano, hemos pasado a la centralidad que hoy se les asigna en la operación del Derecho. El rastrear esta sorprendente trayectoria histórica de los principios jurídicos de un modo dialéctico, poniendo en diálogo y relación a las diversas corrientes y autores que de ella forman parte, es uno de los tantos méritos de la obra que ahora reseñamos.

Como bien afirma GONZÁLEZ MONZÓN, “la existencia plena de los principios solo puede ser defendida coherentemente desde una visión compleja y multidimensional del derecho. Así, según la visión ontológica de la que participe el jurista, los principios serán concebidos como reservorio de los fundamentos, como la esencia, como la verdad misma del derecho o, en sentido opuesto, como arquetipos del lenguaje o del metalenguaje jurídico, utilizados como herramientas discursivas, siendo la misión del operario el manejo de significados disímiles en relación con la función que de estos se pretenda. Por esta razón, es indispensable dejar pautas de la concepción óptica de la que se trae causa”. Podemos decir nosotros: “Dime qué piensas de los principios y te diré cuál es tu concepción del derecho”.

Si los principios jurídicos formaron parte de la realidad jurídica desde siempre, la creciente constitucionalización y convencionalización de los ordenamientos jurídicos que caracterizan al Derecho de nuestros días le han dado un rol decisivo y trascendente. Su definición, identificación, clasificación, interpretación y operación son contenidos y habilidades que tienen que tener los abogados, jueces, legisladores y demás operadores jurídicos de nuestros días.

La referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y de los tribunales constitucionales europeos que aparecen en el libro dan clara cuenta de que los conceptos de principios, ponderación, racionalidad y proporcionalidad, no son solo categorías propias únicamente de los juristas y teóricos del Derecho, sino elementos y metodologías que conforman su práctica y operación diaria.

Celebramos muy vivamente la aparición de este brillante trabajo del profesor GONZÁLEZ MONZÓN y a través de esta reseña queremos avivar su lectura y estudio en profundidad, porque a través de ella se pueden conocer muchos de los aspectos que configuran el Derecho de nuestros días.

Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, dirigido por Francisco LLEDÓ YAGÜE, Ignacio F. BENÍTEZ ORTÚZAR y Juan MENDOZA DÍAZ, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2020

La Constitución cubana vigente, promulgada en abril del año 2019, ha devenido cumplimiento de una serie de paradigmas jurídicos reclamados por el sector académico y social de hace varias décadas. Su contenido acontece en un texto de amplia valía conceptual y acentuada perspectiva garantista, que irradia hacia la protección de los derechos en sede jurisdiccional.

En este marco, la obra *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano* resulta peculiarmente oportuna, por constituir una de las pioneras aventuradas a señalar y analizar las bondades del cuerpo normativo magno, apuntando hacia su influencia sobre las dimensiones teórico-prácticas del Derecho procesal. La investigación se apoya en la experiencia del Derecho español, cuestión que resulta un elemento de vital interés para el lector, dada la estrecha conexión existente entre la historia normativa patria y las instituciones jurídicas ibéricas.

El libro está forjado por veintiún autores, diez españoles y once cubanos, que distribuidos en dieciséis artículos transversalizan las instituciones del acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. El reparto abunda en la materialización de estas categorías en el texto constitucional, donde el lector puede identificar rápidamente cómo su positivización trasciende en una de las herramientas más poderosas para el justiciable, en relación con el reconocimiento y defensa de sus derechos. En este sentido, reveladora ha resultado la observación kelseniana en el primero de los artículos, que subraya la idea de que los derechos (subjettivos, fundamentales, humanos, o cualquier denominación que adquieran) no son tales si no se respaldan a través de garantías objetivas en las leyes.

Atendiendo a esta premisa, uno de los principales aportes del texto resulta la vinculación de aquellos macroprincipios con el valor de seguridad jurídica, partiendo de que su configuración debe comenzar, necesariamente, por su consagración en la Carta Magna, para luego irradiar al sistema judicial y extrajudicial. Junto a ello, es relevante el gamaje de temáticas profundas y entrelazadas a lo largo del trabajo que, conectadas por una secuencia

* Por la Lic. Amanda GONZÁLEZ HERNÁNDEZ. Profesora de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

lógica y congruente, contribuye a formar discernimiento propio en relación con el alto valor procesal de la ley de leyes.

Desde su inicio, la investigación abunda en el derecho a la tutela judicial efectiva, a través de la valoración sobre la pertenencia del contenido del acceso a la justicia y el debido proceso como elementos que la conforman. Ello aporta pautas esenciales, que permiten comprender la importancia de contar desde la ley suprema con un catálogo de garantías procesales que conformen taxativamente este principio e impongan conductas a los operadores del Derecho. El interlocutor puede identificar que la normativa destinada al efecto enmarca esencialmente cuatro aspectos básicos: el acceso a los tribunales, un catálogo de recursos, el deber de motivación de la sentencia y el derecho a su ejecución. Sin embargo, puede concluirse que aquellas se muestran incompletas, mientras no exista un Tribunal Constitucional para su control, tal como afirman PÉREZ GUTIÉRREZ y HIERRO SÁNCHEZ.

La obra no solo vincula los criterios que conforman la tutela judicial efectiva al proceso judicial, sino los métodos alternativos de resolución de conflictos, que han sido recientemente incorporados al texto magno. En esta línea, tanto el arbitraje como la mediación son compatibles con los postulados que conforman este principio, como sostiene GUTIÉRREZ BARRENENGOA. Coincidiendo con PÉREZ SILVEIRA, ello traza el camino hacia una cultura de paz, así como tributa al mejoramiento de la administración de justicia al colocar en manos del justiciable herramientas menos coactivas en la defensa de sus derechos.

La investigación profundiza en el debido proceso como principio novedoso en la Constitución patria de 2019. Este logro es señalado y analizado por LÓPEZ SIMÓ, MANTECÓN RAMOS y DÍAZ TENREIRO con enérgico interés, por resultar uno de los principales avances en la legislatura constitucional cubana. Específicamente, en el contexto de las materias no civiles, CRUZ BLANCA añade los aspectos básicos de un proceso penal garantista y MENDOZA DÍAZ, junto a GOITE PIERRE, contextualizan el diseño del debido proceso a los asuntos penales. Esta visión es aportada en la investigación como elemento que completa el aspecto protector y garante de la Constitución cubana vigente, que exige su desarrollo en las normas procesales a generarse.

Dentro del ámbito penal alcanza peculiar significado el procedimiento *habeas corpus*, abundado por PORTILLA CONTRERAS a la luz del Derecho español y profundizado por GOITE PIERRE hacia su expresión en el nuevo texto constitucional patrio, como mecanismo de protección del derecho a la libertad personal. Al unísono, el *habeas data*, en relación con la protección de datos personales, emerge como otro de los instrumentos de resguardo para los justiciables. Coincido con SERRANO PÉREZ y RODRÍGUEZ MARCANO, como seguramente lo hará el lector, cuando afirman la necesidad de su desarrollo en una norma particular,

que profundice los enunciados constitucionales que lo regulan. Pese a ello, su materialización en la norma suprema es reflejo de un pensamiento y técnica jurídica avanzados, como expone DELGADO VERGARA.

El compendio adentra su cierre con uno de los análisis más controvertidos de la práctica jurídica cubana, en lo relativo a la Administración Pública como órgano al que se enfrenta el ciudadano. Ofrecer garantías específicas frente al ente estatal representa uno de los principales logros de la Constitución, por medio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad en los marcos de un proceso judicial, como razona TEROL GÓMEZ. Siguiendo esta idea, MATILLA CORREA promueve que su configuración general en la legislatura suprema se transmute en un régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de la Administración, así como de garantías procesales para el justiciable.

La obra culmina con el acertado análisis del derecho de amparo constitucional, tratado a nivel general por RUIZ-RICO y situado en perspectiva cubana por PRIETO VALDÉS. Ambos concluyen en la importancia de su existencia como arma en manos del ciudadano, utilizada para potenciar la protección constitucional de sus derechos que, específicamente en Cuba, ofrece una vía judicial de su defensa, completamente novedosa.

El receptor que se adentre en las líneas de esta investigación verá en ella satisfechas las principales expectativas de protección de los derechos ciudadanos. Tendrá a sus manos diversidad de análisis pormenorizados sobre la dimensión garantista del nuevo Derecho constitucional, que emerge cada vez más interconectado con las necesidades sociojurídicas del presente siglo. Percibirá que esta obra es el lienzo donde se ha dibujado el arte de un ordenamiento jurídico que apunta hacia la armonización de sus instituciones; y concluirá en que una vez desarrolladas las normas complementarias que concreten sus postulados, estaremos en una nueva era del Derecho cubano.

La buena administración como noción jurídico-administrativa, de Andry MATILLA CORREA, Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM), Diputación de Jaén, Monografías de Gobiernos Locales, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2020*

Era octubre de 2011, estaba en el Encuentro Internacional *Constitución, Democracia y Sistemas Políticos* en La Habana y escuchaba por primera vez una álgida

* Por la M.Sc. Ana Celia RIVERY RUIZ. Profesora de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente.

ponencia sobre buena administración. En ese instante miré al profesor Andry MATILLA CORREA, con quien ya había conversado mis intenciones de encaminar mi tesis de doctorado bajo su dirección, y me dijo “todavía ese no es el tema”. A inicios de 2013, en una llamada telefónica me dijo “ahora sí y no te asustes con la literatura, yo te acompañaré en este camino”. Y así ha sido hasta ahora.

En 2017 me entregó un borrador de uno de sus proyectos de libro, estaba inconcluso, pero ya se veía que sería un texto valioso, sobre todo porque había logrado –como nadie antes en la literatura iberoamericana– construir el tracto histórico de la buena administración como categoría jurídico-administrativa, para lo cual tuvo que hacer una revisión aguda y extensa de materiales bibliográficos en varios idiomas, que denotan, como bien dice el autor del prólogo, el reconocido profesor español (catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña y presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo) Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “un perfecto conocimiento de la historia del Derecho Público a escala global”, que le imprimen un sello distintivo y original a esta monografía.

A inicios de 2020, el profesor MATILLA CORREA me dijo: “este año sí se termina”, y poco después me hizo llegar la versión final del libro *La buena administración como noción jurídico-administrativa*.

La obra en cuestión, en sus más de trescientas páginas, logra recrear el entorno en el que se ha desarrollado la institución de la buena administración en su devenir histórico, en su regulación jurídica y en su configuración como concepto relevante, capaz de accionar de forma positiva en el régimen jurídico de la Administración Pública y transformarla en función de su razón de ser, servirle al ciudadano. Pero más, advierte los peligros de la mala administración, no desde el ahora, ni desde su solo criterio, sino en voz de quienes han sido grandes estandartes del Derecho administrativo en Europa y América y tomando como referente documentos cuyo valor jurídico e histórico es indubitado, como la *Parliamentary Commissioner Act* de 1967.

Con gran originalidad consigue encontrar y conformar los antecedentes teóricos y regulativos de la buena administración, los que al leerse permiten denotar que tras cada línea hay un trabajo de mesa serio, horas de dedicación y estudios en bibliotecas de distintas latitudes y acceso a documentos históricos valiosos, a los que solo se llega por una muy seria intención y apetito científico.

Así, nos permite conocer los primeros autores que se refirieron a la buena administración en el siglo XVIII (incluso con breves líneas dentro de la literatura que

aborda otros temas y de otras ciencias), los que la desarrollaron en el XIX, en el XX y su gran florecer en el XXI; también los primeros documentos con carácter jurídico en los que ya se hacía referencia a ella en pasados siglos, así como su ascendencia a institución constitucional en la primera mitad del siglo XX.

Con razonamientos serios, agudos y muy fundamentados, MATILLA CORREA va mostrando los méritos y desaciertos de cada regulación que analiza, tomando como referentes los autores iuspublicistas de cada país donde se ha regulado, los debates a que ha sido sometida y los criterios más agudos en favor o en contra.

Estos segmentos bastan para comprender las palabras de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, una autoridad en el tema, cuando al referirse a este libro en el prólogo afirmó: “en las numerosas obras que componen la bibliografía sobre la buena administración, faltaba una sobre la aproximación histórica, que ahora ya los lectores tienen la fortuna de tener en sus manos”.

Especial mérito tiene el tercer capítulo de esta obra que comentamos, en el que su autor logra sustentar el carácter jurídico de esta institución a través de las tres dimensiones desde las que se estudia hoy la buena administración (principio, deber y derecho), no solo limitándose a su enunciación, sino a su contenido y alcance.

Con un lenguaje científico, pero muy ameno, el autor nos involucra en sus sentimientos de conocer más y seguir indagando en una institución que en este siglo corre la suerte de ser entendida como “alma de la nueva administración”, pues, si la noción de *buena* ha estado subyacente en la de Administración Pública desde su surgimiento, hoy como nunca se ha convertido en un medio para una mejor articulación de una esfera de libertad y bienestar para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública, buscando mayor plenitud y una exigencia para la gestión pública.

La constitucionalización de las instituciones del Derecho civil cubano, coordinado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020*

Con el decursar de los años, la fructífera relación del Derecho civil y el Derecho constitucional –concretamente en el ámbito de los derechos fundamentales

* Por la M.Sc. Anabel PUENTES GÓMEZ. Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

de la persona y su protección– ha conllevado a que sea incompleto el entendimiento del uno sin el conocimiento del otro. De igual manera, aplicar en nuestros días los principios y normas de Derecho civil sin transitar por el proceso de constitucionalización que han sufrido sus instituciones, deviene trunca actuación jurídica.

Por ello, aunque novedosa, resulta esperada la obra que presenta el profesor PÉREZ GALLARDO, quien en los últimos años se ha convertido en avezado seguidor de los temas jurídicos civiles más contemporáneos y complejos en el área iberoamericana. Trae así al tintero, junto con otro grupo de brillantes académicos, el análisis de algunas instituciones acogidas por el reciente texto constitucional cubano de 2019, abarcando en lo fundamental el tratamiento de la persona, el patrimonio, la familia, y la herencia.

Precisamente, *La constitucionalización de las instituciones del Derecho civil cubano* deviene un texto que examina la Carta Magna con miradas críticas y enaltecedoras, aportando cómo debe concebirse el Derecho civil cubano en las nuevas realidades y estructuras sociales que se afirman. La inminente propuesta de modificación del Código civil, el Código de familia y otras leyes especiales, se propone a lo largo de toda la investigación, de manera que se presenta un orden jurídico ajustado a las exigencias constitucionales y sociales.

La obra se luce con el prólogo de Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, quien exhibe el ejemplar con dinamismo y explica sus valoraciones sobre el proceso de “desconstitucionalización” del Código civil y lo que para este supone su plasmación en los textos fundamentales.

La obra se estructura en 6 exhaustivas investigaciones, donde la primera inicia con los análisis en torno a la persona natural y la acogida de sus derechos en la Constitución, exponiéndose como eje central la dignidad humana. Le siguen las formas de propiedad como estatuto jurídico regulado en la Carta Magna, artículo con el que se profundiza en las novedades constitucionales, las formas de propiedad y la teoría de la función social y sus claves para una construcción jurídica diferente.

El reconocimiento constitucional del derecho de autor, su acogida en instrumentos internacionales y la trascendencia de ello para la realidad cubana, obliga a la consulta de la obra, pues en ella se encuentran las luces de futuras transformaciones de leyes especiales relacionadas con la temática. También el

perfil constitucional del Derecho de contratos, la libertad contractual, la función social y ecológica del contrato y la constitucionalización como un impulso a la reforma del Derecho contractual, son temáticas magistralmente abordadas en medio de posiciones doctrinales de valía internacional. De igual manera, el derecho de los consumidores se trata en la obra bajo el enfoque de la necesidad de una protección armónica, coherente e íntegra, de forma que se critica la regulación de estos derechos en la normativa constitucional.

Concluye el texto con el tratamiento de la sucesión por causa de muerte y sus perfiles constitucionales. Todo estudioso de los temas hereditarios, la legítima, las personas vulnerables, ha de resultarse atraído por estas líneas, más aun ante el enfoque de repensar las fórmulas patrimonialistas del Derecho sucesorio para redescubrir la vocación personalista del mismo.

Así, la obra que combina brevedad y claridad, demuestra con nitidez las admirables cualidades y capacidades académicas de sus autores; quienes rápidamente, a la entrada en vigor del texto constitucional aportan las sendas para las reformas legislativas que se avecinan. La idoneidad del libro queda demostrada no solo por el momento en que aparece, como valiosa y novísima contribución, sino que constituye un texto crítico, doctrinal, sugerente para los estudiosos de las materias que en él se entrelazan.

León Duguít, Cuba y el Derecho cubano, de Andry MATILLA CORREA, Editorial UniJuris, La Habana, 2020*

La Editorial UniJuris, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, da un paso más en su tarea de divulgar los resultados más relevantes de la producción científica nacional en las lides jurídicas, con la publicación de esta nueva obra del profesor Dr. Andry MATILLA CARREA. Con este libro, su autor salda viejas aspiraciones, pues los que conocemos su vasta producción hemos podido advertir las constantes referencias, tanto de aceptación como de crítica, que ha realizado sobre la impronta vital, la obra y la trascendencia del pensamiento iusadministrativo del ya mítico profesor León DUGUIT. No obstante, la reconstrucción del pensamiento de DUGUIT no es, ni de cerca, el único mérito del libro que se reseña. El profesor MATILLA CORREA utiliza la reflexión duguista como fin, pero también como pretexto para ahondar en el tracto evolutivo de las ideas iuspublicistas del siglo XX cubano, esto en aras de justipreciar el impacto real que la

* Por el M.Sc. Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN. Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

obra del autor francés ha tenido en la tradición jurídica vernácula. Además, y aquí radica uno de los aportes esenciales de la obra, *León Duguít, Cuba y el Derecho cubano*, tiene la primicia de presentar a la comunidad jurídica nacional e internacional un hallazgo bibliográfico notable, a saber: la existencia de un artículo del decano de Burdeos escrito espacialmente para una revista cubana y publicado en un interesante contexto nacional caracterizado por el activismo estudiantil.

Estas tres notas distintivas, referidas a la recreación exhaustiva del pensamiento jurídico administrativo de DUGUIT, a la estimación certera de su recepción en la cultura jurídica nacional y a la presentación de una contribución científica olvidada y envuelta en la confusión, hacen de esta obra de MATILLA CORREA una pieza única *ab intra* del acervo bibliográfico nacional de todos los tiempos. En ella se combina el uso intensivo de las fuentes con el detalle en las reconstrucciones históricas y la agudeza en las interpretaciones de las instituciones jurídicas. Para el que suscribe esta recensión ha sido inevitable, durante la lectura de este libro, no pensar en otra de las grandes obras de la doctrina jurídica cubana, también dedicada a un notable filósofo del Derecho y que marcó un hito en su época, tanto por la novedad de sus enfoques analíticos y conclusiones como por la metodología utilizada. Me estoy refiriendo al ensayo de valoración sobre STAMMLER escrito por Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO.

En aras de cumplimentar los objetivos descritos en la introducción del libro, MATILLA CORREA estructuró la exposición de los contenidos en dos capítulos. El primero de ellos, titulado "Sobre León Duguít", constituye una disertación general sobre los aspectos más significativos de la vida y la obra del padre de la Escuela del servicio público. En este capítulo, el lector podrá conocer, de la mano de la bibliografía más autorizada, las circunstancias históricas que condicionaron el pensamiento duguista, sus fuentes filosóficas, sus características, los conceptos e instituciones fundamentales que trató, sus consecuencias y sus principales aportes. En la exposición de este capítulo hay tres ideas recurrentes que merecen ser puntualizadas, estas son: 1) para DUGUIT el Derecho es un fenómeno cultural, es decir, una resultante de las interacciones sociales, donde lo prescriptivo, jurídicamente hablando, se presenta como un punto de llegada en el tracto evolutivo de las reglas que le son consustanciales a la sociedad. Así, la norma jurídica es producto de la solidaridad social o interdependencia de los hombres; 2) para DUGUIT entre el Derecho y la moral existen notables vínculos. Las normas sociales, económicas o morales se convierten en jurídicas por la conciencia social de que la regla es indispensable por la solidaridad y de que es justo dotarla de coercibilidad, lo refuerza su salida antime-

tafísica; y 3) para DUGUIT se hace necesario partir de una crítica a la metafísica, entendiendo como tal a la no obligatoriedad epistemológica de condicionar toda realidad social a conceptos abstractos preestablecidos. En efecto, la conciencia social no es diversa de las conciencias individuales, ni es una supuesta entidad metafísica, sino que es, simplemente, conciencia de la masa de los espíritus personales.

Como bien se advierte de la lectura de este capítulo, todo el pensamiento de DUGUIT se encuentra mediado por el análisis sociológico. Este sociologismo se concretó en el concepto de solidaridad social, en la negación de los derechos subjetivos, en la introducción de la variable psicológica, en la negación del concepto de soberanía y la exaltación en su lugar de la noción de servicio público. Este complejo aparato conceptual expone la red de conexiones epistémicas en que DUGUIT basó su sistema de pensamiento jurídico, pretendiendo explicar sus puntos de contacto y cada razonamiento deductivo realizado sobre la base de una actitud antimetafísica, autoproclamada positivista, contraria a todo rezago naturalista. Todas y cada una de las implicaciones jurídicas de la especulación sociológica del profesor bordelés encuentran en esta parte del libro de MATILLA CORREA una correcta explicación sistémica, sostenida en un número considerable de obras activas y pasivas, leídas en el idioma original.

El segundo capítulo del libro en comento se titula "León Duguít y Cuba y su Derecho: algo de imaginario y realidad". El contenido fundamental de este capítulo se desarrolla al tenor de cuatro epígrafes. El primero de ellos versa sobre la presencia del pensamiento de DUGUIT en los autores y el Derecho cubanos de las primeras seis décadas del siglo XX. En este contexto, MATILLA CORREA pasa revista a las referencias y análisis que sobre la obra duguista formularon varios de los juristas más significativos de la primera mitad del pasado siglo. Desde las menciones incidentales a DUGUIT realizadas por BUSTAMANTE Y SIRVÉN, hasta las reflexiones más profundas que sobre sus teorías realizaron GOVÍN Y TORRES y RUIZ Y GÓMEZ, el profesor MATILLA CORREA describe las incidencias más sobresalientes de la dinámica evolutiva del pensamiento jurídico nacional que, de una forma u otra, tuvo a bien incorporar descripciones, adhesiones o repudios a las ideas de DUGUIT. La propuesta de MATILLA CORREA trasciende los marcos del Derecho administrativo, razón por cual el lector encontrará en las páginas de este apartado interesantes referencias a los criterios que sobre la obra de DUGUIT emitieron autores como José Antolín DEL CUETO, Emilio MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, Mariano ARAMBURO, Ricardo A. OXAMENDI, Pablo LAVÍN, Mario DÍAZ CRUZ, Fernando ÁLVAREZ TABÍO, entre otros. Con apoyo en las glosas de estos últimos autores a la Constitución cubana de 1940 se puntualiza en este libro el impacto de la

concepción solidarista en este texto fundamental, muy especialmente en lo que respecta a la regulación de la función social de la propiedad en su artículo 87. Después de este extenso bosquejo, MATILLA CORREA concluye discutiendo la afirmación, sostenida a veces con ligereza, que postula que León DUGUIT fue, posiblemente, el jurista extranjero más influyente en Cuba hasta comienzos de los años cuarenta. MATILLA CORREA se aparta de este absolutismo y propone una salida moderada que, con mucho juicio, coloca a DUGUIT en la órbita de los imprescindibles para la comprensión del pensamiento jurídico cubano de la primera mitad del siglo XX, pero siempre acompañado, en igualdad y hasta en superioridad de condiciones, por otros tantos autores y doctrinas.

En otro momento del segundo capítulo, MATILLA CORREA diserta sobre la singularidad que supone el hecho de que DUGUIT escribiera un artículo especialmente para un medio cubano. Esta cuestión, que ha sido oscurecida por equívocos e informaciones parciales, es un atractivo indiscutible de este libro. En un espacio de quince cuartillas se aportan las evidencias necesarias para concluir, como una de las tesis posibles, que las referencias que hasta el momento se han realizado a un supuesto artículo de DUGUIT publicado en La Habana en el año 1924, titulado “La concepción solidarista de la sociedad”, no son del todo precisas. Todo apunta a que la falta de precisión se debe a que los autores que se han propuesto listar la obra de DUGUIT (entre ellos BONNARD) solo han tenido, respecto a la publicación de La Habana, referencias indirectas. No obstante estas confusiones, lo cierto es que DUGUIT publicó, en marzo de 1924, un artículo en la revista *Juventud. Revista de los Estudiantes renovadores de la Universidad de La Habana* (año 1, tomo 1, No. VI, pp. 13-21), titulado “La concepción solidarista de la libertad”, y que afortunadamente el autor del libro que se comenta reproduce a modo de anexo, salvándolo así del olvido de tantos años. El principal artífice de esta revista fue Julio Antonio MELLA, lo que en cierta medida da señas de la simpatía de DUGUIT por los contenidos divulgados en este medio, sin duda representativos del pensamiento democrático del estudiantado cubano de avanzada. Todo parece indicar que la invitación fue cursada a DUGUIT por un joven Emilio MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ. Todas estas particularidades, acompañadas de la correspondencia previa a la publicación del artículo y de otras interesantes y curiosas noticias, se ponen a disposición del lector con la presa amena del profesor MATILLA CORREA.

Otra sección de mucho interés en este capítulo está dedicada a la impronta de DUGUIT en el pensamiento de dos figuras revolucionarias de la Cuba republicana anterior a 1959, estas son: Julio Antonio MELLA y Fidel CASTRO RUZ. Aquí podrá el lector conocer y valorar el impacto que la obra del profesor francés

supuso en el pensamiento revolucionario de MELLA, específicamente en lo que respecta a la naturaleza clasista del Estado y su verdadero rol en la sociedad políticamente organizada. También podrá constatar el mismo fenómeno en el pensamiento revolucionario de Fidel CASTRO, volcado en su alegato de autodefensa por los sucesos del Moncada, conocido como *La Historia me absolverá* y pronunciado el 16 de octubre de 1953 en la décimo segunda y penúltima vista oral de la Causa No. 37 de 1953, radicada en la Sala Primera de la Audiencia de Santiago de Cuba, en el que se expone brevemente la concepción duguista del derecho de insurrección frente a la tiranía.

Finalmente, cierra el libro con algunas pinceladas sobre la recepción de DUGUIT en el pensamiento jurídico cubano posterior a 1959. En este contexto se denota, en contraste con lo acontecido en los primeros sesenta años del siglo XX, un franco desconocimiento, propiciado, entre otros factores, por los nuevos derroteros políticos adoptados en el país y el consumo intensivo de la literatura soviética que esto provocó, tendente a descalificar cualquier aportación teórica proveniente del “mundo burgués”. Aquí el profesor MATILLA CORREA aprovecha la oportunidad para, de modo entusiasta, dar cuenta de la superación paulatina de esa situación, a la vez que invita a redescubrir las particularidades de un autor de todos los tiempos como lo es León DUGUIT.

Es precisamente el entusiasmo lo que caracteriza esta nueva obra del profesor Andry MATILLA CORREA. El entusiasmo personal de leer a los clásicos con ganas renovadas y el entusiasmo colectivo que provoca en las nuevas generaciones de juristas a través de sus enseñanzas. Es ese entusiasmo el que marca su obra y el que la distingue de la frecuente esterilidad científica de las moderneces. ¡Seamos, pues, parte de ese sano entusiasmo!

Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho*, dirigido por Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021

La lectura de la obra *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho*, deja en mí una gran satisfacción. Se unen razones que provocan el desvelo de quien esta reseña escribe: el estudio del apasionante tema del reconocimiento de las niñas, los niños y los adolescentes en el Derecho, en la letra de un colectivo de autores bajo la dirección del profesor sevillano Guillermo

* Por la Dra. Jetzabel M. MONTEJO RIVERO. Profesora de Derecho Civil y de Familia, Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y de nuestro maestro Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, que una vez más deleita con su sapiencia. En esta ocasión –entre las dos Habanas: la de Cuba y la de Cádiz–, definen el eje temático en materia de capacidad de las personas menores de edad: el equilibrio –que no fácil de lograr– entre el pleno desarrollo de la personalidad y la protección que merecen en su condición de personas.

Caracterizar la situación jurídica de las personas menores de edad no ha sido tema pacífico en la doctrina de Derecho civil. A lo largo de la historia se manifiestan disímiles puntos de vista en relación con el ejercicio de su capacidad, resultado del tratamiento otorgado al estado civil de la minoría de edad durante las codificaciones decimonónicas, que sustituyó el esquema gradual de la capacidad –legado por Roma–, desde la infancia hasta la edad adulta, con distintos efectos jurídicos.

Mas, por fortuna, y en palabras de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y PÉREZ GALLARDO –en hermoso prólogo–, “hoy, en cambio, las aguas del Derecho parecen –en parte– volver a su cauce –tal vez el natural–, al menos a sus orígenes, aunque, por supuesto, de un modo renovado, acorde a los tiempos actuales, distinguiéndose, entre niños y niñas, infancia y adolescencia [...]”, que alcanzan reconocimiento jurídico en la especificidad de su persona; corolario de un proceso de internacionalización que exige la adopción de nuevas formas de interpretación de las normativas infraconstitucionales, en la protección de principios consagrados en los magnos textos modernos, favorables al ejercicio de la capacidad de los menores de edad y de los derechos de las personas con discapacidad.

Esa línea de pensamiento proyecta la estructura que adopta la presente obra. En una primera parte aborda el objeto de investigación desde su evolución, interpretación y protección, a través de los ensayos titulados: “Conceptuación de la capacidad: Del paternalismo a la autonomía”, de Ma del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA; “Nuevos paradigmas y retos de la personalidad jurídica. Análisis desde la perspectiva de los derechos de la infancia y de las personas con discapacidad”, de Fernando José OROPESA ROMERO; “*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda*: ‘Viejos’ principios para interpretar ‘nuevas’ reglas sobre capacidad y prohibiciones”, de Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA; y “Capacidad de las personas por razón de la edad. Uno de los modelos (¿A exportar?) de la legislación española”, de Carmen BAYOD LÓPEZ.

Sólidos argumentos delinean el denominador común de las contribuciones que integran la primera parte del texto. Merece destacarse el análisis del tema des-

de una perspectiva evolutiva, convencional, constitucional y jurisprudencial, que evidencia la asunción de un cambio de paradigma de la capacidad que excluye la incapacidad como concepto general. En consecuencia, el influjo en comunión del Derecho internacional, que afecta por igual a las normas relativas a la capacidad de las personas menores de edad y la de las personas con discapacidad, deviene brújula orientadora de las reglas generales de interpretación en sendas materias; en especial, cuando se limita o restringe la capacidad –respecto a quienes–, la Convención sobre los derechos del niño y la Convención de los derechos de las personas con discapacidad dignifican, en su condición de personas sin discriminación alguna y sujetos titulares en el ejercicio de sus derechos.

Interesantes nociones y presupuestos jurídicos muestran las aportaciones de las autoras y los autores en la segunda parte, denominada “Capacidad y protección del menor en el ámbito público y privado”. Figuran en esta parte los siguientes títulos: “Ejercicio de derechos por la persona menor de edad en Argentina. Análisis de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (CCYC) en el marco de la CDN y otras leyes”, de Alicia Beatriz RAJMIL; “Regulación y problemática derivada de la capacidad del menor en el ámbito sanitario español”, de Josefina ALVENTOSA DEL RÍO; “Evaluación de la capacidad del menor. El problema recidivante”, de Eugenio PIZARRO MORENO; “Tratamiento de los menores transexuales, hoy, en España: de trastorno a condición sexual”, de Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA; “Capacidad de las personas menores de edad en el ámbito patrimonial”, de Martín Miguel CULACIATI; “Uso de la vivienda familiar y crisis matrimonial en España: el interés del menor como fundamento cardinal”, de Manuel GARCÍA MAYO; “Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad”, de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO; y “Los menores y las personas con capacidad modificada ante la partición hereditaria: derecho transitorio”, de Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO.

Los ensayos anteriores ilustran una tendencia del Derecho del siglo XXI en la que parecen desdibujarse las líneas que separan el ámbito público y el privado, al hilo de una aproximación del texto fundamental a las materias de Derecho Civil, lo cual posibilita la interpretación de sus normas con vocación personalista, que rebasa la clásica noción de capacidad/incapacidad en el ejercicio de los derechos más allá de la edad, la discapacidad o cualquier otra circunstancia, en plena armonía al orden jurídico convencional en materia de derechos de la infancia.

Valor indubitado presentan los criterios expuestos sobre la configuración de un régimen jurídico de capacidad de los menores de edad, tanto en la esfera patrimonial como en la relativa a los derechos inherentes a la personalidad. En esta

última, cobra especial significado la atribución de capacidad de obrar en el ámbito sanitario, acorde con el principio de autonomía progresiva, que ha de interpretarse *in concreto* en un enfoque de derechos humanos. En Cuba, el tratamiento del tema en general queda esbozado desde la cobija constitucional y convencional que hoy reciben los niños, las niñas y los adolescentes, en virtud de la cual, el derecho de testar debe incluirse en la amplia *ratio* que protege y garantiza el principio de interés superior en comunión con otros principios constitucionales.

Llegue a manos de la comunidad científica patria, fidedigna docena de contribuciones de académicos de España, Argentina, México y Cuba, sobre una temática que no solo interesa a docentes e investigadores, sino además a los legisladores de nuestro próximo Código de las familias y, en especial, a los operadores jurídicos, que en su quehacer asumen el reto de equilibrar la balanza entre el desarrollo de la personalidad y la protección de las personas menores de edad. Mis felicitaciones al colectivo de autores, a los directores de esta valiosa obra, que de seguro abrirá puertas a futuras investigaciones en los predios de las niñas, los niños y los adolescentes en el Derecho.

El Derecho contractual en clave constitucional, dirigido por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Marcelo AMORÍN PISA, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021*

En los últimos años ha sido una tendencia en el ámbito del Derecho, el fortalecimiento de los vínculos entre las diferentes ramas que lo conforman y la difusión de los límites que otrora marcaban con rigidez el objeto de regulación de cada una de ellas. Un ejemplo de este fenómeno es la constitucionalización del Derecho administrativo, penal, familiar, mercantil y también civil. La incorporación a la Ley Fundamental de contenidos que no son típicamente constitucionales, quizás ha venido a reforzar el “orden natural” de las cosas: la Constitución es la base y la cúspide del ordenamiento jurídico, sus contenidos obligan a todas las personas y poderes públicos y constituyen punto de partida para la interpretación y aplicación de las normas del sistema jurídico; esto es: el principio de supremacía constitucional.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho civil genera especial atención por el carácter de este último de Derecho privado por excelencia. Su proliferación significa la conciliación o difuminación de lo público y lo privado.

* Por la M.Sc. Nileydis TORGA HERNÁNDEZ. Profesora de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Pinar del Río.

Está claro que a la Constitución no pueden incorporarse todas las instituciones de Derecho civil, porque ello es objetivamente imposible y además, no es su finalidad. En algunos casos, se protegen de manera expresa derechos o figuras jurídicas concretas, pero en otros es necesario un análisis extensivo e integrador para encontrar las bases constitucionales de una determinada institución jurídica civil. Es este el caso del Derecho contractual y hacia donde se encamina la obra que se presenta.

El libro que ahora se recensiona persigue visualizar los perfiles constitucionales del Derecho de contratos con una mirada jurídica multinacional, que involucra a varios representantes de la comunidad ibero latinoamericana más Italia. En un total de 19 trabajos, científicos, docentes e investigadores de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, España, Italia, Perú, Uruguay y Venezuela hurgan en el texto constitucional de sus respectivos Estados para poner al descubierto los fundamentos constitucionales del Derecho contractual; encontrando como denominador común el reconocimiento del derecho a la libertad que se traduce en autonomía de la voluntad y libertad de contratación. Otros fundamentos, más o menos recurrentes en las diferentes constituciones, fueron identificados en los derechos a la propiedad, a la igualdad y de los consumidores.

Pudiera llamar la atención que, a diferencia de las obras tradicionales, el texto *El Derecho contractual en clave constitucional* no cuenta con un prólogo que valore, comente e introduzca su contenido. Pero en realidad es que el autor del primer trabajo que se presenta, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, prefirió declinar la encomienda que al respecto le dieran los directores del libro, en favor de una guía para la mejor comprensión y para futuras incursiones en el tema. Significa que, desde los inicios, se nos augura la diversidad de aristas por las que puede ocurrir el asunto y se lanza, subliminalmente, una invitación a nuestros propios análisis sobre el tema, que convierten al destinatario en un lector proactivo.

Secunda los análisis de LÓPEZ Y LÓPEZ el trabajo de Julio César RIVERA (Argentina), que muestra la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la protección de los derechos derivados de la concertación de un contrato. Para ello se realiza un recorrido jurisprudencial, que se inicia en los primeros años del siglo pasado y se extiende hasta 2007, dejándonos la añoranza por citas de sentencias más actuales, ilustrativas del tema tratado.

Arturo CAUMONT (Uruguay) trae al contexto constitucional de su país los tres postulados fundamentales sobre los que se erigió la ideología de la Revolución Francesa, concretados en principios del Derecho contractual. Su coterráneo,

Andrés MARIÑO LÓPEZ, se centra en el principio de igualdad y sus matices en los contratos por adhesión. Especialmente aborda el supuesto patológico de ruptura del equilibrio contractual que conduce a la revisión del contrato. Para ello parte de la exploración teórica de categorías como sistemas jurídicos, normas jurídicas y subsistemas de Derecho, que resulta ser bastante extensa en relación con el tratamiento concreto del tema central de su trabajo.

Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (Argentina) estudia con muchísima amplitud el derecho a la libertad de contratación y su manifestación en el Derecho argentino. Gunther Hernán GONZALES BARRÓN (Perú) vuelve sobre este mismo derecho, pero ahora a la luz de la Constitución peruana y, aunque no se declara en el título del trabajo, el estudio se enmarca en un entorno de economía social de mercado, en correspondencia con lo que establece la Carta Magna de ese país para el ejercicio libre de la iniciativa privada. El derecho a la libertad en general y a la libertad contractual en específico es también analizado por Gloria DÍAZ PARDO (España), con especial referencia al contrato de arrendamiento y a los contornos de intervención permitidos para los poderes públicos.

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN (Venezuela) trae un artículo que hubiese podido situarse entre los primeros del texto, pues estudia el fenómeno de la constitucionalización del Derecho contractual con un enfoque general, con ejemplificaciones de la Constitución venezolana. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (Cuba), único representante de la doctrina cubana en la obra, aborda el tema al amparo de la Constitución de 2019 y aprovecha para manifestarse a favor de actualizar, modificar y reformar el Derecho contractual cubano desde un trasfondo constitucional.

María Fernanda VÁSQUEZ PALMA y Gloria VARGAS ALMONACID (Chile) reflexionan sobre la constitucionalización del Derecho de contratos en Chile y el rol que ha desempeñado en ese proceso la acción constitucional de protección. Lucas ABREU BARROSO, Pablo MALHEIROS DA CUNHA FROTA y Daniella GONÇALVES STEFANELLI (Brasil), a seis manos, sometieron a análisis la función social del contrato al amparo del Código civil de 2002. Lorenzo MEZZASOMA (Italia) se adentra en la influencia de la Constitución italiana en el Derecho contractual del consumidor, específicamente en cuanto a la resolución de conflictos.

Marcelo AMORÍN PISA y Guillermina LEONTINA SOSA (Uruguay) irrumpen en el análisis de un estatus que parece haberse ensanchado en la actual situación de pandemia: la vulnerabilidad. En este sentido resaltan la incidencia de la función social del contrato y la buena fe objetiva como principio contractual.

Por su parte, Romualdo BAPTISTA DOS SANTOS (Brasil) nos trae un artículo en el que estudia el derecho a la información en las relaciones contractuales como expresión de los principios constitucionales de dignidad humana, igualdad y solidaridad, y los principios de ética, socialidad y operabilidad, que adopta el Código civil de 2002, y los principios de buena fe objetiva y de función social, que imponen deberes de lealtad y cooperación entre contratantes, acogidos por el citado Código y por el Código de Defensa del Consumidor de 1990. También desde Brasil, Livia Gaigher B. CAMPELLO y Mariana RIBEIRO SANTIAGO, con sus análisis desde la ciencia jurídica, nos invitan a un consumo responsable y sostenible, centrado en el consumo colaborativo mediante la proliferación de la permuta y el trueque (figuras que no se distinguen en todos los ordenamientos jurídicos).

Hugo DÍAZ FERNÁNDEZ (Uruguay) examina la relación obligacional de asistencia sanitaria como realización del derecho fundamental de protección a la salud; mientras que Giovanni BERTI DE MARINIS (Italia) lleva el Derecho constitucional con matices contractuales hasta la esfera de la negociación financiera. Sobre un tema sumamente actual discurren las ideas de Juan José MARTÍNEZ MERCADAL (Uruguay), que reflexiona acerca de cómo impacta la inteligencia artificial, el avance tecnológico y la contratación algorítmica en la constitucionalización de la teoría general del contrato. Cierran los trabajos el artículo de Jorge OVIEDO ALBÁN (Colombia), que nos propone el análisis de un supuesto de hecho en el que la jurisprudencia declara la nulidad absoluta de una cláusula de terminación unilateral del contrato por violación de una regla constitucional.

Como se puede apreciar, el libro *in commento* es muy diverso en cuanto a contenido y también a Derecho comparado y, en el caso de algunos artículos puntuales, un reto o ejercitación lingüística para los hispanohablantes. Amén de tantos acápites abordados, hubiese sido interesante encontrar algún pronunciamiento sobre el debate que se sostiene en la doctrina acerca de la pertinencia de regular la autonomía privada como un derecho constitucional de garantía, dentro de las normas que reconocen y refuerzan los derechos inviolables de la persona, independiente del derecho general a la libertad.

Sin dudas, la comunidad jurídica encontrará en la obra que se reseña un material para enriquecer su crecimiento profesional. La invitación a la lectura ya está hecha, y para los investigadores más inquietos, también el llamado a incursionar en el tema. Con punto de partida en este texto me sumo a la convocatoria de la Dra. Martha PRIETO VALDÉS cuando en la *Revista Cubana de Derecho* No. 47 recensionaba el libro *Derecho Familiar Constitucional*, e instaba a otros

doctrinarios a seguir por el fenomenal camino de introducir el estudio de la constitucionalización de las diferentes ramas del Derecho en el ordenamiento jurídico cubano.

Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA), de Sagrario MORÁN BLANCO, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2021*

El narcotráfico es una actividad económica delictiva, estimulada y propiciada por la oferta y la demanda de un conjunto de sustancias ilícitas. Constituye en la actualidad una de las principales formas adoptadas por la delincuencia transnacional organizada. Su presencia erosiona la estabilidad socioeconómica y política, así como el desarrollo sostenible de los Estados en los que tiene lugar.

El tráfico de drogas es un “negocio” antiguo, cuyo control ha estado presente por largo tiempo en la agenda internacional. Sin embargo, en los últimos años el narcotráfico se ha transformado en una amenaza para la seguridad internacional como resultado de su creciente transnacionalización, interacción con otras manifestaciones del crimen organizado e impacto en todas las esferas de la vida pública.

Disímiles instrumentos, estrategias y programas se han dedicado a controlar el narcotráfico. El combate contra ese flagelo ha consumido el tiempo y los recursos de Estados y organizaciones internacionales. Sin embargo, ello no se ha traducido en una reducción significativa del tráfico de drogas a nivel global, en tanto las medidas adoptadas atacan fundamentalmente los efectos más sensibles del narcotráfico y no sus causas.

En la práctica, el cumplimiento del régimen internacional de control de drogas en ocasiones colisiona con el de los Derechos Humanos. Asimismo, el combate contra el narcotráfico incide en otros ámbitos propios del Derecho internacional contemporáneo, como la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. En otro orden, las estrategias internacionales antinarcóticos con frecuencia violentan principios que sustentan el ordenamiento jurídico internacional, como el de buena fe y la igualdad soberana de los Estados, subordinando temas de la agenda global a prioridades políticas nacionales, mediando y condicionando las relaciones entre los Estados.

* Por la M.Sc. Elizabeth VALDÉS-MIRANDA FERNÁNDEZ. Profesora de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

Los problemas relacionados con el narcotráfico varían de un país a otro, agudizados por la capacidad de este fenómeno de adaptarse a nuevas circunstancias e interactuar con otras manifestaciones del crimen organizado y la delincuencia común. En América Latina y el Caribe se produce y distribuye un volumen significativo de cocaína y otras drogas, la mayor parte de las cuales abastecen al principal consumidor mundial de estas sustancias: Estados Unidos. El narcotráfico está en la génesis de la inseguridad, la violencia, la corrupción, la pobreza, la inequidad, la dominación y la desesperanza que vive el continente.

En este complejo panorama se inscribe la obra que hoy reseñamos, *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, de la profesora Sagrario MORÁN BLANCO, catedrática de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos, editada por tirant lo blanch en 2021.

Este texto se estructura en dos partes, la primera de ellas dedicada al fenómeno del narcotráfico en América Latina y el Caribe, sus causas, consecuencias y conexiones con otros delitos. En sus páginas, la autora acomete la difícil tarea de deslindar conceptualmente el crimen organizado y el narcotráfico, estrechamente imbricados en el espacio latinoamericano. La obra revela la complejidad y diversidad que reviste la delincuencia organizada en la región, con énfasis en el tráfico de drogas como una de sus dimensiones por excelencia. De especial interés resulta la identificación y análisis de los factores que potencian el narcotráfico en América Latina y el Caribe, tales como el adverso contexto socioeconómico, signado por la pobreza y la desigualdad, así como la fragilidad institucional e inestabilidad política de los Estados del área.

Sentadas estas bases, la profesora MORÁN BLANCO emprende un detallado estudio de la evolución del narcotráfico en la región. Siempre apoyada en hechos y datos, la autora recorre la ruta de la producción, elaboración, distribución mayorista, transporte internacional, distribución minorista y consumo de drogas. A continuación explora las consecuencias políticas, económico-sociales y ambientales de este fenómeno en Latinoamérica; con especial mención a la corrupción "como el gran factor coadyuvante del narcotráfico". La violencia y la inseguridad ciudadana son analizadas con mayor detenimiento y profundidad en epígrafe aparte, como principales resultados del tráfico de drogas, imprescindibles para aquilatar su verdadera magnitud e impacto en América Latina y el Caribe.

La segunda parte del trabajo se centra en la cooperación para la lucha contra el narcotráfico en América Latina y el Caribe. En ella se examinan las más

relevantes políticas estatales como las denominadas de “mano dura”, los “acuerdos de convivencia” –que combinan medidas de tolerancia y de represión–, así como las reformas penales, entre otras. A renglón seguido se analizan los marcos de cooperación interestatal y multilateral en distintos niveles: entre Estados latinoamericanos; como parte de planes específicos para luchar contra el narcotráfico; en los esquemas de integración latinoamericanos y de la Comunidad Iberoamericana de Naciones; así como la cooperación entre América Latina y otras regiones. Por último, se abordan las acciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la lucha contra el narcotráfico en el plano hemisférico.

Distingue a este segundo bloque el enfoque crítico, no solo de las políticas y acciones en todos los ámbitos, sino de los instrumentos jurídicos formulados y aplicados para contener el narcotráfico. Tratados, convenciones y paquetes de leyes son meticulosamente estudiados por la autora, que identifica en ellos logros y errores. Por último, las conclusiones revelan, con acierto y objetividad, la importancia de poner en práctica nuevos mecanismos y herramientas en la lucha contra el narcotráfico. La catedrática enfatiza la existencia de distintas realidades, que demandan políticas multidimensionales centradas en la seguridad humana y la erradicación de los factores que favorecen el tráfico de drogas. Para concluir, MORÁN BLANCO se refiere a lo que constituye la tesis central de su libro: la importancia de la cooperación como única opción viable para hacer frente a un problema global como el narcotráfico.

La obra que hoy nos ocupa es fruto de una larga y profunda investigación, sobre la que tuvimos la oportunidad de escuchar en Cuba a su autora en el IX Encuentro Internacional 2019: *Escuela de verano de La Habana sobre Derecho Internacional*. Viene avalada, además, por la amplia trayectoria investigativa de SAGRARIO MORÁN, quien tiene a su haber un importante número de publicaciones en materia de cooperación para el desarrollo, derechos humanos, Iberoamérica, delincuencia organizada y protección medioambiental, una de las cuales, *Seguridad energética y medio ambiente. Dos caras de una misma moneda. Especial referencia a la Unión Europea*, fue reseñada en esta revista hace poco más de un lustro.

No por esperado resulta menos encomiable el vasto conocimiento de la realidad latinoamericana de que hace gala en estas páginas SAGRARIO MORÁN, quien además de su desempeño académico, ha participado en misiones de observación electoral organizadas por la UE, OSCE y Naciones Unidas en Bosnia Herzegovina, Albania, Kosovo, Sierra Leona y Venezuela. Estamos ante una obra bien

documentada, aguda en sus análisis y diáfana en su redacción. La autora logra ahondar en un tema transversal y transnacional, sin acudir a fórmulas rebuscadas que entorpezcan la comprensión de un fenómeno de por sí complejo.

Vale la pena resaltar a lo largo del texto la presencia de la protección de los derechos humanos y el desarrollo sostenible como pautas a seguir en el abordaje del narcotráfico. Asimismo, debe destacarse la objetividad con que la catedrática encara el tema, desde el rigor y la honestidad que deben caracterizar a la producción científica. Se agradece igualmente el enfoque integral, que combina elementos sociológicos, económicos, políticos y jurídicos, desde una perspectiva internacional. En resumen, estamos en presencia de un texto pertinente, actual y valioso, de obligada lectura para quienes pretendan adentrarse en el complejo entramado del crimen organizado y el narcotráfico en América Latina y el Caribe.

Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, dirigido por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021

“Queremos una sociedad basada en la equidad, la justicia, la igualdad y la interdependencia, que asegure una mejor calidad de vida para todos sin discriminaciones de ningún tipo, que reconozca y acepte la diversidad como fundamento para la convivencia social. Una sociedad en donde lo primero sea la condición de persona de todos sus integrantes, que garantice su dignidad, sus derechos, su autodeterminación, su contribución a la vida comunitaria y su pleno acceso a los bienes sociales”.

Declaración de Managua, Nicaragua, diciembre de 1993

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, es la frase inicial de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Hoy, a más de 50 años, los derechos de las personas con discapacidad resultan en muchas latitudes y escenarios incomprensidos, limitados e incluso, desconocidos.

En este contexto emerge la obra *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* como una excelente herramienta desde las ciencias jurídicas, en la que las valiosas contribuciones de prestigiosos juristas y académicos de países

* Por la Dra. Yairis ARENCIBIA FLEITAS. Profesora de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Matanzas.

como España, Cuba, Argentina e Italia ofrecen miradas que rebasan los tradicionales estudios jurídico-legales, para buscar caminos interpretativos que verdaderamente tributen a la transformación de la realidad social que hoy viven estas personas.

Es así que, lejos de redundar en conceptos ya incorporados en la Convención de New York o en meros criterios generales, se centra en el verdadero problema en torno al cual gira esta temática, al convertir al Derecho en pieza clave dentro del engranaje de visibilización de las potencialidades y oportunidades de las que son merecedoras las personas con capacidades diferentes en todo el mundo.

Los 20 materiales que conforman este texto –dirigido por los prestigiosos académicos Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA– consiguen una visión holística, toda vez que comprenden temáticas tan importantes como el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con algún tipo de discapacidad en los ámbitos personal, patrimonial, familiar, registral, sucesorio, educativo, sanitario, judicial y notarial. A ello se agrega que consiguen ofrecer reinterpretaciones a antiguos principios del Derecho (como *in dubio pro capitate* y *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*), a instituciones jurídicas cardinales como la curatela o los apoyos, a las normativas de distintos países e instrumentos internacionales y a criterios de organismos de derechos humanos, a fin de redireccionar el sentido y significado de la participación del titular del derecho, sea cual fuere la causa o intensidad que provoca su condición personal diferenciada y al mismo tiempo, ajustadas a ella.

Coadyuva así esta obra al noble e ineludible propósito de desterrar las ancestrales concepciones estigmatizantes que han situado a las personas con capacidades diferentes al margen del Derecho, en su visión como personas y como sujetos, enaltecendo su dignidad humana hasta un plano superior, determinado por el reconocimiento real de sus aptitudes y competencias en todos los espacios de su vida.

De ahí su enorme mérito para la práctica jurídica y la sensibilización individual y colectiva, al condensar en sus páginas profundos valores reflexivos con un lenguaje técnico, pero al mismo tiempo asequible para cualquier lector, que reconduce la perspectiva de la discapacidad a través de una impronta liberadora de prejuicios, estereotipos y exclusiones, interpelando a todos los actores involucrados en este proceso a asumir sus responsabilidades sociales a cabalidad.

ACTUALIDAD JURÍDICA

OTORGAN EL PREMIO NACIONAL DE DERECHO “CARLOS MANUEL DE CÉSPEDES” 2020 AL DR. JUAN MENDOZA DÍAZ

La Unión Nacional de Juristas de Cuba otorga anualmente el Premio Nacional de Derecho “Carlos Manuel de Céspedes”, con el propósito de reconocer la vida y obra de los juristas que han mantenido una destacada trayectoria profesional, en la docencia, las investigaciones o el ejercicio de la profesión. Este Premio se instituyó en mayo de 2005, en el VI Congreso de la UNJC.

El Jurado designado por la Junta Directiva de la Unión Nacional de Juristas de Cuba acordó, por unanimidad, conceder el Premio Nacional correspondiente al año 2020, al Dr. Juan MENDOZA DÍAZ, relevante jurista, que ha dedicado su vida al desarrollo de la ciencia del Derecho

El Dr. Juan MENDOZA DÍAZ es Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la Unión Nacional de Juristas de Cuba; Director de la Revista Cubana de Derecho; Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana; Profesor Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Máster en Derecho Privado por la Universidad de Valencia, España; Especialista en Derecho Penal por la Universidad de La Habana y Árbitro de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Recientemente fue elegido como Miembro Alterno de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París, para el período 2021-2024.

Comenzó su vida laboral en 1981, como abogado en los Bufetes Colectivos de Villa Clara, donde se desempeñó como Director del Bufete Colectivo de Santa Clara y Director Provincial de los Bufetes Colectivos en Villa Clara. Fue supervisor y jefe del Grupo Nacional de Supervisión de los Bufetes Colectivos. Fue director de varios Bufetes Colectivos en La Habana y en 1990 fue electo Secretario de la Junta Directiva de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, responsabilidad que ocupó hasta 1994, en que fue designado Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, responsabilidad que ocupó durante 26 años, hasta el 2020. Es consultor externo del Bufete Internacional. Participó en importantes procesos judiciales en el país. Fue abogado defensor en el Juicio de la Causa No. 2 del año 1989 y en 1999 coordinó el equipo de abogados que estableció la Demanda contra el Gobierno de los Estados Unidos por Daños Humanos (Demanda del Pueblo de Cuba).

Ha ocupado otras responsabilidades, como la de Vicepresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba durante trece años y Vocal de la Comisión Elec-

toral Nacional en las elecciones parciales de 2005 y las generales de 2007-2008 y 2012-2013. En los años 2003 y 2004 se desempeñó como Director de las Escuelas de Trabajadores Sociales de Cojímar, primero, y Salvador Allende, posteriormente.

Fue Coordinador del Programa de Doctorado en Derecho que impartió la Universidad de Valencia en la Universidad de La Habana, durante los años 1998-2001. Es miembro del Tribunal Permanente de Grados Científicos en Ciencia Jurídica, del Tribunal de Categorías Docentes para profesores Titulares y Auxiliares de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y, desde 2019, del Consejo Científico del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro del Consejo Editorial de la Revista de Estudios Iberoamericanos del Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Ha participado en varios programas académicos internacionales e impartido conferencias en universidades de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú y República Dominicana.

Es autor de numerosos artículos científicos, así como de varios libros vinculados al Derecho Procesal y al Arbitraje Comercial Internacional.

Forma parte de varios grupos de trabajo encargados de la elaboración de proyectos de leyes derivados de la Constitución de 2019.

Por la Unión Nacional de Juristas de Cuba ha recibido los sellos por el XXX y el XL aniversario de la Organización.

El conjunto de los méritos relacionados y las responsabilidades y misiones realizadas de forma exitosa, permiten reconocer en el Dr. Juan MENDOZA DÍAZ una destacada actuación en la práctica y desarrollo del Derecho en Cuba.

Junta Directiva Nacional
Unión Nacional de Juristas de Cuba
La Habana, 26 de febrero de 2021.

CONVOCATORIA AL 9NO CONGRESO DE LA UNIÓN NACIONAL DE JURISTAS DE CUBA

El Consejo Nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba convoca al 9no Congreso de la Organización, los días 7 y 8 de junio del año 2022, en el 45 aniversario de su fundación. El lema central de nuestra magna cita será:

Derecho, ciencia e innovación al servicio de la justicia

El proceso orgánico que se inicia con esta convocatoria llama a cada jurista miembro de la Organización a contribuir, desde sus delegaciones de base, a un profundo debate en torno al cumplimiento de los objetivos que nos trazamos en las proyecciones de trabajo para la etapa 2017-2022 y que centran su atención en la dimensión ética e ideológica de quienes se desempeñan en el ámbito jurídico; en los desafíos de la superación profesional, las investigaciones y las publicaciones, desde la labor de las sociedades científicas; en la atención a jóvenes juristas y estudiantes de Derecho; en la estrategia comunicacional, la informatización y la cultura jurídica; y en el trabajo internacional.

Tenemos el reto de profundizar en estas cuestiones desde una perspectiva actual, con un pensamiento de país, que en condiciones complejas y adversas, provocadas por la pandemia de la *Covid-19* y un bloqueo económico, comercial y financiero feroz que no cesa, se esfuerza por salir adelante en la construcción del socialismo como única vía posible para conquistar toda la justicia en medio de un mundo globalizado y neoliberal que no brinda opciones viables para los pueblos.

En sus palabras de clausura al 8vo Congreso del Partido Comunista de Cuba, el primer secretario del Partido Comunista de Cuba y presidente de la República, Miguel DÍAZ-CANEL BERMÚDEZ expresaba:

“Continuaremos trabajando en las leyes derivadas de la nueva Constitución y en el fortalecimiento de la democracia socialista, vinculada a la justicia y la equidad social; el ejercicio pleno de los derechos humanos: la representación efectiva y la participación de la sociedad en los procesos económicos y sociales en curso, hacia un socialismo próspero, democrático y sostenible. Todo ello en un entorno cada vez más libre de los lastres del burocratismo, del centralismo excesivo y de la ineficiencia”.

Esta reflexión nos lleva a preguntarnos:

¿Qué papel nos corresponde desempeñar a los juristas en estas circunstancias?

¿Cómo incentivar la formación de nuestros juristas con una profunda preparación ética y profesional, que los distinga por su alta sensibilidad y capacidad creadora en el ejercicio profesional?

¿Cómo trascender desde la ciencia y la innovación en el Derecho para aportar a las transformaciones legislativas y a la práctica jurídica que inciden en la solución de temas complejos de nuestra sociedad?

¿Qué estrategias debemos asumir para ser abanderados de la lucha contra la corrupción, la falta de ética, la deshonestidad en el actuar y la doble moral?

¿Cómo aportar mejor a consolidar nuestra democracia, a la defensa de la unidad en la diversidad, sin discriminación, sin prejuicios, ni dogmas lacerantes?

¿Cómo desarrollar de forma creativa una comunicación social que aporte a la cultura jurídica de nuestro pueblo?

¿Cómo potenciar el protagonismo de nuestros juristas en la defensa de la nación soberana, independiente, socialista, democrática, próspera y sostenible?

Estas y otras preguntas debemos responder en debate franco y abierto, para ser consecuentes con el llamado de nuestro Partido en su recién finalizado 8vo Congreso.

La misión que el líder histórico de la Revolución Cubana, Fidel CASTRO RUZ, diera a los juristas, está más viva que nunca, es la razón de ser de nuestra Organización y quedó inmortalizada en el Informe Central al Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, en diciembre de 1975:

“Nuestro Derecho socialista, claro, como exigía Martí que fuera el Derecho en los pueblos libres, tiene que desarrollarse para servir con eficacia creciente a los fines de nuestra sociedad. En ello tiene su más relevante tarea el jurista revolucionario”.

Juristas:

Nuestro 9no Congreso comienza hoy, en todas las delegaciones de base. Aportemos, unidos y conscientes del papel que nos corresponde en esta inmensa

obra colectiva. Como expresara nuestro héroe nacional, José MARTÍ: *“Quien se levanta hoy con Cuba, se levanta para todos los tiempos”*. Son muchos los desafíos que tenemos por delante y también muchas las potencialidades que poseemos para contribuir con un pensamiento jurídico de avanzada, con compromiso y entrega a nuestra Patria, para consolidar y fortalecer la obra de justicia social de la Revolución cubana.

Junta Directiva Nacional
Unión Nacional de Juristas de Cuba
La Habana, 8 de junio de 2021.



Entidad editora:

Unión Nacional de Juristas de Cuba
Calle 21, no. 552, esquina a calle D, Vedado,
Plaza de la Revolución, La Habana, Cuba
Apartado postal 4161, teléfonos: (53)7832-6209/ 7832-9680/ 7832-7562
/ 7832-6513/ 7832-6514/ 7832-6616.
Web: <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho>
E-mail: revista@unjc.cu



Una publicación de
la Unión Nacional de
Juristas de Cuba

2021

