



EDICIONES  
UNINORTE

# POLÍTICA Y DERECHO

## retos para el siglo XXI

CARLOS E. GUZMÁN MENDOZA  
SILVANA INSIGNARES CERA  
editores



POLÍTICA Y DERECHO:  
RETOS PARA EL SIGLO XXI

---



# POLÍTICA Y DERECHO: RETOS PARA EL SIGLO XXI

---

Carlos E. Guzmán Mendoza  
Silvana Insignares Cera  
(editores)

Raquel Evangelio Llorca  
Pilar Benavente Moreda  
Julia Sandra Bernal Crespo  
Esther Gómez Calle  
Vladimir Monsalve Caballero  
Rubén Martínez Dalmau  
Carlos Javier Velásquez Muñoz  
Iván Garzón Vallejo  
Ángel Tuirán Sarmiento

Ediciones Uninorte  
Barranquilla (Colombia)  
2010

Política y derecho : retos para el siglo XXI / eds., Carlos E. Guzmán Mendoza, Silvana Insignares Cera ; Raquel Evangelio Llorca ... [et al.] . -- Barranquilla : Ediciones Uninorte, 2010.

xv, 169 p. ; 16 x 24 cm.

ISBN 978-958-741-084-6 (impreso)

ISBN 978-958-741-156-0 (PDF)

ISBN 978-958-741-209-3 (ePub)

1. Consumidores--Europa--Legislación. 2. Bioética 3. Responsabilidad civil. 4. Médico y paciente--Colombia--Legislación. 5. Uribe Vélez, Álvaro, 1952- --Política y gobierno, 2002-2010. 6. Democracia--América Latina. I. Guzmán Mendoza, Carlos E. II. Insignares Cera, Silvana. III. Evangelio Llorca, Raquel. IV. Tit.

(320.0905 P769) (CO-BrUNB)



[www.uninorte.edu.co](http://www.uninorte.edu.co)

Km 5, vía a Puerto Colombia

A.A. 1569, Barranquilla (Colombia)

© Ediciones Uninorte, 2010

© Carlos E. Guzmán Mendoza, Silvana Insignares Cera , Raquel Evangelio Llorca, Pilar Benavente Moreda, Julia Sandra Bernal Crespo, Esther Gómez Calle, Vladimir Monsalve Caballero, Rubén Martínez Dalmau, Carlos Javier Velásquez Muñoz, Iván Garzón Vallejo, Ángel Tuirán Sarmiento, 2010

*Coordinación editorial*

Zoila Sotomayor O.

*Diseño y diagramación*

Nillson Ordoñez

*Diseño de portada*

Joaquín Camargo Valle

*Corrección de textos*

Victoria Osorio

*Procesos técnicos*

Munir Kharfan de los Reyes

Hecho en Colombia

*Made in Colombia*

## CONTENIDO

Los autores .....	vii
<b>Presentación</b>	
Carlos E. Guzmán Mendoza	
Silvana Insignares Cera.....	xi
<b>La protección de los consumidores en el derecho europeo: las garantías en las ventas de bienes de consumo</b>	
Raquel Evangelio Llorca.....	1
<b>Desamparo de menores, acogimiento y adopción internacional</b>	
Pilar Benavente Moreda .....	34
<b>Bioética y los derechos humanos: Un reto para el Derecho del siglo XXI</b>	
Julia Sandra Bernal Crespo .....	55
<b>Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil</b>	
Esther Gómez Calle .....	69

La información y el consentimiento informado una materia pendiente en la relación médico paciente. Un breve recuento del caso colombiano Vladimir Monsalve Caballero.....	87
Democracia, constitucionalismo, constitución, soberanía Rubén Martínez Dalmau.....	108
El desarrollo humano sostenible como mandato constitucional: ¿fundamento axiológico-normativo vinculante o simple retórica? Carlos Javier Velásquez Muñoz .....	125
Siete tesis para el balance político de la presidencia de Álvaro Uribe Vélez Iván Garzón Vallejo .....	150
Democracia presidencialista y equilibrio Institucional en Latinoamérica Ángel Tuirán Sarmiento .....	157

# Los autores

## **Esther Gómez Calle**

Profesora titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid (España). Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Líneas de investigación: Derecho de daños, contrato de viaje combinado, derecho de sucesiones y derechos reales. Ha realizado diversas publicaciones en libros y revistas, entre otras, dos capítulos del *Tratado de Responsabilidad civil* (4ª. ed., 2008, Coord. L.F. Reglero Campos); *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento* (2007); *El contrato de viaje combinado* (1998); y *Los deberes precontractuales de información* (1997).

## **Pilar Benavente Moreda**

Profesora titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid (España). Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del equipo de investigación en el proyecto del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Dirección General de Investigación, titulado “El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados”. Ha publicado importantes trabajos en revistas españolas y extranjeras en las que destacan, entre otros: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, 3 vols. (Comares, 2009); y *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades* (Civitas), Julio González García (Dir.).

## **Rubén Martínez Dalmau**

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia (España). Doctor en Derecho, Universidad de Valencia; licenciado en Ciencias Políticas, UNED (España); diploma en Derecho Constitucional, Academia Internacional de Derecho Constitucional, y diploma

de Estudios Avanzados en Ciencias Políticas, UNED. Ha trabajado en varias líneas de investigación dedicadas a la legitimidad democrática, lo que le ha llevado a estudiar las condiciones de determinadas instituciones (ministerio público, bancos centrales, etcétera), la legitimidad democrática del proceso europeo, y ha centrado su interés en los procesos constituyentes, principalmente los latinoamericanos. Fue asesor de la Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela (1999), de la Asamblea Constituyente de Bolivia (2007-2008) y de la Asamblea Constituyente de Ecuador (2008). Es autor de numerosos artículos y monografías, entre ellas "Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal" (1999), "Cambio político y proceso constituyente en Venezuela" (2000) y "La independencia del Banco Central Europeo" (2005). Fue subdirector del Instituto Mediterráneo de Estudios Europeos (IMEE) y director de *Ágora*, revista de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. Docente en varias universidades españolas, europeas y latinoamericanas.

### **Raquel Evangelio Llorca**

Licenciada en Derecho, Universidad de Valencia (España), con Premio Extraordinario de fin de licenciatura. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia, con calificación de sobresaliente *Cum Laude*. Profesora titular de Derecho Civil, Universidad de Alicante (España), responsable de la asignatura optativa de Derecho de Consumo en la Licenciatura en Derecho, y docente en diversos cursos de postgrado y máster sobre Consumo y Propiedad Intelectual. Ha sido profesora visitante en la Universidad del Norte (Colombia), y en las de Padua y Florencia (Italia), respectivamente. Sus líneas de investigación: inmisiones, obligaciones y contratos, derecho de consumo, familia y propiedad intelectual. Entre sus principales publicaciones se encuentran: *Los contratos celebrados por incapaces naturales* (1997); *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad* (2000); y *El encargo de obra intelectual* (2006). Asimismo ha publicado varios artículos doctrinales y colaboraciones en obras colectivas.

### **Iván Garzón Vallejo**

Profesor investigador de la Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana (Colombia). Candidato a Doctor en Ciencias Políticas, Universidad Católica Argentina (Buenos Aires). Sus principales áreas de investigación se orientan a la teoría política moderna y contemporánea; filosofía del derecho; laicismo, laicidad y secularización; relaciones y conflictos entre política y religión. Asimismo, sus últimas publicaciones en libros y artículos son: “Bosquejo del laicismo político” (2006); “Del comunismo al terrorismo. La contención en el mundo de la posguerra fría” (2008); “Argumentos laicos para una revisión de la secularización. Una lectura desde los derechos humanos”, en *Persona y Derecho*, No. 60 (2009), Universidad de Navarra. “La laicidad, diseño constitucional del Estado. La perspectiva de Tocqueville”, en *Opinión Jurídica*, N.º 16 (2009), Universidad de Medellín; “El triunfo del dios mortal. Una lectura hobbesiana de la secularización”, en *Enfoques. Ciencia Política y Administración Pública*, N.º 11 (2009), Universidad Central de Chile.

### **Vladimir Monsalve Caballero**

Abogado, Universidad Santo Tomás (Colombia). Especialista en Derecho Comercial y Financiero, Máster oficial en Regulación Económica, Universidad de Salamanca (España). Doctor en Derecho, con calificación sobresaliente *Cum Laude*, Universidad de Salamanca. Coordinador de investigaciones y Director del GIDCEP, grupo de investigación (Categoría A, COLCIENCIAS), División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte (Colombia).

### **Carlos Javier Velásquez Muñoz**

Abogado, Universidad del Norte (Colombia). Doctor (c) en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca (España). Máster en Derecho Ambiental, Universidad del País Vasco (España). Especialista en Derecho Ambiental, Universidad Externado de Colombia. Profesor e investigador, de la División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte. Director de la Especialización en Derecho Ambiental, Territorial y Urbanístico de esa misma institución.

### **Julia Sandra Bernal Crespo**

Doctora en Derecho, Universidad UNED (España). Profesora e investigadora de la Universidad del Norte (Colombia). Autora del libro *Evolución biológica de la moral y el derecho* (2010).

### **Angel Tuirán Sarmiento**

Abogado, Universidad del Atlántico (Colombia). Doctorante, Université de Grenoble (Francia). Magíster en Derecho Público con énfasis en Derecho, Administración Pública y Territorio, Université Pierre Mèndes France (Francia). Profesor del programa de Ciencias Políticas y Gobierno e investigador del GIDEC (Categoría A, COLCIENCIAS), División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte (Colombia).

# Presentación

El siglo XXI se presenta con innumerables retos tanto para la Ciencia Política como para el Derecho. Retos que necesariamente obligan a una y otro, cuando no a las dos, a girar su prisma para observar las tendencias que marca la nueva sociedad global. Una y otro, del mismo modo, deberán pronunciarse y buscar alternativas de análisis y regulación frente a los fenómenos que incuba la globalización y que afectan el normal funcionamiento del Estado. Hoy, quizás más que ayer, existe un factor adicional, específico, profundo e intenso que reclama la participación conjunta de la política y el derecho para encarar los desafíos que el nuevo milenio le imponen a estas milenarias disciplinas: la preocupación prioritaria, sentida por la mayoría de los ciudadanos, de hacer de los asuntos del Estado excelentes objetos de reflexión e investigación académica. Desde el punto de vista jurídico político, asuntos como el de la seguridad, entendida en su sentido más amplio —democrática, económica, social, ciudadana, jurídica—, o el de las instituciones jurídico-políticas —poderes públicos—, son rica fuente de referentes teóricos y empíricos que permiten ampliar el conocimiento que de ellos se tiene.

De otra parte, la comunidad internacional se encuentra involucrada en un rápido y espectacular proceso de mutación del sistema político estatal y de sus instituciones. Mutación que, de un lado, puede alterar las relaciones tanto trasatlánticas como las del Norte y el Sur; y, del otro, puede producir efectos duraderos sobre los sistemas de gobernanza global y, muy en concreto, sobre los de América Latina en particular.

El mundo se encuentra en un proceso de cambio y nuestra relación se inscribe y queda condicionada por el mismo. ¿Qué hacer? ¿A quién le corresponde hacer? ¿Con quién hacerlo? ¿Quién debe generar el debate? La iniciativa para una discusión acerca del estado, balance, retos y perspectivas del amplio campo jurídico-político le corresponde a la academia.

Lo anterior obliga a que no sólo resulte conveniente sino necesario el establecimiento, incremento e intensificación de la relación académica, en este caso, entre Europa y América Latina, Colombia en particular, con miras al establecimiento, definición e implementación de objetivos y agendas comunes de investigación en aquellos asuntos políticos y jurídicos relevantes que den respuesta o intenten responder a los ingentes problemas que demanda la sociedad de cara al presente siglo.

Así, si las Jornadas Internacionales de Derecho, desarrolladas por la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, en el marco de la CÁTEDRA EUROPA durante 2008 y 2009, se ocuparon principalmente de temas jurídicos, la versión del 2010 dirigió sus esfuerzos, académicos e investigativos, hacia asuntos jurídicos y politológicos que por su relevancia permean uno y otro lado del Atlántico. Del mismo modo, y no solo por el hecho de que Europa y América Latina compartan vínculos históricos, políticos y culturales, o por coincidir en unos mismos valores esenciales —democráticos—, o debido a que las relaciones económicas y comerciales hayan experimentado un considerable crecimiento, lo político y lo jurídico resultan vitales, ya que estos temas se arraigan más en el futuro que en el pasado o en el presente. Se trata, sí, de observar que en el mundo de la globalización acelerada y de la interdependencia creciente, la agenda de los problemas, los retos y, también, las perspectivas de Europa y América Latina en estos campos se convierten, de forma rápida e inexorable, en una agenda cada vez más común, más compartida y más interdependiente. Europa y América Latina son, al mismo tiempo, herederos de un pasado que los ha vinculado estrechamente y de un futuro que los liga aún más.

Luego de poco más de dos siglos del surgimiento del Estado de Derecho y su consolidación e intento de transmutación en Estado Social de Derecho en Latinoamérica, las III Jornadas Internacionales de Cien-

cia Política y Derecho constituyeron una oportunidad para reflexionar acerca del aporte de esta particular forma de organización estatal, medio para la garantía de las libertades individuales, de los derechos humanos, reconocidos algunos de ellos como derechos constitucionales fundamentales.

Asimismo, se constituyó en oportunidad para deliberar acerca de los resultados y perspectivas de las instituciones propias del Estado Social de Derecho: la democracia y sus evoluciones, el presidencialismo, el centralismo, la descentralización y el federalismo, la pluralidad, el congreso y la justicia. En suma, para compartir las experiencias políticas y re-pensar, para extraer balances y presentar alternativas teóricas de corrección. La temática se presentó apropiada, luego de padecer las experiencias de fenómenos políticos, como el autoritarismo de los últimos tiempos, y de sufrir las violaciones de los derechos humanos de miles de personas con ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzosas, torturas, persecuciones políticas y sociales, las injusticias pasadas y presentes y de su necesidad de ser satisfechas y restauradas.

Así, el propósito central de las Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho giró en torno a la discusión, análisis y reflexión de las instituciones jurídico-políticas, temas centrales de la política y del derecho contemporáneos. Su estado, sus retos y sus perspectivas fueron la principal preocupación de prestigiosos académicos e investigadores nacionales e internacionales durante la III Jornada Internacional de Ciencia Política y Derecho. El diálogo académico fue, del mismo modo, el medio idóneo para tal fin; la CÁTEDRA EUROPA, el espacio reservado; y, la Universidad del Norte, el escenario por excelencia para la discusión y el debate sobre ellos.

En este orden de ideas, las III Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho se presentaron como una gran oportunidad para revisar temas y problemas de la región entera, su realidad unificada y sus características nacionales; de poner en cuestión las versiones regionales de la “nueva” democracia latinoamericana, marcada por la reiteración de la ampliación de los periodos presidenciales; de observar a través del prisma del siglo XX, y de lo que nos abre el siglo XXI, las perspectivas jurídico-políticas e institucionales de nuestro país.

El objetivo central de las Jornadas fue el de proponer elementos de reflexión en torno al Estado, así como la identificación de retos y perspectivas de las instituciones jurídico-políticas. Las instituciones de la democracia, la calidad de las mismas, el auge o debilitamiento de los poderes del Estado, el papel de las altas cortes en el restablecimiento del orden -temas centrales de la Política y del Derecho, contemporáneos-, se convirtieron en objeto de examen y análisis por parte académicos e investigadores.

Resultado de la interacción de académicos e investigadores tanto de la ciencia política como del derecho, expertos en los temas propuestos para el evento, junto con la reflexión y discusión que sus exposiciones dejaron, los retos del siglo XXI que lo politológico y lo jurídico deben enfrentar, posibilitan la presentación de interesantes y actualizados capítulos referidos a la democracia, el constitucionalismo, la soberanía, la protección de los consumidores en el derecho europeo, el desamparo de menores, acogimiento y adopción internacional, los principios de derecho de la responsabilidad civil, la bioética y derechos humanos, el presidencialismo y el equilibrio institucional en América Latina, el balance de la era Uribe, el desarrollo humano sostenible como imperativo constitucional. Estos conforman un cuerpo coherente de reflexiones y propuestas que se presentan en estas memorias

A pesar de la diversidad de los temas y de enfoques planteados por los expertos en sus ponencias se pudo concluir que aun existen vacíos por llenar, tanto en el ordenamiento europeo como en el nacional, que impiden afrontar los retos que se presentan en el contexto mundial para la Ciencia del Derecho y para la Ciencia Política. El reto, en adelante, será el de contribuir, desde la academia y en estrecha colaboración con otros pares, a abordar la tarea para superar tales vacíos.

Finalmente, nuestros agradecimientos a todos los que hicieron posible este evento. A todos aquellos que generosamente aceptaron la invitación para participar como ponentes de las III Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho. Sin el concurso de ellos, estas memorias no podrían ver la luz. A todos los estudiantes que desinteresadamente apoyaron la organización de las actividades. A nuestra decana por el impulso y apoyo a cada una de nuestras iniciativas. Y, por último, la in-

vitación a todos los directivos, profesores, y administrativos de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte a que hagamos de estas jornadas un reencuentro con nuestro compromiso: contribuir, desde nuestras disciplinas, en la construcción de un mañana mejor.

CARLOS E. GUZMÁN MENDOZA  
SILVANA INSIGNARES CERA

*Barranquilla, septiembre de 2010*



# 1

## La protección de los consumidores en el derecho europeo: las garantías en las ventas de bienes de consumo

Raquel Evangelio Llorca\*

### INTRODUCCIÓN

Para esta presentación escogí el tema de la protección de los consumidores en el Derecho europeo. Dos razones me llevaron a ello. La primera es la innegable importancia de una tutela adecuada de los consumidores y usuarios, que ha existido siempre, pero que ahora, si cabe, es todavía más destacable en el actual contexto de crisis económica mundial. Así lo afirmó la Comisión Europea en su reciente Comunicación de julio de 2009<sup>1</sup> al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del acervo en materia de consumidores:

Los cuatrocientos noventa y tres millones de consumidores que tiene la Unión Europea son básicos para el buen funcionamiento del mercado interior. Teniendo en cuenta que su gasto genera la mitad de la riqueza de la UE, los consumidores han de desempeñar un papel esencial en el logro de los objetivos de la Agencia de Lisboa de potenciar el crecimiento, el empleo y la competencia [...] Habida cuenta del declive de la economía mundial, la aplicación contundente y sistemática de la legislación es todavía más importante, ya que la crisis intensifica la vulnerabilidad de los consumidores y los bajos niveles de cumplimiento pueden causarles un perjuicio adicional. Por otro lado, la aplicación efectiva refuerza la confianza de los consumidores, debilitada por la

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante (España).

<sup>1</sup> COM(2009) 330 final.

crisis, lo que contribuye a que el gasto en consumo se convierta en una importante fuerza impulsora de la recuperación.

Y la segunda razón anunciada es el llamativo cambio de enfoque de la Unión Europea (en adelante, UE) respecto de la protección de los consumidores, que merece un análisis de sus causas y sus posibles consecuencias. Pues bien, mi propósito en este trabajo es dar cuenta de ese giro, incidiendo especialmente en lo relativo a la venta de bienes de consumo, por ser este contrato, según la propia UE, “el más común y más extenso” en materia de consumo (Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2007<sup>2</sup>).

## **1. NUEVOS RUMBOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA**

La política de la UE en materia de protección de los consumidores se ha caracterizado, durante mucho tiempo, por dos notas:

- a. Armonización, conseguida a través de directivas de mínimos, frente a la uniformidad lograda a través de reglamentos, muy excepcionales en esta materia.
- b. Enfoque vertical, esto es, centrado en dar soluciones concretas a problemas específicos (tiempo compartido, viajes combinados, venta de bienes de consumo), frente a un enfoque horizontal, destinado a solventar cuestiones de carácter general (como por ejemplo, los conceptos de consumidor y empresario).

Pero el siglo XXI ha marcado un punto de inflexión en ambos aspectos. En efecto, por una parte, en el año 2004<sup>3</sup> la UE inició un proceso de revisión del acervo en materia de consumo<sup>4</sup>, cuyo objeto global es

---

<sup>2</sup> (2007/C761/01). *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 61 de 15.3.2007.

<sup>3</sup> A raíz de la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2004 “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro Documento”. COM(2004), 651 final.

<sup>4</sup> Según el glosario elaborado por la propia Unión Europea ([http://europa.eu/scadplus/glossary/community\\_acquis\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/community_acquis_es.htm)), el acervo comunitario “comprende la base común de derechos y obligaciones que vincula al conjunto de los Estados

instaurar un auténtico mercado interior para los consumidores, logrando un equilibrio adecuado entre un alto nivel de protección de los mismos y la competitividad de las empresas. Se trata, en palabras de la Comisión Europea, de conseguir poder decir a los consumidores de la Unión: “Esté donde esté o compre donde compre en la UE, sus derechos básicos son los mismos”, al tiempo que se pueda asegurar a las empresas que podrán beneficiarse de un entorno regulador más predecible y unas normas europeas simplificadas, con el fin de disminuir sus gastos y, de manera más general, de facilitar sus intercambios comerciales con la Unión, con independencia de dónde estén establecidas (Libro Verde, 2007).

Paralelamente, desde 2005<sup>5</sup> se viene desarrollando la iniciativa de la UE “Legislar mejor”, que incluye la simplificación y racionalización del acervo comunitario, y dentro de él, del acervo en materia de consumo.

Pues bien, para conseguir sus objetivos, la Comisión Europea ha procedido a revisar las directivas sobre consumo de manera global

---

miembros de la Unión Europea, está en evolución constante y engloba: el contenido, los principios y los objetivos políticos de los Tratados; la legislación adoptada en aplicación de los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la Unión; los actos en materia de Política Exterior y de Seguridad Común; los actos acordados en materia de Justicia y Asuntos de Interior; los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad y los celebrados por los Estados miembros entre sí en el ámbito de las actividades de la Unión. Así pues, además de abarcar el Derecho comunitario propiamente dicho, el acervo comunitario engloba todos los actos adoptados en el marco de los pilares segundo y tercero de la Unión y los objetivos comunes fijados por los Tratados. La Unión tiene por objeto el mantenimiento íntegro y permanentemente del acervo y su desarrollo. Los países candidatos deben aceptarlo antes de adherirse a la Unión y las exenciones al mismo son escasas y de alcance limitado. Para integrarse en la Unión, los países candidatos deben transponer el acervo en sus legislaciones nacionales y aplicarlo desde el momento de su adhesión efectiva”.

<sup>5</sup> A partir de otras dos Comunicaciones de la Comisión: la de 16 de marzo de 2005, dirigida al Consejo y al Parlamento Europeo “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”. COM(2005) 97 final; y la de 20 de octubre de 2005, destinada al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: una estrategia para la simplificación del marco regulador”. COM(2005) 97 final.

e individual, para determinar los eventuales vacíos normativos y deficiencias, de un lado, y los problemas específicos de cada una de aquéllas, de otro. En el punto de mira de ambos procesos se encuentra la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>6</sup>, que está siendo, por tanto, doblemente revisada.

A ello me refiero en las páginas que siguen, comenzando por la revisión individual de la Directiva de 1999 y siguiendo con el proceso de revisión global del acervo comunitario y su incidencia concreta en la mencionada norma comunitaria.

## 2. LA REVISIÓN INDIVIDUAL DE LA DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO

### 2.1. Consideraciones previas sobre la Directiva 1999/44/CE<sup>7</sup>

• **Objeto, alcance y plazo de transposición.** La Directiva 1999/44/CE tiene como objetivo aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, con el fin de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior (art. 1.1). Y ello con la finalidad última de favorecer las compraventas transfronterizas en el marco del mercado interior. En cuanto a su alcance, responde al que ha

---

<sup>6</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 171 de 7.7.1999.

<sup>7</sup> Me limito, en este apartado, a exponer unas pinceladas muy generales, con el único propósito de permitir la comprensión de los apartados siguientes. Un análisis más detallado de la mencionada norma comunitaria puede verse en Evangelio Llorca, R. (2002). La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 672, pp. 1301-1367.

sido hasta ahora el *modus operandi* de la UE, según se ha señalado *supra*, por cuanto:

- a. Se trata de una armonización con enfoque vertical, como su propia denominación indica: “determinados aspectos” de la venta y las garantías de los bienes de consumo.
- b. Es una directiva de mínimos, como dispone su artículo 8.2, que permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más exigentes, siempre que sean compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado<sup>8</sup>.

El plazo máximo concedido a los Estados miembros para transponer la Directiva a sus respectivos ordenamientos jurídicos era el 1 de enero de 2002. Dicho plazo fue incumplido por diversos países, pero hoy la Directiva se encuentra incorporada en todos ellos<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> A esta armonización mínima han tenido que recurrir los Estados miembros para incrementar la manifiestamente mejorable tutela de los consumidores que brinda la Directiva, debido a que, con gran asombro de la doctrina científica, toma como modelo un régimen, el de la Convención de Viena de las Naciones Unidas de 11 de abril sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, pensado para contratos celebrados entre profesionales del comercio internacional (Boucard, 2008, p. 17).

<sup>9</sup> En España, a pesar de las opiniones doctrinales que aconsejaban que la transposición se hiciera modificando el Código civil y que se aprovechara la ocasión para instaurar un régimen único para todo tipo de ventas civiles (Carrasco, Cordero y Martínez Espín, 2000, p. 125), el legislador optó por la aprobación de una ley especial referida a las ventas de bienes de consumo: la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, que estuvo vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el cual derogó y refundió la mencionada ley. La Ley de 2003 vino a unirse a las regulaciones nacionales existentes sobre compraventa civil entre particulares (Código civil) y compraventa mercantil (Código de comercio), que se mantuvieron. Era, sin duda, la opción más fácil (R. Bercovitz, 2003, p. 1892; Avilés García, 2007, p. 947), pero no la más aconsejable, dado que condujo a una mayor fragmentación del Derecho privado español (Sanz Valentín, 1999, pp. 1093-1094).

- **Ámbito de aplicación.** De acuerdo con su artículo 1, la Directiva se aplica a los contratos de venta y de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse, celebrados entre un consumidor y un vendedor profesional, así como a las garantías derivadas de dichos contratos.

El legislador comunitario no aclara qué debe entenderse, a los efectos de aplicación de la Directiva, por contratos de venta y de suministro de bienes de consumo, por lo que hay que acudir al concepto habitual. En cambio, sí define los conceptos de bienes de consumo y de garantía.

Son bienes de consumo, según el artículo 1.2 b), los bienes muebles corpóreos —tanto los de naturaleza duradera como los consumibles—, excepto los siguientes: Los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento; el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas; y la electricidad.

Además de estas exclusiones imperativas, la Directiva permite que los Estados miembros puedan excluir de la consideración de bienes de consumo a los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta (art. 1.3).

Una de las principales dudas sobre el concepto de bienes de consumo que plantea la Directiva del 99 es si cabe entender incluidos en él los bienes de naturaleza informática<sup>10</sup>; duda que, como después se verá, no parece próxima a resolverse por parte del legislador comunitario.

En cuanto a la garantía, dice el artículo 1.2 e) que es “todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin coste suplementario, de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo, de repararlo o de ocuparse del modo que fuere

---

<sup>10</sup> En España, son varios los autores que defienden una respuesta afirmativa. *Vid.*, entre otros, Avilés García, 2000, p. 1186; Lete Achirica, 1999, p. 499, que señala que el *software* informático “ocupa” realmente, en sentido literal, un espacio físico en el disco duro del ordenador; Sanz Valentín, 1999, p. 1077.

del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente”. También se preocupa la Directiva por definir, en el mismo artículo 1, qué debe entenderse por consumidor, vendedor y productor a los efectos de su aplicación.

El consumidor es “toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”. Se trata de un concepto restringido de consumidor, que deja fuera a las personas jurídicas y que es el normalmente utilizado por el legislador comunitario en las distintas normas de protección de los consumidores. En cuanto al vendedor, puede ser “cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional”.

Por último, el productor se define como “el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo”.

Con base en las anteriores definiciones, cabe afirmar sin temor que del ámbito de la Directiva quedan excluidas las ventas entre particulares y las que se celebran entre comerciantes cuando ambos actúen en el marco de sus respectivas actividades profesionales. En cambio, sería aplicable, en mi opinión, a las ventas entre comerciantes cuando uno de ellos (persona física) actúe con fines que no entran en el marco de su actividad profesional.

• **Garantía legal y comercial.** La Directiva 1999/44/CE prevé dos tipos de garantía en relación con los bienes de consumo: la de conformidad del bien con el contrato (denominada por la doctrina garantía legal) y la comercial. La primera existe en todo contrato de compraventa de bienes de consumo y obliga al vendedor frente al comprador, aunque no sea el verdadero responsable, pudiendo aquél reclamar a éste con posterioridad. La segunda procede de la mera voluntad del garante, que puede ser el vendedor, el productor o cualquier otro intermediario

en la cadena contractual, y sólo existe, por tanto, cuando uno de esos sujetos así lo decide, añadiéndola, como un plus, a la garantía legal.

Estas garantías no pueden limitarse ni excluirse de forma directa o indirecta por medio de pactos con el vendedor previos a la comunicación a éste de la falta de conformidad<sup>11</sup>.

• **Garantía legal.** Por lo que se refiere a la garantía legal, comprende la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa (art. 2.1 de la Directiva), así como su responsabilidad para el caso de falta de conformidad (art. 3).

A este respecto, el legislador comunitario no ofrece un concepto claro de falta de conformidad, sino que se limita a establecer una presunción de conformidad. En efecto, el artículo 2.2 de la Directiva dispone que «se presumirá» que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) Se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) Son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor haya admitido; c) Son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo; d) Presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.

En relación con este último apartado, cabe advertir, no obstante, que la discordancia entre la publicidad y las cualidades del bien no siempre genera responsabilidad del vendedor. En efecto, éste quedará

---

<sup>11</sup> En este sentido, el artículo 7.1 de la Directiva dispone que las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional.

exonerado si demuestra: a) Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración pública sobre las características concretas del bien; b) Que esa declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato; o c) Que tal declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo.

El artículo 2 de la Directiva no aclara cuál es la articulación entre los criterios de conformidad, pero sí lo hace el Considerando 8, al establecer que son acumulativos, sin perjuicio de que alguno de ellos no sea aplicable en un caso determinado por las circunstancias. Es decir, deben concurrir de forma cumulativa aquellos requisitos que fueran exigibles según la situación, que no siempre son todos. No será raro que falte, por ejemplo, el del uso especial requerido por el consumidor, si éste no lo ha solicitado.

Tampoco señala el precepto si la presunción de conformidad es *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Pero también esto viene resuelto por el Considerando citado al señalar que “con el fin de facilitar la aplicación del principio de la conformidad con el contrato, conviene introducir una presunción impugnable de conformidad que abarque las situaciones más comunes”.

Resulta, pues, que para que haya falta de conformidad, debe fallar alguno de los requisitos expuestos que sean exigibles en el caso concreto. Pero no basta con ello: es preciso, además, que en el momento de celebración del contrato el consumidor no tuviera conocimiento (ni posibilidad fundada de conocimiento) de la falta de conformidad y que ésta no tenga su origen en materiales suministrados por el consumidor (art. 2.3).

Por otra parte, el artículo 2.5 equipara a la falta de conformidad la incorrecta instalación del bien de consumo cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o cuando se trate de un bien cuya instalación esté prevista que se haga por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación sea defectuosa por un error en las instrucciones de instalación.

Dándose la falta de conformidad, habrá responsabilidad cuando aquélla exista en el momento de la entrega del bien de consumo (art. 3.1) y se manifieste en un plazo de dos años desde entonces (art. 5.1). Se permite, no obstante, a los Estados miembros, que consientan a las partes pactar un plazo inferior (aunque nunca por menos de un año) para los bienes de segunda mano (art. 7.1).

En todo caso, si la falta de conformidad aparece durante los primeros seis meses a partir de la entrega, se presumirá —salvo cuando la presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole del defecto de conformidad— que aquélla ya existía al tiempo de la entrega, por lo que corresponderá al vendedor demostrar lo contrario (art. 5.3).

Junto al plazo de garantía de dos años, el artículo 3.3 de la Directiva hace referencia a otro, de establecimiento voluntario por los Estados miembros, en el que el consumidor deba, “para poder hacer valer sus derechos”, informar al vendedor de la falta de conformidad: dos meses desde la fecha en que se percató de la misma.

En cuanto al sujeto responsable en virtud de la garantía legal, frente al consumidor, sólo lo es el vendedor final (arts. 3 y 4). Ahora bien, cuando éste responda frente a aquél, tendrá un derecho de repetición contra el productor, el vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o cualquier otro intermediario a cuya acción u omisión se deba la falta de conformidad. Para la concreción de los sujetos responsables contra los que el vendedor final puede emprender acciones, así como para la determinación de éstas y de sus condiciones de ejercicio, la Directiva se remite a las legislaciones nacionales de los Estados miembros (art. 4).

La solución adoptada por el legislador comunitario fue, según afirma Lete Achirica (1999, p. 1369), la menos “problemática” desde el punto de vista de la incorporación a los ordenamientos nacionales, ya que en definitiva coincidía con sus propias normas al respecto. Sin embargo, como sigue diciendo el citado autor, fue duramente criticada por el Grupo Europeo de Derecho de Consumo por considerarla incoherente

con el hecho de que el fabricante es el verdadero responsable de los defectos de los bienes que produce y distribuye en el mercado.

Quizá porque era consciente de eso, la Directiva deja abierta la posibilidad de introducir la responsabilidad directa del productor en el futuro, al disponer en su artículo 12 que, a más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión debería estudiar la aplicación del texto comunitario y emitir un informe sobre la procedencia de esa responsabilidad directa del productor, así como adjuntar propuestas concretas al respecto en caso de afirmarla.

Volviendo a la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad del bien con el contrato, el artículo 3 de la Directiva ofrece al consumidor distintos derechos, ordenados de forma jerárquica. Así, en primer lugar, puede pedir la reparación gratuita del bien o su sustitución por otro, a menos que alguna de estas opciones sea imposible o desproporcionada.

Será imposible la sustitución, según la Directiva, cuando el bien vendido sea una cosa específica, así como cuando se trate de bienes de segunda mano, en el caso de que la ley de transposición los incluya dentro del ámbito de la garantía legal. En cuanto a la desproporción, se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta varios aspectos: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad; la relevancia de la falta de conformidad; y si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

En cualquier caso, la reparación o la sustitución deberán hacerse sin cargo alguno<sup>12</sup>, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran éstos para el consumidor (art. 3. 3 y 4).

---

<sup>12</sup> La misma Directiva explica que esta expresión significa sin pagar los gastos necesarios para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, en especial los costes de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales (art. 3.4).

Cuando el consumidor no pueda exigir la reparación ni la sustitución (por ser imposibles o desproporcionadas), así como cuando el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, la Directiva abre paso a la opción entre la rebaja del precio o la resolución del contrato. Mas la elección entre una y otra posibilidad no es completamente libre, sino que depende de la gravedad de la falta de conformidad, pues si se trata de un defecto de escasa importancia, el artículo 3.6 únicamente permite al consumidor solicitar una rebaja del precio.

Por lo que se refiere a la reducción del precio, la Directiva sólo indica que deberá ser «adecuada», sin establecer criterios para determinarla. En cambio, respecto de la devolución del precio como consecuencia de la resolución del contrato, el Considerando 15 permite a los Estados establecer que se pueda reducir el importe de la restitución teniendo en cuenta el uso que el consumidor haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado.

Para el ejercicio de las acciones correspondientes, el artículo 5 de la Directiva dispone que existirá un plazo de prescripción, que será el que dispongan las legislaciones nacionales, si bien en ningún caso podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien.

- **Garantía comercial.** Distinta de la garantía legal por falta de conformidad —de la que, como se ha señalado, responde el vendedor frente al consumidor (aunque después pueda repetir contra el verdadero causante de la falta de conformidad)— es la garantía comercial, a la que se refiere la Directiva como la que voluntariamente ofrezca el fabricante, el importador o el vendedor del bien, que obligará al garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad (art. 6.1).

Conviene destacar cómo la Directiva pone al mismo nivel, en cuanto a su vinculación, al contrato y a la publicidad.

Asimismo, es importante subrayar que en ningún caso la garantía comercial sustituye ni reduce la garantía legal de conformidad, sino que se añade a ella, mejorándola. Y para evitar que el vendedor defraude

esa norma, el artículo 6.2 impone que en el documento de garantía se incluya necesariamente la declaración de que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regule la venta de bienes de consumo y la especificación de que la garantía comercial no afecta a esos derechos.

Además de esa mención, hay otras obligatorias en la garantía comercial, como su contenido –esto es, las obligaciones del garante– y los elementos básicos para reclamar con base en ella, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y la dirección del garante.

No hay, por el contrario, obligatoriedad en cuanto a la forma de la garantía, lo cual resulta ciertamente extraño teniendo en cuenta el formalismo que impera en materia de consumo. En efecto, la Directiva deja a la libre voluntad del consumidor la posibilidad de solicitar que la garantía figure por escrito o en cualquier otro soporte duradero que le sea accesible (art. 6.3).

Por otra parte, el artículo 6.4 concede a los Estados miembros la facultad de exigir que la garantía comercial de los bienes vendidos en sus respectivos territorios esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las oficiales de la Comunidad (lo que es ya habitual en la práctica).

En ningún caso, la falta de los requisitos de los apartados 2, 3 y 4 del art. 6 afectará a la validez de la garantía comercial, según dispone el apartado 5 del mismo precepto, y el consumidor podrá, pese a todo, exigir su cumplimiento.

## **2.2. Primeras conclusiones sobre la aplicación de la Directiva 1999/44/CE en los Estados miembros**

Hace tres años, la Comisión Europea elaboró la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2007, relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la

venta y las garantías de los bienes de consumo, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor<sup>13</sup>.

Esta Comunicación consta de dos partes: la primera contiene un balance sobre la aplicación de la norma comunitaria en los Estados miembros; y la segunda se ocupa de una cuestión concreta, la de si procede o no introducir la responsabilidad directa del productor, tal y como se prevé en el artículo 12 de la Directiva del 99.

El Comité Económico y Social Europeo, por su parte, emitió un Dictamen, de 13 de febrero de 2008, sobre la citada Comunicación de la Comisión<sup>14</sup>. Pues bien, Comisión y Comité coinciden en una destacable conclusión respecto de la aplicación de la Directiva en los Estados miembros. Se trata de la presencia de importantes divergencias entre las legislaciones nacionales en materia de venta y garantías de bienes de consumo, que son debidas, a juicio de los órganos comunitarios, a tres motivos: la existencia de vacíos normativos en el texto comunitario, el uso de la cláusula mínima y la transposición incorrecta de la norma en algunos Estados.

La existencia de las señaladas divergencias es ciertamente trascendente, porque se produce en aspectos de especial relevancia, como la definición de bien de consumo, el concepto de consumidor, los requisitos de conformidad del bien con el contrato, el plazo de garantía legal y los

---

<sup>13</sup> COM(2007) 210 final (<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0210:FIN:ES:PDF>). *Vid.*, al respecto, Segura Roda, I. (2007). La Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo: balance de su aplicación en estos últimos años. *ReDeco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, núm. 12 (<http://indealbab.blogspot.com/2010/03/revista-electronica-de-derecho-del.html>).

<sup>14</sup> Dictamen sobre la "Comunicación al Consejo y al Parlamento europeo, de 24 de abril de 2007, relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor". Bruselas, 13.2.2008. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 162 de 25.6.2008.

derechos del consumidor derivados de la misma, y la responsabilidad directa del productor por la falta de conformidad.

Mas sucede que tanto la Comisión Europea como el Comité Económico y Social consideran que, en la actualidad, no está claro cómo afectan las diferencias señaladas al buen funcionamiento del mercado interior y a la confianza de los consumidores, lo cual lleva a la Comisión a aconsejar que se espere a los resultados de la consulta que se lleva a cabo en el marco del Libro Verde de 2007 a fin de que ayuden a decidir si procede o no una revisión de la Directiva.

Tampoco se pronuncia la Comisión en cuanto a la cuestión de si conviene o no introducir la responsabilidad directa del productor. Y ello porque, también en este punto, estima que se necesita mayor información sobre su incidencia en el nivel de protección de los consumidores, debido a la discrepancia de opiniones entre las partes interesadas y los Estados miembros sobre esta cuestión. Concretamente, las opiniones, extraídas de un cuestionario que la Comisión envió de forma previa, divergen en dos aspectos:

- a. La incidencia de la responsabilidad directa del productor en el nivel de protección de los consumidores y el mercado interior. La mayoría de los encuestados estima que mejora la protección de los consumidores, señalando algunos que el productor a menudo está mejor situado que el vendedor para poner los bienes en conformidad con el contrato. Pero también hay ciertos Estados e interesados que consideran que introducir la responsabilidad directa del productor no sólo no mejorará la protección de los consumidores, sino que generará incertidumbre en cuanto al Derecho aplicable y retrasará la resolución de las reclamaciones de los consumidores.
- b. La influencia de la responsabilidad directa del productor en la actitud de los consumidores hacia el comercio transfronterizo. Varios encuestados contestaron que incitaría a los consumidores a hacer compras transnacionales, porque les sería más fácil dirigirse contra el representante del productor en su país que contra un vendedor establecido en el extranjero. Otros, por el contrario, piensan que no influiría, debido a que, en su opinión, las actitudes de los consumi-

dores hacia el mercado interior vienen determinadas predominantemente por factores económicos.

Por otra parte, un importante número de encuestados considera que la responsabilidad directa del productor aumentaría considerablemente la carga de trabajo de las empresas, porque tendrían que poner a punto sistemas para tratar las reclamaciones y adoptar disposiciones financieras como consecuencia de los riesgos asociados a esa responsabilidad. En cambio, los Estados que ya han introducido ese tipo de responsabilidad y algunos interesados creen que los casos en que se aplica la responsabilidad directa en la práctica son tan raros que no constituyen una carga real para las empresas.

En este punto del proceso de revisión individual de la Directiva 1999/44/CE nos encontramos. Más avanzado se encuentra, por el contrario, el desarrollo de la revisión global del acervo comunitario de consumo —y con él, de la Directiva en la parte en que le afecta—, como a continuación se expondrá.

### **3. LA REVISIÓN GLOBAL DEL ACERVO COMUNITARIO EN MATERIA DE CONSUMO Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE BIENES DE CONSUMO**

El proceso de revisión global del acervo comunitario en materia de consumo ha cerrado ya una primera fase de estudio y valoración del *status quo* —que la Comisión Europea ha denominado de diagnóstico— y se encuentra ahora en la segunda, que cabría calificar como fase de acción. Veámoslas.

#### **3.1. La fase de diagnóstico en el proceso de revisión global del acervo comunitario de consumo**

En esta primera fase, cuya finalidad era valorar el estado de cosas actual en relación con el acervo comunitario, se llevaron a cabo las siguientes actividades: un análisis comparativo del modo en que se han aplicado las Directivas en los Estados miembros; la creación de un grupo de trabajo permanente formado por expertos de Estados miembros (EC,

*Consumer Law Compendium*); la organización de talleres para las partes interesadas sobre cuestiones de Derecho contractual, entre ellas la venta de bienes al consumidor; y un análisis del comportamiento de los consumidores y las empresas con respecto a la legislación vigente en el ámbito de la protección de los consumidores y los efectos de ésta en el comercio transfronterizo<sup>15</sup>.

Los resultados de esta fase de diagnóstico se publicaron en dos Informes de situación (de 2005 y 2007)<sup>16</sup> y en el ya citado Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, que resumía las primeras conclusiones de la Comisión e invitaba a todos los interesados a manifestar su opinión sobre las cuestiones objeto de revisión.

Pues bien, entre esas conclusiones iniciales de la Comisión, plasmadas en Libro Verde, cabe destacar dos:

- a. La falta de respuesta plena, en la mayoría de Directivas, a las necesidades de los mercados actuales, en rápida evolución; especialmente respecto de la tecnología digital y los servicios digitales (descarga de música, subastas en línea, contratos sobre *software*).
- b. La fragmentación de la normativa sobre protección de los consumidores a causa del carácter de armonización mínima de las directivas y de las lagunas e incoherencias en algunas de ellas, lo cual, a su vez, da lugar a dos consecuencias importantes: la falta de motivación de las empresas para llevar a cabo negocios transfronterizos, porque ello les supondría costes adicionales<sup>17</sup>; y la desconfianza de

---

<sup>15</sup> Eurobarómetro: protección de los consumidores en el mercado interior; encuesta realizada entre febrero y marzo de 2006 y publicada en septiembre de ese mismo año.

<sup>16</sup> Primer informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo de 23 de septiembre de 2005, COM(2005) 456 final; y Segundo Informe de situación sobre el Marco Común de Referencia de 25 de julio de 2007, COM(2007) 447 final.

<sup>17</sup> Como gastos derivados de la obtención del asesoramiento jurídico pertinente o de las modificaciones en el material informativo y comercial o en los contratos o, en los casos de falta de conformidad, el posible pago de costas judiciales, según expone el Libro Verde de 2007.

los consumidores frente a tales negocios,<sup>18</sup> fundamentalmente porque consideran que es menos probable que las empresas extranjeras respeten la legislación sobre protección de los consumidores y que es más difícil tramitar reclamaciones, proceder a devoluciones o rebajas en el precio, o en general, lograr el cumplimiento de las garantías.

Frente a ello, la Comisión planteaba, como mejor opción de futuro, la de actuar normativamente mediante la adopción de un instrumento horizontal, completado, cuando proceda, por normas sectoriales (como, p. ej., la revisión de la Directiva sobre régimen de tiempo compartido). De esta manera, la Comisión pretende simplificar y racionalizar el acervo comunitario, a través de la disminución del volumen de actos legislativos y la no repetición de conceptos comunes en distintas directivas.

En relación con ese futuro instrumento horizontal, la Comisión aconsejaba que fuera aplicable tanto a las transacciones nacionales como a las transnacionales y que aspirara a lograr una armonización plena, aun reconociendo la dificultad de conseguirla y el hecho de que podría suponer la creación de nuevas barreras al mercado interior.

Terminada la parte dedicada a las conclusiones y planteamientos de futuro, el Libro Verde incluía la consulta pública de determinadas cuestiones para que cualquier interesado manifestase su opinión, para lo cual concedía un plazo de dos meses, que finalizó el 15 de mayo de 2007. Pues bien, la mayoría de respuestas a dichas cuestiones — que se agrupaban en dos categorías: las comunes a la totalidad del acervo (como la definición de consumidor) o a más de una directiva (como el derecho de retractación) y las específicas del contrato de compraventa— defendían, en coincidencia con la Comisión, la adopción de un instrumento legislativo horizontal aplicable a las transacciones nacionales y transfronterizas, basado en una armonización plena específica y acompañado de una revisión vertical

---

<sup>18</sup> De hecho, según el Libro Verde de 2007, son sólo un 26% los que adquieren bienes o servicios en empresas establecidas en otros Estados miembros, y de éstos, sólo un 6% lo ha hecho a través de Internet.

de las directivas sectoriales en vigor, como las de tiempo compartido y viajes combinados (así se señala en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008<sup>19</sup>).

### **3.2. La fase de acción: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008**

Sobre la base de las conclusiones extraídas en la fase de diagnóstico, el Parlamento Europeo y el Consejo han elaborado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008.

#### **■ Consideraciones generales sobre la Propuesta de Directiva**

A primera vista, parece que los órganos legislativos de la Unión han decidido hacer caso a la Comisión Europea y dar un giro radical a su normativa sobre consumidores. Pero eso no es del todo exacto, como a continuación trataré de explicar.

Ante la disyuntiva entre un enfoque vertical y horizontal, la Propuesta pretende adoptar uno horizontal, abordando cuestiones de carácter general. Pero en realidad se limita, como señala su E. de M., a los aspectos esenciales del Derecho contractual relativo a los consumidores, sin interferir en conceptos más generales, como la capacidad para contratar o la indemnización por daños y perjuicios.

En cuanto al grado de armonización, la Propuesta persigue una armonización plena de la legislación comunitaria en materia de contratos celebrados entre empresarios y consumidores, ya que, según su artículo 4, “[los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores”.

---

<sup>19</sup> COM(2008) 614 final.

Llama la atención, sin embargo, que se haya optado de nuevo por una directiva frente a un reglamento. La E. de M. de la Propuesta lo justifica en que la directiva

[...] permite integrar más fácilmente la legislación comunitaria en el Derecho contractual o en los códigos en materia de consumidores vigentes a escala nacional. Daría a los Estados miembros el margen de apreciación necesario para mantener los conceptos jurídicos nacionales y los principios de base del Derecho Contractual interno que se ajusten a los objetivos de la propuesta legislativa comunitaria. A diferencia de un reglamento, la aplicación de una directiva puede dar lugar a un único conjunto coherente de normas, más fácil de aplicar e interpretar para los comerciantes, más fácil de hacer cumplir para las autoridades públicas y más ajustado al principio de subsidiariedad.

Pero esta explicación no ha impedido que el Comité Económico y Social Europeo<sup>20</sup> declare que la utilización de una directiva no es coherente con el objetivo de plena armonización. Añade, además, que la Propuesta deja muchas cuestiones a decisión de los Estados miembros, como las normas procesales y sancionadoras (p. ej., consecuencias de la calificación de una cláusula contractual como abusiva), los requisitos de información o el régimen del derecho de desistimiento. En el mismo sentido, Ebers (2010, p. 11) señala que para que la armonización plena pueda ser satisfactoria, es preciso contemplar el Derecho contractual de consumo europeo en su conjunto y armonizarlo al máximo posible.

A lo anterior hay que añadir que la existencia de un Derecho uniforme no garantiza una aplicación uniforme y homogénea del mismo, pues es más que frecuente que la misma legislación se aplique diversamente por los tribunales (Lete Achirica, 2009, p. 495). De ahí que se afirme que “una auténtica armonización plena necesita ir acompañada de una interpretación unitaria que vincule a todos los Estados miembros”, especialmente en relación con los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales; cosa que se considera poco probable, con base

---

<sup>20</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores” (2009/C 371/09). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 317 de 23.12.2009.

en la negativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), al menos hasta la fecha, a interpretar cláusulas generales (Ebers, 2010, pp. 11-12).

Por otra parte, no resulta del todo clara la conveniencia de armonizar plenamente el acervo en materia de consumo. Hay cierto consenso en que la armonización total beneficiaría a las empresas (de hecho, las asociaciones empresariales la apoyan), porque contribuiría a reducir sus costes de transacción y permitiría incrementar el comercio transnacional y podría mejorar su competitividad. Sin embargo, en relación con los consumidores la cosa cambia. Con carácter general, se duda sobre si una armonización plena serviría para aumentar la confianza del consumidor y animar las transacciones transfronterizas. En esta línea, el Comité de las Regiones<sup>21</sup> afirma que los problemas actuales de los consumidores se deben en mayor medida a otros factores, como la inseguridad y la complejidad del cumplimiento de la legislación en las transacciones transfronterizas debido a las barreras lingüísticas y a los costes de abogados y tribunales.

Pero es que además, la concreta armonización plena que resultaría de la Propuesta podría suponer un recorte en los derechos de los consumidores de ciertos Estados miembros que hubieran elevado el nivel de protección de las directivas comunitarias al incorporarlas a sus legislaciones internas. En efecto, la futura Directiva obligará a los Estados que hubieran adoptado normas más beneficiosas a rebajar dicha protección si supera lo previsto en la Propuesta, lo cual nos aleja del objetivo europeo de alcanzar un elevado nivel común de protección de los consumidores (en el mismo sentido, Lete Achirica, 2009, p. 495; Ebers, 2010, p. 12)<sup>22</sup>. Esto sólo se explica si entendemos,

---

<sup>21</sup> En su Dictamen sobre “Derechos de los consumidores”, aprobado en 79 Pleno de 21 y 22 de abril de 2009 ([http://www.consum.cat/doc/doc\\_27139908\\_1.doc](http://www.consum.cat/doc/doc_27139908_1.doc)).

<sup>22</sup> Piénsese, por ejemplo, en el concepto de consumidor, que se mantiene en la Propuesta, con un ligero cambio de redacción (Artículo 2 de la Propuesta. Definiciones. “A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) ‘consumidor’: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”). De imponerse una armonización plena, ciertos Estados miembros se verán

con Martín Areste (2010, p. 34), que la Propuesta no tiene dicho objetivo como prioridad, sino que por encima de él o al menos, al mismo nivel, se encuentra el propósito de conseguir un régimen jurídico de funcionamiento del mercado interior plenamente armonizado en las materias afectadas.

En tercer lugar, se añade el inconveniente de que la armonización plena impide a los Estados miembros reaccionar de forma rápida y flexible a la hora de proponer los cambios que en cada caso exija la adaptación a la realidad social; sin que tal capacidad de reacción pueda suplirse por la Unión Europea, cuyo proceso de adopción de normas es lento, rígido y complejo (Ebers, 2010, p. 12).

En cuanto al elemento territorial, la Propuesta sigue el consejo de la Comisión Europea y dispone que se aplique tanto a contratos nacionales como transnacionales. Según señala la E. de M., la inclusión de los contratos nacionales en el ámbito de aplicación de la futura Directiva es conforme con el objetivo de simplificar el marco normativo comunitario, ya que evita un régimen dual que acentuaría la fragmentación y las distorsiones de la competencia entre las empresas que operan únicamente en un marco nacional y las que tienen una actividad nacional y transnacional.

Finalmente, hay que admitir que la Propuesta simplifica y racionaliza considerablemente el acervo sobre consumidores porque fusiona (derogando) cuatro directivas (ventas fuera de establecimiento comer-

---

obligados a variar sus definiciones nacionales, algunas de ellas más amplias que la comunitaria. Así ocurrirá, por ejemplo, en España, donde, con buen criterio, el legislador permite que puedan ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas (de igual opinión es Lete Achirica, 2009, p. 496).

cial<sup>23</sup>, cláusulas abusivas<sup>24</sup> y ventas a distancia<sup>25</sup>, además de la de venta y garantías de bienes de consumo), regulando de forma sistemática los aspectos comunes y eliminando los solapamientos y las incoherencias. Pero aún quedan cuatro de las previstas en el Libro Verde<sup>26</sup>. Por tanto, cabe concluir que sólo parcialmente —como destacan tanto el Comité de las Regiones como el Comité Económico y Social Europeo— se simplifica el acervo comunitario de consumo.

### **■ *Modificaciones de la Propuesta de Directiva en cuanto a la venta y las garantías de bienes de consumo***

En el ámbito concreto de las ventas de bienes de consumo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008 prevé la derogación de la Directiva 1999/44/CE y la incorporación de su contenido, con diversas modificaciones de las que paso a ocuparme.

---

<sup>23</sup> Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 372 de 31.12.1985.

<sup>24</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 95 de 21.4.1993.

<sup>25</sup> Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 144 de 4.6.1997.

<sup>26</sup> Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 158 de 23.6.1990; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. L 280 de 29.10.1994; Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 080 de 18.3.1998; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 166 de 11.6.1998.

- **Sujetos.** Respecto del concepto de consumidor, me remito a lo señalado *supra* en las consideraciones generales sobre la Propuesta. Por lo que se refiere al vendedor, la Propuesta de Directiva elimina este término y se refiere exclusivamente al “comerciante”, definiéndolo como “toda persona física o jurídica que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre de un comerciante o por cuenta de éste”.

Cabe destacar, siguiendo a González Carrasco (2008), la asimilación del intermediario al comerciante en cuanto a los deberes impuestos por la Propuesta.

- **Concepto de bienes de consumo.** Lamentablemente, la Propuesta no afronta de forma expresa la cuestión de los bienes intangibles, por lo que se mantiene la misma duda que antes en cuanto a su consideración o no como bienes de consumo. Por otro lado, pese a su afirmación de armonización plena, se deja libertad a los Estados miembros para decidir que el régimen de conformidad no se aplique a la venta de bienes de segunda mano en subastas públicas.
- **El deber de entrega del comerciante.** La Propuesta introduce normas específicas, que no existían en la Directiva 99/44/CE, sobre la obligación de entrega de la cosa vendida y sobre su incumplimiento. En cuanto a la entrega, el artículo 22 de la Propuesta dispone que, salvo pacto en contrario, el comerciante deberá realizarla en un plazo máximo de treinta días a partir de la fecha de celebración del contrato. A mi modo de ver, el carácter dispositivo de esta norma mermará considerablemente su eficacia en la práctica.

Por lo que se refiere al incumplimiento de la obligación de entrega, el citado precepto concede al consumidor el derecho al reembolso de las sumas abonadas en un plazo de siete días a partir de la fecha de entrega. Como advierte Ebers (2010, p. 22), esta previsión plantea diversas dudas, que el legislador comunitario debería resolver antes de la aprobación de la Directiva, como la de si se refiere a un

incumplimiento definitivo o también a los supuestos de mora; o la de si la única consecuencia derivada del incumplimiento del deber de entrega es la resolución del contrato (y, respecto de ella, si se trata de una resolución automática o exige el requerimiento previo) o, por el contrario, el consumidor puede exigir el cumplimiento forzoso y, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios.

- **Requisitos de conformidad del bien con el contrato.** En relación con ellos, la Propuesta mantiene su formulación en forma de presunción y recoge exactamente los mismos criterios que la Directiva de 1999. Pero hay una diferencia de gran relevancia, ya subrayada por Ebers (2010, p. 24): mientras que en la Directiva sobre venta y garantías de bienes de consumo los requisitos eran cumulativos, según se ha indicado *supra*, el uso de la conjunción “o” apunta a que la Propuesta los configura como alternativos, lo cual podría dar lugar a situaciones paradójicas, como la de que un bien fuera conforme con el contrato por ser apto para los usos a que normalmente se destinan bienes del mismo tipo, aunque no lo fuera para el uso específico requerido por el consumidor y conocido y aceptado por el comerciante. En opinión del citado autor, que comparto, lo más probable es que se trate de un error de redacción que debería subsanarse por el Parlamento Europeo y el Consejo. Creo, asimismo, que sería aconsejable que se expresara en el texto —y no en los Considerandos, como hace la Directiva del 99— que se trata de requisitos cumulativos en función de las circunstancias, esto es, que deberán concurrir todos aquellos que se justifiquen en el caso concreto.
- **Garantía legal del comerciante por faltas de conformidad.** La Propuesta cambia el momento en que la falta de conformidad debe existir para que exista responsabilidad del comerciante. En efecto, mientras que el artículo 3 de la Directiva de 1999 se refiere a la entrega de la cosa, el artículo 25 de la Propuesta alude al momento en que el riesgo se transfiera al consumidor; lo cual ocurrirá, según el artículo 23, cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes o, excepcionalmente, en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes cuando ni el consumidor ni el tercero

designado por él haya tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes.

Es también el momento de transmisión del riesgo al consumidor el que la Propuesta establece como *dies a quo* del plazo de duración de la garantía legal, que sigue siendo de dos años. Cabe hacer dos observaciones al respecto:

- a. En primer lugar, que, al tomar como referencia la transmisión del riesgo al consumidor, la Propuesta adopta el modelo de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional en uno de los pocos aspectos en los que no lo hizo la Directiva 1999/44/CE.
  - b. En segundo lugar, que el mantenimiento del plazo de garantía legal en dos años presumiblemente provocará nuevas críticas doctrinales por parte de quienes afirmaron, en relación con la Directiva de 1999, que era insuficiente para los bienes de consumo duraderos (entre otros, Boucard, 2008, p. 20).
- **Derechos del consumidor ante la falta de conformidad.** Se mantienen los mismos, pero con ciertas variaciones en su configuración. Así, el artículo 26 de la Propuesta de Directiva establece que si los bienes no se ajustan a lo dispuesto en el contrato, el consumidor tendrá derecho a la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución, una rebaja en el precio o la resolución del contrato. Pero, a diferencia de la Directiva de 1999, se establece que será el comerciante quien elija entre la reparación y la sustitución; y se añade que si aquél demuestra que la subsanación es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor podrá optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato, a menos que la falta de conformidad sea de escasa importancia, caso en el cual el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato. A este respecto, la Propuesta establece que el esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de ésta.

Sorprende el trato de favor que dispensa la Propuesta al comerciante al permitir que sea él quien escoja entre la reparación o la sustitución, y que conducirá a una considerable reducción del nivel de protección de los consumidores en la mayoría de los Estados miembros (Ebers, 2010, p. 26). Se ha dicho que esta previsión refleja el cambio de paradigma que se pretende imponer en el Derecho comunitario, al sustituir la idea de proteger al consumidor como parte débil del contrato por la de convertirlo en un agente de mercado cuyo comportamiento debe ser en todo momento económicamente eficiente (Micklitz, citado en Bech Serrat, 2010, p. 20).

En cualquier caso, esta regla general de libertad de elección de remedios por parte comerciante encuentra un contrapunto en la concesión al consumidor del derecho de escoger entre cualquiera de los remedios cuando, además de las circunstancias contempladas en la Directiva de 1999, ocurra alguna de estas dos: que el comerciante se niegue de forma implícita o explícita a subsanar la falta de conformidad o que haya reaparecido el mismo defecto más de una vez en poco tiempo. Se trata, al decir de González Carrasco (2008), de un remedio exportado del Derecho anglosajón y conocido como *anticipatory breach* (incumplimiento previsible), que permite al consumidor, habida cuenta de las circunstancias, adelantarse a los efectos de un incumplimiento definitivo. Personalmente, me parece un acierto del legislador comunitario, si bien creo que sería una buena idea concretar qué debe entenderse por “poco tiempo” y cuántas veces tiene que reaparecer el mismo defecto para que el consumidor pueda hacer uso de su facultad de elección.

Estimo, por otra parte, que la Propuesta debería permitir al consumidor demandar directamente la resolución del contrato en aquellos supuestos en que el defecto es de tal trascendencia que frustra la finalidad para la cual se celebró el contrato, produciendo la insatisfacción del comprador (así lo ha defendido De Verda y Beamonte, 2002, pp. 22-23).

En otro orden de cosas, debe también recibirse de buen grado la aclaración de la Propuesta en relación con el carácter gratuito de la sustitución del bien no conforme en el sentido de que el

consumidor no debe compensar al comerciante por el uso de los bienes defectuosos. Sólo cabe lamentar que dicha aclaración —que coincide con la posición del TJCE en la sentencia “Quelle AG” de 17 de abril de 2008, asunto C-404/0627— se haga en la Exposición de Motivos y no en el texto del articulado (en el mismo sentido, Ebers, 2010, p. 27).

Es asimismo beneficioso para el consumidor que el artículo 28 de la Propuesta prevea un nuevo plazo de garantía de dos años, desde la toma de posesión del bien, en los supuestos de sustitución del bien no conforme por uno nuevo. La Directiva 1999/44/CE, en su Considerando 18, permitía a los Estados miembros que dispusieran la suspensión o la interrupción del período durante el cual cualquier falta de conformidad debe ponerse de manifiesto y del plazo de prescripción. Pero haciendo uso de la cláusula de armonización mínima, no todos los Estados miembros usaron esa facultad. Ahora, el principio de armonización máxima que rige la Propuesta llevará a que todos ellos deban adoptar la citada disposición.

No hay previsión en cuanto a la posible interrupción o reanudación del plazo de garantía en el caso de reparación del bien no conforme. Y creo que debería incorporarse para evitar que pudiera interpretarse que los Estados miembros no están facultados para admitir la suspensión o interrupción del plazo. A mi juicio, una solución razonable sería la de establecer la suspensión del plazo durante el tiempo en que dure la reparación y su reanudación cuando se devuelva el bien reparado, tal y como prevé la legislación española.

---

<sup>27</sup> Dicha sentencia fue dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* alemán en relación con la norma germana de transposición de la Directiva 1999/44/CE, la cual establece que cuando los bienes de consumo sean puestos de conformidad con el contrato mediante la entrega de bienes de sustitución, el vendedor tiene derecho a pedir una compensación al consumidor por la utilización de los bienes defectuosos entregados originalmente. Para el TJCE, esa solución es contraria al art. 3 de la Directiva. Puede encontrarse más información en Pardo Leal, M. (2008). Derecho del vendedor a exigir al consumidor una indemnización por el uso de un bien en caso de sustitución de bienes que no son conformes. *ReDeco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, núm. 18 (<http://indealbab.blogspot.com/2010/03/revista-electronica-de-derecho-del.html>).

Finalmente, la Propuesta impone al consumidor que quiera hacer valer sus derechos que informe al comerciante de la falta de conformidad en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que se percató de la falta de conformidad. En este caso, mi valoración es crítica, ya que considero, con Ebers (2010, p. 31), que se trata de una carga innecesaria para el consumidor, que limita excesivamente el ejercicio de su derecho a obtener el saneamiento.

- **Garantía comercial.** De acuerdo con el artículo 29 de la Propuesta, la garantía comercial obligará al garante en las condiciones fijadas en el documento de garantía y, a falta de éste, en las condiciones establecidas en la publicidad. Aquí hay una diferencia de matiz importante respecto de la Directiva de 1999, que dispone que la garantía comercial obliga en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.

También hay novedad en la previsión de que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 y 35 (en relación con cláusulas abusivas), la garantía deberá incluir una indicación, cuando proceda, de que no puede transferirse a un comprador posterior.

No se prevé, sin embargo, como tampoco se hace en la Directiva 1999/44/CE, un régimen sancionador para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de la garantía comercial. En mi opinión, esta laguna debería subsanarse para asegurar la efectividad de dicha garantía.

Para terminar, quiero destacar dos relevantes silencios de la propuesta: El primero de ellos se cierne sobre la responsabilidad directa del productor. A la espera de que en un futuro la Unión Europea se pronuncie a este respecto, Ebers (2010, p. 32), duda si la aprobación de la Directiva significaría la supresión de esa responsabilidad directa en los Estados miembros que la han establecido, ya sea de forma legislativa (caso de España, en el que se prevé de forma subsidiaria), ya sea de forma jurisprudencial (como en Francia o en Bélgica), o no, ya que podría considerarse que el futuro texto no regula las pretensiones del consumidor

contra otras personas distintas del vendedor último y, por tanto, la plena armonización no se extiende a esos supuestos. Así las cosas, entiende que debería realizarse una aclaración para acabar con esta ambigüedad. A mi modo de ver, esta segunda posibilidad es un tanto forzada, por lo que considero que, en ausencia de esa deseada aclaración, la interpretación más segura conduce a la obligatoria modificación de las normas nacionales que imponen la responsabilidad directa del productor (coincido en este punto con Lete Achirica, 2009, p. 495).

El segundo de los silencios apuntados tiene que ver con una posible acción de regreso del vendedor contra el verdadero responsable del daño. Como se dijo *supra*, la libertad concedida por la Directiva de 1999 a los Estados miembros para determinar el régimen de dicha acción, ha dado lugar a una gran diversidad legislativa al respecto. Sería deseable, por tanto, que la futura Directiva contemplara expresamente la acción de regreso y sus particularidades.

## CONCLUSIONES

La utilización de directivas sectoriales y de mínimos por parte de la Unión Europea ha conducido a una excesiva fragmentación y complejidad del acervo comunitario en materia de consumo. La acusada diversidad legislativa en los diferentes Estados miembros desincentiva a empresarios y consumidores a la hora de celebrar contratos transnacionales. Consciente de ello, la Unión Europea pretende dar un giro radical a su política de protección de los consumidores, a través de un proceso de simplificación, racionalización y unificación del acervo comunitario de consumo, que pasa por la modificación de distintas directivas sectoriales (entre ellas, la Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de bienes de consumo) y la adopción de un instrumento horizontal, con pretensiones de armonización plena y aplicación nacional y transfronteriza, cual es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008.

Sin duda debe apoyarse la iniciativa europea de simplificar y racionalizar el enrevesado entramado de normas comunitarias sobre consu-

mo, que resulta difícil de entender y aplicar en multitud de ocasiones. Asimismo, merece un reconocimiento el propósito de armonización plena —o, al menos, casi plena, teniendo en cuenta las dificultades de lograrla totalmente—, puesto que, a pesar de ciertos inconvenientes, en general considero que beneficiaría tanto a las empresas como a los consumidores. Pero sólo, en cuanto a éstos, si se hace sin reducir (al menos, en lo esencial) los derechos que tienen reconocidos por las legislaciones nacionales de sus respectivos Estados. Cosa que, lamentablemente, la Propuesta de Directiva de 2008 no hace en determinados aspectos, entre los cuales se encuentran algunos relativos a la venta y las garantías de bienes de consumo. Se diría que la Unión Europea prioriza el objetivo de conseguir una armonización total respecto del de lograr un nivel elevado de protección de los consumidores. Ése sería un error que, no obstante, aún se está a tiempo de rectificar. La cuestión es si los órganos comunitarios tendrán voluntad de hacerlo.

Por otra parte, cabe preguntarse si de verdad se pretende una armonización plena, dado que, por una parte, se hace uso de una directiva y no de un reglamento, y por otra, hay ciertos extremos en los que la Propuesta concede libertad a los Estados miembros a la hora de la transposición.

Asimismo, una lectura atenta de la Propuesta de Directiva de 2008 lleva a la conclusión de que las pretensiones de la Comisión Europea de conseguir un instrumento horizontal no se cumplen completamente, puesto que aquélla se limita a los aspectos esenciales del Derecho contractual relativo a los consumidores.

Finalmente, considero que debería haberse aprovechado la Propuesta —todavía puede hacerse— para completar lagunas, resolver dudas y modificar ciertos aspectos relacionados con la protección de los consumidores en general, y con la compraventa de bienes de consumo en particular. Entre las cuestiones pendientes en este concreto ámbito destaca especialmente la de la responsabilidad directa del productor de bienes de consumo, que a día de hoy sigue sin resolverse.

## BIBLIOGRAFÍA

- AVILÉS GARCÍA, J. (2000). Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. *Actualidad Civil*, 4, pp. 1179-1206.
- AVILÉS GARCÍA, J. (2007). Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo. Garantía legal de conformidad, garantía comercial, garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. En A. DE LEÓN ARCE y L. M<sup>a</sup>. GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios* (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios), t. I (pp. 938-1150) (2<sup>a</sup> ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- BECH SERRAT, J. M. (2010). Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias. *InDret* 1/2010 (<http://www.indret.com>).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2003). La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y la defensa del consumidor. *Aranzadi Civil*, 2, pp. 1892-1894.
- BOUCARD, H. (2008, marzo). La unificación internacional del Derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea. Publicado el 1 de marzo de 2008 en *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (<http://www.refdugr.com>).
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. & MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2000). Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. *Estudios sobre Consumo*, 52, pp. 125-146.
- DE VERDA & BEAMONTE, J. R. (2002). Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español. *Noticias de la Unión Europea*, 211/212, pp. 135-148.
- EBERS, M. (2010). De la armonización mínima a la armonización plena. La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores. *InDret* 2/2010 (<http://www.indret.com>).
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2008). La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008 y su incidencia en el TRLCU. Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Trabajos 2008. Descargable en [http://www.uclm.es/centro/cesco/investigacion\\_08.asp](http://www.uclm.es/centro/cesco/investigacion_08.asp)

- LETE ACHIRICA, J. (1999). La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español. *Actualidad Civil*, 4, pp. 1365-1385.
- LETE ACHIRICA, J. (2009). La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?. *En Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, M<sup>a</sup>. P.García Rubio (coord.). Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- MARTÍN ARESTE, P. (2010). *Las garantías de los productos de consumo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- PARDO LEAL, M. (2008). Derecho del vendedor a exigir al consumidor una indemnización por el uso de un bien en caso de sustitución de bienes que no son conformes. *ReDeco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, núm. 18 (<http://indealbab.blogspot.com/2010/03/revista-electronica-de-derecho-del.html>).
- SANZ VALENTÍN, L. A. (1999). La Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. *Actualidad Civil*, 3, pp. 1073-1094.
- SEGURA RODA, I. (2007). La Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo: balance de su aplicación en estos últimos años. *ReDeco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, núm. 12 (<http://indealbab.blogspot.com/2010/03/revista-electronica-de-derecho-del.html>).

# 2

## Desamparo de menores, acogimiento y adopción internacional

Pilar Benavente Moreda\*

### INTRODUCCIÓN

Se realiza un estudio del panorama actual, tras las reformas operadas en el ordenamiento español por la Ley de Adopción Internacional de 2007, en relación con las situaciones de riesgo, desamparo y acogimiento de menores.

La indeterminación del concepto de desamparo, su confusión con situaciones de riesgo, la atribución de la competencia a la administración para su declaración y la duración de los procesos, no garantizan plenamente la protección del “interés superior del menor” ni el de la familia de origen, creándose en muchas ocasiones una situación de auténtica indefensión para la misma consecuencia del imposible retorno del menor.

Culmina el estudio con una referencia específica a la adopción internacional de menores, centrada en algunos supuestos complejos de la misma como son las adopciones por matrimonios o parejas del mismo sexo o las de menores de países que no regulan la adopción como institución específica.

---

\* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid (España).

## 1. LAS SITUACIONES DE DESAMPARO FRENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO. COMPETENCIA PARA DECLARAR EL DESAMPARO <sup>1</sup>

El punto de partida del que arrancamos se encuentra, por un lado, en el artículo 172.1, párrafos 2º y 3º CC, que define las situaciones de desamparo, así como los efectos de tal declaración, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley por parte de la Entidad Pública y la suspensión de la patria potestad o la tutela. Por otro lado, el artículo 12 de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que introduce en el sistema el concepto de riesgo del menor, como previo o diferente a la situación de desamparo. Considerándose precisamente como situación de desamparo (que la legislación autonómica y la jurisprudencia han intentado ir perfilando), la que “se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Resultan relevantes varias cuestiones en relación con la declaración del desamparo de un menor: por un lado, la indeterminación del concepto de desamparo; por otro, la atribución de la competencia para su declaración a la Administración (que no tendría tanta relevancia si no recaiese precisamente sobre un concepto tan indeterminado) y, por otro, la relevancia que en estos procesos tiene el transcurso del tiempo y la

---

<sup>1</sup> Vid. Escribano Tortajada P., “Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales”, *Actualidad Civil*, 12, Quincena del 16 al 30 de junio 2009, p. 1357, Tomo 1, Editorial La Ley; García Pastor M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*. Tomo I, 2ª. ed. (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172, p.171 ss. Comares 2009. Un análisis detallado sobre el concepto de desamparo, tanto en la ley 21/87, como tras la reforma operada por LO 1/1996, y su diferenciación de las situaciones de riesgo en Serrano Ruíz-Calderón M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil Español* (2004). Fundación Universitaria Española, pp. 133 a 198. Vid. Cabedo Mallol V., “Marco constitucional de la protección de menores” (2008), La Ley, pp. 49 a 51. Igualmente, Ballesteros De los Ríos M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas* (1997), Tecnos.

duración de los mismos, lo que evidentemente se pone de manifiesto en la mayoría de las decisiones que han tenido un cierto eco social.(STC 124/2002 de 24 mayo, (RTC 2002/124) y las sentencias de las que trae causa; la STS 31 julio 2009 (RJ/2009/4581), entre otras).

a. **El carácter indeterminado del “desamparo”** aparece ya desde la reforma que se produce en el CC, por Ley 21/87, de 11 de noviembre, al sustituir el concepto de “abandono” por el de “desamparo” en el artículo 172 CC, como supuesto más amplio que el anterior. A tenor de lo dispuesto en el artículo 172.1 CC, podemos decir que son tres los requisitos necesarios para que se produzca el desamparo:

- El incumplimiento de los deberes de protección a los que se refiere el artículo 154 CC, que puede ser total o parcial, o derivar de una actuación culposa o ajena a la voluntad de los padres. Se trata de una situación de hecho, sin valoración de causas ni intenciones. Basta con que el menor quede “de hecho” privado de la necesaria asistencia moral o material.
- Falta de asistencia material o moral o de larga duración del menor, como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección. Esa ausencia de asistencia– material o moral– es la que, entre otros elementos, está jurídicamente indeterminada y debe ponerse en conexión con el artículo 39.3 CE, que establece la asistencia de todo orden que deben prestar los padres a sus hijos.
- Existencia de nexo causal entre ambas situaciones. El requisito causal-incumplimiento o inadecuado ejercicio– y el de resultado– falta de asistencia, son acumulativos, y deben concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que consiste en la situación de desamparo<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ballesteros De los Ríos M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas* (1997), Tecnos, p.27 ss. De La Oliva Vazquez A, “El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*. Thomson-Aranzadi (dir. García Garnica M.C., 2008, p.236.

En cualquier caso, ya cuando se habló por primera vez de “desamparo” en 1987, la doctrina más autorizada puso de manifiesto que se trataba de un concepto relativamente indeterminado, que necesitaba completarse, porque ni se explicaba qué se entiende por privación de la necesaria asistencia material o moral, ni qué supuestos quedarían englobados en la expresión “incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección”. En esa primera modificación, la regulación era, conforme apuntaba Ballesteros de los Ríos, vaga, defectuosa, imprecisa e insuficiente, pues quedaban sin explicitar aspectos tan importantes, aparte de la imprecisión del término “desamparo”, como el órgano competente para apreciar tal situación y el procedimiento a seguir. Tales cuestiones, en alguna medida fueron resueltas en la reforma llevada a cabo por la LO 1/1996, de 15 de enero, al diferenciar como situaciones de desprotección social del menor entre las situaciones de riesgo y las de desamparo, que dan lugar a un grado diferente de intervención de la Entidad Pública, justificándose en el segundo de los supuestos, por la gravedad de los hechos que determinan la calificación del desamparo, la separación del menor del núcleo familiar, la asunción de la tutela por la entidad pública y la suspensión de la patria potestad<sup>3</sup>. En cualquier caso, la estimación del desamparo determina la asunción de la tutela automática a cargo de la Entidad Pública a la que correspondiese en el territorio la protección de los menores.

- b. En cuanto a la **competencia para la declaración del desamparo**, de la redacción otorgada al artículo 172 CC, en 1987 no resultaba explícita la atribución de la misma a las Entidades Públicas, pero ya fueron entonces numerosas las voces que se alzaron no sólo contra la posibilidad de que así fuera, sino también contra la interpretación de la norma en ese sentido, considerándose que la patria potestad y la tutela están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, que determinados derechos de los padres tienen un especial amparo constitucional e internacional y que no cabían medidas sobre los menores contra la voluntad de padres o tutores, salvo si lo acuerda el juez en los casos que legalmente proceda<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Ballesteros De los Ríos, M., *ob.cit.* p.18.

<sup>4</sup> Peña Bernaldo de Quirós M., *Derecho de Familia* (1989). Sección de

La atribución de la competencia a la Administración suponía, por tanto, una auténtica metamorfosis en la forma de proceder en cuanto al sistema de declaración de desamparo y acogimiento de los menores, que implicaba, para un amplio sector doctrinal, una desjudicialización del proceso para, como consecuencia de la declaración de desamparo, suspender a los padres del ejercicio de la patria potestad.

Cuando se reforma nuevamente el artículo 172 en la D.final 5ª de la LO 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor, queda claramente establecida la competencia de las Entidades Públicas para declarar la situación de desamparo. Consecuencia de ello se incorporan al texto ciertos elementos de control en relación con la actuación de la Entidad Pública (comunicación al Ministerio Fiscal y a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas, dando cuenta de las causas que dieron lugar a la medida y los posibles efectos de la decisión adoptada). En todo caso, la asunción de la tutela por parte de la Entidad pública lleva aparejada la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria.

- c. La indeterminación del concepto de desamparo, la desjudicialización de la fase inicial del proceso, y la confusión entre desamparo y riesgo, como situación nueva introducida en la LO 1/96, ha venido provocando, creemos que bajo el temor de no dar una respuesta contundente a los problemas sociales en los que pueden verse imbuidos los menores, una progresiva y alarmante **ampliación de los supuestos que social y administrativamente se vienen considerando como de desamparo**, extendiendo tal calificación a auténticas situaciones de riesgo y no desamparo, que si bien revisten o pueden revestir de gravedad, merecen tener un tratamiento diverso<sup>5</sup>.

---

Publicaciones, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, p.613.

<sup>5</sup> Vid García Pastor M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*. Tomo I. 2ª ed. (Dir.Miguel Pasquau Liaño). Art 172,p.171 ss. Comares 2009, p.679) y Moreno Torres-Sánchez J., *El desamparo de menores* (2005), Thomson-Aranzadi, p.37.

Es cierto que, sin embargo, en el ámbito de las Comunidades Autónomas se han ido aprobando en materia de protección de los derechos de menores y adolescentes, normas que han ido especificando no sólo el posible contenido de las denominadas situaciones de desamparo, sino también marcando la diferencia entre tales situaciones y las de riesgo, lo que entendemos, podría permitir a la larga, que el margen de actuación de la Administración al declararlas quede de alguna forma más delimitado <sup>6</sup>.

## **2. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS PADRES/TUTORES ANTE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. LA SITUACIÓN DE LOS ACOGEDORES EN EL PROCESO**

El abanico de posibles actuaciones que se les abre a los padres o tutores del menor declarado en situación de desamparo tras la reforma operada en el CC y la LEC por la Ley 54/2007 es de gran amplitud. Se puede pensar, sin embargo, que si bien se han abierto puertas que estaban cerradas antes, o al menos poco claras, no con ello se confiere mayor claridad al proceso, antes bien, puede convertir en aún si cabe más farragoso el sistema, sobre todo si tenemos presente que, en la mayoría de las ocasiones, el legitimado para tomar una u otra vía será persona de bajo nivel social, cultural y de condiciones económicas poco propicias.

---

<sup>6</sup> Vid. Díez García H, *Desamparo de menores y acogimiento* (1999) Aranzadi Civil vol. III (Estudio). Editorial Aranzadi, Pamplona. Bib1999/1429, p. 2 ss.). Vid igualmente como relevante, en cuanto se recoge la más reciente jurisprudencia sobre el particular, el estudio realizado por M. García Pastor sobre la delimitación de las situaciones de desamparo y su configuración restrictiva, y análisis detallado de los supuestos en los que los tribunales han considerado que existía desamparo, frente a los que no lo existía pese a la declaración de la Administración (GARCÍA PASTOR M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil. Tomo I.* 2ª. edición (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172. p. 171 ss. Comares 2009, pp.676 a 681). En relación con el supuesto específico de las situaciones de riesgo y desamparo a la luz de la legislación catalana, resulta interesante el estudio de Padial Albás A. "La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión social" (*Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia* (coord. Padial Albás, A.Mª./ Toldrà Roca M.D.), (2007), Tirant lo Blanch, pp. 67 a 113.

Tras las diversas reformas que afectan directamente al desamparo de menores –Ley de 1987, LO de protección jurídica del menor de 1986, LEC 2000, y por último la señalada Ley 54/2007 de Adopción Internacional–, con la vigencia añadida de los preceptos reguladores de la Jurisdicción Voluntaria en la LEC 1881 –arts. 1825 ss., con exclusión del art.1827–, las posibilidades de actuación con que cuentan los padres/tutores se amplían. Ahora bien, lo que no alcanzamos a entender es si tales vías se complementan, se superponen o solapan o, lo que es peor, entran o pueden entrar en clara contradicción.

A tal situación añadiremos, en el juego de los intereses contrapuestos en el procedimiento, más bien en los procedimientos que se abren, el del interés de los acogedores, a los se considera parte interesada en el proceso tras la STC 124/2002 de 20 de mayo, en relación con el polémico caso de acogimiento de dos menores sevillanos en 1996, como consecuencia de una inadecuada e injustificada declaración de desamparo. Varias vías son las que se abren a los padres o tutores:

- a. La primera referencia que encontramos –art. 172.3, segundo párrafo, que no necesariamente la primera vía a la que pueden acudir los padres– alude a la posibilidad de los padres o tutores de **oposición a la resolución administrativa que acuerde el acogimiento, cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor, o si existen dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas**. El plazo para formular tal oposición es de dos meses, desde el momento en que la misma se adopte.

El acogimiento al que se refiere es, tanto el familiar como el residencial y tanto si deriva de la guarda asumida a petición de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley. (El citado párrafo del nº 3, artículo 172 se introduce por la Ley 54/2007)

- b. El artículo 172.6. CC, por su parte, se refiere a la **posibilidad de recurrir, ante la jurisdicción civil, las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en el plazo y condiciones determinados por la LEC**. Remi-

sión que, como veremos, se hace hoy a los artículos. 779 y 780 LEC. El plazo para recurrir la declaración de desamparo será de tres meses, y de dos para el resto de las decisiones que se dicten en materia de protección de menores. (El citado párrafo 6 del artículo 172, así como la actual regulación de los preceptos procesales, obedecen hoy a la reforma operada por la Ley 54/2007, teniendo en cuenta, no obstante, que la posibilidad del recurso de tales resoluciones, sin la mención explícita a la LEC, estaba ya prevista tras la reforma del artículo por la LO 1/1996. En 1987 no se hacía alusión al tema expresamente).

- c. El artículo 172.7. CC prevé la posibilidad de pedir la **revocación de la declaración de desamparo y el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad por cambio de circunstancia, así como la oposición a las medidas que se adopten en relación con los menores**. El plazo para tal petición es de dos años desde la notificación de la resolución administrativa correspondiente (El citado pf.7 se introduce igualmente por la Ley 54/2007).
- d. El artículo 173.3 CC regula, por su parte, la posible **oposición al acogimiento familiar acordado por la Entidad Pública. En tal caso el acogimiento sólo se podrá acordar por el Juez**. Para la constitución del acogimiento habrá de adecuarse a lo dispuesto en el artículo 1828 LEC 1881(La norma sustantiva debe su redacción a la LO 1/1996, a la que resulta aplicable la LEC de 1881).

A simple vista, el juego de diferentes recursos, fruto de diferentes reformas avaladas por motivaciones diversas (aunque sobre la premisa fundamental del interés superior del menor), en diferentes momentos temporales, y sobre la base de una normativa procesal también diversa, creemos que da como resultado un panorama, cuanto menos, poco esclarecedor.

### 3. EL INTERÉS DEL MENOR. REINMERSIÓN EN LA FAMILIA DE ACOGIDA FRENTE AL RETORNO A LA FAMILIA BIOLÓGICA. EL TRANCURSO DEL TIEMPO Y EL ALEJAMIENTO DE LA FAMILIA DE ORIGEN COMO CONDICIONANTE. CONSECUENCIAS DEL IMPOSIBLE RETORNO

Regula específicamente la cuestión que abordamos el numeral 4 del artículo 172 CC, cuya redacción experimentó una relevante alteración entre el contenido que le otorgó la Ley 21/1987 y la que le confiere la LO 1/1996, sustancialmente derivada de la inversión de los términos y contenido del mismo. Conforme a su primera redacción, se primaba la reinscripción del menor en su propia familia, siempre que ello redundase en interés del menor. La posterior y vigente redacción, parte de buscar, *prima facie* el interés del menor: “se buscará siempre el interés del menor”, y “se procurará, cuando no sea contrario a tal interés su reinscripción en la propia familia”. Lo que ha de quedar como prevalente en cualquier actuación que pueda conducir a la reintegración del menor a su familia de origen, es el interés del menor.

Así pues, dos elementos juegan en este terreno, con preponderancia del primero sobre el segundo:

- a. Buscar el interés del menor.
- b. Procurar, cuando no sea contrario a tal interés, la reinscripción del menor en su propia familia.

#### ¿CUÁNDO DEBERÍA PRODUCIRSE EL REINTEGRO DEL MENOR DESAMPARADO A LA FAMILIA DE ORIGEN?

La primera respuesta a esta pregunta está clara: cuando ello sea lo más adecuado al interés del menor. El paso siguiente: cuándo debe reintegrarse en todo caso dando por supuesto que se protege el interés del menor:

- a. Por un lado, cuando cese la causa que originó la declaración del desamparo, bien entendido que tal situación está técnicamente prevista como algo provisional, prueba de lo cual el propio artículo

172. 7 CC redactado tras la reforma operada por Ley 54/2007, que ya hemos analizado anteriormente, prevé la posibilidad de que los padres puedan solicitar, en el plazo de 2 años desde la notificación de la resolución por la que se declara el desamparo, la revocación del mismo y el cese de la suspensión de la patria potestad por cambio de las circunstancias que lo motivaron.

- b. Por revocación judicial de la declaración de desamparo, al estimar inexistente la causa que determinó la declaración por parte de la Administración. Posibilidad que deriva, como hemos analizado igualmente, de la facultad de oposición que los padres o tutores tienen conforme al artículo 172.6 CC y conforme a los trámites y plazos, más breves, previstos en los artículos 779 y 780 L.E.C 2000, igualmente modificados por la Ley 54/2007.

Se trata, al menos a partir de la reforma que introduce sustantiva y procesalmente la Ley 54/2007, de dos supuestos claramente diferenciados que no deberían confundirse, pero que desgraciadamente en las recientes resoluciones de nuestros tribunales se mezclan. Diferentes porque mientras el primero implica que la causa de desamparo existió, pero las circunstancias han cambiado, el segundo supone que la Administración erró en su apreciación, que la causa nunca existió como tal. Pues bien, en supuestos como los de la STS 31 de julio de 2009, entendemos que ambas circunstancias se confunden, como se confunden y mezclan los procesos que originan una u otra resolución –desamparo y acogimiento–. Ello, como veremos, unido al transcurso del tiempo, hace el resto: el imposible retorno, con lo que ello implica, no lo olvidemos, de sustitución, como si de una pirueta en el aire se hiciera, de una “suspensión de la patria potestad”, que ya fue criticada por no acordarse judicialmente a una auténtica privación de la misma.<sup>7</sup>

Esto es, a nuestro entender, lo que ocurre en la citada STS de 31 de julio de 2009 (F.D 6º) que, apoyada en el “interés superior del menor”, que es el que se ha de buscar, para, según se señala, ponderarlo en relación con el posible retorno del menor a la familia biológica, revocar

---

<sup>7</sup> García Pastor M., *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*. Tomo I, 2ª ed. (Dir. Miguel Pasquau Liaño). Art 172, p. 171 ss. Comares 2009, pp. 683 a 686.

la resolución de la Audiencia, desestimar el desamparo de la menor y confirmar el acogimiento preadoptivo, utilizando argumentos para sentar doctrina –el transcurso del tiempo sin contacto con la menor, la adaptación a la familia de acogida, la falta de referente de la menor respecto de su madre biológica entre otros–, que se apoyan en circunstancias que el propio sistema ha permitido y/o provocado, y que son absolutamente ajenos a la conducta y comportamiento de la madre biológica (a la que se suspendió el ejercicio de la patria potestad como consecuencia de la declaración de desamparo, se suspendió igualmente el régimen de visitas –a ella y a la abuela paterna–<sup>8</sup>, con base en una calificación inicial, fundamentada en una situación más de riesgo que de desamparo (incluso se resalta el hecho de que ha sido madre nuevamente sin ponerse en tela de juicio su labor y capacidad para su nueva maternidad).

No pareció tenerse en cuenta de la misma manera el interés superior del menor en el proceso declaración de desamparo de los dos menores sevillanos, que culmina, por un lado con la STC en su S. de 20 de mayo de 2002(RTC/2002/124) (y definitivamente con la nueva SAP Sevilla de 26 diciembre 2002(JUR 2003/14679) que finalmente desestima el desamparo). El TC parece olvidarse del interés superior del menor al resolver anulando la SAP de Sevilla de 12 de junio de 2000, para permitir intervenir en el proceso a los acogedores, al considerarlos parte interesada en el mismo.

### **¿Cuáles son las consecuencia de la imposibilidad del retorno a la familia de origen?**

Tras el análisis realizado a lo largo de la presente exposición, queda por hacer mención, con cierto halo de esperanza, si es que lo que apunta-

---

<sup>8</sup> La procedencia o no de la suspensión del régimen de visitas de la familia de origen plantea serios problemas en los acogimientos preadoptivos. Por parte de las entidades públicas se suele argumentar la dificultad de tener una integración en la familia adoptante si el menor mantiene vínculos con su familia de origen. Vid al respecto De La Oliva Vazquez A., “El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*. Thomson-Aranzadi. (dir. García Garnica M.C., 2008, p.241).

mos a continuación la tiene, de las consecuencias que los tribunales van articulando como medida para “resarcir”, si es que cabe resarcimiento, a la familia de origen en aquellos casos en los que, por las circunstancias sobradamente señaladas, se haga imposible el retorno del menor desamparado a su familia de origen. La indemnización, la prestación por equivalente.

Tal opción encuentra su reflejo más significativo en la SAP de Sevilla de 26 diciembre de 2002(JUR/2003/47679), que condena a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía a la prestación por equivalente ante la declaración de inexistencia del desamparo de dos menores sevillanos. En instancia se absolvió al Estado, condenando a la Consejería a abonar a la madre biológica 72.000 euros. En apelación se revocó la decisión de instancia, elevando la indemnización a un millón cuatrocientos mis euros, en una resolución ejemplar, creemos, donde pese a lo elevado de la condena se sigue poniendo de manifiesto lo irreparable de la situación para la madre biológica, y aplica, frente a la posición mantenida en Instancia, no los criterios indemnizatorios utilizados por las Aseguradoras en los supuestos de accidentes de tráfico, sino los que considera, deben ser asimilables, utilizados en los casos de privación de libertad. La Junta de Andalucía interpuso recurso de amparo ante el TC, que fue desestimado en S. de 21 de enero de 2008(RTC 2008/4).

#### **4. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ADOPCIONES EN ESPAÑA. ADOPCIONES EN EL EXTRANJERO <sup>9</sup>**

No entramos en este momento en las normas que específicamente regulan la adopción que denominamos “nacional”, sometida al CC (arts.175 a 180), al ser objeto de nuestra exposición más concretamente las adop-

---

<sup>9</sup> La adopción se regula en España básicamente por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, modificada en determinados preceptos por LO. de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, por los arts.748 a 755 y 779 a 781 LEC 2000 en los procedimientos para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción. Ha de tenerse en cuenta igualmente la Ley 54/2007 de 28 de diciembre – BOE 29 diciembre– de Adopción Internacional, que además modifica determinados artículos del CC y LEC: arts.9.5, 154, 172, 180 y 268 CC// arts. 164, 779, 780.1, 781.1 LEC- introduciendo en esta última un art.141 bis).

ciones internacionales, sin perjuicio de la necesaria referencia que ha de hacerse a las mismas en aquellos casos en los que a los supuestos de adopción internacional le sean aplicables las citadas normas.

Básicamente nos centraremos aquí en aquellos aspectos más llamativos y relevantes de los procesos de adopción internacional tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional, como consecuencia de la colisión lógica que se produce cuando entran en juego normas de diferentes países, a veces contradictorias y susceptibles de plantear problemas de orden público, en algunos casos, de irresoluble o difícil solución. Elemento común a todos los ordenamientos jurídicos es considerar la adopción como un instrumento de integración familiar de los menores que no pueden disfrutar de su propia familia de origen. Son principios básicos de la misma, la superior y especial protección del menor, la igualdad de la filiación, tanto biológica como adoptiva y la vocación internacional de la adopción junto con el derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad. En todo caso, actualmente prima la adopción internacional sobre la nacional. La LAI de 2007 deroga el artículo 25 de la LOPJM (relativa al funcionamiento de las Adopciones Internacionales), y modifica el artículo 9.5 CC, que remite a la LAI directamente en cuanto a las normas de competencia para llevar a cabo la adopción.

Así mismo, se requiere que los efectos de la adopción extranjera sean idénticos a los nuestros para que la misma sea reconocida en España. Se crean entidades colaboradoras de AI (ECAIS) que se encargan de llevar a cabo funciones de mediación previa habilitación. Además, los países firmantes del Convenio de La Haya relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de AI, de 1993, ratificado por España en 1995, exigen que la adopción sea certificada conforme al Convenio.

La adopción constituye en el ordenamiento español un auténtico título de atribución de la filiación (art. 108 CC).

El artículo 1 de la LAI 2007 considera como adopción internacional el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero, derivado de la nacionalidad o residencia habitual de adoptantes o adoptados. La adopción será internacional, por tanto, si un español adopta a

extranjero, si un extranjero residente en España adopta a un español o si un extranjero residente en España adopta a extranjero.

Ello implica que la adopción internacional **puede constituirse en España**, siendo competentes las autoridades españolas para llevarla a cabo (art.14 LAI) y aplicable la normativa material española cuando el Adoptando tenga su residencia habitual en España al constituirse la adopción o cuando ha sido o vaya a ser trasladado a España para constituir aquí su residencia habitual (art.18 L.A.I). No siendo aplicable la ley española en cuanto a capacidad y consentimientos, sino la ley nacional del adoptando cuando éste no tiene la residencia habitual en España al constituirse la adopción o en aquellos casos en los que no adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción, aunque resida en España.

Por otro lado, será de aplicación la legislación extranjera cuando el adoptando no tiene residencia habitual en España o no ha sido o va a ser trasladado a España para fijar aquí su residencia habitual. La ley aplicable será la del país al que se traslade o vaya a trasladarse o la del país de residencia habitual.

La AI puede constituirse en el extranjero (arts. 25 ss LAI), en cuyo caso resulta fundamental determinar el ámbito de su eficacia y validez en España. En defecto de tratados y normas internacionales, las adopciones realizadas en el extranjero tendrán tal validez:

- a. Si las constituyó autoridad extranjera competente.
- b. Si se constituyeron con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción.
- c. Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero.

- d. En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.
- d. Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.
- e. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.
- f. Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.
- g. El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad que consiste en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes. A la vista de lo anterior, es posible que una adopción constituida en el extranjero, o en España, se someta a las normas de otro país extranjero, lo que implica la existencia de determinados supuestos problemáticos que en la actualidad se están produciendo, en aquellos casos que analizamos.

## 5. LAS NUEVAS SITUACIONES: LAS ADOPCIONES POR PERSONAS CASADAS O PAREJAS DE HECHO DEL MISMO SEXO. ADOPCIÓN EN PAÍSES DONDE NO SE CONTEMPLA LA FIGURA. EL PROBLEMA DE LAS KAFALAS

### 5.1. Las adopciones por personas del mismo sexo

#### ■ *Ámbito normativo*

Tal y como hemos puesto de manifiesto en párrafos anteriores, la posibilidad prevista en la LAI de 2007 de someter los procesos de adopción a la legislación de un país extranjero, en función de la atribución competencial derivada de la nacionalidad del adoptando o su residencia, entre otras, exige que hagamos algunas reflexiones, desde el punto de vista de la legislación española (pero igualmente aplicables a otras en las que puedan surgir o de hecho están surgiendo semejantes situaciones)

Nos referimos a los supuestos específicos en los que quien pretende adoptar, de forma individual o conjuntamente (parejas casadas o vinculadas por una unión de hecho) sean del mismo sexo.

La primera cuestión a abordar: ¿Cuál es la situación actual en el ordenamiento español en materia de adopción por personas homosexuales?

En ese mismo orden de cosas y partiendo de la existencia de dos fases fundamentales en el proceso, la previa administrativa encaminada a la obtención del correspondiente certificado de IDONEIDAD por los adoptantes y la fase judicial determinante de la adopción, reflexionamos sobre los problemas que se plantean en la práctica cuando abordamos supuestos de adopción internacional. Sirvan estas páginas para poner de manifiesto simplemente el estado de la cuestión. Partimos inicialmente para ello de la cuestión desde el punto de vista legal en el ordenamiento español.

Por un lado, la ley 13/2005 de 1 de julio que modifica el CC. en materia de derecho a contraer matrimonio, permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio entre sí. La citada ley modifica, por un

lado, el artículo 44 del CC, otorgando los mismos efectos y requisitos que al matrimonio heterosexual, al contraído entre dos personas del mismo sexo. Por otro, modifica el párrafo 4 del artículo 175 CC, al permitir la adopción simultánea o sucesiva por los cónyuges, permitiendo al cónyuge del adoptante adoptar con posterioridad al matrimonio a los hijos de aquél <sup>10</sup>.

Por otro lado, la D. Adicional tercera de la Ley 21/1987, del 11 de noviembre, de adopción y otras formas de protección de menores, extendió la capacidad de adopción simultánea, referida exclusivamente a los cónyuges, al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal, sin ampliar, obviamente tal posibilidad, en el momento en que se redactó la misma, a las parejas estables del mismo sexo, aunque parece adecuado pensar que en los momentos actuales tal posibilidad se hace igualmente extensiva a las mismas. A ello debe adicionarse el complejo entramado de normativas en el seno de las diferentes Comunidades Autónomas del Estado Español, cuya regulación al respecto es absolutamente divergente<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> El apartado 4 del artículo 175 queda redactado en los siguientes términos: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.

<sup>11</sup> A la posibilidad de adopción por parejas de hecho, sin discriminar sobre la condición sexual de sus componentes se refiere el art. 115 del Código de Familia Catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio), redactado por Ley 3/2005 de 8 de abril. De la misma forma lo previó el art.8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, sin embargo, excluye en su art.30 la posibilidad de adopción simultánea fuera del matrimonio, negando por tanto la adopción conjunta por los miembros de una pareja de hecho, sean del mismo o diferente sexo. Sirvan tales referencias a modo de ejemplo de la diversidad que existe, para mayor complejidad de los procesos de adopción, dentro de la normativa interna de las Comunidades Autónomas que integran el Derecho del Estado Español. (Vid. García Rubio M.Paz, La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La Ley 6359- 15 noviembre 2005. Ref. D-264).

■ *Problemas que se plantean en cuanto a la adopción aun existiendo una legislación aplicable permisiva en la fase previa en relación con “el certificado de idoneidad”*

Pese a la existencia de una regulación concreta en el ámbito del ordenamiento jurídico español, permisivo como se ha apuntado anteriormente, con la adopción realizada por parejas casadas o de hecho del mismo sexo, en la práctica aún se ponen de manifiesto problemas en la fase administrativa previa en relación con “el certificado de idoneidad”.

Como se sabe, en el ordenamiento español, corresponde a las Entidades Públicas, entre otras funciones, la expedición de los certificados de idoneidad, previa presentación del informe psicosocial de los solicitantes (art.5 L.A.I 2007). Y tal competencia se atribuye, a su vez, a las correspondientes entidades de las Comunidades Autónomas, que deben promover la actuación homogénea en procedimientos, plazos y costes. (art.5 LAI).

Pues bien, la práctica ha puesto de manifiesto situaciones complejas derivadas del retraso injustificado en la tramitación de las adopciones<sup>12</sup>. En este sentido podría llamarse la atención sobre las trabas que a tales adopciones se producen en algunos casos, amparadas básicamente y precisamente en la supuesta INIDONEIDAD de los solicitantes de adopción. Tal situación ha llegado, en el ámbito europeo, a ser incluso objeto de recurso y resolución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su S. de 22 enero de 2008 (en el denominado caso E.B. contra el Gobierno Francés”. Rec 43546/2002- La Ley 1674/2008). Decisión que contradice la teoría mantenida por el mismo TEDH en el caso “Fretté contra Francia” de 2002. En esta ocasión el supuesto que llega al Alto Tribunal parte de la solicitud de adopción de una mujer soltera homosexual, a la que la administración francesa consideró “inidónea” en la fase previa administrativa, basándose en la ausencia de referente masculino y la falta de implicación en el proceso de adopción por parte

---

<sup>12</sup> De sobra conocido en España el que se ha venido en denominar “Caso Ferrini Calamita” –por el nombre del juez que resolvió–, al que el TSJ Murcia condenó por retraso en la decisión sobre un proceso de adopción.

de la compañera de hecho de la solicitante de adopción. El TEDH condena al gobierno francés, considerando que la demandante había sido víctima de una discriminación debido a su homosexualidad declarada, que constituiría una violación de las disposiciones del artículo 14 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) en relación con el artículo 8.

### *Problemas que se plantean, en la fase de adopción, cuando ésta se somete a la legislación extranjera*

Analizado el panorama de la adopción por parejas, casadas o de hecho, del mismo sexo, en las adopciones nacionales, un nuevo problema se plantea cuando la adopción se somete a la legislación extranjera conforme a los criterios que han de seguirse cuando la adopción es internacional.

El supuesto más frecuente: que frente a una legislación permisiva como la española, en el país cuya legislación vaya a aplicarse no esté consentida o admitida la adopción por personas homosexuales o por parejas del mismo sexo, ya sean casadas o pareja de hecho<sup>13</sup>. Dentro de los países que no admiten este tipo de adopciones se encuentra, por ejemplo, China que desde 2007 prohíbe que los homosexuales adopten, exigiendo que los solteros adoptantes firmen un documento en el que declaran que no lo son.

En tales circunstancias han aumentado progresivamente las situaciones en las que, ante la imposibilidad de adoptar, se recurre a otros medios sustitutorios a veces, para conseguir la paternidad (fundamentalmente de parejas casadas o no, varones ambos, o personas solteras, varones igualmente), o como única vía posible: al denominado “vientre de alquiler” (maternidad subrogada), prohibido expresamente por el

---

<sup>13</sup> Se admite en Bélgica, Países Bajos, Suecia, Sudáfrica, Islandia, Reino Unido y en ciertos territorios de Canadá y EEUU. En Dinamarca, Alemania, Francia y Noruega se permite la adopción del hijo del otro miembro de la pareja de hecho o la unión civil. El Estado de Israel admitió en febrero de 2006 estatuto de padres legítimos a una pareja de mujeres, de las cuales una de ellas era la madre biológica. Desde septiembre de 2009 se admite en Uruguay. Entendemos que en el caso de Colombia, la situación es pareja a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional de 28 de enero de 2009.

ordenamiento español en el artículo 10 de la vigente Ley de Técnicas de Reproducción asistida de 2006 y que es objeto de debate jurídico actualmente en España a raíz de la controvertida Resolución de la D.G.R.N de 18 de febrero de 2009(RJ/2009/1735), conforme a la cual se permitió la inscripción en el Registro Civil de los hijos de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en octubre de 2008 mediante «gestación de sustitución».

## **5.2. ADOPCIONES DE MENORES DE PAÍSES QUE NO PREVÉN LA ADOPCIÓN. EL SUPUESTO DE LA KAFALA. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE MARRUECOS**

Por último, haremos aquí una brevísima referencia a estos supuestos, sobre los que la doctrina española ha debatido intensamente <sup>14</sup>, y sobre los que la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en variadas ocasiones<sup>15</sup> En la mayoría de los países islámicos está prohibida la adopción. Las instituciones de protección más representativas: la *kafala* y el *tanzil*, no producen sin embargo vínculos jurídicos entre las partes.

---

<sup>14</sup> Fundamental resulta el trabajo de la profesora Flora Calvo Babio sobre “La figura de protección de los menores en los sistemas islámicos y su tratamiento en el Derecho Internacional Privado”, publicada en la *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, en homenaje al prof. Rafael Arroyo Montero, 2002.

<sup>15</sup> Los tribunales españoles parten en principio de no considerar a los menores “*kafalados*” como verdaderos hijos adoptivos, planteándose por tanto problemas en todo orden de situaciones a la hora de asimilarlos en derechos a los hijos de quienes los acogen. (En este sentido, entre otras la RDGRN, 21 marzo 2006 (Jur/2007/111879), al estimar que el menor “*kafalado*” por españoles no está sometido a la patria potestad de los mismos, por lo que no procede su inscripción en el registro como adoptado). Si bien es cierto que recientemente el TS en Auto (sala de lo social ) de 10 febrero 2009, se pronunció a favor de la concesión de la correspondiente pensión de orfandad de unos menores acogidos al régimen de la *kafala* por el fallecido, con el argumento de que no constando la filiación natural ni la pervivencia de ese vínculo, la *kafala* cumple la función con la misma extensión asistencial que la adopción, por lo que considera injustificada la resolución administrativa y contraria a los preceptos de la LO 4/2000.

Vid igualmente los Autos de AP Barcelona, 28 marzo 2006; AP Cadiz, 11 diciembre, 2008 o AP Tarragona, 23 junio, 2008 .

La *kafala* se asemeja a la curatela (entendida no como representación legal sino como custodia de un menor); se aplica sobre todo, aunque no exclusivamente, respecto de los niños abandonados y aparece como declaración voluntaria de una persona –generalmente un hombre– que se compromete a tener al niño en su compañía, cuidarlo y satisfacer sus necesidades. El *tanzi*, por su parte aparece como instrumento de derecho sucesorio que se hace a favor de un extraño al que se considera como a un hijo que tiene una diferencia esencial con respecto al testamento a favor de tercero (también denominado legado), y es que, aunque está asimismo limitado al tercio de libre disposición de los bienes, la porción hereditaria se puede aumentar si no hay herederos legales del causante o si así consienten éstos.

Pues bien, en la práctica son numerosos los supuestos en los que parejas españolas, al amparo de la LAI de 2007, postulan la adopción de menores marroquíes, respecto de los cuales, como se acaba de indicar, no se prevé tal figura, produciéndose en tales casos una colisión de derechos a las que resulta como norma aplicable la ley del menor “susceptible de adopción”, que en este caso se impide e imposibilita.

El tratamiento de la *kafala* en el Derecho Español se asimila fundamentalmente al acogimiento, del que hablamos en la primera parte de nuestra exposición, lo que supone, obviamente partir de una situación diferente a la de los menores adoptados, con consecuencias evidentes de toda índole (administrativas, civiles etc).

# 3

## Bioética y los derechos humanos: Un reto para el Derecho del siglo XXI

Julia Sandra Bernal Crespo\*

### INTRODUCCIÓN

La reflexión ética toma un nuevo impulso en el siglo XX, cuando los avances en el campo de la biología y en general en las ciencias de la vida obligaron a una nueva mirada a la ética médica, en la medida en que estos avances eran fruto de investigaciones con seres humanos. Así surge la Bioética.

De otro lado, las dos confrontaciones mundiales y las tristes experiencias de los regímenes fascistas producen una reacción contra el derecho positivo interno que desconoce y menosprecia la dignidad intrínseca de los seres humanos. Esta reacción por la violación de derechos inmanentes al ser humano conduce a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los distintos Pactos y Declaraciones regionales.

La bioética y los derechos humanos, sus principios y valores cumplen tres funciones:

- a. Aportan un fundamento para resolver problemas y hacer frente a los retos que generan los nuevos conocimientos científicos.
- b. Establecen límites a los avances científicos, pues su preocupación central consiste en que los desarrollos biomédicos se encuentren en armonía con el respeto al ser humano.

---

\* Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). [sbernal@uninorte.edu.co](mailto:sbernal@uninorte.edu.co)

- c. Obligan a la reinterpretación del derecho; un ejemplo de ello es el tema del consentimiento informado en la relación médico-paciente.

## 1. BIOÉTICA. SU ORIGEN, Y LOS PRINCIPIOS DE BIOÉTICA

La bioética<sup>1</sup> surge en la segunda mitad del siglo XX como una disciplina que busca hacerle frente a los avances científico-tecnológicos en el campo de la vida y la salud. Al tener como preocupación central el que los desarrollos biomédicos se encuentren en armonía con la dignidad de cada ser humano, se constituye en un puente entre dos áreas que estaban incomunicadas: las ciencias biomédicas y la filosofía ética.

La enciclopedia de bioética la define como el “Estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esta conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales” (Reich, 1978).

Los hitos que dieron origen a la Bioética los podemos agrupar en dos: En primer lugar, en Estados Unidos en torno de las década de los años sesenta y setenta del siglo pasado, empiezan a salir a la luz pública una serie investigaciones en seres humanos que muestran la otra cara de los grandes “avances biotecnológicos”. En 1964, en un proceso judicial se revela que en un hospital de Brooklin se habían realizado experimentos con enfermos y ancianos inyectándoles células cancerígenas<sup>2</sup>. En 1970, se hace público que en el Colegio Willowbrook a 800 niños con retardo mental profundo se les inoculó el virus de la hepatitis para probar la efectividad del fármaco. En 1972 se da a conocer el llamado caso de Tuskegee, realizado en Alabama en los años cuarenta, con más de 400 individuos de raza negra enfermos de sífilis, a quienes en vez de darles el tratamiento ya demostrado como efectivo, se les privó del

---

<sup>1</sup> El término Bioética nace en el mundo anglosajón y es empleado en 1970 por Van Rensselaer Potter en un artículo titulado “Bioethics: the science of survival” y un año más en el libro *Bioethics: Bridge to the Future*.

<sup>2</sup> Cambrón, Ascensión. Génesis y problemas de la bioética, en: Cambrón, A. (coord.), *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares, 1998, capítulo primero, pp. 5-17.

mismo para estudiar el curso de la enfermedad. En todos estos casos los citados experimentos y estudios fueron realizados sin el consentimiento de los afectados.

Como consecuencia de las reacciones adversas a estos y otros experimentos, el Congreso de los Estados Unidos nombra una Comisión Nacional (1974), encargada de marcar las directrices que deben presidir la experimentación en seres humanos. Esta Comisión produce en 1978 un documento que se considera como el origen de la bioética; es el llamado informe Belmont, que busca la protección de los valores más básicos del individuo sometido a investigaciones biomédicas. Se formulan tres principios que tienen como objeto proveer un marco analítico para resolver problemas éticos que se originen en la investigación con seres humanos, y fija, además, los requisitos básicos del consentimiento informado de los sujetos objeto de investigación biomédica.

El primer principio, el de **Respeto a las personas** incluye dos convicciones éticas: la primera, que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos, y la segunda, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a la protección. Se considera una persona autónoma cuando tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. El respetar la autonomía significa, entonces, dar valor a las consideraciones y opciones de las personas; es aceptar sus criterios y el derecho que tienen a obrar de acuerdo con esos criterios razonados, por lo que no se las puede privar de la información que se requiera para formar su juicio y para tomar una decisión.

El respeto a las personas exige que para la aplicación de este principio los sujetos entren en la investigación de forma voluntaria y con la información y comprensión adecuada, en otras palabras que otorguen su consentimiento informado.

El segundo principio, el de **Beneficencia** consiste en tratar a las personas de manera ética no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas de daño, sino además esforzándose en asegurar su bienestar. El término "beneficencia" es entendido en este documento en su sentido más radical, como una obligación. Se formulan dos reglas generales

complementarias de los actos de beneficencia entendidos en este sentido: 1) No causar ningún daño, y 2) maximizar los beneficios posibles y disminuir los posibles daños. La aplicación de este principio requiere la valoración de los riesgos y beneficios.

El tercer principio, el de **Justicia**, el comité se formula las siguientes preguntas ¿Quién debe ser el beneficiario de la investigación y quién debería sufrir sus cargas? Pues estos son problemas que afectan a la justicia, en el sentido de “equidad en la distribución”, o “lo que es merecido”. Se prescribe que hay injusticia cuando se niega un beneficio a una persona que tiene derecho al mismo, sin ningún motivo razonable, o cuando se le impone indebidamente una carga. La aplicación de este principio requiere una consideración sobre la selección de los sujetos de investigación.

Podemos sintetizar que estos principios de bioética están basados en el respeto a la dignidad de las personas en su condición de seres humanos, el respeto por su autonomía como sujeto racional y el derecho a su libertad de tomar decisiones racionales relativas a su salud e integridad.

El segundo hito que da origen a la bioética lo podemos ubicar en la Alemania Nazi, con las denuncias a las barbaries y atrocidades que se cometieron con cientos de individuos que fueron objeto de experimentación y a los que no se les respetó la libertad de consentir, ni tampoco la metodología científica en los protocolos.

Durante los procesos contra los crímenes de guerra, el Tribunal Internacional de Nuremberg postuló que la ciencia médica en particular y la ciencia en general, no eran impermeables a la ética y al derecho; y esbozó el Código de Nuremberg (1946) como un conjunto de criterios para juzgar a médicos y a científicos que llevaron a cabo experimentos biomédicos en prisioneros en campos de concentración. Este código se convirtió en el prototipo de muchos códigos posteriores para asegurar, mediante unas reglas mínimas, que toda investigación con sujetos

humanos se lleve a cabo de modo ético<sup>3</sup>. Se consagró la importancia ética del diseño metodológico y además contar, cuando se trate de experimentos en humanos, con el consentimiento voluntario del sujeto como un requisito esencial. Esto quiere decir que la persona sujeto de investigación debe dar su consentimiento con base en el suficiente conocimiento y comprensión para tomar una decisión informada<sup>4</sup>, y además debe estar situada en tal forma que le permita ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, coacción, fraude o engaño.

## **2. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS PRINCIPIOS DE BIOÉTICA**

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. En su preámbulo hace manifiesto que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado los actos de barbarie que son ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Que por ello es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Decreta en su artículo Primero que todos los seres humanos nacen libres e iguales en

---

<sup>3</sup> En 1964 la Asociación Médica Mundial se reúne en Finlandia y promulga la Declaración de Helsinki como una propuesta de principios éticos que sirvan para orientar a los médicos y otras personas que realizan investigaciones en seres humanos. Se establece en ella como deber del médico que realiza investigación médica el de proteger la vida, la salud, la intimidad y dignidad del ser humano. En relación con el sujeto de investigación se consagran como derechos el ser informado de forma suficiente y adecuada, el de dar o no su consentimiento y de retirarse en cualquier momento. Así mismo, se consagra el derecho de las personas consideradas legalmente incompetentes, como los menores de edad, para dar o no su asentimiento en la investigación en la que sería sujeto de la misma.

<sup>4</sup> Lo que significa que al sujeto debe habérselo explicado la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y todos los inconvenientes, riesgos que puedan presentarse, y efectos sobre la salud que puedan derivarse de su participación en el experimento.

dignidad y derechos; y en su artículo Quinto consagra el derecho a no recibir un trato inhumano o degradante.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece en su artículo Séptimo de manera perentoria, que: nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. En las declaraciones y convenios internacionales posteriores, como el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (4 de Abril de 1997) se recoge la necesidad de contar con el consentimiento del paciente libre, inequívoco y adecuadamente informado tanto cuando se trate de investigaciones como de cualquier intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica.

Con la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de octubre de 2005, los Estados miembros se comprometen a respetar y aplicar los principios de la bioética. Al inscribir la bioética en los Derechos Humanos, la Declaración reconoce la interrelación que existe entre la ética y los derechos humanos en el terreno concreto de la bioética, y la convergencia de los principios bioéticos y los derechos humanos.

En nuestro país la ley 23 de febrero 18 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, recoge los principios de la bioética. El principio de autonomía cuya efectividad está ligada al consentimiento informado del paciente. Establece, como deberes del médico frente a sus pacientes, el de dar información leal, clara y apropiada, y de advertirle de los riesgos previstos y de los efectos adversos que pueden llegar a producirse como consecuencia de un tratamiento o de un procedimiento médico. El paciente como ser libre y agente moral autónomo es al que le corresponde definir si se somete o no a un tratamiento o procedimiento médico<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> En sentencia T-401 de 1994, sala tercera de revisión, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional “estatuyó entre otras importantes reflexiones, que la relación médico-paciente se encuentra estructurada a partir de dos principios fundamentales: primero, la capacidad técnica del médico y segundo, el consentimiento idóneo del paciente”.

Podemos ver que el principio de autonomía en interacción con los derechos fundamentales, transforma la relación clínica médico-paciente. Con el reconocimiento a su dignidad y a la libertad para autorregularse (arts. 1º, 12 y 16 CP) y decidir sobre las intervenciones médicas que se le aplican basado en la información que le suministra el médico, pasamos de una relación vertical, paternalista médico-paciente en que el médico era el que determinaba lo que era bueno para el paciente y éste acataba o no las recomendaciones-órdenes de su médico, a una relación horizontal, en que el médico debe informar adecuadamente y es el paciente quien toma la decisión.

La práctica médica se encuentra además sometida al principio de beneficencia, que tiene su sustento constitucional (art. 49 CP) en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas y que tiene especial trascendencia cuando se trata de menores (art. 44 CP). El profesional de la salud tiene como un deber mantener presentes los principios bioéticos universales: la justicia, la autonomía, la beneficencia y la no maleficencia, como garantía de un ejercicio recto y correcto.

### **3. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y EL DERECHO CIVIL: UN RETO PARA EL SIGLO XXI**

En la actualidad, la bioética y los derechos fundamentales, sus principios y valores irradian sobre las normas jurídicas que regulan el derecho privado, con la consecuencia que algunas de ellas y ciertas instituciones deben ser reinterpretadas a la luz de estos principios y valores. Nuestras Altas Cortes están aplicando los principios bioéticos en la resolución de casos que tienen que ver con intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos.

Veamos dos ejemplos. El primero lo encontramos en el tema de responsabilidad contractual médica, en relación con el contenido del consentimiento informado basado en la autonomía como derecho fundamental y también como principio bioético.

Para la Corte Constitucional (Sentencias T- 401 de 1994, T-477 de 1995, T-1021/03)<sup>6</sup>, el consentimiento informado es en la actualidad el eje fundamental sobre el cual se desarrolla la relación médico-paciente. El consentimiento muestra un aspecto contractual en el que la información procura mejorar la capacidad de discernimiento del paciente para decidir sobre las opciones que se le presenten, y otro aspecto vinculado con la libertad en la que se hallan implicados sus derechos personalísimos. La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado<sup>7</sup>.

Por lo anterior, cuando se habla de consentimiento informado debe entenderse que el paciente tiene un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos relevantes; que comprende los riesgos y beneficios de la intervención y valora las posibilidades de las distintas alternativas, entre las que se incluye la alternativa de no someterse a tratamiento alguno. Por su parte, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de forma anticipada y de manera comprensible, la información relevante con la debida prudencia sin minimizar los resultados, pero sin alarmarlo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

En Sentencia del Consejo de Estado de fecha 3 de mayo de 1999 <sup>8</sup>, ésta Alta Corte manifestó que el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad tanto del médico como del centro asistencial en el que presta sus servicios, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada. De la misma manera, se comparte la responsabilidad cuando el médico

---

<sup>6</sup> Sentencias T-401 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-477 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-1021 de 2003. MP Jaime Córdoba Triviño.

<sup>7</sup> El consentimiento informado es uno de los derechos que tiene el paciente, que se deriva del derecho de información y del instituto mismo del consentimiento, que al conciliarse se produce el llamado consentimiento informado.

<sup>8</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia de 3 de mayo de 1999. MP. Ricardo Hoyos Duque.

no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico. En este caso la reparación del daño se basa en la pérdida de la oportunidad que tuvo el paciente de rechazar el sometimiento a un tratamiento o investigación riesgosa para su salud.

En sentencia del Consejo de Estado 9875 de 24 de enero de 2002<sup>9</sup> se condenó a la demandada por falla en la administración del servicio, que no consistió en la falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía haber aceptado o no. En este caso, la oportunidad había consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que los demandantes valoraron como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.

El segundo ejemplo, lo encontramos en el tema del consentimiento y la capacidad jurídica de los menores, en relación con los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no-maleficencia y con los derechos constitucionales de la autonomía y del libre desarrollo de la personalidad.

Para la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-337 de 1999<sup>10</sup>, que trata sobre el tema de intervenciones quirúrgicas en menores de edad, en los casos de ambigüedad sexual y hermafroditismo<sup>11</sup>,

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia de 24 de enero de 2002. MP. Jesús María Carrillo Ballesteros

<sup>10</sup> Corte constitucional, Sentencia SU-337/199. Expediente T-131547. MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>11</sup> La Academia Nacional de Medicina señala que el sexo de un individuo “puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social”. Esto lleva a que algunos de los conceptos distingan entre la identidad sexual y la identidad de género. Así, la primera hace referencia a “las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos”. En cambio, la identidad de género tendría un componente más

el punto central de la decisión es tanto jurídico como ético, ya que las objeciones a los actuales tratamientos médicos de ambigüedad genital se fundan en principios bioéticos que tienen raigambre constitucional. El motivo para examinar el caso recayó específicamente en la posibilidad de un daño eventual e injustificado de los derechos fundamentales de la menor ante una aparente omisión médica, y también en la posibilidad de que la intervención quirúrgica de definición del sexo, fuera desarrollada sin el debido consentimiento informado de los afectados.

El problema a ser resuelto era si ¿los titulares de la patria potestad o los representantes de los menores podían o no autorizar una intervención médica y quirúrgica destinada a readecuar los genitales de un infante a quien le fue asignado un sexo masculino o femenino, después de habersele diagnosticado alguna forma de ambigüedad sexual o genital, y que no estuviera de por medio del riesgo de muerte?

Analizando el problema jurídico desde el aspecto contractual y de la validez general de los actos jurídicos, sería necesario el requisito de la capacidad legal, debido a que los menores de edad son incapaces, por lo que se considerarían inhábiles para dar su consentimiento en la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento médico (arts. 1502 a 1504 CC.). De esta manera, si la ley prevé que en relación con dichos incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de sus padres, como manifestación de la patria potestad, es a ellos a quienes les corresponde manifestar su aquiescencia para legitimar la realización de los tratamientos destinados a mejorar las condiciones de salud de sus hijos. Lo anterior estaría en consonancia con el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), que expresa que el médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

Por otra parte, analizando el problema jurídico a partir de la consideración de que los niños son titulares de los derechos fundamentales a la

---

psico-social, pues se relaciona “con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad”.

vida, integridad física, salud, libre desarrollo de su personalidad, proyección de su identidad, autonomía personal y en últimas a una vida digna; y que todos ellos prevalecen sobre aquellos de los demás (arts. 1º, 5, 16, 44 CP). La Corte manifiesta que en los casos de decisiones vitales en que las operaciones o tratamientos que por su propia naturaleza tienen incidencia sobre la identidad personal, la identidad sexual o el libre desarrollo de la personalidad, como ocurre con las operaciones de asignación de sexo, se impone necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución.

Lo anterior se encontraría en consonancia con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Ley 12 de 1991, la cual establece en el artículo 12, la obligación del Estado de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez de éste.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Constitucional concluye que el concepto de autonomía, que sirve de base para determinar la plausibilidad del consentimiento personal en relación con las intervenciones médicas, no equivale al de capacidad de ejercicio que habilita a las personas para celebrar negocios jurídicos consagrados en la legislación civil. Ello es así, por cuanto el concepto de autonomía supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, la cual impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene derecho a decidir libre y con total independencia el futuro de su proyecto de vida.

Por esto, la autonomía en relación con las intervenciones quirúrgicas, en el tema de readecuación sexual en menores, no se puede entender como un concepto eminentemente contractual, sino que debe tener en cuenta, los principios y derechos constitucionales. Ahora bien, como el desarrollo de la personalidad es un proceso evolutivo en formación, que pasa desde la dependencia casi total de un recién nacido, hasta la autonomía plena cuando llega a la edad adulta, un indicador guía para determinar cuándo un menor de edad es autónomo para tomar decisiones auto determinantes podría ser el de la edad, aunque no sea un

criterio puramente objetivo. En la práctica se encuentra que menores con idéntica edad pueden, sin embargo, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para resolver la cuestión, la Corte Constitucional propone una doble vía, en el sentido de priorizar el principio de autonomía, en su libertad de autodeterminarse, o el principio de beneficencia en su expresión paternalista de protección del menor y de asegurar su bienestar, según el criterio objetivo de la edad del paciente, o sea, si es menor o mayor a cinco años.

Cuando el menor se encuentre con un estado intersexual y sea menor de cinco años, la Corte supone que no tiene capacidad de prestar su consentimiento informado para la intervención, por tanto, la decisión será tomada de forma exclusiva por los padres (consentimiento informado sustituto), con un acompañamiento previo de un grupo interdisciplinario.

Cuando el menor se encuentra con un estado intersexual y sea mayor de cinco años, la Corte supone que posee la capacidad de prestar su consentimiento informado asistido y la decisión será tomada por el menor previo proceso de acompañamiento por los padres y el cuerpo médico para efectos de tomar una decisión.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAZZI, E. (1996). *El mal y la ciencia*. Madrid: Tecnos.
- ANDORNO, R. (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos.
- BUSTOS, J. (1996). *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid: Dykinson.
- CAMBRON, A. (1998). *Entre el nacer y el morir*. Granada: Comares.
- CASADO, M. (edit.) (1996). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: Cedecs.
- ENGELHARDT, H. (1995). *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Paidós.
- FEITO GRANDE, L. (edit.), (1997). *Estudios de bioética*. Madrid: Dykinson.
- GONZÁLEZ, J. (coord.) (2008). *Perspectivas de bioética*. México: Fondo de Cultura Económica
- HOTTOIS, G. (2007). *¿Qué es la bioética?* Paris: Librairie Philosophique J. Vrin
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. (Dir.) (2008). *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada: Comares.
- MARTÍN MATERO, R. (1987). *Bioética y derecho*. Barcelona: Ariel.
- OSSET, M. (2000). *Ingeniería genética y derechos humanos*. Barcelona: Icaria.
- POTTER, V. R. (1971). *Bioethics. Bridge to the future*. New Jersey: Prentice Hall.
- POTTER, V. R. (2002, enero) "Problemas bioéticos para el siglo XXI", *Revista Latinoamericana de Bioética*, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá; pp. 150-157.
- ROMEO CASABONA, C. (Coord.) (1998). *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Comares.
- VÁSQUEZ, R. (Comp.) (1999). *Bioética y bioderecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

## SENTENCIAS

"Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-401 de 1994. Expediente T-36771. Magistrado ponente: Eduardo Cimientos Muñoz. Proceso de tutela adelantado por Leovani Amador Burgos contra el ISS. Asunto: Alcance del principio de autonomía en las intervenciones médicas".

"Colombia, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-477 de 1995. Expediente T-65087. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Proceso de tutela adelantado por NN contra médico y hospital universitario San Vicente de Paul. Asunto: Consentimiento informado del paciente".

“Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999. Expediente T-131547. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Proceso de tutela adelantado por NN contra el Estado. Asunto: Intervención de menores u consentimiento informado”.

“Colombia, Corte Constitucional, sala Cuarta de Revisión, Sentencia T- 1021 de 2003. Expediente T-717724. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Proceso de tutela adelantado por AA contra Dirección seccional de Salud DD. Asunto: Consentimiento informado del paciente y protección del derecho a la autonomía personal”.

“Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia de 3 de Mayo de 1999. Expediente 11.169, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Vicente Segundo Sierra. Asunto: Responsabilidad por falla en el servicio médico. Ausencia de información sobre los riesgos, consecuencias, secuelas del procedimiento quirúrgico.

“Colombia, Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 9875 (12706) de 24 de enero de 2002. Consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicación: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706). Actor: Luis Alfredo Sánchez y otros contra Hospital Militar Central. Asunto: Responsabilidad por falla médica. Consentimiento informado”.

# 4

## Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil

Esther Gómez Calle\*

### INTRODUCCIÓN

Los *Principles of European Tort Law* (PETL) son el resultado de uno de los últimos trabajos internacionales que se han venido desarrollando en el ámbito europeo en materia de Derecho de Daños. Estos principios vieron la luz en el 2005 y son obra de la labor de más de 10 años del *European Group on Tort Law* (Grupo Europeo de Derecho de la Responsabilidad Civil), formado fundamentalmente por juristas de la Unión Europea, aunque no sólo, pues en él se integraron también juristas de Suiza, Estados Unidos, Sudáfrica o Israel.

Este no es el único documento que sobre derecho de daños se ha redactado últimamente en la órbita europea. En este punto es obligada la mención del borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR), cuya versión completa y definitiva se ha publicado en 2009, y cuyo Libro VI regula “la responsabilidad no contractual derivada del daño causado a otro”. El DCFR es fruto del trabajo del *Study Group on a European Civil Code* (Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo) –liderado por Ch. von Bar– y del *Research Group on existing EC Private Law -Acquis Group-* (Grupo de investigación sobre el Derecho Privado Comunitario Existente), y trae causa de una iniciativa de la UE (un Plan de Acción de la Comisión de 2003); el CFR se proyectaba como un instrumento para la armonización del derecho contractual en Europa, pero finalmente el borrador concluido tiene un

---

\* Universidad Autónoma de Madrid (España). [esther.gomez@uam.es](mailto:esther.gomez@uam.es)

ámbito mucho más amplio y regula casi todas las cuestiones fundamentales del derecho patrimonial, como el derecho de daños.

Ambos son textos puramente académicos, no textos jurídicos refrendados por una institución política comunitaria ni vinculantes para los Estados miembros. Los *objetivos* pretendidos por ambos textos son coincidentes en lo esencial: se trata de estimular y contribuir al debate sobre la responsabilidad civil extracontractual, inspirar a los legisladores –tanto nacionales como comunitario– y servir de referencia y ayuda a los tribunales superiores de los Estados miembros<sup>1</sup>. Se trata de dar un primer paso para armonizar y mejorar el derecho de daños en Europa. En este trabajo me centraré en presentar el contenido básico de los PETL.

#### **EL PUNTO DE PARTIDA: LA NORMA FUNDAMENTAL DE RESPONSABILIDAD**

El artículo 1:101 PETL parte implícitamente del principio de que quien padece un daño debe pechar con sus consecuencias, salvo que exista un fundamento jurídico que permita imputarle el daño a otra persona, que, consecuentemente, deberá responder por él. El propio precepto anticipa los presupuestos de tal responsabilidad: el daño, la causalidad y la imputación subjetiva; además, se apuntan tres criterios de imputación subjetiva: culpa, actividad anormalmente peligrosa y responsabilidad por los auxiliares, sobre los que habremos de volver más adelante.

#### **LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

Los presupuestos apuntados se desarrollan en los Títulos II y III de los PETL. El Título II, sobre “Presupuestos generales de la responsabilidad” regula el daño y la relación de causalidad; el Título III contempla el “Fundamento de la responsabilidad”, distinguiendo entre responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva y responsabilidad por

---

<sup>1</sup> De hecho, en España el Tribunal Supremo (Sala 1ª) ya ha invocado los PETL en diversas sentencias, como las de 6.3.2007, 10.10.2007, 17.7.2007, 21.11.2008, 24.11.2008 y 2.3.2009, y lo mismo se aprecia en la jurisprudencia menor.

otros, lo que alude al tercer presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual: la imputación subjetiva.

## 1. EL DAÑO

### 1.1. El daño jurídicamente relevante

Sin daño no hay responsabilidad pues nada hay que reparar. Ahora bien, al perfilar cuáles son los daños que dan lugar a responsabilidad nos encontramos en el panorama comparado europeo con dos sistemas distintos: los sistemas cerrados o típicos (como el del BGB alemán), que consideran daño jurídicamente relevante el que afecta a determinados derechos; y los sistemas abiertos o atípicos (como el del CC francés y el del español), que no limitan *a priori* los daños reparables, porque contienen una cláusula general por la cual todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés lesionado no merezca protección por ilícito o inmoral.

Pues bien, en este punto, los PETL (arts. 2:101 y 2:102) parecen optar inicialmente por un sistema típico, en el que el daño sólo es resarcible o jurídicamente relevante si afecta a un interés jurídicamente protegido; sin embargo, los que luego se mencionan (la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad, la libertad, la propiedad, o el daño patrimonial puro –que es un menoscabo patrimonial que no es consecuencia de un daño a la persona ni a sus bienes–, entre otros) no se consideran como integrantes de una lista cerrada, con lo que se pretende introducir flexibilidad en el sistema y se aspira a establecer una cierta jerarquía entre los intereses protegidos. Hay quienes entienden que de este modo se ha dado entrada a la noción de antijuridicidad, entendida en el sentido de la *Erfolgsunrechtslehre* (doctrina del desvalor del resultado)<sup>2</sup>, esto es, como desvalor del resultado producido por la conducta del dañante: la conducta sólo (será antijurídica y) dará lugar a responsabilidad si lesiona un derecho subjetivo absoluto o un interés jurídicamente protegido del dañado. Puesto que la antijuridicidad no es un presupuesto pacífico de la responsabilidad civil extracontractual<sup>3</sup> (y algunos países, como

---

<sup>2</sup> Koziol (2008), pp. 57 a 59.

<sup>3</sup> *Vid.*, por todos, Pantaleón Prieto (1993), pp. 1993 a 1995, y (2005), pp. 4 y 5 (en

Francia, directamente la desconocen), estos preceptos ya han suscitado críticas por considerarse innecesarios.

## 1.2. Tipología de daños y valoración. Los daños reflejo

1.2.1. Los PETL recogen la clásica distinción entre *daño patrimonial* y *daño no patrimonial* (arts. 2:101 y 10:201 a 10:301).

a. **Daño patrimonial.** El artículo 10:201 PETL ofrece un concepto del daño patrimonial conforme a la llamada teoría de la diferencia. Conforme a los PETL, el daño patrimonial puede derivar, o bien de un daño personal (daño corporal o muerte), o bien de un daño material (pérdida, destrucción o daños a las cosas). Se regulan con cierto detalle las *partidas* que se consideran indemnizables en relación con el daño patrimonial derivado de daños corporales [art. 10:202 (1) PETL], así como lo que se puede reclamar en caso de daños materiales [art. 10:203 PETL]:

- Por daños corporales [art. 10:202 (1) PETL] se entiende los ocasionados a la salud física y a la psíquica; mas en este último caso, sólo “si comporta una enfermedad reconocida” (reconocida según los criterios de la ciencia médica); con ello quiere expresarse que un simple perjuicio emocional no da lugar a indemnización. En este caso, la indemnización comprende la pérdida de ingresos –presentes o futuros–, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos –aunque la víctima no tuviera ingresos cuando sufre el daño: v. gr., un ama de casa o un estudiante– y gastos razonables (atención médica, p. e.).
- En cuanto a los daños materiales [art. 10:203 PETL], la indemnización debe cubrir su valor; si la pérdida o destrucción es parcial, deberá indemnizarse la disminución del valor de la cosa. Para calcular esa disminución puede tomarse en cuenta el coste de la reparación de la cosa o el de su sustitución. Los PETL permiten a la víctima elegir entre una u otra vía, pero sólo podrá elegir la de

---

este último artículo, criticando el camino seguido por los PETL).

cuantía más elevada si ese mayor gasto resulta razonable (v. gr., podrá elegir el coste de sustitución del coche dañado por otro nuevo, aunque ello sea más caro que la reparación, si ésta deja un cierto riesgo de daños futuros). También se considera indemnizable la pérdida de uso de una cosa (así, si mientras el coche se repara, la víctima se ve privada de su uso, podrá exigir una indemnización también por ello; la misma puede calcularse teniendo en cuenta el importe de alquiler de un coche similar).

- b. Los **daños no patrimoniales** también son indemnizables, en especial si la víctima ha sufrido un daño corporal o a derechos de la personalidad [art. 10:301 (1) PETL].

La *cuantificación* de estos daños es muy compleja en la práctica. Los PETL apuntan algunos criterios a tomar en cuenta al efecto (entre ellos, el grado de culpa del causante, si hubiera contribuido significativamente al daño: el hecho de que el daño se ocasionara dolosamente puede agravar el sufrimiento psíquico de la víctima) [art. 10:301 (2) y (3)]; e insisten en la necesidad de conceder indemnizaciones similares para pérdidas que sean objetivamente similares [art. 10:301 (3) i.f. PETL]<sup>4</sup>.

1.2.2. Hay un reconocimiento explícito de los llamados *daños reflejos* o por *rebote*, esto es, de los daños que sufren personas distintas de la propia víctima, a resultas de la muerte o las lesiones ajenas. Esos daños pueden ser también patrimoniales o no patrimoniales. Así, en caso de muerte, se considera *daño patrimonial* indemnizable la pérdida de sostenimiento que sufran aquellos que eran mantenidos, o lo habrían sido, por el fallecido [arts. 10:202.2 PETL]; el derecho a ser resarcido no se limita a los parientes con derecho de alimentos, sino a cualquier persona que se hallara en situación similar y que había sido mantenida por el fallecido o lo hubiera sido. Se considera asimismo indemnizable el *daño no patrimonial* sufrido a resultas de la muerte o *lesión muy grave* ajenas (ya no sólo muerte, lo que es una materia resuelta diversamente en los ordenamientos europeos) por las “personas allegadas a la víc-

---

<sup>4</sup> Un sistema de valoración de daños como el que opera en España en el ámbito de los accidentes con vehículos de motor podría ser adecuado a estos efectos.

tima” [art. 10:301 (1) i.f. PETL], expresión esta última con la que los autores de los PETL declaran querer aludir a una relación que tenga alguna semejanza con una relación familiar (también convivencia de hecho entre personas del mismo o de distinto sexo).

## **2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

En este punto es preciso deslindar los problemas causales de los problemas de imputación objetiva<sup>5</sup>; una cosa es la decisión sobre si existe o no relación causal, en un plano puramente fáctico, entre una determinada conducta y el resultado dañoso, y otra bien distinta cuál o cuáles de las consecuencias causales de una conducta pueden ponerse a cargo de ella o imputarse objetivamente a su autor. La distinción se plasma en los PETL, cuyo Capítulo 3, relativo a la “relación de causalidad”, contiene dos secciones, la primera dedicada a “la *conditio sine qua non* y sus límites”, y la segunda al “alcance de la responsabilidad”. Veamos su contenido.

### **2.1. La determinación de la relación de causalidad**

#### *2.1.1. La *conditio sine qua non**

Determinar si existe o no relación de causalidad entre una conducta y un resultado dañoso es una cuestión puramente fáctica, que debe resolverse recurriendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones; esta teoría, en su fórmula de la *conditio sine qua non*, es la que acoge el artículo 3:101 PETL, conforme al cual “una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”. Como su aplicación puede ser problemática en ciertos casos, los mismos PETL añaden ciertas reglas complementarias, que paso a resumir.

#### *2.1.2. Problemas concretos de causalidad*

Los PETL regulan específicamente los siguientes casos:

---

<sup>5</sup> Vid. al respecto Pantaleón Prieto (1990), pp. 1561 y ss.

- 1º. *Causas concurrentes*. Una pluralidad de actividades produce simultáneamente un mismo daño. El artículo 3:102 PETL considera a cada una de ellas como causa.
- 2º. *Causas alternativas*. Se trata de supuestos de causación del daño por un miembro indeterminado de un grupo. El artículo 3:103 PETL considera a cada uno de los integrantes del grupo causante del daño, si bien en la proporción correspondiente a la probabilidad en que hubiera podido causar el daño.
- 3º. *Causas potenciales*. El artículo 3:104 PETL estima irrelevante a efectos causales la actividad dañosa ocurrida con posterioridad a otra que ya ha causado un daño de modo irreversible y definitivo, y respecto de la cual no comporte daño adicional alguno; se establece una regla particular respecto de los daños continuados [en el párrafo (3)].
- 4º. *Causalidad parcial incierta*. Se trata de supuestos en que es probable que varias actividades hayan contribuido a causar un daño, pero en los que es seguro que ninguna de ellas ha causado todo el daño o una parte determinable del mismo. El artículo 3:105 PETL presume que todas ellas lo han causado por igual.
- 5º. *Causas inciertas en la esfera de la víctima*. Cuando la pérdida sufrida por la víctima puede haber sido causada por una circunstancia perteneciente a su propia esfera, aquélla deberá cargar con esa pérdida en la medida correspondiente a esa probabilidad (art. 3:106 PETL); son causas que se encuentran en la esfera de la víctima, no sólo las que proceden de su propia actividad o sean atribuibles a un auxiliar suyo<sup>6</sup>, sino también los fenómenos de la naturaleza, o dolencias o enfermedades no relacionadas con la actividad de un tercero<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Casos que podrían resolverse también conforme al art. 8:101 PETL, que prevé la exclusión o reducción de la responsabilidad en atención a la conducta concurrente de la víctima o de un auxiliar suyo.

<sup>7</sup> Spier (2008), pp. 94 y 95.

El art. 3:106 PETL ha sido considerado como caso de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (así, por Reglero Campos y Medina Alcoz [2009], pp. 780 y 781). Esta doctrina ha sido aplicada por los tribunales españoles de lo civil y de lo contencioso-administrativo sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil de los profesionales jurídicos y sanitarios.

## 2.2. La imputación objetiva

Una vez que una actividad queda identificada como causa (material) de un daño, es preciso pasar a analizar si ese daño es o no objetivamente imputable a aquella, esto es, si se puede o no poner a cargo de su autor. Fiel a este enfoque, el artículo 3:201 PETL enumera –de forma no exhaustiva– algunos factores a tomar en cuenta a tal fin; así, v. gr., el criterio de la adecuación, el del riesgo general de vida y el del fin de protección de la norma<sup>8</sup>. Pensemos en un ejemplo: en un descuido A le da un leve empujón a B, por lo que las gafas de éste caen al suelo y se rompen; B no ve bien y por ello se ve obligado a volver a casa en taxi; el taxi colisiona con otro coche, a resultas de lo cual B sufre lesiones de cierta consideración. En un plano causal puramente fáctico, es claro que tanto la rotura de las gafas como las lesiones son consecuencia de la actuación de A (sin el empujón, ni las gafas se habrían roto ni B habría tenido que tomar un taxi ni habría sufrido el accidente). Pero, constatado eso, hay que determinar si todas las consecuencias dañosas de su acción (también las lesiones) pueden ponerse a cargo de A. Para ello están los criterios de imputación objetiva; y en el caso, esa imputación quedaría descartada en virtud del criterio de la adecuación, pues para una persona razonable en las circunstancias que menciona el artículo 3:201 a) PETL no hubiera sido previsible que a resultas del leve empujón a B, éste acabaría sufriendo lesiones en un accidente de coche; conclusión a la que también conduciría el criterio del riesgo general de vida, pues cualquiera puede verse involucrado en un accidente, y el del caso parece carecer de toda relación con el empujón inicial a los efectos de imponer responsabilidad.

---

<sup>8</sup> Según este último, no cabe imputar objetivamente al posible responsable un resultado dañoso que caiga fuera del ámbito de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad. La doctrina española admite, además de los apuntados, otros criterios, como el de la prohibición de regreso, el de la provocación, el del incremento del riesgo (PANTALEÓN PRIETO [1990], pp. 1566 y ss.) y el de competencia de la víctima (DÍEZ-PICAZO [1999], pp. 346 a 349).

### **3. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD**

#### **3.1. Planteamiento**

3.1.1. Constatada la imputación objetiva del daño deberá comprobarse si el mismo también es subjetivamente imputable al autor de la conducta dañosa; según que sea precisa o no la culpa del autor de la conducta dañosa para imputarle el deber de responder de sus consecuencias, se distingue entre los supuestos de responsabilidad subjetiva o por culpa y los de responsabilidad objetiva.

3.1.2. Los PETL recogen en su artículo 1:101 (3) tres criterios de imputación: uno subjetivo, la culpa, otro objetivo, la actividad anormalmente peligrosa; y, como tercer criterio, el de la responsabilidad vicaria o por los auxiliares, cuyo alcance (objetivo) resulta fundamentalmente del artículo 6:102 PETL. Después, en el Título III (“Fundamento de la responsabilidad”) se incluyen tres Capítulos, dedicados a la “responsabilidad por culpa”, la “responsabilidad objetiva” y la “responsabilidad por otros”. Esta sistemática es criticable por poco clara: la llamada “responsabilidad por otros” comprende tanto la responsabilidad por los auxiliares (que se configura como objetiva), como la de quienes tienen a su cargo a un menor o a un discapacitado psíquico (que es por culpa); en mi opinión, habría sido preferible distinguir únicamente entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva y situar cada uno de los supuestos de responsabilidad por otros en el capítulo correspondiente. Yo seguiré ahora esta última sistemática en mi exposición, aunque ello signifique “reordenar” las reglas plasmadas en los PETL.

#### **3.2. Responsabilidad por culpa**

3.2.1. Del artículo 4:101 en relación con el artículo 4:102 PETL resulta<sup>9</sup> que la culpa consiste en la inobservancia del estándar de conducta exi-

---

<sup>9</sup> Aunque sea con una formulación un tanto deficiente: *vid.* Pantaleón Prieto (2005), p. 3. El autor critica que la culpa se defina como la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible: es el perjuicio el que se puede ocasionar intencional o negligentemente; y se ocasiona negligentemente cuando se

gible; ese estándar se determina conforme a criterios objetivos en el artículo 4:102 (1) y (3) PETL. Según el artículo 4:102 (1) PETL, el estándar de conducta exigible se determina teniendo en cuenta lo que resulte exigible a una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, apuntándose a continuación una serie de datos a tener en cuenta para su determinación (v. gr., la pericia exigible a quien actúa, dato con el que se está pensando en la especial situación de los profesionales); además, conforme al artículo 4:102 (3), se tendrán en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta (p.e, reglamentos que establecen los requisitos para desarrollar cierta actividad, normas de tráfico, etc.). Por consiguiente, para determinar si hubo o no culpa en quien causó un daño habrá que comparar su conducta con la de una persona razonable en idénticas circunstancias; con “persona razonable” se quiere aludir al modelo del buen padre de familia del Derecho romano: “alguien que no persigue sus propios objetivos sin mirar a su alrededor, sino que toma en consideración los intereses (posiblemente lesionados) de otras personas”; esa figura “puede adaptarse, no a la personalidad individual del sujeto responsable, sino a la categoría que representa” (el estándar puede ser distinto para un médico generalista “razonable” que para un especialista “razonable”)<sup>10</sup>. En este sentido, se señala que los PETL consagran un *criterio objetivo de culpa*.

Mas entonces, ¿qué ocurre si el causante del daño es un menor de edad o un discapacitado psíquico? ¿Va a compararse su conducta con la de un adulto plenamente capaz razonable? Ello conduciría a considerar culpable a un niño de tres años que lesiona a otro niño en el ojo con el palo con que está jugando, pues una persona razonable sabe que no se puede agitar un palo en el aire en las proximidades de la cara de otra persona. Los PETL tienen en cuenta esto y *admiten la modalización de ese criterio objetivo de culpa en atención a las circunstancias personales del agente* [art. 4:102 (2) PETL: “El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla”]. Consecuentemente, la conducta del menor del ejemplo deberá valorarse teniendo en cuenta el estándar de conducta

---

vulnera el estándar de conducta exigible.

<sup>10</sup> Widmer (2008), p. 116.

exigible a niños de 3 años, lo que conduciría a descartar culpa de su parte y por tanto su propia responsabilidad. Cuestión distinta es la de la responsabilidad de las personas que lo tengan a su cargo, a lo que paso a referirme.

3.2.2. La *responsabilidad de quienes tienen a su cargo a un menor o discapacitado psíquico* se regula en el artículo 6:101 PETL como responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba. La culpa debe concurrir en el responsable, no en la persona de quien se responde (el menor o discapacitado). Pensemos en el ejemplo anterior: el niño de 3 años no sabe lo que hace, pero quienes lo tienen a su cargo (padres, v. gr.) sí: una persona razonable sabe que es peligroso que un menor de 3 años agite un palo cerca de la cara de otro niño. Por tanto, el niño no responde porque es civilmente inimputable o incapaz de culpa civil (no tienen discernimiento suficiente para comprender el alcance de sus actos); pero ello no libera de responsabilidad a quienes lo tienen a su cargo y han obrado culpablemente. Eso sí, para que estos respondan es preciso que, como ocurre en el ejemplo, el acto del menor o discapacitado sea objetivamente culposo (esto es, que, de ser realizado por un mayor de edad capaz, daría lugar a su responsabilidad); los PETL no lo dicen explícitamente pero así se desprende implícitamente de ellos: nadie (tampoco los padres y demás guardadores) está obligado a prevenir y evitar actos objetivamente diligentes de otros. Si padres e hijos resultan responsables al mismo tiempo del daño, responderán solidariamente [en virtud del art. 9:101 (1) (b) PETL].

### 3.3. Responsabilidad objetiva

3.3.1. Los PETL la consagran directamente en dos casos concretos: en el ámbito de las actividades anormalmente peligrosas [art. 5:101] y en el de la responsabilidad por los auxiliares [art. 6:102]. Además, admiten que en cada país puedan reconocerse otros supuestos, por las vías a que en seguida aludiré.

1º) El artículo 5:101 PETL sólo considera que una *actividad es anormalmente peligrosa* cuando “a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso cuando se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común”. Los autores de

los PETL citan como ejemplo de este tipo de actividad la utilización de explosivos en determinados casos (así, para demoler un edificio en un área urbana densamente poblada; no, en cambio, en un campo de pruebas desierto).

La ausencia del segundo requisito señalado (que no sea de uso común) impide considerar como actividad anormalmente peligrosa el tráfico rodado o aéreo; ahora bien, los PETL [art. 5:102 (1)] permiten que las leyes nacionales puedan consagrar en ese ámbito una responsabilidad objetiva, como veremos en seguida.

2º) Por lo que respecta a la *responsabilidad por los auxiliares*, interesa llamar la atención sobre los datos siguientes:

- a. Se entiende “auxiliar” en sentido amplio: comprende tanto a un empleado como a quien ayuda ocasionalmente, sea o no gratuitamente, por amabilidad o esperando una ayuda a cambio. Pero, según el mismo artículo 6:102 (2), no se considera auxiliar al contratista independiente (quien está unido contractualmente al demandado, pero actúa de forma independiente y sin estar sujeto al control, supervisión o instrucciones del último).
- b. Para que surja la responsabilidad del principal por el auxiliar es preciso que éste haya causado el daño “en el ejercicio de sus funciones” [art. 6:102 (1) PETL], expresión de compleja interpretación sobre la que sus autores simplemente señalan que el mal uso del puesto de trabajo no es por sí razón para que la actuación quede fuera del ejercicio de sus funciones<sup>11</sup>.
- c. Del artículo 6:102 (1) PETL resulta que se trata de una responsabilidad objetiva pues no presupone culpa alguna del principal, aunque sí presupone la culpa (objetiva) del auxiliar mismo<sup>12</sup>: es preciso, según el mismo artículo, que éste haya “violado el estándar de conducta exigible”.

---

<sup>11</sup> Moréteau (2008), p. 162.

<sup>12</sup> Así, v. gr., Pantaleón Prieto (2005), p. 3, y Martín Casals (2005), p. 18.

- d. Finalmente, el fundamento de la responsabilidad de la empresa varía si los daños, en vez de haber sido causados por sus auxiliares (en cuyo caso es objetiva)<sup>13</sup>, lo han sido por el equipamiento técnico o un defecto organizativo: en este último caso la responsabilidad es por culpa –con inversión de la carga de la prueba– conforme al artículo 4:202 PETL.

3.3.2. Aparte de estos dos casos de responsabilidad objetiva directamente establecidos en los PETL, los mismos admiten [en el art. 5:102] que las leyes nacionales puedan establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas aunque no sean anormalmente peligrosas; y también que, salvo que la ley nacional disponga otra cosa, la responsabilidad objetiva pueda establecerse por analogía (por los tribunales, se entiende) en otros supuestos “que originen un riesgo parecido de daño” (por tanto, en el mismo ámbito de las actividades peligrosas).

#### 3.4. La prueba de la culpa

En principio, la culpa del demandado deberá ser probada por el actor, pero esa carga se invierte en determinados supuestos. Ya hemos visto dos: el de la responsabilidad de la empresa cuando es por culpa (art. 4:202) y el de la responsabilidad de quienes tienen a su cargo a menores o discapacitados psíquicos (art. 6:101). A ellos se añade un tercero, de carácter general: la carga de la prueba puede invertirse (según el art. 4:201) –y se entiende que por el juez<sup>14</sup>– a la luz de la gravedad del peligro que comporte la actividad (se trataría de actividades que no llegan a ser anormalmente peligrosas –porque entonces operaría en ellas una responsabilidad objetiva ex art. 5:101 PETL–, y en las que el legislador nacional tampoco haya establecido una responsabilidad objetiva al amparo del art. 5:102 PETL).

---

<sup>13</sup> También sería objetiva si la empresa se dedicara a actividades anormalmente peligrosas o a una actividad peligrosa cubierta por el art. 5:102 PETL.

<sup>14</sup> Widmer (2008), p. 131.

#### IV. CAUSAS DE EXONERACIÓN

1. Los PETL dedican el Título IV a las causas de exoneración, que pueden dar lugar a una exoneración total o parcial de responsabilidad. Distinguen entre:

- a. Causas de justificación [art. 7:101]: legítima defensa, estado de necesidad, autorización legal, consentimiento o asunción del riesgo por la víctima y auto-ayuda.
- b. Causas de exoneración en caso de responsabilidad objetiva (art. 7:102): fuerza mayor y conducta (imprevisible e irresistible) de un tercero. Si la conducta del tercero sólo lleva a reducir la responsabilidad objetiva y, al mismo tiempo, el tercero es también responsable, ambos responsables (tercero y responsable objetivamente) lo son solidarios [en virtud del art. 9:101 (1) (b) PETL].
- c. La culpa concurrente de la víctima [art. 8:101 (1) PETL]. La contribución de la víctima a la producción del daño con su propia culpa puede dar lugar a la reducción o incluso a la exclusión total de responsabilidad<sup>15</sup>. Los PETL exigen que la conducta de la víctima sea tal que, de haber sido ella la causante del daño, hubiera tenido que responder del mismo: por tanto, si se trata de un menor o incapacitado incapaces de discernir el alcance de sus actos, del mismo modo que no se les habría podido exigir responsabilidad a ellos de haber sido los causantes del daño, tampoco su conducta se valorará a los efectos de exonerar al responsable. La conducta de la víctima puede oponerse también al tercero perjudicado por la muerte ajena [art. 8:101 (2) PETL]<sup>16</sup>.

A la conducta de la víctima se equipara la de la persona de la que la víctima deba responder [art. 8:101 (3) PETL]<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Se considera incluida aquí también la hipótesis en que la víctima no adopta las medidas razonables para mitigar el daño que ya se le ha causado.

<sup>16</sup> La razón es que el causante del daño debe tener a su alcance frente a los perjudicados por rebote las mismas excepciones de que habría dispuesto contra la víctima.

<sup>17</sup> En cambio, no se toma en cuenta a estos fines la posible culpa concurrente

## V. LA FUNCIÓN PROPIA DEL DERECHO DE DAÑOS

1. Es indudable que el derecho de daños tiene una función compensatoria o resarcitoria; pero, ¿puede cumplir, además, una función preventiva o punitiva? Muchos autores sostienen que no, que el derecho de daños no aspira a castigar a su causante ni a prevenir la causación del daño (aunque, sin duda, la prevención puede presentarse como un subproducto de la amenaza de tener que responder); en este sentido, se ha señalado que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho norteamericano de daños, el derecho europeo no ve en el derecho de daños un instrumento con propósitos redistributorios o disuasorios, de donde deriva el rechazo a importar a nuestro derecho las llamadas indemnizaciones punitivas (*punitive damages*) y las indemnizaciones disuasorias (*deterrent damages*)<sup>18</sup>.

2. En cuanto a los PETL, uno de sus artífices, Koziol, ha manifestado de manera rotunda que los mismos no constituyen fundamento alguno para las indemnizaciones punitivas<sup>19</sup>; ello deriva, de un lado, del artículo 1:101 PETL, que configura el *daño* como presupuesto de la responsabilidad y su *reparación* como función primaria del derecho de daños; y también del artículo 10:101 PETL, según el cual la indemnización es para *restablecer* a la víctima en la posición que hubiera tenido de no haberse producido el ilícito, a fin de *compensarla*. Con todo, es de destacar que el artículo 10:101 termina señalando que la indemnización “también contribuye a la finalidad de prevenir el daño” (lo que por sí sólo podría considerarse como mero reconocimiento de una consecuencia de la responsabilidad) y que, además, el artículo 2:104 PETL considera daño resarcible los gastos preventivos, en la medida

---

de la persona que tiene a su cargo a otra (por ejemplo, los padres del menor víctima); por tanto, una culpa de este tipo no podría justificar conforme a estos textos la rebaja o exclusión de la indemnización exigible por la víctima.

<sup>18</sup> Así, entre otros, Pantaleón Prieto (2000), pp. 167 y ss., y (2005), p. 6, o Díez-Picazo (1999), p. 46.

<sup>19</sup> Koziol (2008), pp. 49 y 50. Esta opinión es secundada por Pantaleón Prieto (2005), p. 6, quien considera que los PETL excluyen asimismo cualquier tipo de indemnización disuasoria.

en que sean razonables; *gastos preventivos* son los que se realizan para evitar un daño que amenaza con producirse, debiendo ser el riesgo inminente y real, y aunque finalmente el daño no se produzca, sea por las medidas adoptadas sea porque el riesgo finalmente no se materialice (v. gr., los gastos de trasiego y almacenamiento de crudo debido al peligro efectivo de que una brecha abierta en el casco de un buque pueda dar lugar a un derrame); nos encontramos así con un deber de reparar en casos en los que finalmente el daño puede no llegar siquiera a producirse.

## VI. LA PRETENSIÓN RESARCITORIA

1. Los PETL se apartan del principio del *resarcimiento integral*, al admitir (en el art. 10:401) la reducción de la indemnización cuando la compensación íntegra comporte “una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes”, debiendo tenerse especialmente en cuenta para decidir la procedencia de la reducción “el fundamento de la responsabilidad (art. 1:101), el alcance de la protección del interés (art. 2:202) y la magnitud del daño”.

2. En cuanto a la *legitimación activa*, ya hemos visto que se admite la de personas distintas de la víctima directa del daño (los perjudicados por daños rebote o reflejos).

3. Respecto de la *legitimación pasiva* debe destacarse que el artículo 9:101 PETL consagra la *solidaridad* entre los diversos sujetos responsables de un mismo daño cuando no exista una base razonable para imputar sólo una parte del daño a cada uno de ellos; si esa base existe, operará la *parciariedad* [apartado (3) del precepto]. En las relaciones internas entre los responsables solidarios rige también la *parciariedad*, debiendo determinarse la cuota de cada uno, a los efectos del derecho de regreso, “a la luz de las respectivas responsabilidades por el daño, en consideración a sus culpas respectivas y a cualquier otro aspecto relevante para establecer o reducir la responsabilidad”; el regreso pueda ser por el total de la indemnización [art. 9:102 (2) PETL].

4. En cuanto a los *daños resarcibles*, ya se ha visto que los PETL consideran como tales los daños patrimoniales y los no patrimoniales, especificando con bastante detalle las partidas y criterios a valorar respecto de unos y otros.

5. Por lo que atañe a la *forma de la reparación*, ésta puede ser tanto en dinero (sea una cantidad alzada o sea una renta periódica) como in natura, cuando esto sea posible y no excesivamente gravoso para el responsable [arts. 10:101, 10:102 y 10:104 PETL]; en el caso de los daños ocasionados a cosas, la medida de la indemnización vendrá dada por el valor de la cosa, admitiéndose que la víctima pueda reclamar el mayor gasto que suponga la sustitución o la reparación si ello resulta razonable (art. 10:203).

6. La regla *compensatio lucri cum damno* se plasma en el artículo 10:103 PETL; por beneficio se entiende el pago de dinero por terceros (v. gr., la Seguridad Social, aseguradores o empleadores).

7. Los PETL no regulan la *prescripción* de la acción.

## BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- KOZIOL, H. (2008). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, European Group on Tort Law, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo Comparado, coordinada por M. Martín-Casals, Aranzadi, Navarra.
- MARTÍN CASALS, M. (2005). "Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil", *InDret*, 2.
- MORÉTEAU (2008). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, European Group on Tort Law, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo Comparado, coordinada por M. Martín-Casals, Aranzadi: Navarra.
- SPIER, J. (2008). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, European Group on Tort Law, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo Comparado, coordinada por M. Martín-Casals, Navarra: Aranzadi,
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2005) "Principles of European Tort Law: Basis of liability and defenses. A critical view <from outside>", *InDret*, 3.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2000). "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. (También la de las Administraciones públicas)", *AFDUAM*, 4, pp. 167-191.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Comentario del artículo 1902, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, pp. 1971-2003.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1990). "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", *Centenario del Código Civil*, vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 1561-1591.
- REGLERO CAMPOS, L. F. & Medina Alcoz, L. (2009). "El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", *Tratado de responsabilidad civil* (Coord.: L. F. Reglero Campos), T.I, 4ª ed., Navarra: Aranzadi, Navarra, pp. 719-930.
- WIDMER, P. (2008). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, European Group on Tort Law, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo Comparado, coordinada por M. Martín-Casals, Navarra: Aranzadi,.

# 5

## La información y el consentimiento informado una materia pendiente en la relación médico-paciente. Un breve recuento del caso colombiano<sup>1</sup>

Vladimir Monsalve Caballero\*

### INTRODUCCIÓN

Hasta hace 20 años, la relación médico-paciente se caracterizó por ser hipocrática<sup>2</sup>, lo que facultaba al galeno de un gozo absoluto de hermetismo, respeto y autoridad sobre todo el acto médico. Sólo con el advenimiento del liberalismo (y la proliferación judicial y legislativa que generó), y con el acceso masivo a la información se adopta un nuevo modelo de relación, con lo cual se pasó de una estructura vertical<sup>3</sup> a una horizontal, en la que la libertad, la autonomía y la capacidad caracterizan las facultades del médico y los derechos de los pacientes<sup>4</sup>.

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Coordinador de investigaciones y director de GIDECF, de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte de Barranquilla. [vmonsalve@uninorte.edu.co](mailto:vmonsalve@uninorte.edu.co)

<sup>1</sup> Este artículo es el primer avance del proyecto “El consentimiento informado en la práctica médico-paciente en el ámbito colombiano”, adelantado por el grupo de investigación en Derecho y Ciencia Política GIDECF, de la Universidad del Norte, cuyo investigador principal es el autor del mismo.

<sup>2</sup> En honor al padre de la medicina moderna Hipócrates de Cos (460 A.C.- 477- 475)

<sup>3</sup> Caracterizada por la asimetría y tutela paternalista.

<sup>4</sup> En especial se considera al paciente como un agente racional y libre (irrepetible, responsable y solidario).

Pero dicha transformación no fue fluida, y por el contrario el paternalismo se afincó por más de dos mil años en razones ampliamente conocidas que solo reseñaré por no ser el objeto principal de mi exposición. Son: El conocimiento de la medicina y la experiencia terapéutica de los profesionales de la salud, en segundo lugar la supuesta falta de racionalidad objetiva del paciente, y por último la prevalencia de una imagen del médico como un ser altruista, loable, desinteresado y dedicado para hacer todo lo posible para beneficiar al paciente (Glannon & Friedman, 2002: 32).

En la actualidad la actitud de la sociedad frente a los médicos ha cambiado por varias circunstancias, lo que ha motivado profundas transformaciones en la *lex artis*, que van desde motivos científicos, hasta la forma como se interrelacionan los galenos con sus pacientes. Es innegable que la medicina ha dado pasos agigantados en su desarrollo y especialización, de ahí que con frecuencia antes del diagnóstico definitivo, un paciente tenga que visitar varios médicos y diversos profesionales de la salud (laboratorios, exámenes, etc), lo que genera una impersonalización en el trato.

De igual forma ha incidido el creciente escepticismo respecto del conocimiento y la infalibilidad médica (Luna & Salles, 2008: 139), ahondado por la proliferación de facultades de medicina, en las que se enseña y practica la profesión de una forma *non sancta* y finalmente, la creciente autoconciencia por parte de los pacientes frente a la importancia y los efectos que conllevan los procedimientos médicos dentro de sus entornos sociales, económicos y culturales. Pero la *lex artis* no solo ha sido transformada por los factores antes descritos; el enfoque interdisciplinar de la ciencias ha permitido que desde el derecho se hagan diferentes aportes a la medicina; el más relevante, el consentimiento informado<sup>5</sup>, hoy un elemento esencial del acto médico pero desconocido hasta mediados del siglo pasado y sobre el que nos detendremos para presentar nuestras preocupaciones en el caso colombiano.

---

<sup>5</sup> El término consentimiento informado "*informed consent*" fue utilizado en el estado de California, USA, en 1957 en el caso "Salgo vs. Stanford Jr. University Borrad of Trustees. Para ver más (Kvitko, 2009).

## EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Figura de origen anglosajón, conocida ampliamente en la literatura europea, americana y últimamente latinoamericana<sup>6</sup> que se ha consolidado a pasos agigantados en los tribunales extranjeros, tildándola incluso de derecho fundamental<sup>7</sup>, acuñando el término *nihil volitum quem prae-cognitum* (nada es querido si antes no es conocido).

Los orígenes del consentimiento informado<sup>8</sup> se remontan a Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la investigación biomédica y del comportamiento, ente estatal norteamericano al que el presidente Jimmy Carter, en 1974, le había confiado tratar unas denuncias y abrir investigaciones frente a un escándalo que comprometía a los médicos del Servicio de Salud Pública de Estados Unidos con ocasión del "Estudio de Tuskegee sobre la sífilis" ( Kvitko, 2009: 96), en el cual se les negó sistemáticamente tratamiento médico a afroamericanos del condado de Macon, en Alabama, con engaños en su diagnóstico y tratamiento por parte del personal sanitario durante el periodo de 1932

---

<sup>6</sup> Después de los años ochentas del siglo pasado es frecuente encontrar códigos de ética médica en el panorama latinoamericano que regulan la institución del consentimiento informado, lográndose así la categoría de exigencia ética fundamental. Sobre Perú, se puede consultar el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico de Perú (Sección 1). En el caso chileno, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile (título II, art. 25 y ss). En la Argentina, véase el Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina (Capítulo II art. 15 y ss). En el caso de Brasil, ver el Código de Ética de Conselho Federal de Medicina (capítulo IV, art. 46 y capítulo V, artículo 56).

<sup>7</sup> En el caso español así lo reconocen la SSTS (Sala Primera) de 12 de enero 2001 (Ponente Excmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez), Aranzadi Westlaw, RJ 2001\3, y de 11 de mayo 2001 (Ponente Sr. Martínez-Calcerrada López), Aranzadi Westlaw, RJ 2001\6197.

<sup>8</sup> No obstante, como primer antecedente histórico se deben tomar los hechos relatados en la cita 5.

a 1972<sup>9</sup>. En 1978 la comisión presenta su informe *Belmont Report*<sup>10</sup>, que consagraba los principios éticos y pautas para la protección de sujetos humanos de la investigación. Dicho informe, en lo que nos interesa para la ponencia, estableció la naturaleza y definición de un consentimiento consciente en diversas situaciones de investigación, consolidándolo como un principio ético básico de la autonomía del paciente.

Después del informe Belmont, el consentimiento informado comenzó una escalada sin precedentes (fortalecida en los años noventas del siglo pasado), tanto en los convenios internacionales como en su incorporación en la diferente legislación de la mayoría –sino la totalidad– de países de Occidente. En el ámbito europeo, el consentimiento informado ha sido incorporado en documentos internacionales (el Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y medicina de 1997 o Convenio de Oviedo como masivamente se le conoce), en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (art.3)<sup>11</sup>, en la legislación y en los códigos de ética médica de diversos países, así como en proliferas legislaciones, que transformaron la doctrina de una exigencia ética a una legal, rigiendo en la actualidad no solo la práctica médica sino la investigación biomédica.

La evolución del reconocimiento de los derechos de los pacientes concretó la desarticulación definitiva de la relación tradicional médico-paciente, al tener el profesional que enfrentarse a un sujeto portador de derechos con una determinada patología y no simplemente a una

---

<sup>9</sup> Aunque no se puede desconsiderar que también influyeron en dicho encargo las atrocidades y abusos en las investigaciones médicas que se realizaron durante la ocupación nazi en la Segunda Guerra Mundial, así como los experimentos adelantados por los japoneses en la Unidad 731 a soldados chinos y americanos en esa misma guerra.

<sup>10</sup> Denominado: “Principios éticos y pautas para la protección de sujetos humanos de la investigación”.

<sup>11</sup> Pese a su carácter no vinculante consagra dentro del ámbito del derecho a la integridad física y psíquica, dispone en su punto segundo que: “el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: El consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

patología portadora de un sujeto (Lovece, 2004: 180), como caracterizó la relación hipocrática. Los médicos no estaban preparados para un cambio tan radical, por la forma misma como se enseñaba y se les educaba en el quehacer científico, que profundizaba especialmente el contenido técnico, dejando de un lado las relaciones interpersonales y comunicativas.

## **LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

El traspaso a un sistema asistencial público característico de los estados constitucionales modernos europeos y replicados en las constituciones latinoamericanas de los últimos 30 años, influyó de igual forma en la relación médico-paciente, al tener un profundo interés social los temas de la salud y especialmente al entrar en conflicto con derechos conexos que interactúan con ella, entre ellos la libre autodeterminación, la seguridad, la libre elección y las condiciones de trato equitativo y digno entre otros.

Entre más se edificaba la institución del consentimiento informado más se evidenciaba que solo se alcanzaría su objetivo (ético-jurídico) cuando se diera un adecuado manejo de la información que los médicos obtenían acerca del estado de salud de los pacientes. Proceso que fue respaldado de igual forma por alcanzar la información el raigambre de derecho constitucional en la mayoría de países. En el caso colombiano se consagró en el artículo 78 de la Carta Magna el cual reza:

**Artículo 78. Vigilancia a producción, bienes y servicios.** La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

La relación médico-paciente se caracteriza por una asimetría en información y en formación, por una parte, el médico es un profesional idóneo que tiene el conocimiento y la experticia necesaria para la práctica de la medicina y que además espera que el paciente acepte sus decisiones en cuanto a diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. Por otra par-

te, el paciente es un profano que no conoce ni el lenguaje técnico que utilizan los médicos, y a su vez desconoce las consecuencias o riesgos de la patología que padece, con lo cual se presenta así un *choque de subculturas*, como lo menciona Lovence (2004: 181), pero a su vez un encuentro de intereses, la recuperación o rehabilitación de la enfermedad.

Dicha asimetría hace que el paciente vea restringido su campo de expectativas personales motivado principalmente por el conocimiento del experto y por la posibilidad, real o no, de acceder a los tratamientos y tecnologías disponibles (de acuerdo con sus recursos o coberturas sociales), evidenciando un estado de indefensión frente a la enfermedad, dejando en la experticia y confiando (fiando) en la palabra del médico su tratamiento. Así, el paciente asume un rol del más débil frente al poder científico del galeno, debido al estado de necesidad provocado por la enfermedad; se evidencia que la discrecionalidad científica y los tratamientos o diagnósticos identificados se optarán o aprobarán con base en la información tanto que el médico posea, como la que transmite al paciente.

El origen de la doctrina del consentimiento informado se encuentra en la idea de libertad: en el derecho del paciente de ejercer un control sobre su propio cuerpo, para decidir por sí mismo si se somete o no a un tratamiento en especial. A ello se agrega que el deber del médico de revelar tiene su mismo origen en los deberes secundarios de conducta, doctrina de gran impacto y aceptación al interior del derecho privado, que sustenta que en la fase de formación del consentimiento del contrato deben gobernar los preceptos de lealtad, transparencia, solidaridad y corrección, lo que se materializa en deberes accesorios que se imponen a una de las partes (con ocasión a su experticia), siendo el de mayor trascendencia la información (Monsalve, 2009: 151) . Sin duda de la

buena fe subjetiva propia de la primera etapa del iter negocial (dentro o fuera del ámbito sanitario), deviene el elemento confianza<sup>12</sup> en que se basa la relación médico-paciente. La doctrina del consentimiento informado parte de la idea de que el paciente no se halla entrenado en la ciencia médica y, por tanto, depende totalmente de la confianza y habilidad de su médico para proporcionarle la información en la cual basará su decisión (Highton & Wierzba, 2003: 6).

Por ello, una correcta y adecuada información favorece el normal desarrollo del proceso reflexivo que caracteriza la toma de decisiones al interior del acto médico por parte del paciente, al permitirle adoptar decisiones en un contexto de mayor libertad y equilibrando la disímil relación médico-paciente. La información se configura como un deber para el personal médico y como un derecho básico para el paciente, sobre el que se asentará otro derecho suyo: el de expresar el consentimiento informado. O dicho con otras palabras: sin información o con una información incorrecta o incompleta no se puede manifestar el consentimiento informado (Plaza, 2005: 238).

En la actualidad contamos con que la doctrina generalizada acepta que el consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (Highton & Wierzba, 2003: 1). Para lo anterior es fundamental, como hasta aquí lo hemos afirmado, que al paciente de acuerdo con un principio de

---

<sup>12</sup> Sobre la confianza hemos escrito en innumerables ocasiones: Monsalve, V. (2010), Aportes a la responsabilidad precontractual desde la doctrina de la apariencia jurídica. En *La responsabilidad: una mirada desde lo público y lo privado*. Bogotá: Ibáñez Editores; Monsalve, V. (2009). El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: Visión desde el derecho europeo. *Vniversitas*, 119; Monsalve, V. (2009). *Responsabilidad precontractual, la ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá: Ibáñez Editores.

esclarecimiento le sea entregada información respecto a cuáles son los riesgos que conlleva el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles, cuántas y cuáles son las probabilidades relativas al éxito, qué técnica se le va a aplicar, sobre qué zona o parte de su cuerpo se va a proceder, qué incapacidad conlleva la rehabilitación, entre otras. En este sentido, el deber de informar exige adaptar la información a la capacidad de entendimiento y comprensión del paciente y determinar así su alcance en orden a establecer los límites de lo transmitido (Fernández, 1997: 920).

### **LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO EXTRANJERO E INTERNACIONAL**

Si bien la regulación sobre la materia ha sido prolija, la misma no es uniforme si se hace un recuento desde el derecho comparado. No obstante, en los contenidos coincidentes resaltan sus desarrollos sobre dos valores: a) El principio del individualismo que supone una decisión basada en la autonomía de la voluntad y b) el principio de maximización de la salud del paciente (Highton & Wierzba, 2003: 18); y el equilibrio entre estos valores sigue siendo motivo de debate entre las políticas públicas y la tutela de los derechos por parte de los jueces. Hagamos un repaso al respecto:

Como ya se había mencionado, el convenio de Oviedo, suscrito el 4 de abril de 1997 y que entró en rigor en la mayoría de estados comunitarios en el 2000, se constituyó en el primer instrumento internacional sobre la materia con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscribieron, y establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. Así, el convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias (Plaza, 2005: 235).

Por su parte, la ley 41 de 2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de

información y documentación clínica, reúne los principios básicos de la relación médico-paciente en el ámbito español. De resaltar la incorporación del derecho que tiene todo paciente o usuario a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley, debiendo constar su negativa al tratamiento por escrito y se reconoce el derecho que toda persona tiene a que se respete su voluntad de no ser informada (art. 9.1), el cual deberá documentarse. Configura la información como un deber para el personal sanitario y como un derecho básico para el paciente a recibir información completa y veraz, sobre el que descansa el derecho al consentimiento informado (art. 3, en el que se desarrolla su definición), el cual deberá tomarse en toda actuación en el ámbito de la salud del paciente. Clasifica la información a la que se tiene derecho en la asistencial (arts. 4 y 5) y la epidemiológica (art. 6), que se caracteriza por ser de público conocimiento cuando se comprometan riesgos para la salud pública, o en el plano individual. Se reconoce que el derecho a la información es de carácter personal y que gozan también las personas vinculadas a él (extendiendo su ámbito de aplicación extra familiar), en la medida que el paciente lo permita. Se regula quiénes son detentadores de este derecho en circunstancias de incapacidad, entre otros grandes avances. Se establece que la información (la idoneidad, eficacia y contenido) se debe proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, confinando que la carga de la prueba le corresponde al personal médico. Por último, se consagra que el consentimiento se debe tomar por escrito, en casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y en general en todos aquellos actos médicos que impliquen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión, y estableciendo la procedencia de la responsabilidad civil o administrativa dependiendo el caso del personal por omisión de los deberes regulados en la ley.

De acuerdo con las competencias que en materia de sanidad están transferidas a las distintas comunidades autónomas, dichos deberes son desarrollados por leyes propias. Tal es el caso por citar algunas como la ley catalana 21/2000 del 29 de diciembre, que incluso de forma anterior a la ley general, ya regulaba los derechos de información concernientes a la salud y su documentación clínica. De igual forma sucede con la ley gallega 2/2001 de 28 de mayo, la ley foral de Navarra 11/2002 del 6 de mayo, por citar algunas.

En el ámbito de Latinoamérica de resaltar la Declaración de Principios Éticos de Médicos del Mercosur (Asunción del Paraguay, 18 de mayo de 1995), en cuyo principio ético 6 se consagra:

Es derecho del paciente de decidir libremente sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas siéndole asegurado todos los recursos de la ciencia médica donde sea atendido sin discriminación de cualquier naturaleza.

Bolivia, por su parte, goza de la Ley 3131 del ejercicio profesional médico, en la que se define el consentimiento informado, especifica sus características (voluntariedad, información y comprensión), determina sus límites, y momento de procedencia. Introduce en su texto legal unos modelos para diversos casos de actos médicos. Según expertos (Kvitko, 2009:182), se trata de una ley extremadamente completa toda vez que se integra con los diversos aspectos referentes al consentimiento informado, y al establecer los diferentes protocolos –como lo hacemos– deja librado al arbitrio de cada centro hospitalario, así como a cada profesional, la forma en que se debe cumplir con este fundamental pilar de la relación médico-paciente.

Por su parte, Perú tiene consagrada en la Ley General de Salud 26842 del 20 de julio de 1997, dicha institución y desarrolla en 27 artículos, reconociendo el carácter de un derecho personal de autonomía de la voluntad que se debe ejercer y garantizar en todo los actos médicos o quirúrgicos. Lo regula especialmente en los casos de aplicación de métodos anticonceptivos, técnicas de reproducción asistida, disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos, estableciendo en qué casos dicha facultad puede ser dispuesta por familiares o cercanos. Se requiere también de su toma en cualquier tipo de práctica docente o suministro de medicamentos, así como una explicación amplia del derecho a negarse a cualquier intervención. De resaltar la reserva que recae sobre la información relativa al acto médico que tiene carácter de reservado.

En Uruguay, el decreto 258/992 de 9 de junio de 1992, regula las reglas de conducta médica y los derechos del paciente. El consentimiento

informado es regulado en su artículo 5 el cual se establece qué comprende, cuáles son sus fines, quiénes están autorizados para otorgarlo (mayores de 21 años), reconoce que el paciente tiene derecho a identificar a todo el equipo médico y a negarse a recibir tratamiento, a ser examinado u observado por el médico sin su autorización. Sobre la información se establece los momentos en los que se debe suministrar, los términos de sencillez con los que debe ser transmisible, procurando incluso la no alteración del equilibrio psico-social del enfermo. Se establece qué clase de información debe suministrarse haciendo especial énfasis en los riesgos y beneficios de los procedimientos o tratamientos propuestos, resaltando que cuando se le dé de alta, el hospital debe entregar por escrito un plan terapéutico a seguir. Se regula el derecho a no saber, y a negarse a recibir tratamiento frente a las patologías, siempre y cuando se le explique los riesgos y consecuencias de la no práctica. Se establece en diversas normas el derecho a negarse para que se realicen investigaciones médicas o de fármacos. En más de 15 artículos se establecen los derechos a ser protegidos en su intimidad y a que se trate confidencialmente su información.

Para finalizar nos detendremos en el caso de la legislación argentina, que según nuestro punto de vista es la más completa en la materia. Se tienen diversas normas tanto a nivel nacional como local en las múltiples provincias, lo cual denota la importancia dada al tema en este país.

La Ley 17.132 de 1967 del ejercicio de la Medicina, odontología y actividades de colaboración en la capital federal, plantea en su artículo 19, inc. 3, que los profesionales están obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto a la negativa a tratarse o internarse, salvo en casos de inconsciencia alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo en casos de inconsciencia, etc. Si bien es cierto que en ella no aparece consagrado el deber de información, propio de la normatividad desarrollada en los años noventa, es de resaltar su respeto por la voluntad negativa del paciente. Por su parte, la normativa sobre consentimiento informado se encuentra dispersa en múltiples ordenamientos. A continuación haremos mención de las más significativas.

La Ley 24193/93 sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos consagra que los jefes y subjefes de equipos y los profesionales (médicos) deberán informar a cada paciente y su grupo familiar, de manera clara y de acuerdo al nivel cultural, sobre los riesgos de la operación, las secuelas físicas, psíquicas, ciertas y posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejora que verosímilmente puedan resultar, lo cual deberá documentarse.

El decreto 512/95 reglamentario de la Ley 24.193/93, en su artículo 13, consagra que la información proporcionada, así como del consentimiento del dador y receptor deberá dejarse constancia en un acta suscrita por el médico y el paciente. Por su parte, la resolución 4854/96 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médicas (ANMAT), sobre el régimen de buenas prácticas de investigación en estudios de farmacología clínica”, consagra que la autorización de los ensayos clínicos exige la presentación de un formulario de consentimiento informado en el que deberá constatar que el paciente ha sido informado respecto a: la confidencialidad de la información, de los objetivos, métodos, ventajas previstas, alternativas terapéuticas y posibles riesgos inherentes al estudio, e incomodidades que pueda acarrearle, y la libertad que se tiene durante toda la práctica para abandonarla si así se considera.

La Ley de Salud 153 de la ciudad de Buenos Aires posee todo un capítulo (XV), donde se regula el consentimiento informado y el SIDA. Se trata de una legislación moderna en la materia, y establece en su decálogo de derechos la intimidad, privacidad y confidencialidad de la información relacionada con el proceso salud-enfermedad. De igual forma, se garantiza el acceso a la historia clínica y a recibir información completa y comprensible sobre su proceso de salud en la etapa de diagnóstico y tratamiento y a la recepción de la información por escrito al ser dado de alta o a su egreso. Consagra que el paciente tiene derecho a que sea el profesional el principal comunicador de todo lo que le corresponde al estado de salud, y que deberá consentirse la realización de todo estudio o tratamiento, así como ser parte de actividades docentes o de investigación. En todo la información por transmitir deberá ser respecto a los estudios o tratamientos específicos y diversos posibles, riesgos significativos asociados y posibilidades previsible de

evolución en caso tanto de autorización o rechazo del acto médico. El ejercicio del derecho a estar informado en las prácticas reproductivas, métodos y prestaciones que los garanticen. Consagra de igual forma que el consentimiento informado deberá ser otorgado por los mayores de 18 años y, si es el caso, podrán estar juntos o en presencia de la persona de su elección.

Se impone el deber de documentar una síntesis de la información brindada por el profesional actuante, la cual deberá quedar registrada en la historia clínica con fecha, firma del profesional, aclaración y número de matrícula; también se deberá consagrar de idéntica forma la declaración de la voluntad del paciente (acepta o rechaza), el estudio o tratamiento propuesto, el cual podrá ser suministrado cuando el paciente sea menor de 18 años o no esté en condiciones de comprender la información suministrada por su cónyuge mayor, cualquiera de sus padres o representantes legales si lo hubiere.

Es de resaltar que se podrá prescindir del procedimiento para obtener el consentimiento informado del paciente cuando: a) a criterio del profesional actuante existan riesgos para la salud pública, b) cuando el paciente no pueda expresar su consentimiento y la gravedad del caso no admita dilaciones, salvo que existan indicios que permitan presumir la negativa del paciente a aceptar los estudios o tratamientos propuestos.

En 2003, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por medio del decreto 2316/03 reglamentó el artículo 4 de la Ley 153 sobre el consentimiento informado cuyos aportes relevantes fueron: a) El paciente podrá solicitar, durante el procedimiento seguido para manifestar su consentimiento informado, la presencia de personas de su elección; b) se presume que todo niño o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (requerir información, solicitar testeo de VIH, solicitar la provisión de anticonceptivos), y c) en ningún caso el profesional deberá alentar o persuadir a un paciente a que renuncie a su derecho a dar su consentimiento informado.

De igual forma, encontramos diversos desarrollos legales sobre el consentimiento informado en la resolución 1252-ssss, en la que se enfatizan sobre el reconocimiento de las capacidades del niño y adolescente para comprender la información suministrada por el profesional actuante y para otorgar su consentimiento sobre la realización de estudios y tratamientos. Al respecto apunta la resolución en mención que en caso que los niños o adolescentes que se presenten sin un acompañante adulto de acuerdo con la evaluación realizada por un equipo profesional interdisciplinario, no reúnan las capacidades necesarias para hacer efectivo el ejercicio personalísimo de su derecho a la salud deberá convocarse al referente adulto que el niño reconozca como tal.

En el ámbito colombiano, el panorama legal no presenta unas fuentes tan ricas como las hasta ahora enunciadas en los casos suramericanos; no obstante, tenemos diversa regulación. En especial la consagrada en la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, no consagra dentro de la declaración de principios (los cuales se constituyen el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica), el consentimiento informado. Reconoce dentro del capítulo de la relación médico-paciente, la decisión voluntaria y espontánea de ambas partes respecto a la asistencia médica (art. 4). Se plantea la prudencia como un elemento necesario de la comunicación del médico con el paciente, estableciendo que el galeno deberá evitar comentarios que despierten preocupación (art. 11). Impone al médico que en caso de circunstancias excepcionalmente graves y sea necesario un procedimiento experimental, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente (art. 12); de igual forma, plantea que no se podrá intervenir quirúrgicamente a los menores de edad sin autorización de los padres, tutores o allegados a menos que la urgencia del caso lo exija (art.14), y finalmente (art. 15) impone al médico la obligación de no exponer a su paciente a riesgos injustificados, y para ello pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. Remata sobre la materia la ley afirmando que la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto, y que para el efecto

el médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados (art. 16).

Sobre el riesgo previsto, encontramos que el decreto 3380/81, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1981, consagra en su artículo 12 que el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla. Por su parte, la resolución 13437 de 1991, por la cual se constituyen los comités de Ética Hospitalaria y se adoptan el Decálogo de los Derechos de los Pacientes, consagra (en el art. 1. 2), el derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión. En el mismo artículo 1, pero en su numeral 4, se consagra el derecho a que todos los informes de la historia clínica sean tratados de manera confidencial y secreta y que, sólo con su autorización, puedan ser conocidos. De igual forma, dentro del decálogo se consagra que los pacientes tienen derecho a que se respete la voluntad de participar o no en investigaciones realizadas por personal científicamente calificado, siempre y cuando se haya enterado acerca de los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el proceso investigativo pueda implicar.

Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud, por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud, incorpora por primera vez el término del consentimiento informado como un elemento indispensable de la investigación científica sobre seres humanos, incluso llegando a definirlo en sus artículos 14 y 15:

Artículo 14. Se entiende por Consentimiento Informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal, autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos, beneficios

y riesgos a que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Artículo 15. El Consentimiento Informado deberá presentar la siguiente información, la cual será explicada , en forma completa y clara al sujeto de investigación o, en su defecto, a su representante legal, en tal forma que puedan comprenderla.

- a. La justificación y los objetivos de la investigación.
- b. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de aquellos que son experimentales.
- c. Las molestias o los riesgos esperados.
- d. Los beneficios que puedan obtenerse.
- e. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto.
- f. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto.
- g. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento.
- h. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.
- i. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando.
- j. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución responsable de la investigación, en el caso de daños que le afecten directamente, causados por la investigación.
- k. En caso de que existan gastos adicionales, éstos serán cubiertos por el presupuesto de la investigación o de la institución responsable de la misma.

De lo anterior, es evidente que en lo que corresponde a investigación médico-científica y consentimiento informado podría afirmarse que nos encontramos a la vanguardia en la materia; no obstante, en lo que respecta al consentimiento informado del acto médico, sobre el que nos hemos centrado en esta disertación, el panorama en Colombia no es el deseable.

Al hacer un estudio de las tres normas que regulan la materia encontramos que el consentimiento informado no se encuentra debidamente desarrollado. Son materias pendientes, quiénes deben informar (sólo el médico o todos aquellos que intervienen en el acto médico), a quién se debe informar, al respecto nos preguntamos: ¿es posible aplicar el régimen de incapacidad legal que consagra el Código Civil?, se tienen fallos en los que la Corte Constitucional (Sentencia SU-337 de mayo 12 de 1999, donde además la Corte consagra las características de la información por transmitir, la cual debe ser veraz, prudente, fidedigna y suficiente), reconoce que los menores pueden y deben ser consultados en determinados procedimientos, no obstante existe un vacío en la normativa. Pendientes de igual forma queda la manera como debe transmitirse la información y su contenido, en ello llama especial la atención el Decreto 3380/81, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1981, al consagrar en su artículo 12 que el médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerlo. No obstante, la resolución 13437, que es la única norma que trata sobre el consentimiento informado, deja la toma del mismo y la transmisión de la información a la discrecionalidad del galeno<sup>13</sup>, y omite la obligación de reseñar todo aquello que se transmite. La normativa estudiada no clarifica quién tendría la carga de la prueba respecto a la práctica del mismo y mucho menos regula de manera concreta qué se debe informar. Pendiente la obligación de informar sobre las secuelas físicas o psíquicas; se habla de los riesgos

---

<sup>13</sup> Es importante mencionar que la resolución 1995 que regula la historia clínica consagra en su artículo 10 que el prestador del servicio de salud deberá seleccionar, para consignar la información de la atención en salud brindada al usuario, los registros específicos que correspondan a la naturaleza del servicio que presta. Si bien es claro que no impone la obligación de registrar la información suministrada relacionada con el consentimiento informado, sí hace alusión el artículo 11 a él, cuando define los anexos como: Son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes.

previsibles pero no se delimitan los mismos, no se obliga a informar sobre las posibilidades de mejora o sobre la existencia de otros procedimientos existentes para tratar la patología. No existe una obligación de abstención por parte del médico respecto a una posible persuasión en búsqueda del consentimiento informado, y tampoco se consagra el derecho que tienen los pacientes a no ser visitados u objeto de prácticas universitarias, violatorias de su intimidad. De igual forma, no se tienen referentes respecto a en qué circunstancias la autonomía de la voluntad no debe ser protegida. No tenemos regulado el derecho a no saber, cuyos referentes ya son conocidos en América Latina.

### **A MANERA DE RECUENTO. LOS DESAFÍOS ACTUALES**

Después del recuento anterior en el que pudimos identificar que el tema del consentimiento informado se encuentra en la mayoría de los sistemas legales regulado de manera disímil, procederemos a presentar de manera general, desde nuestra perspectiva, cuáles son algunos de los desafíos actuales que conlleva su práctica, clarificando que siempre la complejidad del acto médico hará que la discrecionalidad del galeno sea un tema determinante, en la toma y práctica del mismo. No obstante, en aquellos países donde existe abundante legislación el comportamiento del personal sanitario cada día se caracteriza por una mejor y saludable praxis médica.

Existen evidentes contradicciones y dificultades al potenciar la teoría con la práctica y al ponderar derechos que conllevan la libertad individual y su ejercicio, cuyas soluciones no son siempre fáciles, por ejemplo cuando un paciente se niega a recibir tratamiento médico necesario y perfectamente documentado que demuestra su necesidad en cuanto a su procedencia. Por una parte, con la consolidación de la autonomía del paciente como un pilar fundamental de la relación médica, se suele proteger y dar mayor consideración a su tutela pero, por otra parte, existe una doctrina que defiende que dicha decisión por cuestiones de orden público y por el “sano juicio médico” debe darse mayor concentración a las decisiones en cabeza de los médicos, al considerar la salud como un bien que debe protegerse por encima –incluso– de la autodeterminación del enfermo.

En la actualidad nadie pone en duda la existencia y exigibilidad del deber de informar a los enfermos acerca de los riesgos del tratamiento propuesto; no obstante, donde sí existen amplias diferencias en la doctrina internacional es en cuanto a cómo debe medirse tal deber, a qué se debe informar, hasta dónde llegan los riesgos previsibles, cómo establecer que los pacientes están debidamente informados o desinformados, a qué niveles de información debe acceder el paciente, a cómo o con qué estándar de comportamiento debe ser medido dicho deber, a cuáles son los medios de prueba del cumplimiento de dicho deber, qué información hay que transmitirle a los infantes cuantos estos padecen patologías y en qué momento se requiere su consentimiento, cómo distribuir los costos económicos que conlleva la documentación de la información, entre otros, son y seguirán siendo parte de los desafíos que enfrenta dicha institución en el ámbito internacional donde a pesar de existir sendas leyes que la regulan, la complejidad de la disciplina y su práctica, sumada a la fricción entre lo ético y lo jurídico, los criterios de razonabilidad, discrecionalidad y sentido común que caracterizan el quehacer del juez hacen que la doctrina del consentimiento informado se encuentre en su fase de eferescencia y maduración.

Por otra parte, aunque los profesionales sientan que un imperativo legal y ético los lleva a dar al paciente cierta información referida al tratamiento a realizar, cada uno espontáneamente seleccionará qué dirá al enfermo según distintos criterios y pautas difíciles de explicar, por su misma construcción teórica o incluso por una situación fáctica, lo que conlleva a que pueda mencionar algunos riesgos, nunca revelará todas sus dudas; si bien discutirá el procedimiento a emplear, no siempre ofrecerá distintas alternativas o posibilidades; si bien puede estar dispuesto a contestar preguntas, no siempre anticipará todo lo que el paciente no parece curioso de inquirir; si bien a algún enfermo con mayores conocimientos y capacidad intelectual de comunicación o con poca escolaridad será poco lo que le diga. Por otra parte, aceptando que el médico tome a su cargo efectuar una revelación completa de la enfermedad, tratamiento, procedimiento a emplear, riesgos, prácticas alternativas etc., una cosa es lo que el profesional exprese y otra, tal vez, lo que el paciente se represente, y, en consecuencia, entienda. (Highton & Wierzba, 2003: 4). La pérdida de oportunidad, criterio que suelen admitir los tribunales para sancionar la toma del consentimiento-

to informado de una manera no idónea (sin consentimiento, más allá de lo informado, o por omisión de la información en especial los riesgos del tratamiento), por parte del médico, no se ha caracterizado por la homogeneidad de criterios cuando a ella se ha acudido por parte de la jurisprudencia en lo que corresponde al quantum indemnizatorio (la valoración del daño moral), la determinación de la causalidad por medio del juicio hipotético que en el caso concreto sería del: “si el paciente, de haber conocido el riesgo no hubiese permitido la intervención”, entre otros.

Como queda visto, son muchos los intereses y derechos en juego, y no pocos los desafíos a los que nos enfrentamos al momento de abordar el consentimiento informado. Pero si la situación es diversa y problemática en sí a pesar de la diversa y abundante legislación, mucho más lo será en aquellos ámbitos donde no existe regulación suficiente, ni preocupación del legislativo por desarrollarla, como es el caso colombiano, un ejemplo claro de desidia de diversas ramas del poder público, por lo que justamente los jueces son los que han tenido desde sus fallos que ir sentando doctrina.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, M. (2000). La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la *lex artis*). En Moreno, J. , *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson.
- ARCOS, M. (2007). *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- ANDORNO, L. (1997). El deber de información en la contratación moderna. En Bueres, A. & Kemelmajer, A., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FERNÁNDEZ, J. (1997). El deber de información en el contrato médico. En Bueres, A. & Kemelmajer, A., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- KVITKO, L. (2009). *El consentimiento informado*. Buenos Aires: Dos y Una Ediciones Argentinas.
- LOVECE, G. (2004). *La información y publicidad del servicio médico*. Buenos Aires: Astrea.
- HIGHTON, E. & WIERZBA, S. (2003). La relación médico-paciente: *El consentimiento informado*. Buenos aires: Ad-Hoc.
- MONSALVE, V. (2009). *Responsabilidad precontractual, La ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá: Ibáñez.
- MONSALVE, V. (2009). Aportes a la responsabilidad precontractual desde la doctrina de la apariencia jurídica. En Monsalve, V., *La responsabilidad: una mirada desde lo público y lo privado*. Bogotá: Ibáñez.
- MONSALVE, V. (2009). El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: Visión desde El Derecho Europeo. Bogota: *Vniversitas*,119,
- PLAZA, J. (2005). Responsabilidad médico-sanitaria y derechos del paciente. En Reyes, M. *Derecho privado de consumo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SIEBERT, W. (1942). Contrato y libertad contractual en el nuevo sistema del derecho alemán. *Revista de Derecho Privado*, 448- 458.
- VILLAREAL, M. L. (2007). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 11. Universidad Externado De Colombia .
- WEINGARTEN, C. (2005). *Derecho del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

# 6

## Democracia, constitucionalismo, constitución, soberanía

Rubén Martínez Dalmau\*

### 1. EL SENTIDO DE LA DEMOCRACIA

Aun cuando la discusión sobre la existencia o no de un imparable progreso social ha quedado relegada en sus principales términos, seguramente por su relación con posiciones cientifistas ya anacrónicas y porque se fundamenta en valoraciones subjetivas sobre cuestiones claves –como el propio concepto de progreso– respecto a las cuales es sumamente complejo llegar a conclusiones generalmente aceptadas, lo cierto es que poco puede discutirse sobre la necesidad de los pueblos de progresar. Esta necesidad, no obstante, no ha sido correspondida en el plano de la realidad, al menos en la misma medida en que sí se ha producido un avance en la tecnología, que ha transformado radicalmente las vidas de aquellas personas que tienen acceso a su uso y a su conocimiento<sup>1</sup>. De hecho, es fácil constatar cómo los avances sociales y los tecnológicos evolucionan de manera extremadamente distinta, partiendo en el mejor de los casos del estancamiento social frente al espectacular progreso técnico.

En particular, esta diferenciación se hace más patente si cabe en la situación actual de las democracias, tanto en su calidad como en su presencia. En su calidad, porque el en algún momento denominado

---

\* Profesor catedrático de la Universitat de València (España).

<sup>1</sup> Un análisis cuantitavista sobre el estado de la democracia en el mundo puede verse en Lane, Jan-Erik y Ersson, Svante, *Democracy: a comparative approach*. Routledge, Oxon, 2003.

*triunfo de las democracias*, haciendo alusión a las transiciones desde el autoritarismo en los países europeos y, posteriormente, en América Latina, así como los cambios que siguieron a la caída del Muro de Berlín<sup>2</sup>, ha acabado derivando, salvo honrosas excepciones, más en un conglomerado de sistemas formalmente representativos que en verdaderos supuestos de participación popular y control democrático. Y en su presencia, porque la mayor parte de la población mundial sigue viviendo en regímenes no democráticos –muchas veces ni siquiera simplemente competitivos–, aun cuando se califiquen –por ellos mismos o por terceros– de esa manera.

En definitiva, y sin ánimos de entrar en discusiones conceptuales que tampoco han rendido demasiados frutos en las últimas décadas<sup>3</sup>, el *triunfo de las democracias* no ha pasado de ser una derrota de algunos autoritarismos, sin que los modelos sustitutorios cuenten con la mayor de la legitimidad en su instauración y desarrollo, hasta el punto de que en poco tiempo parece haberse pasado de la euforia al escepticismo. De hecho, las condiciones que han delimitado el debate, al menos académico, sobre la democracia, defienden casi al mismo tiempo el triunfo de la democracia liberal y la crisis del principio democrático, lo que no sólo no es un contrasentido, sino que justamente ha acabado encontrando su significado en la situación de las democracias en el mundo actual<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A principios de los noventa, Sartori, y con él toda una corriente politológica de gran influencia, afirmó que el símbolo del fin del Estado revolucionario por antonomasia había sido la caída del Muro de Berlín, y que la disolución del comunismo frente a nosotros un vencedor absoluto: la democracia liberal. El triunfo de la democracia liberal se debía a que era la única democracia “real” que se hubiera realizado jamás sobre la tierra. Al respecto, cfr. Zamitiz, Héctor, “El fundamentalismo y los problemas de la gobernanza democrática global”, en Orozco, José Luis (coord.), *¿Hacia una globalización totalitaria?* UNAM-Fontamara, México, 2007, pp. 199 y ss; y, en general, Sartori, Giovanni, *La democracia después del comunismo*. Alianza, Madrid, 1993.

<sup>3</sup> Al respecto, cfr. González, José M. y Quesada, Fernando, *Teorías de la democracia*. Anthropos, Barcelona, 1988.

<sup>4</sup> Al respecto, cfr. De Vega García, Pedro, “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos*, 100, abril-junio, 1998, pp. 13-56.

El empeño en la necesidad de fortalecer la democracia tiene lugar principalmente desde la convicción de que los regímenes democráticos son ineludibles para el avance de los pueblos. Avance no exclusivamente en su sentido modernizador –como proponían los referidos teóricos, ya clásicos, de la democracia<sup>5</sup>– sino, fundamentalmente, emancipador. En efecto, la plena libertad para la toma de decisiones trascendentales en una sociedad, que conlleva el ejercicio integrativo de la ciudadanía a través de la participación, está directamente relacionada con la emancipación popular y, por lo tanto, en la decisión sobre las prioridades y los fundamentos de la vida en común. En términos de Contreras, “el ejercicio sustantivo de los derechos ciudadanos sigue constituyendo una máxima de emancipación humana dentro del marco del orden mundial existente”<sup>6</sup>.

En este sentido, la necesidad de fortalecer la base de la legitimidad democrática en las sociedades actuales plantea dos dimensiones complementarias: la interna, fundada en la toma de decisiones de vida sobre valores y principios comunes y, con ello, la creación de las condiciones para el buen vivir<sup>7</sup>; y la externa, referida a la necesidad de construir una

---

<sup>5</sup> Cuya transcendencia en la doctrina institucionalista de la reforma del Estado tuvo particular éxito en América Latina a partir de la década de los ochenta, patrocinado por organizaciones financieras internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo. Cfr., en general, el estudio de la Universidad de Chile con el respaldo del BID, Tomassini, Luciano y Armijo, Marianela, *Reforma y modernización del Estado. Experiencias y desafío*. Lom, Santiago de Chile, 2002.

<sup>6</sup> Contreras, Miguel Ángel, “Ciudadanía, pluralidad y emancipación: perspectivas democráticas de un debate en ciernes”. *Cuadernos del CENDES*, 48, septiembre-diciembre 2001, pp. 2.

<sup>7</sup> Utilizando la expresión constitucionalizada en el último texto ecuatoriano, de 2008, traducción del *sumak kawsay quechua* (Título VII, Régimen del Buen vivir), y que también aparece –con la denominación de *suma qamaña*, vivir bien– en la Constitución boliviana de 2009 (artículo 8). Cfr., en general, Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comp.), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Universidad Bolivariana, Santiago de Chile, 2009. También recientemente, desde latitudes muy lejanas del mundo andino, se ha constitucionalizado el concepto de Felicidad Interna Bruta (*Gross National Happiness*) en la Constitución de Bhután de 2008, la primera del país: “El Estado promoverá las condiciones para permitir la búsqueda de la Felicidad Interna Bruta” (artículo 9.2), y la función del gobierno es asegurar la paz, el bienestar y la felicidad del pueblo (artículo 20). Cfr. Sinpeng, Aim, “Democracy from Above: Regime Transition in the Kingdom of Bhutan”, *Journal of*

comunidad internacional fundamentada en criterios democráticos, los únicos compatibles con sociedades que se gobiernan internamente según éstos. La construcción de un constitucionalismo mundial pasa, en este orden, por la introducción del calificativo democrático<sup>8</sup>.

Ahora bien; con independencia de las numerosas proposiciones teóricas y experiencias prácticas que se han propuesto históricamente sobre gobiernos de sociedades democráticas, lo cierto es que en los últimos tiempos ha surgido una propuesta que parece contar con mayor éxito en el desolador panorama de los avances democráticos en el mundo: la consolidación del Estado constitucional. Y ello es así porque, con todos sus límites y el desarrollo involutivo que ha experimentado durante buena parte de su proceso de construcción, el Estado constitucional ha sido, por el momento, la única fórmula que se muestra capaz de armonizar con éxito la decisión absoluta e ilimitada de la democracia con el control y el límite del poder de gobierno.

## 2. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO

Una de las principales enseñanzas que cabe extraer de la historia del constitucionalismo es que la Constitución entendida exclusivamente en su sentido formal —esto es, teniendo en cuenta únicamente el elemento funcional finalista que contiene la noción de Constitución como orden jurídico fundamental de la comunidad<sup>9</sup>— no requiere, para su

---

*Bhutan Studies*, Vol. 17, invierno 2007, pp. 21-47.

<sup>8</sup> Los planteamientos doctrinales sobre la democracia mundial suelen prescindir del problema de la legitimidad, o limitarlo al del control y dación de cuentas (*accountability*). Para Held, v. gr., en el mundo contemporáneo sólo es posible concretar la democracia si se garantiza la *accountability* de todos los sistemas de poder relacionados e interconectados, de la economía a la política. “Por consiguiente, la posibilidad de la democracia hoy en día debe vincularse con un marco expansivo de instituciones y procedimientos democráticos”, lo que el autor denomina modelo cosmopolita de democracia. Held, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Paidós, Barcelona, 1997, p. 317.

<sup>9</sup> 1 En expresión de Hesse (Hesse, Conrado, “Constitución y Derecho constitucional”, en Benda, Ernesto; Maihoffer, Werner; Vogel, Juan J.; Hesse, Conrado y Heyde, Wolfgang, *Manual de Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 5).

existencia, de la vigencia del principio democrático, ni, por lo tanto, de la radicación de la legitimidad en la soberanía popular<sup>10</sup>. De hecho, el *constitucionalismo* como ideología nace antes del concepto de Constitución –la que asumirá su denominación de aquel– en el esfuerzo teórico y práctico del límite del poder de gobierno. En efecto, con la consolidación del Estado moderno como forma de organización política y la reaparición del poder absoluto –principalmente en manos del rey– en las puertas de la modernidad, requirió de un replanteamiento sobre la naturaleza del poder y la necesidad de su control, que delinearon los teóricos del constitucionalismo. Se explicitó de esta forma el debate sobre la tensión entre democracia (poder absoluto) y control (poder limitado); esto es, entre democracia y constitucionalismo, que sólo podía tener lugar el marco del Estado moderno, caracterizado por la centralización del poder, lo que diferenció el nuevo fenómeno del que había tenido lugar en las polis griegas dos milenios antes<sup>11</sup>.

El problema del poder político en el Estado moderno está directamente relacionado con el de la *legitimidad* de este poder. El fenómeno de la centralización del poder exigió planteamientos teóricos sobre este proceso que, aunque formado gradualmente a través de la concentración del poder en los monarcas desde la dispersión medieval, no dejó de requerir definiciones, que se convirtieron en verdaderas propuestas ideológicas. Una de las más influyentes sería la de *soberanía*, detectada por Bodino a través de determinados atributos del poder, y que lo distingue de los poderes *no soberanos*. Pero Bodino, como bien recuerda Mesnard, no buscaba inmediatamente teorizar sobre la soberanía. Ésta es para él una cualidad definitoria pero explicativa de otra realidad: la República (el Estado). En la definición de Bodino “hay, por así decirlo, reciprocidad entre el concepto de República y el de soberanía. Sin embargo, no se dan sobre el mismo plano de realidad. El objeto concreto

---

<sup>10</sup> Se sigue a continuación los argumentos expuestos en Martínez Dalmau, Rubén, *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los bancos centrales*. Tirant, Valencia, 2003.

<sup>11</sup> Como es conocido, la *demokratia* ocupó un importante papel tanto en la teoría política como en la práctica de la Grecia clásica, especialmente en los siglos V y IV a.C. En general, cfr. Requejo Coll, Ferrán, *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*. Ariel, Barcelona, 2008, pp. 12 y ss.

[...] es la República; la soberanía constituye el principio, la forma política [...]. Sin soberanía no hay república, desde luego; pero como no hay realidad política anterior a la república, es decir, a la comunidad constituida en Estado, la república es el dato concreto e inicial, la unidad de cuenta en materia política”<sup>12</sup>. De hecho, la teorización sobre la soberanía explica el hecho de la República, pero no de su origen –que posiblemente no era del interés de Bodino– ni, por otra parte, de la otra propiedad del poder político: su legitimidad. Ésta, para Bodino, sigue evadiéndose de la decisión humana y recae en la voluntad divina<sup>13</sup>.

A diferencia de Bodino, las doctrinas contractualistas sí se ocuparían del fundamento del poder, y no tanto de sus atributos. De hecho, el elemento *legitimidad* aparece en el pensamiento político occidental con el contractualismo, mucho antes de que los acontecimientos revolucionarios lo colocaran en fundamento de su actividad. Cuando los contractualistas, en el siglo XVII, propusieron el origen *jurídico* del poder político, no lo hicieron para justificar el pacto social, ni mucho menos para reivindicar el estado de naturaleza. Actuaron de esa manera intuendo que se avecinaba el problema de la legitimidad que tenía que conceder la decisión del hombre, y no la mano de Dios.

Al respecto, las construcciones teóricas más conocidas son las de John Locke y Thomas Hobbes. Ambos autores avisaron de las consecuencias para la situación de las cosas en un momento en que el regreso a un estado de naturaleza era posible. Hobbes, más honesto, lo escribió claramente: el único modo de erigir un poder común que pueda defender a los hombres de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o, como mal menor, a una asamblea de hombres<sup>14</sup>. Locke prefirió el acercamiento indirecto, más imperfecto pero también más

---

<sup>12</sup> Mesnard, Pierre, “Jean Bodin, teórico de la República”. *Revista de Estudios Políticos*, 113-114, 1960, p. 91.

<sup>13</sup> *Ibid.* pág. 93.

<sup>14</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Alianza, Madrid, 2001, p. 156.

moderado, de reconocer un estado de naturaleza donde el hombre es libre para disfrutar de placeres inocentes y, además, mantiene dos poderes: el de hacer todo lo que le parezca oportuno para la preservación de sí mismo y de otros, dentro de lo que permite la ley de la naturaleza<sup>15</sup>; y el de castigar los crímenes cometidos contra esa ley. "A ambos poderes renuncia el hombre cuando se une a una [...] sociedad política, y se incorpora a un Estado separado del resto de la humanidad"<sup>16</sup>. Pero las construcciones contractualistas, partiendo de situaciones diferentes, llegan a un mismo de encuentro: entre el estado de naturaleza y el pacto que crea el poder organizado del Estado sólo existe una manifestación *jurídica* de voluntad.

El *constitucionalismo*, en definitiva, planteaba el control del poder centralizado del Estado moderno. Para ello, tanto Locke como Hobbes, a diferencia de Rousseau, establecieron el origen del poder político en el Derecho. Partieron de la base de que el estado de naturaleza había sido siempre así, y no se preguntaron si existió un estado de pre-naturaleza o, para ser más exactos, un estado real de naturaleza, que podría haber existido, porque en algún momento, siquiera en el alba de los tiempos y por omisión, los hombres apostaron por un determinado tipo de poder que promovía la desigualdad –Hobbes– o la igualdad –Locke–. Ése, y no aquél, era el origen de la política. Circunstancia de la que Rousseau se percató con claridad.

El origen del poder político para Rousseau no es el Derecho, sino un hecho: la aparición de la sociedad civil después de la creencia de que existe un derecho, en concreto el derecho de propiedad, que necesitará ser garantizado colectivamente. La primera parte de su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* se refiere exclusivamente a la forma de vida de este verdadero estado de naturaleza, donde nadie tiene poder sobre nadie y, por lo tanto, no existe la política. La segunda parte, donde explica cómo se forma la sociedad civil, no puede co-

---

<sup>15</sup> Y -añade Locke-" si no fuera por la corrupción y maldad de hombres degenerados, no habría necesidad de ninguna otra sociedad, y no habría necesidad de que los hombres se separasen de esa grande y natural comunidad " (LOCKE, JOHN, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Alianza, Madrid, 1990, p. 135).

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 135 y 136.

menzar de otra forma: “El primero que, tras haber cercado un terreno, decidió decir: *esto es mío*, y encontró personas lo bastante simples para crearle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”<sup>17</sup>. Rousseau reivindica el origen *político* del poder político, es decir, la necesidad de un *primer motor* que legitima el poder y que construye una sociedad, la civil, superior incluso a la natural. El origen político del poder político parece una obviedad pero, desde luego, no lo ha sido durante siglos. Para Rousseau, el Derecho sirve para ordenar la relación política pero no para legitimarla.

Por lo tanto, como defiende Rousseau, y aprenderá bien la teoría del poder constituyente, sólo un *hecho político* puede servir de legitimador del poder político. De esta manera, la dimensión política del *pacto social* es necesariamente anterior a la dimensión jurídica del *contrato social*. El papel del Derecho, ahora sí, se desarrollará con posterioridad a la decisión política, a través de un *contrato social*, legitimado y legitimador, que los liberales revolucionarios llamarían *Constitución*, y que no da paso a la política, sino a la organización de la política. Cuando Rousseau, en ese ejercicio de sinceridad que tanto le caracteriza, comienza su obra sobre el *contrato social*, afirma que su deseo es averiguar si en el orden civil puede haber alguna norma de administración legítima y segura, tomando a los hombres tal y como son y a las leyes tal y como pueden ser<sup>18</sup>. En el primer capítulo del Libro Segundo se ocupa del elemento legitimador del contrato social: el interés común. “La primera y más importante consecuencia de los principios anteriormente establecidos es que la voluntad general puede dirigir por sí sola las fuerzas del Estado, de acuerdo con la finalidad de su institución, que es el bien común; porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, el acuerdo de estos mis-

---

<sup>17</sup> Rousseau continúa el Discurso escribiendo : “Qué de crímenes, guerras, asesinatos, qué de miserias y horrores habría ahorrado al género humano aquel que, arrancando los potos o llenando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: Guardaros de escuchar a ese impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie. Pero según parece, las cosas habían llegado ya al punto de no poder durar más así como estaban ” (Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Alba, Madrid, 1987, pág. 102).

<sup>18</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*. Altaya, Barcelona, 1993, pp. 3.

mos intereses es lo que lo ha hecho posible [...]. Sólo en función de ese interés común debe ser gobernada la sociedad". De ahí las conocidas atribuciones de inalienabilidad e indivisibilidad de la soberanía que propugna Rousseau<sup>19</sup>.

Al establecer el carácter absoluto del poder político, previo al Estado social, y el limitado del gobierno, en el Estado Social, Rousseau ofrece la fórmula para relajar la tensión entre democracia y constitucionalismo, y hacer residir la legitimidad en la dependencia del segundo frente a la primera. Los liberales revolucionarios, en el siglo XVIII, se apropiarán del concepto incorporando una relación de interdependencia entre el poder constituyente, prejurídico e ilimitado, y el constituido, jurídico y limitado por la Constitución. El constitucionalismo dará paso, en ese momento, a la Constitución del liberalismo revolucionario.

### 3. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

De esta manera, el *constitucionalismo* fue impregnado por el elemento legitimador de la doctrina del poder constituyente, y el fruto fue la *Constitución*. Su legitimidad –fruto del poder constituyente–, su objetivo –garantizar derechos, organizar el Estado y limitar el poder de gobierno– y su formalidad –escrita, articulada y codificada–, fue producto de las revoluciones liberales norteamericana y francesa que, con apenas unos años de diferencia, tuvieron lugar en el último tercio del siglo XVIII. Aun con notables diferencias más de procedimiento que teóricas, el objetivo de unos y otros fue el mismo: aprobar una Constitución para legitimar el poder público a través de la vigencia del principio democrático y, con ello, poner fin al absolutismo, producto de la acumulación de los poderes feudales en la figura del rey como soberano. La soberanía del rey, en la caracterización atributiva de Bodino, fue sustituida por la soberanía del pueblo en su cariz rousseauiano, y la voluntad general se quiso imponer al interés particular de los privilegiados. Es a partir de ese momento que podemos referirnos, estrictamente, a la Constitución, en el sentido actualmente vigente del término, el mismo que empezó su andadura hacia el Estado constitucional.

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 25 y ss.

Tanto en el caso norteamericano como en el francés, la motivación es la ruptura radical con el Antiguo Régimen<sup>20</sup>. En el caso de Norteamérica, el primero en orden cronológico, la revolución tuvo lugar a través de la ruptura del yugo con la metrópoli y la independencia, en primer lugar, de las trece ex colonias inglesas y su transformación en Estados independientes con un mecanismo de coordinación entre ellos que servía principalmente para financiar la guerra contra Inglaterra. De hecho, antes de la Constitución de 1787, durante la vigencia de los *Artículos de la Confederación* en la década anterior, cada ex colonia aprobó su propia Constitución, que ya incluían declaraciones de derechos y organización del poder público, y se consolidaban como verdaderos precedentes del constitucionalismo que triunfaría unos años atrás<sup>21</sup>. La expresión de la Constitución de 1787 Nosotros el pueblo fue decisiva para entender la diferencia entre la Confederación y la Federación: en el primer caso, la soberanía se detentaba por los pueblos de cada una de las excolonias independientes; en el segundo caso, por el pueblo de los Estados Unidos de América.

De esta manera, aunque el uso del término *Constitución* ha sido recurrente en la doctrina para designar históricamente la organización del orden político en las más diversas sociedades<sup>22</sup>, y con independencia de sus primeras apariciones en el Estado liberal, la gran aportación del constitucionalismo ha sido, principalmente a través la garantía de su

---

<sup>20</sup> Al respecto, cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución*. Alianza, Madrid, 1998, y Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2005.

<sup>21</sup> García Pelayo afirma que “ es desde aquí, desde América, desde donde el concepto racional normativo de constitución, con su tabla de derechos, su división de poderes, su soberanía de la ley, su distinción entre poder constituyente y poder constituido y su división de la constitución en parte dogmática y parte orgánica, pasa a Europa, y son los *bills* de derechos de las constituciones americanas los que inspiran, sin perjuicio de su originalidad, la Declaración francesa de 1789 y, a través de ella, al Derecho constitucional moderno” (García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza, Madrid, 2000, p. 333).

<sup>22</sup> Por todos, cfr. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001, pp. 15 y ss, y Sánchez Ferriz, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*. Ariel, Barcelona, 1993, pp. 229 y ss.

normatividad, servir de columna vertebral para la construcción de la democracia constitucional. Sólo un orden jurídico que garantizara la normatividad constitucional podía configurar la relevante función del Derecho constitucional, en palabras Cabo, una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético política<sup>23</sup>.

La emergencia de un constitucionalismo democrático debía incorporar, de forma principal, la consagración del pueblo como titular de la soberanía, una vez la soberanía se conformó como la nueva fuente de legitimidad del orden jurídico-político<sup>24</sup> y, por lo tanto, el sujeto principal que debe ser transformado en la transición del Estado hacia una forma democrática de configuración. El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene la capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo, ilimitado, único e indivisible<sup>25</sup>. El pueblo es, en definitiva, el sujeto donde reside el poder constituyente.

Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado constitucional. La elección y el control efectivo de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la Constitución material –democrática–, principal característica del Estado constitucional.

En efecto, la consecución de una Constitución en sentido material, que comenzó con el reconocimiento del sometimiento del Estado a la Ley,

---

<sup>23</sup> Cabo, Carlos de, "Garantismo y ley material", en Asensi Sabater, José (coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 44.

<sup>24</sup> Asensi Sabater, José, *La época constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 134 y 135.

<sup>25</sup> Según la definición que realiza Pérez Triviño, agrupando las menciones de los clásicos (Pérez Triviño, José Luis, *Los límites jurídicos al soberano*. Tecnos, Madrid, 1998, p. 29).

culminó cuando en el constitucionalismo de entreguerras se reconoció definitivamente la soberanía del pueblo y la correlativa vigencia del principio democrático. A pesar de lo que pudiera parecer, Estado de Derecho –en su acepción clásica, primordialmente caracterizada por el sometimiento del Estado a la ley<sup>26</sup>– y Estado democrático no se han mostrado, por lo tanto, como dos conceptos en todos los casos interdependientes e inseparables<sup>27</sup>, si bien el Estado democrático está siempre necesitado de la capacidad imperativa y de responsabilidad propias del Estado de Derecho. No es difícil establecer el marco teórico que demuestre la individualidad de ambos conceptos.

Siguiendo el mismo orden de ideas, cabe concluir que en aquellos casos en que se establezca una organización jurídico-política donde no se reconozca la residencia de la soberanía en el pueblo y las exigencias del sistema democrático –que, como se ha afirmado, comporta prescriptivamente el principio de primacía de la ley como un requisito necesario pero no suficiente– no podría hablarse propiamente de Constitución. En palabras de Aragón, no hay más Constitución que la Constitución democrática, puesto que es la única que asegura, jurídicamente, la existencia misma de una Constitución, esto es, la efectiva limitación del poder del Estado en beneficio de la libertad de los ciudadanos. Sólo con la atribución de la soberanía al pueblo con los pertinentes efectos jurídicos, puede entenderse que el Estado quede sometido al Derecho, a una norma emanada al poder del propio Estado<sup>28</sup>. En este sentido, se

---

<sup>26</sup> Y en cuyo perfil teórico no es imprescindible la existencia de una Constitución normativa. Por otro lado, en concepciones más recientes y elaboradas de Estado de Derecho no es concebible su vigencia sin una Constitución material. V. gr., para Stein, el Estado de Derecho requiere de la existencia de una Constitución definida en un documento constitucional, que tenga carácter obligatorio como orden fundamental normativo para el ejercicio del poder público (Stein, Torsten, *Estado de derecho, poder público y legitimidad desde la perspectiva alemana*. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1994, p. 8).

<sup>27</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando, “Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley”. *Revista de Administración Pública*, nº128, mayo-agosto 1992, p. 7 y ss.

<sup>28</sup> Aragón, Manuel, “La democracia constitucional”, en Trujillo, Gumersindo; López Guerra, Luis; González-Trevijano, Pedro, *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 27 y 28.

afirma que la Constitución alemana de Weimar de 1919, con sus déficits<sup>29</sup>, representa el comienzo de las Constituciones democráticas –esto es, de las Constituciones propiamente dichas– del siglo XX<sup>30</sup>.

#### 4. DEMOCRACIA Y SOBERANÍA

Como consecuencia de que el Estado constitucional —esto es, la democracia constitucional— implica la *juridificación* de la democracia, aparece la necesidad de concebir jurídicamente —y, por ello, limitadamente— a la propia soberanía<sup>31</sup> en su ejercicio *constitucionalizado*, sin por ello contradecir el carácter absoluto de la soberanía sin el cual, desde luego, se rompería la tensión entre democracia y constitucionalismo a favor del control del poder sin legitimidad del pueblo. De esta forma se produce la síntesis entre democracia y soberanía, ambas consagradas en la norma jurídica más protegida y fundamentadora del pacto social, la Constitución, aunque ninguna de ellas dependiente de esta consagración, puesto que corresponden a hechos políticos y, por lo tanto, preconstitucionales. Como afirma Aragón, retando al significado usado habitualmente, la constitucionalización de la soberanía no significa la desaparición del soberano, sino que, por el contrario, el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la Constitución en la organización del poder constituido, pero que en ningún caso renuncia a su activación originaria e ilimitada. Lo contrario sería, una vez más, la victoria del constitucionalismo sobre la democracia.

Es esta limitación constitucional la que encierra la sujeción a la ley de los poderes públicos y la garantía de los derechos fundamentales, sin la cual no puede existir la base en que se asiente la Constitución: la so-

---

<sup>29</sup> Cfr. las consideraciones al respecto de Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 15 y ss.

<sup>30</sup> Fioravanti, *La Constitución...* *Op.cit.* p. 149.

<sup>31</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*. Tecnos, Madrid, 1989, p. 30.

beranía popular<sup>32</sup>. De ahí la conexión entre derechos fundamentales y soberanía del pueblo, puesto que en la democracia constitucional existe una interdependencia absoluta entre ambos conceptos. Y también producto de esta proclamación de la soberanía del pueblo es el hecho de que todo poder público esté no ya exclusivamente sometido a la ley, rasgo propio del Estado de Derecho, sino también, en última instancia, radicado en el pueblo, avance que define la vigencia del principio democrático en el Estado constitucional.

Si la residencia de la soberanía en el pueblo y la consagración en la norma jurídica de esta cualidad ha supuesto el origen del constitucionalismo democrático, éste se materializa por medio de la relación dialéctica que se produce entre poder público y soberanía del pueblo. Dicha relación necesita, por una parte, que el poder público radique en última instancia en la voluntad popular y, por otra, que permanezcan alerta los vínculos entre soberanía del pueblo y gobierno. En la base de esta afirmación se encuentra el hecho de que la cualidad democrática no se agota en el momento de la elección del detentor del poder público, sino que se desarrolla a través de un *continuum* entre el que detenta la soberanía y el que ejerce la acción de gobierno y donde entra en juego el concepto de control político. Se trata de la misma relación interdependiente que existe entre el concepto de poder constituyente y el de poder constituido, que conforman intrínsecamente una sola definición.

El control por parte del constitucionalismo se vuelve, en el marco del Estado constitucional, un control por parte del *constitucionalismo democrático*; el único que cabe en el marco de este Estado y, de hecho, irrenunciable en el marco del poder constituido, y directamente relacionado con el ejercicio *indirecto* –esto es, a través del control– de la soberanía. En este sentido, Böckenförde afirma que la democracia como forma de Estado y de gobierno significa algo más que la atribución al pueblo de la titularidad del poder: quiere decir que el pueblo no es sólo el origen y el portador último del poder que ejerce el dominio público, sino que además él mismo ejerce ese poder, que lo tiene y que ha de tenerlo en todo momento. Esto es, como expresa el autor, “el pueblo

---

<sup>32</sup> Aragón, “La democracia constitucional”, *Op.cit.*, p. 32.

no sólo domina, sino que también gobierna”<sup>33</sup>, aunque deba hacerlo dentro de los mecanismos posibles –y, por tanto, limitantes– en una colectividad<sup>34</sup>.

Es cierto que desde diferentes ámbitos académicos, en particular desde la Filosofía del Derecho, ha sido una solicitud en los últimos años la revisión del concepto de soberanía y ciudadanía, y con él, la de poder constituyente<sup>35</sup>, por la identificación del problema del *absolutismo* del Estado, que se opondría al *constitucionalismo global*. El planteamiento, desde luego, es acertado desde el punto de vista de la *soberanía del Estado*, pero no debería afectar a la reivindicación de la soberanía del pueblo en el Estado constitucional. *Soberanía del Estado* y *soberanía del pueblo* son dos conceptos cercanos, pero afortunadamente distintos, justamente porque la diferencia entre el Estado moderno de la época de Bodino y el Estado constitucional es que la soberanía, en esta última formación, no es explicativa de un hecho –la aparición del Estado–, sino *fundamento* de este hecho. En el Estado constitucional, la soberanía del Estado sólo tiene sentido de forma dependiente –y, por lo tanto, limitada– a la soberanía del pueblo y, por ello, el constitucionalismo democrático exige que la soberanía del Estado sólo pueda concebirse en el ámbito de la normatividad. Pero el peligro de negar una soberanía del pueblo *legitimadora* es grave porque, salvo que aparezcan nuevos modelos, lo que se niega es la posibilidad de un constitucionalismo democrático. O, lo que es lo mismo, la posibilidad de progresar en el avance de la emancipación de los pueblos a través del Estado constitucional.

---

<sup>33</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta, Madrid, 2000. p. 52.

<sup>34</sup> Esto es, como afirma Aragón, “si el Estado constitucional significa la limitación del poder, tal limitación (sin la que no hay libertad de los ciudadanos ni por ello soberanía popular) sería imposible en la democracia directa ya que, de un lado, se confundirían los planos del poder constituyente y del poder constituido y, de otro, se haría impracticable la existencia de un espacio de deliberación simultánea y racional en la toma de decisiones”. Aragón, “La democracia constitucional”, *cit.* p. 34.

<sup>35</sup> Cfr., por todos, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2002. Para el caso europeo, cfr. Estévez Araujo, José A., “Disolución de la soberanía y fragmentación de la ciudadanía en el proceso de integración europea”. *Revista Internacional de Filosofía Política* nº11, 1998, pp. 5-18.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, ALBERTO & MARTÍNEZ, ESPERANZA (comp.) (2009). *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Santiago de Chile: Universidad Bolivariana.
- ARAGÓN, MANUEL, (2000). "La democracia constitucional", en Trujillo, Gumer-sindo; López Guerra, Luis; González-Trevijano, Pedro, *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Consti-tucionales, pp. 27 y 28.
- ARAGÓN REYES, MANUEL (1989). *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, p. 30.
- ASENSI SABATER, JOSÉ (1998). *La época constitucional*. Valencia:Tirant lo Blanch.
- SCHNEIDER, HANS PETER (1991). *Democracia y Constitución.*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CONTRERAS, MIGUEL ÁNGEL (2001, septiembre-diciembre). "Ciudadanía, plura-lidad y emancipación: perspectivas democráticas de un debate en cier-nes". *Cuadernos del CENDES*, 48, 1-41.
- CABO, CARLOS DE (1997). "Garantismo y ley material", en Asensi Sabater, José (coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*. Valen-cia: Tirant lo Blanch.
- DE VEGA GARCÍA, PEDRO (1998, abril-junio) "Mundialización y Derecho cons-titucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual". *Revista de Estudios Políticos* 100, 13-56.
- ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A. (1998). "Disolución de la soberanía y fragmentación de la ciudadanía en el proceso de integración europea". *Revista Interna-cional de Filosofía Política* 11, pp. 5-18.
- FERRAJOLI, LUIGI (2002). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, MAURIZIO (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Ma-drid: Trotta.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL (2000). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO (1992, mayo-agosto). "Democracia y Estado de De-recho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley". *Revista de Administración Pública*, 128, 7-21.
- GONZÁLEZ, JOSÉ M. & QUESADA, FERNANDO (1988). *Teorías de la democracia*. Bar-celona: Anthropos.

- HESSE, CONRADO (2001). "Constitución y Derecho constitucional", en Benda, Ernesto; Maihoffer, Werner; Vogel, Juan J.; Hesse, Conrado y Heyde, Wolfgang, *Manual de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- HOBBS, THOMAS (2001) *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL (2005). *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- LANE, JAN-ERIK & ERSSON, SVANTE (2003). *Democracy: a comparative approach*. Oxon: Routledge.
- LOCKE, JOHN (1990). *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.
- MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN (2003). *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los bancos centrales*. Valencia: Tirant.
- MESNARD, PIERRE, (1960). "Jean Bodin, teórico de la República". *Revista de Estudios Políticos*, 113-114, 89-104.
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS (1998). *Los límites jurídicos al soberano*. Madrid: Tecnos
- REQUEJO COLL, FERRÁN (2008). *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*. Barcelona: Ariel.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO (1987). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Alba.
- SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO (1993). *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Ariel.
- SARTORI, GIOVANNI, (1993). *La democracia después del comunismo*. Alianza, Madrid.
- SCHNEIDER, HANS PETER, (1991). *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SINPENG, AIM (2007). "Democracy from Above: Regime Transition in the Kingdom of Bhutan", *Journal of Bhutan Studies*, 17, 21-47.
- STEIN, TORSTEN (1994). *Estado de derecho, poder público y legitimidad desde la perspectiva alemana*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- TOMASSINI, LUCIANO & ARMIJO, MARIANELA (2002) *Reforma y modernización del Estado. Experiencias y desafío*. Santiago de Chile: Lom.
- ZAMITIZ, HÉCTOR (2007). "El fundamentalismo y los problemas de la gobernanza democrática global", en Orozco, José Luis (coord.), *¿Hacia una globalización totalitaria?* UNAM- México: Fontamara,.

# 7

## El desarrollo humano sostenible como mandato constitucional: ¿fundamento axiológico-normativo vinculante o simple retórica?

Carlos Javier Velásquez Muñoz\*

### 1. INTRODUCCIÓN

Según A. Hauriou, “el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos” es el objeto del Derecho Constitucional, entendiéndose este como la rama esencial de la Ciencia del Derecho<sup>1</sup>, al menos desde la irrupción y consolidación de los Estados constitucionales.

Siguiendo la idea del autor, este (el Derecho Constitucional) intenta encuadrar (de manera jurídica) los fenómenos que ocurren en la vida política, el principal de ellos, lograr un acuerdo sobre la búsqueda del bien común, definir lo que es bueno para la sociedad.

---

\* Doctor (c) en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (España). Profesor e investigador, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. [cvelasquez@uinorte.edu.co](mailto:cvelasquez@uinorte.edu.co)

<sup>1</sup> Utilizamos aquí la acepción de Ciencia del Derecho expresada por P. Bourdieu, para quien este concepto compuesto constituye una realidad mucho más amplia e incluyente que la que los juristas han dado en denominar Ciencia jurídica, la cual identifica al Derecho como un sistema cerrado y autónomo, que prescinde los aspectos factuales y contextuales en la creación misma de la norma como esencia del Derecho.

Desde su formulación inicial, la idea de desarrollo ha estado íntimamente ligada al concepto de bien común, sin duda, ningún concepto acoge mejor el sentido de bienestar general, de mejora de la calidad de vida o progreso de las gentes y sociedades. De allí entonces cabría cuestionarse si nuestro país tiene definido con claridad, si ha definido de manera cierta una idea sobre lo que es bueno para su sociedad, si ha apostado por un modelo de desarrollo que atienda y reivindique los fines esenciales que dan sentido a su existencia.

Desde nuestra perspectiva las preguntas sobre ¿cuál es el modelo de desarrollo acogido por el país?, ¿existe una definición clara sobre dicho modelo y sus elementos característicos?, ¿hay referencias explícitas sobre el tipo de modelo implementado?, ¿apunta y desarrolla nuestra Carta Fundamental un modelo concreto de desarrollo?, plantean todas un viejo pero fundamental asunto aún sin zanjar, el cual se entremezcla con las preocupaciones actuales del denominado “nuevo constitucionalismo colombiano”.<sup>2</sup>

Por su parte, la evolución de la teoría del desarrollo, concepto ligado en origen a una visión económica mercantilista<sup>3</sup>, pone en la actualidad a la humanidad frente a un fundamental reto: el de sustituir la visión economicista del desarrollo (desarrollismo), por otra mucho más in-

---

<sup>2</sup> Por *nuevo constitucionalismo colombiano* se alude al desarrollo y decantación de los preceptos consagrados en la Constitución Política de 1991, la cual modificó el ordenamiento jurídico establecido desde 1886, que a pesar de haber sido adaptado por varias reformas constitucionales a lo largo del siglo XX, mantuvo una visión general del Estado atada a un raciocinio y una realidad diferente, no conciliable con los tiempos que corren en la actualidad. A lo anterior habría que agregar que el concepto de desarrollo adquirió uso común a principios del siglo XX, de manera concreta, al término de la Primera Guerra Mundial y la creación de la Sociedad de Naciones, la cual impulsó (no se podría afirmar que de manera decisiva o importante) un proceso político internacional de consenso para ayudar a los países con “bajos grados de desarrollo” a prosperar, a partir de reglas internacionales comunes, desechando de esta manera la visión colonialista europea y asumiendo la visión propuesta por los Estados Unidos, no se sabe muy bien si de cooperación fraterna o de unificación de intereses y, por supuesto, de mercados.

<sup>3</sup> Decimos casi, ya que hay quienes afirman que incluso desde la crematística prearistotélica se hacía referencia a este concepto. Otros sostienen que fue una construcción de la escuela clásica. Al respecto no hay unanimidad frente a ello.

clusiva e incluyente de las diversas esferas que lo componen (económica, social y ambiental), pensado no sólo en el presente para mejorar la calidad de vida global actual, sino también en el futuro, tomando en consideración criterios de equidad intergeneracional. Es este el modelo de desarrollo humano sostenible.

Al realizar una lectura sistemática y teleológica de nuestra Carta Política es dable afirmar que Colombia (sin haberlo digerido suficientemente) apostó, al menos desde un punto de vista teórico, por este modelo. Sin embargo, como antes se señaló, al examinar el proyecto político que se va construyendo, la forma de la acción gubernamental y de las élites privadas, la manera de acometer la planificación del desarrollo económico-social y físico-territorial del país, queda la impresión que todo es pura teoría y retórica. Las decisiones y acciones son contradictorias, confunden y desconciertan.

En virtud de lo anterior, a continuación nos daremos a la tarea de encontrar elementos característicos de nuestro presunto modelo de desarrollo, partiendo de una revisión al contenido de nuestra Carta Política y algunos de sus alcances jurisprudenciales, para luego contrastarlo con referentes empíricos de la realidad actual. Lo anterior nos permitirá verificar, al menos de forma preliminar y con el ánimo de abrir un proceso dialéctico al respecto, si la dinámica y la acción de los decisores de la política del país, reivindican y respetan el valor axiológico-normativo de las disposiciones contenidas en la Constitución Política, o si por el contrario, les relegan a meras instrucciones aspiracionales carentes de valor.

## **2. EL DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE**

No es la intención de estas líneas presentar una visión exhaustiva sobre el modelo de desarrollo humano sostenible, sobre el cual mucho se ha dicho y se sigue diciendo. Sencilla y llanamente nos interesa mostrar algunas particularidades relevantes para nuestra reflexión con el alcance de lo que significa una propuesta de discusión.

Lo que sí cabría indicar de inicio es que el desarrollo sostenible tiene en torno a su entendimiento, precisamente por su generalizada utilización

actual, un *plus* de complejidad. No es labor fácil, ni siquiera para los expertos sobre la materia, llegar a acuerdos sobre su verdadera esencia y significado; hay quienes, incluso, sostienen que es sólo contradicción y vaguedad. (Goodland, Daly & El Serafy, 1997). Lo cierto es que, hasta hace poco, la tradición económica despreciaba sin más los aspectos sociales y ambientales a la hora de establecer los fines macroeconómicos. Sin embargo, las disparidades e inequidades, así como la ocurrencia de múltiples sucesos catastróficos de origen antrópico sobre el entorno, condujo a la modificación de dicha visión. Así, el desarrollo sostenible se sitúa en la relación que existe entre los sistemas dinámicos de la economía y los sistemas ecológicos (también dinámicos, pero cambian a un ritmo más lento) en el que la vida humana puede continuar indefinidamente.

Lo anterior plantea que los individuos humanos pueden prosperar, y las sociedades desarrollarse, en un espacio definido, pero sólo en la medida en que los efectos de la actividad humana se mantengan dentro de unos límites de manera que no se destruya la diversidad, la complejidad y el funcionamiento del sistema ecológico que sirve de sostenimiento a la vida. El concepto configura un nuevo paradigma en el cual se pretende que los fines macroeconómicos tengan en cuenta la dinámica ambiental; se muestra como la imposición de ciertas restricciones, a nuestro parecer obvias, a los sistemas económicos en su relación con el medio ambiente.

Dicho lo anterior, es necesario dejar en claro que la sostenibilidad no implica una economía estancada como se ha querido hacer ver, lo que ocurre es que parte de la fundamental necesidad de distinguir entre "crecimiento" y "desarrollo". El crecimiento económico como aumento cuantitativo de riqueza material, no puede sostenerse indefinidamente en un mundo que tiene límites. El desarrollo económico, entendido como una mejora sustancial en la calidad de vida puede ser viable si es sostenible, esto es, si no causa un aumento en la cantidad de recursos consumidos. Por su parte, el crecimiento sostenible es un imposible. (Bifani, 1999)

Etimológicamente, desarrollo sostenible es un anglicismo que proviene de las palabras "*sustainable development*"; sin embargo, dicha expresión

parece no tener la misma connotación que el término español “sostener” o “sustentar”, cuyo significado de ‘mantener firme un objeto, prestar apoyo, mantener una cosa en un medio o en un lugar’, difiere en la connotación dinámica positiva del vocablo en inglés: *‘to keep going continuously’*, que significa “avanzar continuamente, mantener la andadura o la marcha”. Así, mientras una definición intenta mostrar la idea de ‘conservar una cosa en su estado’, otra se refiere, “al esfuerzo necesario para que un proceso dinámico se mantenga, superando los obstáculos que pueda encontrar” (Bifani, 1999).

En su acepción más simple, este modelo no viene sino a suponer la suma de las dos palabras que construyen la expresión: la combinación de un grado de desarrollo económico y de calidad de vida, que no pone en entredicho la capacidad del medio ambiente, garantizando que las generaciones venideras puedan gozar, e incluso mejorar si así lo desean, el desarrollo económico y la preservación del medio ambiente. Este concepto explicita la íntima, inevitable y mutua interdependencia entre sistema natural y sistema socio-económico.

Ahora, si bien el principal cambio operado por el modelo de desarrollo sostenible ha estado en la inclusión del cuidado ambiental a escala planetaria, este supone una idea mucho más amplia que la mera protección del medio ambiente, ya que integra también otros aspectos, como la preocupación por la calidad de vida (no sólo el aumento de los ingresos), por la igualdad entre las personas en el presente (incluida la lucha contra la pobreza), por la igualdad intergeneracional (los seres del futuro merecen un medio ambiente que sea, como mínimo, tan bueno como el que tenemos actualmente, si no mejor), y por el aspecto social y ético del bienestar humano. Es decir, no deja por fuera las ideas-fuerza que han predominado de manera previa en la construcción del concepto.

### **3. EL DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**

Las preguntas que cabe formular ahora son: ¿Apostó la Carta Política de 1991 por un modelo de desarrollo?; ¿aparecen en el texto consti-

tucional colombiano las premisas asociadas al modelo de desarrollo humano sostenible? Al parecer, todo apunta en esa dirección.

No cabe duda que una de las más importantes contribuciones que realizó nuestra Constitución Política de 1991 fue la elevación a rango constitucional de los asuntos ambientales y su ubicación, al menos desde un punto de vista teórico, como prioridad dentro de las finalidades esenciales del Estado. El mandato imperativo de protección del ambiente aparece disgregado en más de 40 artículos a lo largo del texto constitucional, y obligó a su incorporación en los procesos de planeación del desarrollo socio-económico y físico-territorial, así como la necesidad de contar con políticas públicas e instrumentos normativos eficaces para atender las múltiples problemáticas que existen al respecto.

Precisamente, la Corte Constitucional en profusa y reiterada jurisprudencia ha considerado a la Constitución de 1991 como una Constitución Ecológica<sup>4</sup>. Según Amaya Navas (2004), la Carta Política acogió la

---

<sup>4</sup> Ha señalado la Corte “[...]La Constitución es el programa de lo que el Estado debe hacer, aquí y ahora, para crear condiciones sociales más justas y libres, o sea, lo que llama Schneider, el “Mito Concreto”. En este orden de ideas, de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones: Preámbulo (vida), 2º (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8º (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas, 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el

protección del medio ambiente, por lo menos desde cuatro diferentes perspectivas: 1. Como obligación en cabeza del Estado y los particulares; 2. Como derecho y deber colectivo; 3. Como constante del modelo económico; y, 4. Como limitación al ejercicio de ciertos derechos que antes se veían como absolutos.

Sin embargo, y con inclusión de los más de 40 artículos que refieren explícitamente a la protección del derecho a un medio ambiente sano y al mandato en clave imperativa a los poderes públicos para defenderlo con carácter preventivo, hay otros que aluden a contenidos que desde lo económico y lo social, acercan al Estado colombiano al modelo. Los conceptos de “Estado Social de Derecho”, “Calidad de Vida”, “Mejora del Bienestar”, “Participación Ciudadana”, etc., son ahora lugar común en el texto, y por ende, parte del ideario político-jurídico y cultural de la Nación. Detengámonos en algunas consideraciones:

Los artículos 1 y 2 ponen el acento en la incorporación de un Estado Social de Derecho, el cual se funda entre otras, en la prevalencia del interés general, y que posee como fines esenciales, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y hacer partícipes a los ciudadanos en la consecución de dicha prosperidad.

Por otro lado, y a partir de reconocer la riqueza étnica y cultural del país, el artículo 7 de la Carta señala la obligación del Estado y de las personas de protegerlas, además de las naturales existentes.

La discusión teórica entre lo sustentable y sostenible parece haber tenido también cabida al interior del texto constitucional.<sup>5</sup> El artículo 49

---

ambiente y los recursos naturales)...334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado)...“Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-411 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero

<sup>5</sup> Cabe recordar, que después de la publicación en 1987 del Informe “Nuestro Futuro Común”, mejor conocido como “Informe Brundtland”, realizado por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente, se generó una polémica en torno al entendimiento del concepto “Sostenible”. Algunos de los asesores de los miembros

introduce el concepto de saneamiento ambiental, el cual lo sitúa junto con la salud, como obligaciones a cargo del Estado. En ese sentido viene a indicar que es necesario controlar todos los factores, en particular ambientales, que puedan tener incidencias sobre la salud de la población, con carácter preventivo y no sólo curativo o paliativo.

El artículo 58 establece límites al máximo derecho de corte individualista liberal: el de propiedad. La Carta señala que éste no es un derecho absoluto, y que por el contrario, es una función social que implica obligaciones, y que, como tal, le es inherente una función ecológica. Reafirmación del lento pero decidido tránsito del derecho de propiedad hacia finalidades sociales y ambientales.

El artículo 63 determina que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Se reafirma que los bienes cuyo uso pertenece a todos, así como las principales categorías de protección, por constituir riquezas naturales o culturales, no pueden ser objeto de apropiación y, por tanto, están fuera del comercio y tampoco pueden ser perseguidas judicialmente para satisfacer pretensiones de vencidos en juicio. Configuración más que justificada, pues fruto de una interpretación sistemática de la Carta

---

de la Comisión, en particular, de miembros procedentes de países en vías de desarrollo se sintieron decepcionados por la definición final del concepto. Según las deliberaciones, la expresión “desarrollo económico” que aparece en el documento fue incluida a última hora, pues la redacción inicial sólo hacía referencia a la expresión “desarrollo”. De allí entonces que haya surgido la pugna teórica entre quienes distinguen entre sostenibilidad, como un modelo de desarrollo alcanzable sólo por los Estados desarrollados quienes tienen resueltas sus necesidades básicas y a los cuales sólo les queda incorporar la visión ambiental pura al modelo; y quienes refieren a la sustentabilidad, para hacer referencia al modelo en el cual la superación de la pobreza y la solución de las carencias básicas es requisito indispensable para la plena protección ambiental. De allí entonces, que las inversiones en materia ambiental de los países en vías de desarrollo deban ir aparejadas con la ruptura clara y radical de las condiciones sociales y económicas que impiden el disfrute de un ambiente de calidad. En nuestra opinión esta distinción está superada y es necesario hacer referencia a un único concepto, la sostenibilidad, para hacer referencia a ambas visiones, partiendo de esfuerzos diferentes, tal y como lo señala de manera expresa la Carta de la Tierra de 1992.

se advierte previamente la existencia de la obligación del Estado y los particulares de proteger dicho patrimonio.

El crédito agropecuario del artículo 66, y la educación para la paz, la democracia y también para la protección del medio ambiente, contenida en el artículo 67, son otras referencias de importancia.

No es posible dejar de mencionar el artículo 79, a pesar de las referencias generales que sobre la Constitución Ecológica ha realizado la Corte Constitucional, y que han sido señaladas a pie de página. Este artículo consagra el derecho colectivo de todas las personas residentes en el país de gozar de un ambiente sano. Derecho de tercera generación, que constituye junto con el artículo 80, título habilitante o título de intervención del Estado en los asuntos ambientales, sobre los que existe en la actualidad una profusa Política Pública y un Sistema Nacional<sup>6</sup>. A su vez, es el elemento distintivo del modelo de desarrollo sostenible, el cual se une a las esferas económica y social para conformar un tríptico alternativo a la visión atada al mero crecimiento económico.

Por su parte, el artículo 80 incorpora de manera explícita el concepto desarrollo sostenible de la siguiente forma: “el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución [...]”. Nuestra interpretación de este artículo es amplia y no restringida como algunos sostienen. La Carta Política de 1991 asume un tipo de modelo de desarrollo, el sostenible, no sólo para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, su conservación, restauración o sustitución, sino como un modelo alternativo de desarrollo; lo contrario sería desconocer la existencia misma del desarrollo, su evolución histórico-epistemológica y dimensiones. El mismo ejercicio

---

<sup>6</sup> La Ley 99 de 24 de diciembre de 1993 constituye la norma marco en materia ambiental. Por su conducto se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector encargado de la gestión ambiental integral del país y se crea el denominado Sistema Nacional Ambiental, definido como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales acogidos por el Estado colombiano.

sistemático de traer a colación las disposiciones presentes en el texto constitucional sobre un presunto modelo de desarrollo, justifica la interpretación extensa del vocablo.

El artículo 81 prohíbe la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas, residuos nucleares y desechos tóxicos. Disposición que limita el ejercicio de otros derechos, como la libertad de empresa, en aras de garantizar la sanidad de la población y la integridad del ambiente. Sin embargo, se conocen ya las modificaciones que de manera expresa y tácita han relativizado esta disposición constitucional<sup>7</sup>.

El artículo 95 establece de manera inequívoca los deberes de los colombianos, y entre ellos señala: 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; y 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

La Carta Política de 1991 consagró en los artículos 212 a 215 la figura de los estados de excepción, y señaló que éstos puede ser de tres clases: estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia económica, social y ecológica. El primero de ellos contempla la posibilidad de ser utilizado cuando el Estado se vea avocado a enfrentarse con otro Estado, bien para repeler una agresión o porque el Gobierno Nacional decida tomar una iniciativa de declarar la guerra. El estado de conmoción interior implica, ya no la turbación del orden

---

<sup>7</sup> La Ley 253 de 1996 ratifica el Convenio de Basilea, sobre el tráfico transfronterizo de residuos peligrosos, y por tanto, a partir del año 2006 se permite la importación al país, mediante Licencia Ambiental, de algunos residuos tóxicos como baterías usadas. En su momento la primera autorización a la Empresa MAC S.A., por parte de la saliente Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Sandra Suárez, despertó todo tipo de discusiones al respecto, incluso la inconstitucionalidad de las normas expedidas con esta finalidad. Al respecto la Corte Constitucional señaló en su momento, que con la ratificación del Convenio internacional quedaba mucho más claro el panorama para la interpretación de este tipo de residuos, y que en ese sentido, la prohibición hecha por la Constitución no era absoluta, en la medida en que permitía la importación de algunos residuos peligrosos que podían ser gestionados y eliminados de manera adecuada. Sentencia C-771/98. MP. Carlos Gaviria Díaz.

internacional, sino interno. Las causas para su declaración pueden ser varias; sin embargo, deben estar dirigidas a atender de manera grave contra la estabilidad institucional, la seguridad interna o la convivencia. Por último, aparece el denominado estado de emergencia económica, social y ecológica, el cual puede ser utilizado de manera singular o plural, es decir, pueden ser declarados todos a la vez, en uno de sus componentes o en combinación de algunos de ellos. Lo importante aquí es significar que se incluye la visión de un orden ambiental, para significar que pueden presentarse hechos o situaciones que amenacen o perturben de manera cierta el derecho al medio ambiente sano. Se ubica el orden ambiental, al lado de las otras dos esferas del desarrollo, la económica y la ambiental, en un mismo plano de igualdad, por lo menos desde el punto de vista teórico, ya que en la práctica la realidad es diferente.<sup>8</sup>

En el ámbito de las relaciones internacionales aparece nuevamente el tríptico del modelo; el artículo 226 dirige al Estado a promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre la base de la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional...

La parte orgánica de la Carta del 91 es prolija en el tema de autoridades con competencias y funciones ambientales. De esta manera asigna funciones ambientales a las Contralorías (art. 268.7), la que debe presentar ante el Congreso de la República, año a año, un importante informe sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente. Asigna

---

<sup>8</sup> Los Estados de emergencia económica y emergencia social han sido declarados en varias ocasiones. Recordemos la declaratoria de emergencia económica a raíz del "Escándalo de las pirámides" originada por la captación ilegal de dinero, cuyo principal beneficiario fue la firma DGM, se estableció un desfaldo de 2 billones de pesos en dineros indebidamente captados. La emergencia social ha sido recientemente declarada para conjurar una crisis en el sistema de seguridad social en salud; sin embargo, la Corte Constitucional echó por tierra los argumentos presentados por el Gobierno. Al margen de lo anterior, es necesario traer a colación las investigaciones adelantadas por Sánchez (2007), en el sentido de que el pasivo ambiental del país está aproximándose a 4 puntos del PIB nacional. La pregunta es ¿no se requiere la declaración de una emergencia ecológica por el acelerado deterioro de nuestros recursos naturales?

funciones ambientales a la Procuraduría (Art. 277.4); a las Asambleas Departamentales (Art. 300.2); los Concejos Distritales y Municipales (Art. 313.9); e incluso, respetando su autonomía, a los territorios indígenas (Art. 330.5). Crea la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Art. 331), para la recuperación económica, social y ambiental del principal la principal cuenca del país, subutilizada y deteriorada ambientalmente a lo largo de su cauce.

Pero las disposiciones constitucionales sobre las cuales quisiéramos enfatizar con interés principal son aquellas que plantean la simbiosis entre los mandatos de protección ambiental y el ejercicio de un modelo económico concreto. Sin perder de vista lo expresado hasta ahora, tenemos que el artículo 332 señala que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. En nuestra visión sistematizante se suma este artículo al 58 y al 63 principalmente, para señalar que en las actividades extractivas y de aprovechamiento de recursos naturales es el Estado quien tiene el dominio, y sólo cuando considere estratégico para los fines generales, permitirá su aprovechamiento en las condiciones que estime pertinentes.

Como se tiene noticia, hoy día las actividades extractivas (carbón, petróleo, oro, otros minerales y recursos naturales) se han convertido en la punta de lanza de la inversión extranjera del país; no obstante, con clausulados exclusivos, escasos controles ambientales y poca intervención en el manejo financiero de los proyectos. Nos parece que la acción estatal en este frente es pobre, y choca frontalmente contra el corolario normativo comentado en estas líneas. Más adelante nos referiremos en detalle a esta situación al hablar de los referentes empíricos.

El artículo 333 plantea otro mandato axiológico-normativo que sitúa la realidad del país muy cerca a las premisas de la sostenibilidad. Señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; la libre competencia un derecho de todos que supone responsabilidades; y que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El último párrafo del artículo señala de manera diáfana: la ley delimitará el al-

cance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

De lo anterior se colige, entonces, que la iniciativa privada y la libertad de empresa, ejes del desarrollo económico, pueden ser limitadas por el Estado, y los motivos: el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural. Recuerda este artículo una vez más, que cualquier actividad humana se realiza en un espacio físico, en un entorno, y que dicho entorno tiene limitaciones, posee una capacidad de carga, de vulnerabilidad, de resiliencia, y ninguna actividad económica se puede llevar a cabo extralimitando, o en desmedro de dicha capacidad. Lo contrario sería aceptar que las actividades económicas particulares sólo reportan utilidad individual y que benefician por entero a su causante, desconociendo la responsabilidad social que cabe a la empresas en propender por activa, en la mejora general de la sociedad en la cual se inserta, y por pasiva, en no causar daños a otro, como puede ser alterar la calidad del ambiente o la salud de la población.

No cabe duda, que este artículo entronca de manera inequívoca con los postulados del modelo de desarrollo sostenible, y que su ubicación al interior del texto constitucional, muestra la innegable disposición de avanzar hacia ese fin.

La Carta de 1991 también consagra otras importantes disposiciones como la intervención del Estado en la planificación para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, de manera concreta a partir de dos grandes procesos de planificación: la planeación del desarrollo económico, social y ambiental, por cuenta de los Planes Nacionales y Territoriales de Desarrollo; y la planeación del desarrollo físico-territorial, a partir de la elaboración y expedición de los denominados Planes de Ordenamiento Territorial de Municipios, Distritos y Áreas Metropolitanas. En ambos procesos, la integración de las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo son imperativas, y a su vez, la armonización entre unos instrumentos se haya establecida de manera específica.

Por último, cabe resaltar el artículo 366, según el cual el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finali-

dades sociales del Estado; a renglón seguido discrimina como objetivo fundamental de su actividad: la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Como se ve, la Constitución Colombiana de 1991 incorpora suficientes elementos que nos llevan a concluir que existe en su contenido la intención de avanzar hacia la incorporación plena de la sostenibilidad como idea-fuerza del modelo de desarrollo del país.

### **3.1. Desarrollos jurisprudenciales en relación con la sostenibilidad del desarrollo**

Por su parte, los desarrollos jurisprudenciales resultado de los mandatos contenidos en la Constitución Política han afianzado, no siempre de manera pacífica, la idea de transitar hacia la sostenibilidad del desarrollo. Miremos algunos de los ejemplos:

En la Sentencia T 411/92, la cual resuelve una acción para tutelar el derecho a la vida amenazado como consecuencia de sucesos de contaminación atmosférica por el incorrecto manejo de residuos de arroz en ciertos molinos del sur del país señaló:

La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento, en la medida que regula la creación jurídica, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura el modelo de sociedad: en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural...De una lectura integral, axiológica y finalista, se puede afirmar que la Constitución de 1991, es una Constitución ecológica [...].

En la Sentencia C-519/94, por medio de la cual se declara la constitucionalidad de la Ley 153/95, se ratifica la Convención Marco de la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992 se señala:

La Constitución Política de Colombia, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la

necesidad mundial de lograr un desarrollo sostenible... Del contenido de las disposiciones constitucionales citadas se puede concluir que el Constituyente patrocinó la idea de hacer siempre compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico.

En la Sentencia C- 495/96, por medio de la cual se declaran constitucionales las tasas ambientales contempladas en la Ley Marco Ambiental, Ley 99/93 se establece:

En nuestra Constitución Política, se acogió en forma decidida y prioritaria, un sistema normativo ecologista, tendiente a mitigar la tendencia inercial hacia una catástrofe nacional de proporciones irreversibles [...] por ello, el Congreso de la República, al expedir el marco jurídico regulatorio del medio ambiente, y en atención al principio constitucional del “desarrollo sostenible”, ha utilizado el mecanismo económico de la tasa con el fin de transmitir un costo a quienes se benefician de una u otra manera con la utilización de los recursos naturales [...].

En la Sentencia T- 574/96, por medio de la cual se tutelan los derechos a la vida u la integridad para conjurar los efectos de derrames de petróleo en la zona Pacífica del país, se reconoce al igual que en la anterior, que el desarrollo sostenible es un principio constitucional, y por ende, una obligación del Estado colombiano.

En la Sentencia C-671/01, la cual declara la exequibilidad del Protocolo de Montreal, relativo a la prevención de las sustancias agotadoras de la capa de ozono se establece que:

En 1991, el constituyente colombiano, comprendiendo la preocupación mundial por consagrar mecanismos efectivos para la protección del medio ambiente y la imperiosa necesidad de garantizar un modelo sostenible de desarrollo, contempló en la Carta Política una serie de principios, derechos y deberes, inmersos dentro de la noción del Estado social de derecho que, a la vez que buscan alcanzar los fines mencionados, permiten al hombre, fundamento del ordenamiento constitucional, vivir dentro de un medio ambiente apto que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas.

En la Sentencia C-339/02, la cual declara la exequibilidad del Código de Minas, se sitúa al desarrollo sostenible como límite al ejercicio de las actividades extractivas, para propender que el desarrollo armónico de dichas actividades se lleve a cabo sin desmedro de las condiciones sociales y teniendo como criterio la calidad del entorno.

Por último, en la Sentencia C-189/06, a través de la cual se ajusta al nuevo orden político y jurídico la Ley 2 de 1959, en relación con la declaratoria de Áreas Protegidas y la aplicación del mandato de la Función Ecológica de la Propiedad:

La Corte reconoce que de acuerdo con el modelo de desarrollo sostenible, la propiedad, como máximo derecho subjetivo-económico, tiene limitaciones sociales y ecológicas [...] Uno de los límites que se han reconocido en el ordenamiento jurídico a través de los cuales el legislador restringe las libertades individuales de las personas, entre ellas, el derecho a la propiedad privada, en aras de lograr la conservación o preservación del medio ambiente, lo constituyen las reservas de recursos naturales renovables [...].

Estas son solo algunas de las numerosas sentencias a través de las cuales el guardián constitucional ha clarificado, sin vacilación, que la Carta de 1991 acogió como principio y obligación del Estado la búsqueda de un desarrollo sostenible. Sin embargo, como veremos a continuación, los referentes empíricos de nuestra realidad parecen arrojar señales de ir en una dirección diferente.

#### **4. REFERENTES EMPÍRICOS DE NUESTRA REALIDAD**

Tocaremos ahora el punto álgido de nuestra hipótesis. Luego de haber reparado en contenidos teóricos que ponen al país frente a la posibilidad de un desarrollo humano sostenible, cabe ahora mostrar lo que hace el Estado colombiano para enaltecer el modelo acogido y cumplir con los dictados de su carta de navegación. Como se anticipó, la manera como el Estado despliega su acción pareciera ir en contravía de los fundamentos en los cuales encuentra su justificación.

Los referentes empíricos sobre el estado social y ambiental del país muestran una primacía de la visión economicista del desarrollo por encima de estas. La clase dirigente del país (pública y privada) pareciera estar anclada a paradigmas que se entendían superados, en los cuales se vislumbra la prevalencia de intereses económicos personales o de grupo por encima de los intereses colectivos.

#### **4.1. Análisis desde la esfera económica del desarrollo en Colombia**

Según el Fondo Monetario Internacional (2009), Colombia ocupa el puesto 35 a nivel mundial en relación con el Producto Interno Bruto-PIB nominal con 228.614 (US /mill.). Sin embargo, según este mismo organismo multilateral, cae al puesto 84 (2009) al medir renta per cápita, con US 4.985. Al medir la paridad en el poder adquisitivo-PPA, pasa a ocupar el puesto 28, con 387.727 (US/mill.). Este dato viene a significar que hay riqueza material en el país, pero que se encuentra inequitativamente distribuida. Pocos tienen mucho y muchos sobreviven con poco. Precisamente, el coeficiente Gini, el cual establece los resultados cuantitativos para la medición de la desigualdad, señaló para 2009 el índice en Colombia se sitúa en 0.578, inferior en un punto porcentual al resultado del 2008, cuando fue de 0.589, y retorna a niveles similares a los reportados para el año 2005. A pesar de los esfuerzos realizados, Colombia es uno de los tres países de mayor desigualdad en la distribución de la riqueza en Latinoamérica, y ocupa el puesto 114 entre 124 países medidos a 2009.

De allí entonces la veracidad de los datos presentados por la Misión de Empalme para las series de Empleo, Pobreza y Desigualdad-MESEF, la cual este año presentó algunas correcciones a su informe inicial de agosto de 2009, teniendo en cuenta los cambios metodológicos desarrollados por el Gobierno Nacional en la denominada Gran Encuesta Integrada de Hogares-GEIH, adelantada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE. Cabe recordar que esta Misión se conformó para empalmar los datos en estos tres frentes, teniendo en cuenta que debido a los cambios metodológicos operados por el Gobierno, no se midió en el país la pobreza y la indigencia durante los años 2006 a 2008.

Los nuevos datos se agregan a la serie de indicadores comparables 2002-2008, divulgada en agosto 2009. Según el informe, la pobreza nacional para el año 2009 es 45.5%, inferior en medio punto al resultado de 2008 de 46.0%. Por su parte, la pobreza extrema o indigencia nacional para el año 2009 es de 16.4%, inferior en cerca de punto y medio al resultado del 2008 de 17.8%.

Teniendo en cuenta las cifras de pobreza e indigencia del país, es necesario referirse a las actividades que generan valor en la sociedad colombiana, y en este punto en nuestra opinión, nuestra clase dirigente también se ha equivocado. En la actualidad, cerca del 92% de la inversión extranjera en Colombia (confianza inversionista), es acaparada por la extracción de minerales, especialmente oro y petróleo; ya se especula que el país está próximo a vivir un “boom petrolero”.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos indicó a principios de año, que en los próximos 18 meses se alcanzaría la cifra record de producción de petróleo, un millón doscientos mil barriles diarios. Ni *boom*, ni situación positiva. En primer lugar, expertos coinciden en que las condiciones del país no podrían proporcionar una producción en su tope más alto de más de un millón de barriles de petróleo al día. Y en segundo lugar, se corre el riesgo de sufrir de la denominada “enfermedad holandesa”<sup>9</sup>, es decir, la enfermedad de depender excesivamente de los recursos naturales no renovables como principal actividad económica. Y es precisamente en este punto, en el cual es necesario mirar lo que se está haciendo. Colombia tiene entre el 10 y el 12% de la diversidad biológica del mundo en sólo el 0.7 de la superficie de la tierra, por lo que es considerada, junto con Brasil y Tailandia, un país megadiverso. Sin embargo, mientras Estados como Corea o Grecia presentaron 35.000 patentes en 2008 ante la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual-OMPI, principalmente sobre biotecnología (sustentadas en la Diversidad Biológica que no tienen), Colombia sólo presentó dos.

---

<sup>9</sup> La enfermedad holandesa señala que explotar sin criterios racionales un recurso naturales no renovable, y depender estrictamente de ello, vuelve otras labores económicas menos competitivas, hasta cuando los recursos naturales se agoten, y la realidad sea mayor pobreza, desigualdad e inequidad.

Según la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC, el 82% de las patentes que se presentan en el país son de extranjeros.

¿Por qué no contamos con conocimientos, habilidades y sensibilidad para explorar, estudiar e investigar con sentido crítico, y también con sentido económico dentro de los límites de la renovabilidad, nuestro principal recurso: nuestra biodiversidad?. ¿Por qué no contamos con expertos que sepan entender el conocimiento ancestral de nuestras comunidades indígenas para mejorar la calidad de vida y ser más competitivos, además de reconocer este conocimiento ancestral como parte de su cultura y su propiedad, por la cual también podrían recibir regalías?.

Hemos cambiado el conocimiento profundo y la protección de nuestra Biodiversidad (tal como reza la Política Pública Ambiental) por actividades extractivas, que introducen severas modificaciones geomorfológicas, económico-sociales, culturales y comportamentales, y por supuesto ambientales, en múltiples territorios de nuestra geografía nacional. Basta mirar las zonas de minería para evidenciar los cambios producidos, no sólo desde las actividades de extracción, sino también en los puertos de exportación.<sup>10</sup>

Por último, en la esfera económica cabe resaltar el déficit fiscal del 4% acumulado del gobierno que deberá enfrentar la próxima administración.

---

<sup>10</sup> En relación con la extracción de carbón, la situación de las ciudades de Santa Marta y Barranquilla son ejemplos de sus consecuencias. Litigios jurídicos, sucesos permanentes de contaminación, alteración de la vegetación autóctona, modificación del paisaje rural y urbano, proliferación de establecimientos de comercio sin control de actividades de alto impacto: llanterías, engrase de vehículos, parqueaderos de transporte de varios ejes, etc. Por otra parte, según las autoridades ambientales, la población de Segovia en Antioquia, se encuentra expuesta de forma permanente a contaminación de mercurio por encima de los límites permisibles.

## 4.2. Análisis desde la esfera social del desarrollo en Colombia

Según el Índice de Desarrollo Humano, al cuidado del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD (2009), Colombia ocupa el puesto 77 entre 182 países. A su lado, o de manera interconectada, los Informes sobre Desarrollo Humano comparten información con las denominadas “Metas del Milenio”, conjunto de objetivos consensuados por los Estados miembros de Naciones Unidas que representan las necesidades humanas y los derechos básicos que todos los individuos del planeta deberían poder disfrutar. De acuerdo con los informes nacionales de cumplimiento recibidos por Naciones Unidas, Colombia se encuentra aún distante de las metas planteadas.

Uno de los principales derechos sociales (fundamental, de acuerdo con la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional aplicando el criterio de conexidad) es el derecho a la salud. Sin embargo, la situación a este respecto es caótica. El Estado le debe a clínicas y hospitales más de 600 mil millones de pesos. Para mantener el sistema de seguridad social en salud es necesario llevar a cabo reformas importantes. En la actualidad hay 40 millones de personas con derecho a los servicios y sólo 8 millones cotizando para mantenerlo. De allí las deficiencia y falencia de un sistema que colapsa de forma sostenida.

El desempleo no logra bajar a un dígito y se sitúa en el 12%; el nuevo Gobierno ha prometido bajarlo a un dígito. Pero al margen de presentar cifras al respecto, lo importante es depurarlas, ya que más del 60% de población, que dice estar ocupada, se encuentra en la informalidad, sin salud, sin pensión, y con acceso a una educación de baja calidad.

No cabe duda que en educación se han realizado esfuerzos significativos, pero todavía hay retos pendientes. Según el Informe de Rendición de Cuentas del Ministerio de Educación Nacional 2010, se alcanzó la universalización de la educación secundaria, la tasa de cobertura bruta pasará de 79,4% en 2002 a 105,1% en 2010. Pero si bien se ha avanzado en cobertura, hace falta trabajar por la calidad. Los resultados de la Prueba Saber 2009 muestran que aún existen deficiencias mayoritarias

en lectoescritura y matemáticas que deben ser trabajadas, a pesar de los avances.

Otro asunto que preocupa es el de la deserción académica, en todos los niveles. El mismo informe resalta, que a pesar de los avances, la tasa de deserción oficial en la educación básica y media están en el 5,15% en 2009 y en educación superior en el 45,3%. Son avances significativos si se les compara con años anteriores.

#### **4.3. Análisis desde la esfera ambiental del desarrollo en Colombia**

Por último, hay que indicar que la realidad ambiental del país es más que alarmante. Teniendo en cuenta que existe predominio de la visión economicista del desarrollo, comenzaremos por analizar la realidad económica en relación con el medio ambiente. De acuerdo con estudios de la Universidad Nacional de Colombia (Sánchez Triana, 2007), la calidad del medio ambiente en Colombia se ha deteriorado a tasas que no tienen precedente, y se haya asociada con la muerte prematura de 8.500 personas cada año. Se estima que el costo de los efectos de la degradación ambiental supera en la actualidad el 3.7% del PIB total nacional.

Por su parte, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM) publicó en 2008 el denominado “Mapa sobre el Cambio Climático en el País”, con una visión prospectiva a 50 años. En este se señala que para dicha época 4.900 kilómetros cuadrados de costa tendrán inundaciones permanentes. Según las previsiones, en las próximas 5 décadas el nivel del mar subirá entre 50 y 60 centímetros, por lo cual, el 17% del total de la Isla de San Andrés estará cubierta por agua, así como la zona hotelera e industrial de ciudades como Santa Marta y Cartagena, de no emplear medidas de adaptación ágiles y adecuadas. Precisamente, existe un desconocimiento generalizado de las administraciones locales frente al tema de “adaptación” al cambio climático; a lo sumo se conocen las medidas de prevención, a partir de los instrumentos vinculantes y los mecanismos de flexibilidad.

En otro informe, el IDEAM advierte que en los próximos 35 años las zonas de páramos y subpáramos del país se habrán descongelado, y se

presentará una importante situación de escasez de agua. A lo anterior hay que agregarle los datos del Informe presentado por la Defensoría del Pueblo, “El derecho humano al agua: clasificación municipal de la provisión del agua en Colombia”, según el cual a 2009, 913 municipios presentaron datos ante el Sistema de Información sobre la Calidad del Agua para Consumo Humano-SIVICAP. De estos, 248 municipios (de 1.104) han suministrado agua apta para consumo humano. En cuanto al nivel de riesgo en salud, se tiene que 146 municipios se encuentran en nivel bajo, 233 en nivel de riesgo en salud medio, y 257 en el nivel de riesgo en salud alto. Los demás no reportan datos. Además, se observa que el número de municipios que suministran agua inviable sanitariamente está disminuyendo, pero aún hay 29 que suministraron información con estas características. En 2008, 641 municipios del país, el 57%, presentaron E-coli en sus muestras de calidad del agua; este parámetro es el más perjudicial para la salud al tener el mayor puntaje en el cálculo del IRCA. En el caso del suministro de agua con presencia de coliformes totales por encima de los valores permitidos, el número aumentó a 793, es decir, el 70% de municipios del país. En otro informe del Instituto de Investigación Tropical Smithsonian en Panamá se señala que cada minuto desaparece un área de selva virgen amazónica equivalente a cincuenta campos de fútbol; la situación ambiental de nuestro país, no es para nada positiva.

## 5. CONCLUSIONES

La Carta de 1991 definió un modelo de desarrollo para el país, y este es, sin duda, el modelo del desarrollo humano sostenible. Sin embargo, la dinámica real de Colombia choca frontalmente contra sus teoremas. Bien se podría indicar que la nuestra es, según clasificación de Loewenstein<sup>11</sup>, una mezcla de Constitución nominal y semántica: por

---

<sup>11</sup> De acuerdo con la clasificación del filósofo alemán Karl Loewenstein, considerado el padre del constitucionalismo moderno, las constituciones se pueden clasificar de forma ontológica, es decir, en atención a la eficacia del texto constitucional y su legitimidad y aplicación en el cuerpo social, en tres categorías: Constitución normativa: aquella que de hecho se cumple, y es sentida y vivida tanto por los titulares como los destinatarios del poder; Constitución nominal: aquella cuyo texto no se aplica realmente por ciertas condiciones estructurales. Puede tener y de hecho tiene un valor educativo y aspiracional, la idea es

un lado, la acción del Estado para alcanzar los fines en ella planteados no sólo va a paso lento, sino que, por otro, dichos esfuerzos la mayoría de las veces ceden ante las presiones e intereses económicos de personas y grupos concretos.

Dentro de esta dicotomía que venimos planteando, otros instrumentos creados por la Constitución para la defensa de los derechos han sido los que han permitido equilibrar las disparidades. Ha correspondido a la Corte Constitucional, como guardián de la integridad y supremacía del texto constitucional, verificar la conformidad de la actividad del Estado en relación con los presupuestos del texto constitucional. Sin embargo, incluso en sus providencias constitucionales, la Corte no ha terminado de darle alcance suficiente a los presupuesto del desarrollo sostenible. En algunos casos, ha sido ambigua en el contenido esencial del derecho; en otros, ha interpretado el sentido de las leyes de manera contraria a su núcleo esencial. Ahora bien, cabría discutir en qué consiste y cuál es el alcance del modelo de desarrollo como derecho, el cual nos parece existe y es inobjetable.

Teniendo en cuenta lo anterior, el mensaje que se envía a la sociedad es que el tipo de modelo puede ser manejado, manipulado, aplicado a ratos por la idea del gobierno o por el gobernante de turno. No hay criterios concretos para alcanzar el cometido; quizás no los haya.

Por lo que dicho, no cabe duda que es éste, uno de los viejos-trascendentales retos del constitucionalismo actual: definir con mayor claridad el modelo alcanzado, y definir el contenido y alcance de los instrumentos para la defensa del modelo de sociedad acogido en nuestro texto constitucional.

---

que se cumpla hacia futuro hasta convertirse en una Constitución normativa; y Constitución semántica: llamada también pseudo constitución, pues es aplicada, pero no para regular el proceso político, sino para legalizar el monopolio de poder de determinados grupos sociales o económicos.

## REFERENCIAS

- AMAYA NAVAS, Oscar. (2002). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- BIFANI, Paolo. (1999). *Medio ambiente y desarrollo sostenible*. Madrid: Editorial Iepala Internacional. 593 p.
- BOURDIEU, Pierre. (2005). *La fuerza del Derecho: elementos para una sociología del campo jurídico*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes, Ediciones Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2010, 2008) Informes sobre el estado del Medio Ambiente y los Recursos Naturales 2007-2008 y 2008 – 2009. Bogotá: Contraloría General.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2010). Informe: Derecho Humano al Agua: clasificación municipal de la provisión de agua en Colombia. Bogotá, Colombia
- GRIFFIN, Keith. (2002). Desarrollo humano: origen, evolución e impacto. En: *Ensayos sobre el desarrollo humano*. Madrid: Icaria Editorial, pp. 25-40
- GOODLAND, Robert, DALY, Herman & EL SERAFY, Salah. (1997). *Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland*. Madrid: Editorial Trotta.
- GUARDELA CONTRERAS, Luis & BARRIOS, Isamary. (2006). Colombia: ¿en la vía del desarrollo sostenible?. En: *Revista de Derecho*, 26. 110-136
- HAURIU, André. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel.
- INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES – IDEAM. (2010). Informe sobre el cambio climático en Colombia, actualización a 2010. Bogotá, Colombia
- INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES – IDEAM. (2010). Sistema único de información de servicios públicos en Colombia. Obtenido del sitio: <http://www.sui.gov.co>
- LOEWENSTEIN, Karl. (1976). *Teoría de la Constitución*, 3ª ed. Barcelona: Ariel.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. (2010) Informe de rendición de cuentas del Ministerio de Educación Nacional. Bogotá, Colombia.
- MISIÓN DE EXPERTOS PARA EL EMPALME DE LAS SERIES DE EMPLEO, POBREZA Y DESIGUALDAD – MESEP (2009). Informe de la misión sobre el empleo, la pobreza y la desigualdad. Bogotá.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO-PNUD. (2010). Informe sobre el desarrollo humano Colombia 2010.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2007). Informe de Colombia sobre el cumplimiento de las metas del milenio: Hacia una Colombia equitativa e incluyente. Bogotá, Colombia
- SÁNCHEZ TRIANA, Ernesto. (2007) Costos del Daño Ambiental en Colombia. En: *El Tiempo*, 27 septiembre de 2007. Barranquilla, Colombia
- SEN, Amartya (1999). Los medios y los fines del desarrollo. En: *Desarrollo y Libertad*. Madrid: Planeta. pp.55 – 75.
- UNIVERSIDAD DEL VALLE. INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO EN ABASTECIMIENTO DE AGUA, SANEAMIENTO AMBIENTAL Y CONSERVACIÓN DEL RECURSO HÍDRICO - CINARA (2008). Colombia, hacia el desarrollo sostenible. *Documentos de Política Pública, Aportes desde la Academia*, Tomo I, Vol. 3. Bogotá: Senado de la República y Universidad Nacional de Colombia.

# 8

## Siete tesis para el balance político de la presidencia de Álvaro Uribe Vélez

Iván Garzón Vallejo\*

### INTRODUCCIÓN

El texto propone siete tesis o afirmaciones a modo de balance político del período presidencial de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). En estas se hace referencia al papel del Estado, a las relaciones internacionales, al estilo de gobernar del mandatario, a su ideología política, a la relación del ejecutivo con el poder legislativo y judicial, al papel de las Fuerzas Armadas, y la confrontación con los grupos armados ilegales.

#### **1. LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA SE HA IDO CONSOLIDANDO COMO UNA POLÍTICA DE ESTADO**

La política de seguridad democrática no solo es el artífice de que la situación de seguridad del país haya dado un vuelco radical en materia de reducción de secuestros, homicidios, atentados y emboscadas, sino que logró instalar en la cultura pública la idea de que el principal fin del Estado es la defensa de la vida y la seguridad de los ciudadanos, poniendo dicho propósito por encima de las tendencias políticas de derecha e izquierda suscritas en el país, es decir, sentando las bases para que se convierta en una política de Estado (Garzón, 2009a, 2009b).

---

\* Profesor de la Universidad de La Sabana. Miembro del Grupo de Investigación “Justicia, Ámbito público y Derechos humanos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. [ivan.garzon1@unisabana.edu.co](mailto:ivan.garzon1@unisabana.edu.co)

*Agradecimientos:* al profesor Carlos Alfonso Velásquez, por sus comentarios al primer bosquejo de este texto.

A mi juicio, políticamente son tan importantes las cifras como la cultura política acerca del tema, toda vez que si bien los datos estadísticos confirman el éxito de aquella (Fundación Seguridad y Democracia, 2009), la conciencia ciudadana alcanzada en torno a esta hará que los próximos mandatarios tengan que darle un lugar prioritario en la agenda nacional.

## **2. SE HA DADO UN CAMBIO EN LA CORRELACIÓN DE FUERZAS ENTRE EL ESTADO Y LOS GRUPOS ARMADOS**

El conflicto armado con las Farc tuvo un importante, y quizás irreversible punto de inflexión durante la presidencia de Uribe Vélez. Asimismo, se desmovilizaron miles de paramilitares, y varios de los otrora temibles señores de la guerra están siendo procesados en Estados Unidos. Las Fuerzas Armadas, que continuaron un proceso de fortalecimiento y profesionalización iniciado bajo el gobierno de Andrés Pastrana Arango, retomaron la ofensiva, y bajo el gobierno de Álvaro Uribe le propinaron a la guerrilla los mayores golpes en su historia, como el bombardeo al campamento de 'Raúl Reyes', la 'Operación Jaque', así como las bajas, capturas y desmovilizaciones de mandos medios de las Farc (Santos, 2009).

## **3. LA DELIBERACIÓN, LA DIALÉCTICA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEFINIERON EL ESTILO DE GOBERNAR**

La idea de que el Presidente de la República sólo habla esporádicamente por medio de interlocuciones televisadas, que sólo sus ministros enfrentan los debates políticos, o que los fallos de las Cortes no se pueden criticar públicamente, son cuestiones revaluadas en el país. En una sociedad mediatizada como la nuestra, será difícil que el próximo mandatario asuma un papel distante frente a los ciudadanos, y no intervenga directamente en las controversias políticas públicas. La socorrida frase de que "Uribe siempre está en campaña" expresa una forma de gobernar que marcará una pauta de permanente legitimación del mandato presidencial, y que, como precisa Amartya Sen (2010, p. 6)

manifiesta la consideración de la democracia como el “gobierno por discusión”, una tendencia por lo demás ampliamente acogida por la filosofía política contemporánea. Desde esta perspectiva debe entenderse –parcialmente– la confrontación pública del Presidente de la República con algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. Este enfoque no sólo es más realista, sino que permite situar estos episodios dentro del normal debate democrático, más que en el plano de la desinstitucionalización, el conflicto o la persecución política.

El carácter deliberativo del gobierno trajo consigo la profundización de la democracia participativa. Los consejos comunales, el sinnúmero de consejos públicos de seguridad, y los dos referendos que se impulsaron son muestra de ello. Asimismo, mediante controversiales tesis teóricas como la superación del Estado de Derecho por el “Estado de Opinión”, el Presidente buscó darle una expresión institucional al respaldo ciudadano a su gestión.

#### **4. ÁLVARO URIBE REIVINDICÓ UNA TENDENCIA POLÍTICA E IDEOLÓGICA DE DERECHA**

Aún siendo el presidente Uribe Vélez de extracción partidista liberal, su período estuvo marcado por la defensa pública de unas tesis que fueron a contracorriente de la tendencia dominante del escenario internacional, específicamente, el latinoamericano, en el que los simpatizantes del “socialismo del siglo XXI” tuvieron mayor eco en los foros internacionales.

Acá entiendo por derecha una política de libre mercado –promovida bajo la consigna de la “confianza inversionista”–, del papel fuerte y eficiente del Estado, del fortalecimiento de las Fuerzas Militares y de Policía, con el consiguiente aumento del gasto militar (Nasi, 2007, p. 173), la crítica al progresismo de la izquierda intelectual –representada por algunas ONG y ciertos sectores académicos y periodísticos–, y la defensa de ciertas políticas públicas conservadoras. En razón de su efecto simbólico, en este punto me parece gráfica la prohibición de la

dosis mínima de droga aprobada en 2009<sup>1</sup>, la cual fue presentada desde el inicio de la Administración como una suerte de bandera política, y que pretende contrarrestar los efectos de la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, que despenalizó dicho consumo.

No obstante, y en contravía de lo señalado por algunos intelectuales, considero que es inexacto tomar como representativo de la tendencia de derecha en cabeza del Presidente la cuestión del aborto, teniendo en cuenta que el Ministerio de Protección Social ha impulsado políticas de promoción y regulación del mismo<sup>2</sup>. También parecería erróneo catalogar como políticas conservadoras del Gobierno Uribe la recomendación a los jóvenes de abstenerse de tener relaciones sexuales prematrimoniales, o el impulso de la “teocracia del símbolo” (De la Calle, en Vélez, Charry, De la Calle, Arizala, Abad Faciolince et al, 2009, p. 53) que algunos desprenden las expresiones de piedad del Presidente. A mi modo de ver, estos hechos se pueden considerar como hechos personales que tuvieron amplia resonancia mediática, pero no obedecen a políticas públicas, y precisamente por este motivo no han tenido una clara expresión político institucional.

##### **5. EL ESTILO PERSONALISTA DE GOBERNAR DEL PRESIDENTE OBSTACULIZÓ LA ORGANIZACIÓN DE UN PARTIDO O MOVIMIENTO POLÍTICO QUE DEFIENDA Y PROMUEVA LAS POLÍTICAS OFICIALISTAS HACIA EL FUTURO**

Políticamente, quizás este aspecto constituye su principal error histórico, pues pone en entredicho si el uribismo puede ser algo más que una alianza de simpatizantes y oportunistas en torno al liderazgo y la popularidad del Presidente, o si, por el contrario, perdurará como un movimiento de influencia nacional que defenderá y promoverá los principales logros de la gestión de Álvaro Uribe manteniéndolos vigentes y proyectándolos en el tiempo.

---

<sup>1</sup> Mediante el Acto Legislativo 2 de 2009.

<sup>2</sup> Como el decreto 4444 de 2006, cuya vigencia suspendió en 2009 el Consejo de Estado.

El estilo tan personalista de ejercer el poder, y acaso también la anacrónica prohibición constitucional que impide a los servidores públicos tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos así como en las controversias políticas (Constitución Política, art. 127), impiden darle continuidad a las políticas del Gobierno mediante algo más que la buena voluntad de quienes lo admiran o, eventualmente, lo sucederán (Garzón, 2010).

**6. GRANDES ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL PAÍS COMO EL CUESTIONAMIENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL CONGRESO, LA INFRAESTRUCTURA, LAS POLÍTICAS DE EMPLEO, LA CORRUPCIÓN Y EL CLIENTELISMO, SIGUEN SIENDO ASIGNATURAS PENDIENTES**

Al cuestionamiento de la legitimidad del Congreso no solo contribuyó el escándalo de la parapolítica, sino la ausencia de un control efectivo y de importantes debates acerca de las problemáticas nacionales más acuciantes. La infraestructura del país, esto es, puentes, carreteras y puertos crecieron poco. Aunque la corrupción y el clientelismo hacían parte del Manifiesto Democrático de 100 puntos, este gobierno ha estado salpicado por grandes escándalos, como Agro Ingreso Seguro, el incremento –en algunos casos, dudoso– de zonas francas, los negocios de los hijos del Presidente, la ‘yidispolítica’, entre otros.

**7. LAS RELACIONES INTERNACIONALES FUERON DUO-TEMÁTICAS: FIRMAR TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y DESPRESTIGIAR A LAS FARC**

A modo de balance, se debe traer a colación que, durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se han firmado tratados de libre comercio con Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras; y actualmente están en negociación con Canadá y el AELC<sup>3</sup> (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein), y

---

<sup>3</sup> Asociación Europea de Libre Comercio, o EFTA, por sus siglas en inglés.

siguen pendientes de ratificación el tratado de libre comercio con la Unión Europea y Estados Unidos.

Aunque seguramente el país recordará con gratitud la defensa del Presidente hizo de la soberanía nacional y de la legitimidad de la lucha del Estado contra la guerrilla en foros internacionales como las reuniones del Grupo de Río en Santo Domingo (2008) y en Bariloche (2009), parece evidente que buena parte de la agenda exterior del Presidente y sus ministros se centró en hablar de las Farc y en deslegitimar cualquier pretensión de las mismas de recibir estatus de beligerancia o reconocimiento internacional. Sin entrar acá en una evaluación de esta estrategia dentro de la política internacional, sólo quiero sugerir que si bien en su momento tal estrategia sirvió para contrarrestar discursivamente a algunas fuerzas políticas que simpatizan o cohonestan la lucha armada revolucionaria, también es cierto que el pretendido consenso latinoamericano en torno al carácter terrorista de las Farc no se alcanzó, y que las diferencias en torno al tema suscitaron tensiones en las relaciones diplomáticas con otras naciones. No obstante, más allá de esto, centrarse en dicha problemática cerró el espectro de asuntos –culturales y de cooperación, por ejemplo– que pudieron ser más promovidos en materia diplomática.

En este orden de ideas, en materia de política exterior, son desconocidos los logros del Gobierno de Álvaro Uribe en asuntos diferentes al desprestigio internacional de las Farc, y en la firma de tratados de libre comercio.

## REFERENCIAS

- FUNDACIÓN SEGURIDAD Y DEMOCRACIA (2009). Balance de seguridad nacional 2009, extraído el 5 de marzo de 2010 desde <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/confictoArmado/balanceSeguridad2009.pdf>
- GARZÓN VALLEJO, I. (2009a, junio 11). La seguridad en la agenda nacional. *El Mundo*, A3.
- GARZÓN VALLEJO, I. (2009b, agosto 20). ¿Las Farc ya no son la amenaza? *El Mundo*, A3.
- GARZÓN VALLEJO, I. (2010, marzo 4). El legado de Álvaro Uribe. *El Mundo*, A3.
- MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Extraído el 5 de marzo de 2010, desde <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/NewsDetail.asp?ID=6018>
- NASI, C. (2007). Derechización 'a la colombiana' en tiempos confusos: un ensayo especulativo, *Colombia Internacional*, 66, 162-183.
- SANTOS, J. M. (2009). *Jaque al terror. Los años horribles de las Farc*. Bogotá: Planeta.
- SEN, A. (2010). La democracia como razón pública, *Claves de razón práctica*, 199, 4-8.
- VÉLEZ, A., CHARRY, J. M., DE LA CALLE, H., ARIZALA, J., ABAD FACIOLINCE, H., et al. (2009). *Manual de Ateología. 16 personalidades colombianas explican por qué no creen en Dios*. 2ª ed., Bogotá: Tierra Firme Editores.

# 9

## Democracia presidencialista y equilibrio institucional en Latinoamérica

Ángel Tuirán Sarmiento\*

“El único modo de gobernar América es la influencia personal. De nada valen las leyes ante los ojos de nuestros pueblos, que no saben lo que ellas significan”.

SIMÓN BOLÍVAR

### INTRODUCCIÓN

Una de las características del Estado moderno es la separación de poderes y su sistema de pesos y contrapesos, pero la consolidación del Estado nacional europeo necesitó antes la concentración del poder en cabeza de una sola persona. Es el poder fuerte, unipersonal quien logra la unificación del territorio y el monopolio en el ejercicio de la violencia dentro del mismo.

En América Latina, el sistema político va establecerse en un proceso histórico diferente al de Europa y Estados Unidos. Una vez inicia la fase posterior a la independencia, que se caracterizó por un desorden social en el sistema constitucional de separación de poderes, es en la figura del Presidente en quien va recaer todo el poder político<sup>1</sup>, es con

---

\* Doctorante de l'Université de Grenoble (Francia). Profesor del Programa de Ciencias Políticas y Gobierno e investigador del GIDCEP, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). *angelt@uninorte.edu.co*

<sup>1</sup> Si bien es cierto, en la mayoría de países latinoamericanos una vez conseguida la independencia se optó por establecer en cada una de las Constituciones un sistema de división de poderes según la fórmula clásica de Montesquieu, con un equilibrio y controles recíprocos, en la realidad los resultados fueron diferentes a

su autoridad que se afirma el poder y la integración nacional (Nohlen, 1991, p. 21).

En las últimas décadas se ha argumentado que la forma de gobierno presidencialista es uno de los factores que contribuyen a las dificultades en el equilibrio institucional latinoamericano, es decir, al desequilibrio en la relación de fuerzas entre el poder ejecutivo y las demás ramas del poder público.

El presidencialismo como forma de gobierno tiene su origen en Norteamérica; la característica principal es que el presidente de la República es el representante de la federación del país ante la comunidad internacional, igualmente es la máxima autoridad de toda la administración pública federal, designa y remueve a los secretarios de Estado, es jefe de las fuerzas armadas, responsable de la política exterior y tiene el derecho de proponer, vetar y promulgar leyes. Así mismo, este régimen se caracteriza por el principio de separación de poderes, por la elección del Presidente y de los miembros del Congreso mediante sufragio universal.

Nohlen y Fernández (1998) han contribuido eficazmente a precisar algunos aspectos clave del presidencialismo al sostener que un sistema presidencial se distingue fundamentalmente por cuatro características básicas:

- La elección popular y directa del presidente;
- una completa separación entre el ejecutivo y el legislativo;
- período fijo del presidente;
- y la inexistencia de mecanismos para que éste disuelva el Congreso o adelante elecciones<sup>2</sup>.

---

los esperados, por distintas razones el poder políticos se concentró en cabeza del ejecutivo.

<sup>2</sup> Para más detalles ver Dieter Nohlen y Mario Fernández, 1998, "El presidencialismo latinoamericano: evolución y perspectivas", en Nohlen, Dieter y Fernández Mario (comps.), *Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, p.116.

En esta misma dirección, para Sartori (1997) el presidencialismo se define generalmente de acuerdo con uno o más de tres criterios. Primero, el jefe de estado es elegido popularmente (directa o indirectamente) por un periodo de tiempo fijo; segundo, el parlamento no puede ni nombrar ni destituir al gobierno; y tercero, el jefe del estado es también el jefe de gobierno.

Sin embargo, en la práctica, para el cumplimiento de las funciones tanto de representatividad como de gobierno en los regímenes presidenciales, no basta con atender a las características señaladas anteriormente, se debe de igual manera fortalecer la interacción entre el sistema electoral, el sistema de partidos, la autonomía de cada uno de los poderes públicos, y las relaciones entre cada una de las divisiones territoriales del país.

## **1. LA FORMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL EN LATINOAMÉRICA**

La tendencia predominante en cuanto a la forma de gobierno en Latinoamérica ha sido y sigue siendo el régimen presidencial, pero dicho sistema se adaptó a nuestras características y condiciones sociales hasta adquirir una configuración particular, tal como sostiene Ferreira (1977):

[...] la nota predominante en estos países ha sido el presidencialismo, trasplantado del modelo norteamericano y aclimatado a las condiciones nativas de la región; un presidencialismo adaptado ecológicamente a situaciones de concreción histórica de un mundo social diferente del anglosajón. Un presidencialismo, en verdad, con sus características hispánicas o luso-brasileñas.

En ese mismo sentido, Duverger (1970) señaló que el presidencialismo constituye “una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente: de ahí su nombre”.

A pesar de la influencia del modelo norteamericano en la implementación de la forma de gobierno presidencialista en Latinoamérica, estos últimos han adoptado configuraciones propias como el bipartidismo

flexible, y un sistema de pesos y contrapesos entre las diferentes ramas del poder público, privilegiando en todos los casos regímenes multipartidistas con cierta representación, y la prevalencia del poder ejecutivo sobre los demás poderes del Estado; esto ha sido lo característico en los países del continente latinoamericano indistintamente de si han optado por el modelo federal o el de repúblicas unitarias.

Pero esta forma de gobierno presidencial, entendido como “conjunto de formas o de estructuras fundamentales de organización social, establecidas por la ley o la costumbre de un grupo humano”, al momento de ser trasladado a un medio diferente, tanto en el aspecto físico como moral, ha dado resultados distintos al obtenido en Norteamérica (Martínez, 2009).

En América Latina no existe una clara separación de poderes. En algunos países los poderes legislativos se han subordinado al ejecutivo, y en otros, los poderes ejecutivos se han subordinado al legislativo.

Las difíciles condiciones institucionales han conducido, casi en toda Latinoamérica, a situaciones de extrema inestabilidad, con frecuentes revoluciones o golpes de Estado [...] Resaltando en casi todos los casos las características político-jurídicas esenciales del llamado “presidencialismo” de América Latina, un estricto predominio del Presidente y un papel político importante asumido por el ejército (Biscaretti, 1975, p. 184-185).

Tal como lo señala Rut Diamint (2000)

[...] la paulatina disminución del militarismo en América latina no es una resultante automática de la democratización. Si bien los reiterados golpes de Estado parecen desterrados de la región, la institución militar aún mantiene un destacado lugar en la resolución de los conflictos políticos internos. La ausencia de capacidad institucional para articular las diferentes demandas de los actores civiles, permite todavía la mediación de las fuerzas armadas y su reaparición bajo nuevas formas de influencia política.

En el marco de los sistemas presidencialistas los ejecutivos latinoamericanos han vivido algunas dificultades, no sólo en lo concerniente a

su relación con otras ramas de poder público, sino también a fracturas institucionales que han llevado a la interrupción prematura de los mandatos de 11 presidentes durante los últimos 15 años.

En la actualidad, las crisis de gobernabilidad se manifiestan fundamentalmente como crisis de la forma de gobierno presidencial. Contrario a lo que sucedía en el pasado, las amenazas a la democracia ya no provienen sólo de factores externos como los golpes de estado y los levantamientos militares (Arias, 2005).

De tal forma, que el presidencialismo latinoamericano es un híbrido producto del modelo institucional norteamericano, los mecanismos del sistema de pesos y contrapesos heredados de la república europea y la evolución propia de una región que ha ido construyendo su historia con altas tensiones económicas y una cultura política caudillista.

## **2. CARACTERÍSTICAS DEL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO**

Resulta conveniente en este punto, volver sobre las características más importantes del presidencialismo latinoamericano.

El poder ejecutivo latinoamericano se caracteriza por la “personalización del poder”; esta es quizás la característica principal del presidencialismo en Latinoamérica, la cual se traduce en la mayoría de los casos en un reconocimiento en las Constituciones de los países de la región (Martínez, 2009).

Para Naranjo (2003), el presidencialismo

[...] es una deformación de la forma de gobierno presidencial, porque el presidencialismo ostenta una concentración de poderes muy acentuada en manos del jefe del ejecutivo, presidente de la república, en desmedro de los poderes del parlamento, que como ocurre las más de las veces, es suprimido y, por consecuencia, el poder legislativo se ejerce por parte del propio gobierno.

Esta característica tiene su origen en una arraigada tradición, que data de la época colonial. Como todos sabemos, heredamos un ejecutivo fuerte, en la mayoría de los casos autoritario, que al concluir la independencia, tuvo sus primeras expresiones en caudillos militares y luego en caudillos civiles, para luego transformarse en el poder ejecutivo actual, de poderosa influencia jurídica y política. En estas etapas, se ha depositado el mando como en los inicios de la formación del Estado-nación europeo en un solo hombre, con intentos en algunos casos de equilibrar su accionar, sujetándolo a otra rama del poder público.

Dada la influencia de “gobernantes fuertes”, la organización constitucional del poder ejecutivo en Latinoamérica muestra una clara tendencia a darle a esta rama del poder del público o político un predominio sobre los otros dos y a hacer del presidente de la República el centro impulsor de la actividad institucional y política del Estado (Martínez, 2009).

Es así como en torno a la persona del virrey o gobernador durante la colonia, o de caudillo militar o civil durante la independencia y posterior a esta, se resumía toda la autoridad política, el gobierno y la ley es él. Esa fue la característica al momento de constituir el Estado y organizar el poder<sup>3</sup>. Como sostiene Martínez (2009), signos evidentes de tal primacía del ejecutivo frente a los otros poderes, es la amplitud de sus facultades en el proceso legislativo:

- Amplio derecho de veto.
- Poder de nombramiento considerable.
- Abundante catálogo de actos políticos, entre los que destacan la suspensión de garantías y el estado de sitio, conmoción o emergencia, que hacen vivir a no pocos países en una dictadura constitucional.

---

3 Ayarragay, L., *La anarquía argentina y el caudillismo*, Bs. As., 1904, p. 110, citado por Martínez Peroni, José Luis, *El presidencialismo norteamericano y el predominio del poder ejecutivo*. XIX Congreso de Profesores de Derecho Constitucional, Argentina, 2009.

El análisis del poder ejecutivo en América Latina no debe limitarse al estudio de los textos constitucionales y las interpretaciones doctrinarias y consuetudinarias que estos han recibido. La realidad en torno al poder político ha ido en Latinoamérica mucho más allá que lo que se establece en los textos constitucionales con respecto al predominio del poder ejecutivo.

El profesor Luis Carlos SÁCHICA (1997) propone una clasificación de las causas del predominio del ejecutivo en los regímenes latinoamericanos. Agrupa las causas del predominio del ejecutivo en cuatro clases:

- Las de carácter sociológico e histórico,
- las de orden doctrinario,
- las de índole técnico-jurídica, y
- las de naturaleza política.

En resumen, como lo expresa el profesor SÁCHICA (1997),

[...] es el conjunto de estas causas lo que caracteriza el predominio del ejecutivo, siendo el reflejo de un desequilibrio general de las sociedades latinoamericanas, en donde no se han producido las condiciones, ambiente, contexto, supuestos y apoyos que han hecho posible en otros países el desenvolvimiento autogenerado del modelo clásico del constitucionalismo liberal, ni tampoco del constitucionalismo tradicional o conservador, por ser distinto el punto histórico de partida; otros las estructuras sociales y económicas que los de aquéllos y, por tanto, diferente el proceso institucional.

Hay que dejar claro que la combinación de estas causas no se da con la misma medida en todos los países latinoamericanos, aunque exista entre ellos desemejanzas, igualmente hay diferencias desde el punto de vista no solo jurídico, sino también, desde el punto de vista económico, político y social.

Es así, que intentando encontrar una clasificación que agrupe a los diferentes países latinoamericanos, Martínez (2009) propone la clasificación hecha por el profesor Karl Loewenstein, quien distingue tres tipos de organización del poder ejecutivo en América Latina:

- a. Presidencialismo puro, aquellos que tienen las características que hemos señalado como distintiva del sistema.
- b. Presidencialismo atenuado, en el cual el poder se ejerce conjuntamente por el presidente y sus ministros, quienes están organizados como gabinete.
- c. Parlamentarismo aproximado, aquellos en los que se ha tratado de disminuir la influencia del ejecutivo, ya sea incorporándole elementos parlamentarios o admitiéndose el ejecutivo colegiado

Así, queda claro que hay diferencias entre los diversos sistemas presidenciales de América Latina; pero la similitud entre ellos puede encontrarse en el predominio del ejecutivo y en la colaboración de los poderes cuyas pautas principales son señaladas por el propio ejecutivo.

### **3. EL PRESIDENCIALISMO EN COLOMBIA**

El régimen de gobierno colombiano se caracteriza por ser presidencialista, al igual que el resto de gobiernos de los países latinoamericanos. El presidencialismo colombiano ha generado una concentración del poder en manos del ejecutivo desde la fundación de la primera república con la Constitución de Cúcuta de 1821.

Esta tendencia fue reafirmada con la Asamblea Constituyente de 1991; con la nueva Constitución se buscaba entre otras cosas remediar el desequilibrio entre un presidente excesivamente poderoso y un Congreso que parecía incapaz de encarar los problemas nacionales (Archer & Soberg, 2002).

En el presidente de la república van a confluir las máximas dignidades del Estado, al ser este el jefe de Estado, de gobierno, y suprema autoridad administrativa, tal y como indica la Constitución, es elegido por voto directo y secreto de todos los ciudadanos del país por un período de cuatro años, contando recientemente con la posibilidad de ser reelegido.

Durante casi toda su vida republicana, Colombia ha tenido un régimen presidencialista con claros componentes plebiscitarios. Como ejemplo de lo anterior es que actualmente, en caso de que ninguno de los candidatos consiga mayoría absoluta en la primera votación se llevará a cabo una segunda vuelta tres semanas después en la que participarán los dos candidatos más votados; el elegido será aquel que más votos obtenga, de tal suerte que quien gana las elecciones es a la vez jefe de Estado y jefe de Gobierno. El triunfo implica “ganar todo” y la derrota “perder todo”.

El ejecutivo está formado por el presidente de la República, los ministros de despacho y por los directores de departamentos administrativos, así como por los gobernadores, alcaldes y demás instituciones del orden central, siendo el presidente la máxima autoridad administrativa del Estado.

En el caso colombiano el presidente es la fuente de gran parte de la legislación sustantiva, es así que en cuanto a la “función de gubernamental, es decir, la determinación de la dirección política, la legislación está al servicio del ejecutivo, en cuanto es el programa político de gobierno el que en sucesivos capítulos aparece traducido en las leyes” (Panuncio, 1971).

Para el caso colombiano en particular, el presidente cuenta además de las facultades legislativas mencionadas anteriormente, con poderes fiscales y de planificación, poderes extraordinarios, funge como comandante en jefe de las fuerzas armadas y es jefe de política exterior.

Llama la atención que, en algunas oportunidades, esta suma de poderes fueron inútiles al momento de incidir en el proceso legislativo, pues si bien es cierto la figura del presidente en Colombia está investida de grandes poderes, estos no surtieron el efecto esperado al momento de llevar a cabo reformas estructurales, ejemplo de esto fueron los diferentes intentos de reforma presentadas al legislativo por los presidentes colombianos entre 1974 y 1990.

El presidencialismo, tanto en Colombia como en el resto de Latinoamérica, debe ser entendido no solo como un fenómeno de carácter político

o jurídico, sino también sociológico, puesto que este último elemento es pieza fundamental en la construcción de esta forma de gobierno. Los pueblos de latinoamericanos han construido entorno al presidente una figura cuasi mesiánica, del cual esperan la solución a sus problemas no solo sociales, sino también personales.

## CONCLUSIONES

La hegemonía del Estado sobre la sociedad ha ido disminuyendo debido a los procesos de ajuste y la llegada de nuevos actores sociales a la arena política. Este contexto de demandas ciudadanas crecientes y márgenes más reducidos de maniobra ha convertido al presidencialismo latinoamericano en un sistema vulnerable con alta propensión a la crisis (Arias, 2005). No debemos olvidar, como lo señala Lambert (1978),

[...] las particularidades del régimen presidencial en la América Latina, en el sentido de una excesiva autoridad del presidente, no implica ni que el régimen esté mal adaptado a las necesidades particulares de América Latina, ni que los latinoamericanos no sepan utilizarlo, la conclusión que se impone es que la ruptura del equilibrio entre el presidente y las asambleas legislativas corresponde en muchas ocasiones a las necesidades particulares de los países latinoamericanos, como en general a las de los países en vías de desarrollo, y esta deformación es una manifestación de la adaptabilidad del régimen a necesidades diferentes”.

Por distintas razones de tipo político, histórico, cultural e, incluso, idiosincrásico, resultaría prácticamente inviable plantear un giro hacia la instauración de regímenes de carácter parlamentario en la región. Sin embargo, es imperativo discutir y promover reformas que permitan configurar un presidencialismo latinoamericano renovado y mucho mejor preparado para enfrentar la complejidad de la gobernabilidad democrática contemporánea (Arias, 2005).

*A priori*, el predominio del ejecutivo, concebido abstractamente, no es ni beneficioso ni perjudicial. Su carácter va depender de las características y circunstancias de cada país en un momento determinado, y específicamente de los fines que animen al respectivo gobierno. En épocas de “emergencia”, ya sea civil, militar, política, social, económica, etc.,

suele argumentarse que la concentración del poder público en manos del ejecutivo no sólo es conveniente, sino necesaria (Martínez, 2009).

Pero se trata en estos casos de períodos “anormales” en la vida de los Estados, y corresponde a las otras ramas del poder público examinar la llamada “emergencia”. Por tanto, habría que reflexionar es si en la vida normal de los Estados latinoamericanos conviene o no el mencionado predominio de la autoridad ejecutiva sobre las autoridades superiores del Estado (Martínez 2009).

Así las cosas, habría una justificante a la primacía del ejecutivo frente a las otras ramas del poder público en Latinoamérica, pero sería perjudicial si este predominio no cuenta con el control y contrapeso de las otras ramas del poder público. Por ello, el poder del ejecutivo debe estar acompañado por un fortalecimiento del control de sus actuaciones.

Desde este punto de vista, la mejor propuesta de control está en asegurar una auténtica independencia judicial; claro está que no sería suficiente, igualmente, es menester que el Congreso cumpla, ante todo, una correcta función fiscalizadora y no de chantaje con respecto a las principales actividades del ejecutivo.

Así mismo, en toda democracia, bien sea presidencialista o parlamentaria, la “oposición” debe contar con posibilidades reales y recursos idóneos para cumplir su función de control, dado que la oposición no está destinada a gobernar ni a co-gobernar, su función principal, ante todo, radica en controlar al oficialismo y seguir siendo una alternativa válida para remplazar en el futuro a éste en el ejercicio del poder”.

## REFERENCIAS

- ARIAS, C. (2005). Situación y perspectivas del presidencialismo y el parlamentarismo en América Latina: ¿Crisis de la democracia o crisis de gobernabilidad?, *Revista Latinoamérica de Economía Política y Sociedad, Perspectiva* 6.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1975). *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, ps. 184-185.
- CALDAS, T. L. & MEJÍA, A. (2004). *El sistema parlamentario. El mejor gobierno para Colombia*. Bogotá: Ámbito Jurídico y Legis
- DIAMINT, R. (2003). "Cuestiones militares en América Latina", en domínguez, Jorge y shifter, Michael (Eds). *Construcción de gobernabilidad democrática en América Latina*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- DUVERGER, M. (1970). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, 1970, p. 213.
- LAMBERT, J. (1978). *América Latina. Estructuras sociales e instituciones políticas*. Barcelona, 1978, p. 520.
- LASALLE, F. (1976). *¿Qué es una Constitución?* Madrid: Ariel.
- LINZ, J. J. & VALENZUELA, A. (Comps.) (1997). *Las crisis del presidencialismo, 1. Perspectivas comparativas*. Madrid: Alianza.
- LINZ, J. J. & VALENZUELA, A. (1997) *Las crisis del presidencialismo, 2. El caso de Latinoamérica*. Madrid: Alianza Editorial.
- LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 619 p.
- MARTÍNEZ PERONI, J. L. (2009). El presidencialismo latinoamericano y el predominio del poder ejecutivo. XIX Congreso de profesores de Derecho constitucional, Tucumán Argentina, 2009.
- NOHLEN, D. & FERNÁNDEZ, M. (1998). *Presidencialismo versus parlamentarismo, América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, p 21-22.
- NARANJO MESA, V. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis, 718 p.
- PANUNZIO, S. (2009). "La fine del parlamentarismo e l'accrecentamento delle responsabilità, citado por citado por Martínez Peroni, José Luis, El presidencialismo latinoamericano y el predominio del poder ejecutivo". XIX Congreso de profesores de Derecho constitucional, Argentina, 2009.
- PINTO FERREIRA, L. (1977). "El predominio del poder ejecutivo en América Latina" (Ponencia General), México, 1977, p. 27.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (1977). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis, 568.
- SÁCHICA, L.C. (1977). *El predominio del poder ejecutivo en América Latina*, México, pp. 409-420.
- SARTORI, G. (2004). *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 111 p.
- SARTORI, G. (1997) "Ni presidencialismo ni parlamentarismo" En Linz, J. Juan y Valenzuela, A. (Comps.) *Las crisis del presidencialismo, 2. El caso de Latinoamérica*. Madrid: Alianza.
- SCHMITT, C. (1983). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ed. Francisco Ayala.
- MAINWARING, S. & SOBERG, M. (2002). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- VALENZUELA, A. (2004). "Colombia, víctima del sistema presidencial", en: Caldas, Tito Livio y Mejía, Andrés (Eds.) *El sistema parlamentario. El mejor gobierno para Colombia*. Bogotá: Ámbito Jurídico y Legis.
- ZULUAGA GIL, R. (2005). *La organización territorial en la Constitución de 1991, ¿Centralismo o autonomía?* Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 84p.





“La protección de los consumidores en el derecho europeo”, “Desamparo de menores, acogimiento y adopción internacional”, “Bioética y derechos humanos”, “La información y el consentimiento informado una materia pendiente en la relación médico-paciente”, “El desarrollo humano sostenible como mandato constitucional: ¿fundamento axiológico-normativo vinculante o simple retórica?”, y “Democracia presidencialista y equilibrio institucional en Latinoamérica” son algunos de los temas que contiene esta obra y que fueron tratados por un grupo de distinguidos juristas que participaron en las Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho, evento organizado por la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte (Colombia) en el marco del Programa Cátedra Europa 2010.

